

5ª edição

ADRIANA
CALVO

manual de
DIREITO
DO TRABALHO

saraiva 

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

ISBN 9788553617937

Calvo, Adriana Manual de direito do trabalho / Adriana Calvo. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

680 p.

Bibliografia 1. Trabalho – Leis e legislação – Brasil I. Título.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À 5ª EDIÇÃO

NOTA DA AUTORA

1. RELAÇÃO DE TRABALHO E EMPREGO

1. Introdução

2. Origem histórica do trabalho

3. Tratamento legal e jurisprudencial

4. Conceito de relação de emprego

5. Conceito de empregado e de empregador

6. Tipos de empregado

6.1 Trabalho a distância: empregado em domicílio e teletrabalhador

6.2 O empregado hipersuficiente da Reforma Trabalhista (art. 444, parágrafo único, da CLT)

6.3 Altos empregados: o empregado de cargo de confiança

6.3.1 Conceito de cargo de confiança e os seus elementos fático-jurídicos

6.3.2 Cargo de confiança específica: o bancário (art. 224 da CLT)

6.4 Diretor estatutário de Sociedade Anônima

6.5 Empregado doméstico

6.5.1 Direitos trabalhistas do empregado doméstico

6.5.2 O novo patamar de cidadania do trabalhador doméstico (Lei Complementar n. 150/2015)

6.6 Empregado rural⁵⁶

6.6.1 Safrista

6.6.2 Pequeno produtor rural – contrato rural de pequeno prazo

6.6.2.1 Prazo máximo do contrato por pequeno prazo

6.6.2.2 Direitos trabalhistas do trabalhador rural contratado por pequeno prazo

7. Conceito de trabalhador

7.1 Trabalhador autônomo

7.2 Trabalhador eventual

7.3 Trabalhador avulso

7.3.1 Trabalho avulso portuário (Lei n. 12.815/2013)

7.3.2 Trabalho avulso não portuário

7.4 Trabalhador voluntário e religioso

7.4.1 Trabalho voluntário

7.4.2 Trabalho religioso

7.5 Demais tipos de trabalhadores

7.5.1 Mãe social

7.5.2 Indígena

7.5.3 Preso

7.5.4 Servidor público e empregado público

7.5.5 Estagiário

7.5.6 Aprendiz

8. Relações de trabalho trilaterais

8.1 O trabalho temporário à luz da Lei n. 6.019/74 com as alterações trazidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017

8.2 Terceirização

8.2.1. O tratamento jurídico da terceirização no Brasil

8.3 Atividade-fim

8.4 Cooperativas de trabalho

9. Empregador

9.1 Empregador por equiparação

9.2 Grupo econômico

9.3 Sucessão trabalhista

9.3.1 Sucessão na Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005)

2. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Introdução

2. Tratamento legal e jurisprudencial

3. Conceito legal e doutrinário

4. Natureza jurídica do contrato de trabalho

4.1 Teorias contratualistas

4.1.1 Teoria contratualista tradicional

4.1.2 Teoria contratualista moderna

4.2 Teorias acontratualistas

4.2.1 Teoria da relação de trabalho

4.2.2 Teoria institucionalista

5. Contrato por prazo determinado

5.1 Hipóteses legais

5.2 Prazo

5.3 Da forma

5.4 Prorrogação e sucessão

6. Suspensão e interrupção nos contratos a termo. Garantias de emprego

6.1 Efeitos rescisórios nos contratos a termo

3. ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Introdução

2. Origem histórica
 3. Tratamento legal e jurisprudencial
 4. Conceito legal e classificação doutrinária dos tipos de alterações contratuais
 5. Alterações unilaterais: jus variandi e jus resistentiae
 - 5.1 Jus variandi
 - 5.2 Jus resistentiae
 6. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUALITATIVO
 - 6.1 Alterações de função
 - 6.1.1 Reversão
 - 6.1.2 Retrocessão e rebaixamento
 - 6.1.3 Aproveitamento
 - 6.1.4 Substituição, comissionamento ou interinidade (CLT, arts. 450 e 475, § 2º; Decreto n. 1.232/62, art. 16, parágrafo único)
 - 6.1.5 Readaptação (CLT, arts. 300 e 461, § 4º)
 - 6.1.6 Promoção
 - 6.1.7 Acúmulo de função e desvio de função
 7. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUANTITATIVO
 - 7.1 Alterações de jornada de trabalho
 - 7.2 Alterações de salário
 - 7.2.1 Adversidade na conjuntura econômica (Lei n. 4.923/65) e força maior (art. 503 da CLT)
 8. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO CIRCUNSTANCIAL (LOCAL DE TRABALHO)
-
4. INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO
 1. Introdução
 2. Tratamento legal e jurisprudencial

3. Conceito

4. Causas determinantes de interrupção

4.1 Faltas

4.2 Licença-paternidade

4.3 Férias

4.4 Repouso semanais remunerados (RSR) e feriados

4.5 Aborto não criminoso

4.6 Afastamento por motivo de doença (15 primeiros dias)

4.7 Licença remunerada

4.8 Afastamento para inquérito por motivo de segurança nacional

4.9 Paralisação total ou parcial empresarial

4.10 Conselho Curador do FGTS

4.11 Comissão de Conciliação Prévia – CCP

5. Causas determinantes de suspensão

5.1 Suspensão disciplinar

5.2 Diretor de S/A

5.3 Encargos públicos civis (CLT, art. 472)

5.4 Mandato sindical (CLT, art. 543, § 2º)

5.5 Greve sem pagamento de salários (Lei n. 7.783/89)

5.6 Afastamento por motivo de doença a partir do 16º dia (CLT, art. 476)

5.7 Aposentadoria por invalidez (CLT, art. 475; Lei n. 8.213/91)

5.8 Participação em curso ou plano de qualificação profissional de dois a cinco meses, com pagamento de bolsa ao empregado (CLT, art. 476-A)

5.9 Ausência do empregado por motivo de prisão

6. Casos controversos

- 6.1 Serviço militar
- 6.2 Acidente de trabalho
- 6.3 Licença-maternidade

5. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Introdução

2. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

3. Formas de extinção do contrato de trabalho

4. Formalidades rescisórias DO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

4.1 Prazo para pagamento das verbas rescisórias e das multas previsto nos arts. 477 e 467 da CLT

5. Do aviso prévio

5.1 Prazo do aviso prévio

5.2 Tipos de aviso prévio

6. Estabilidade e garantias provisórias de emprego

6.1 Estabilidade decenal

6.2 Convenção n. 158 da OIT e a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental

6.3 Estabilidade provisória

6.3.1 Gestante

6.3.2 Cipeiro

6.3.3 Trabalhador acidentado

6.3.4 Dirigente sindical

6.3.5 Dirigente de Cooperativa de Empregados

6.3.6 Membro de Comissão de Conciliação Prévia

6.3.7 Membro do Conselho Curador do FGTS

6.3.8 Membro do Conselho de Previdência Social

7. Justa causa

7.1 Hipóteses de justa causa (art. 482 da CLT)

8. término por ACORDO COMUM ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR E despedida por Culpa recíproca

8.1 Acordo comum entre empregado e empregador (art. 484-A da CLT)

8.2 Culpa recíproca

9. Rescisão indireta

9.1 Hipóteses taxativas de despedida indireta

10. aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao direito do trabalho

10.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais

10.2 A questão terminológica: direitos humanos ou direitos fundamentais?

10.2.1 Das contribuições de Ronald Dworkin

10.2.2 Das contribuições de Robert Alexy

10.3 A aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho: eficácia horizontal ou diagonal

10.4 Os direitos trabalhistas inespecíficos: o reconhecimento dos direitos de personalidade do trabalhador para a efetiva cidadania na empresa

11. DANO MATERIAL, DANO MORAL, DANO EXISTENCIAL E DANO ESTÉTICO

11.1 Dano material

11.2 Dano moral

11.3 Danos extrapatrimoniais

11.4 Dano estético

11.5 Possibilidade de cumulação de dano moral, dano material e dano estético

- 11.6 Dano moral existencial
- 12. Discriminação no ambiente de trabalho
- 13. Assédio sexual
- 14. assédio moral interpessoal
- 15. O assédio moral institucional

6. JORNADA DE TRABALHO

- 1. Introdução
- 2. Origem histórica
- 3. Tratamento legal e jurisprudencial
- 4. Jornada de trabalho (TEMPO INTEGRAL, TEMPO PARCIAL E INTERMITENTE)
 - 4.1 Horas in itinere
 - 4.2 Tempo de prontidão e tempo de sobreaviso
 - 4.3 Turnos ininterruptos de revezamento
 - 4.4 Outros tipos de jornada de trabalho: jornada de 12x36 horas e jornada espanhola
- 5. Do controle da jornada de trabalho
- 6. Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho
 - 6.1 Descaracterização por prestação de horas extras
- 7. Horas extras
- 8. Horário noturno e adicional noturno
- 9. Intervalo intrajornada
- 10. Intervalo interjornada
- 11. DSR e feriados

7. FÉRIAS

- 1. Introdução

2. Origem histórica
 - 2.1 Evolução histórica no Brasil
 - 2.2 Evolução histórica no mundo
 3. Tratamento legal e jurisprudencial
 4. Conceito legal e doutrinário
 5. Do período de férias
 6. Fracionamento de férias
 7. Perda do direito de férias
 8. DA REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS, DO ABONO DE FÉRIAS E DO ABONO PECUNIÁRIO
 9. Férias na cessação do contrato de trabalho
 10. Procedimentos legais
 11. Concessão das férias fora do prazo legal e das férias em dobro
 12. Férias coletivas
 13. A CONVENÇÃO n. 132 DA OIT SOBRE FÉRIAS
-
8. REMUNERAÇÃO E SALÁRIO
 1. Introdução
 2. Origem histórica
 3. Tratamento legal e jurisprudencial
 4. Conceito legal de remuneração e de salário
 5. Conceito legal de gorjetas
 6. Outras parcelas de natureza remuneratória
 - 6.1 Gueltas
 - 6.2 Direito de arena do atleta profissional
 7. Morfologia do salário
 8. Salário variável

- 8.1 Comissões e percentagens – Lei n. 3.207/57
- 8.2 Abonos, gratificações e prêmios
- 8.3 Participação nos lucros ou resultados
- 9. Ajuda de custo e diárias para viagem
- 10. Salário-utilidade
 - 10.1 Plano de opção de compra de ações a empregados
- 11. Gratificação natalina (13º salário)
- 12. Equiparação salarial
 - 12.1 Requisitos da equiparação salarial
 - 12.2 Equiparação salarial (...)
 - 12.3 Excludentes da equiparação salarial
 - 12.4 Equiparação salarial
 - 12.5 Equiparação salarial entre brasileiro e estrangeiro
 - 12.6 Equiparação por equivalência
- 13. Adicionais legais: periculosidade e insalubridade
 - 13.1 Adicional de periculosidade
 - 13.2 Adicional de insalubridade
 - 13.2.1 Polêmica da base de cálculo
- 14. PROTEÇÃO JURÍDICA AO SALÁRIO

REFERÊNCIAS

MEDIDA PROVISÓRIA N. 905, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2019 (*)

APRESENTAÇÃO À 5ª EDIÇÃO

É com grande satisfação que apresento aos meus leitores a 5ª edição do meu *Manual*, revisada e atualizada até final de 2019, de acordo com a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), com o Decreto 10.060/2019 sobre trabalho temporário, e com a Convenção 190 da OIT sobre violência e assédio no trabalho.

A principal novidade desta edição foi a atualização de todo o conteúdo doutrinário e jurisprudencial do *Manual*, *trazendo recentes casos julgados nos tribunais e entendimentos adotados nas mais altas cortes (STF e TST)*.

Vale lembrar que o conteúdo deste material está atualizado com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) desde a 4ª edição e nesta edição acrescentamos valiosos comentários em relação aos últimos posicionamentos dos tribunais pátrios.

Espero que apreciem a leitura! Lembre-se de que “*o sucesso não é a chave para a felicidade, felicidade é a chave para o sucesso. Se você ama o que você faz, você será bem-sucedido*” (Albert Schweitzer).

Por fim, gostaria de agradecer à minha aluna Michelly Cristina F. da Silva, pelo competente e generoso auxílio prestado durante o trabalho de revisão desta edição.

As colaborações a esta obra são bem-vindas. Envie, por favor, *e-mail* diretamente para a autora: adriana@calvo.pro.br ou consulte seu *site* acadêmico: www.calvo.pro.br.

Profa. Adriana Calvo

NOTA DA AUTORA

Quando tinha apenas cinco anos de idade já brincava de ser professora. Minha mãe dizia que com apenas dez anos já ajudava meus colegas a estudar para as provas. Aos quinze anos terminei meu curso de inglês e fui convidada para ser professora para crianças. E assim começou minha carreira como professora; contudo, meu pai não me permitiu cursar Faculdade de Letras. Meu pai sonhava que eu fosse médica ou advogada, e, por insistência dele, acabei prestando vestibular para Direito na USP, mas continuei a ministrar aulas particulares de inglês.

Durante a faculdade, tive aulas de Iniciação ao Direito do Trabalho com o Prof. Dr. *Amauri Mascaro Nascimento*, e, por influência direta de suas aulas, acabei me apaixonando pelo Direito do Trabalho. Desde então, fiz estágio e pratiquei advocacia na área trabalhista em grandes bancas de advocacia de São Paulo, contudo, sentia que faltava alguma coisa. Em 2002, ingressei no Mestrado em Direito das Relações Sociais, com ênfase em Direito do Trabalho da PUCSP, e voltei a ministrar aulas, não mais de inglês, mas de Direito do Trabalho.

Em 2005, concluí minha tese de mestrado intitulada “A natureza jurídica do contrato de trabalho do Diretor Estatutário de S.A.”, sob a orientação do Prof. Dr. *Renato Rua de Almeida*, e tomei a coragem de me dedicar integralmente à carreira acadêmica. Recebi o primeiro convite para ministrar aulas de Direito do Trabalho para concursos públicos no Curso Robortella. Posteriormente, ministrei aulas no curso IELF (atualmente conhecido como LFG), no curso Formação, na Federal Concursos e no curso BFGT/Marcato.

Atualmente, tenho meu próprio escritório de advocacia trabalhista, mas

continuo dedicando a maior parte do meu tempo à área acadêmica: ao meu doutorado na PUCSP, em fase de finalização, e às minhas aulas em cursos preparatórios para concursos públicos.

Conheci meu editor no curso de pós-graduação em Direito do Trabalho da ESA/SP e recebi seu honroso convite de elaborar um *Manual de direito do trabalho* para concursos públicos para a renomada Editora Saraiva.

Durante minha carreira acadêmica de mais de dez anos como professora dedicada ao magistério em concursos públicos trabalhistas, encontrei alguns alunos que, embora estivessem estudando havia muito tempo, não logravam êxito em ser aprovados.

Em minha modesta opinião, o motivo estava na equivocada seleção de obras para estudo, muitas delas nas quais os autores estavam mais preocupados em apresentar sua opinião do que o conteúdo que realmente seria exigido nas provas. Sem dúvida, o estudo com o material adequado é a chave para a aprovação no concurso!

A ideia editorial era organizar algo diferente, um *livro bem didático e objetivo*, que contivesse todas as dicas, para passar em concursos públicos, reunidas *numa obra só* e assim evitar perda de tempo do aluno na aquisição e leitura de diversas obras, muitas delas não focadas em concursos. Pois bem, para tanto, reuni todo o meu material de aula (resumos, tabelas, citações, questões etc.) e comecei como um artesão a lapidar cada capítulo por longos dois anos.

A linha metodológica proposta neste Manual está longe de ser mais um simples “*resumo*”: nele, os leitores terão a oportunidade de aprimorar seus conhecimentos de Direito do Trabalho por meio de: *1) citações do entendimento dos autores mais festejados na doutrina trabalhista;*

2) sugestão de perguntas para revisão da matéria;

3) quadros sinóticos dos temas estudados; e

4) tabelas didáticas para memorização de institutos.

Finalmente, espero poder retribuir à sociedade brasileira, por meio desta

obra, o dom do magistério que recebi de Deus desde menina. Como diz o ditado popular: “*nós não conseguimos fugir do nosso destino*”.

São Paulo, 27 de maio de 2012.

Profa. Adriana Calvo

Site: www.calvo.pro.br

RELAÇÃO DE TRABALHO E EMPREGO

1. INTRODUÇÃO

O tema deste capítulo é extremamente importante para o aluno que inicia seus estudos na disciplina de Direito Individual do Trabalho. Conhecer as relações de trabalho bilaterais e saber diferenciá-las da relação de emprego é o grande desafio. Por fim, estudar sobre as relações trilaterais como terceirização e trabalho temporário é essencial para todo estudante que pretende aplicar na prática tais conhecimentos.

2. ORIGEM HISTÓRICA DO TRABALHO

Preliminarmente, é importante estudar um pouco da história do surgimento do trabalho e do próprio Direito do Trabalho como ciência jurídica.

A fim de facilitar esta tarefa, vamos abordar os principais tópicos do tema¹.

PERGUNTA-SE

1. Qual é a origem histórica do trabalho humano?
2. Qual é a origem do Direito do Trabalho?
3. Quais são os pressupostos políticos, econômicos, sociais e ideológicos responsáveis pelo surgimento do Direito do Trabalho?
4. **O Direito do Trabalho passou por uma Reforma Trabalhista em 2017. Como foi operada tal reforma?**

1) A maioria dos autores concorda que a origem etimológica de “trabalho” advém de tortura – *tripaliare*, que significa torturar. A palavra *tripalium* significa uma máquina de três pontas utilizada para tortura. Logo, é pacífica esta concepção histórica do trabalho concebido como um castigo ou uma dor e até uma pena. Em grego, o termo “trabalho” tem a mesma raiz que a palavra latina *poena* (pena).

Na Idade Antiga, o trabalho era “coisa” de escravos, os quais, no fundo, pagavam seu sustento com o “suor de seus rostos”. Portanto, o escravo sequer era sujeito de direitos, pois era considerado *res* (coisa).

Manoel Alonso Olea lembra que “o trabalho do escravo era, desde o início, um trabalho por conta alheia, no sentido de que a titularidade dos frutos do trabalho do escravo correspondia imediatamente ao dono e não ao próprio escravo”².

Segundo Martins Filho, Ferrari e Nascimento, ao chegar a seu destino,

os escravos eram tratados como mercadoria, ou seja, objeto de compra e venda, e a partir daí sujeitar-se-iam a qualquer tipo de trabalho ou humilhação. Registra-se que os indígenas também foram explorados com esta finalidade³.

Na Idade Média, passamos do regime de escravidão para o regime de servidão. Em troca da utilização das terras os servos eram obrigados a entregar grande parte de sua produção aos seus senhores, que lhes ofereciam, além do uso da terra, a proteção militar.

Não houve grande evolução do trabalho humano da Idade Antiga para a Idade Média. A relação de domínio pode ter mudado, pois o servo deixou de ser coisa e passou a ser visto como pessoa e, portanto, com capacidade de ser sujeito de relações jurídicas. Contudo, não era considerado como *sujeito livre*, pois estava submetido ao regime de servidão.

Logo em seguida, surgiram as corporações de ofício. As corporações de ofício tiveram início com o grande número de pessoas que saíram do campo rumo às cidades, fugindo da exploração e do trabalho forçado. Este fenômeno foi denominado êxodo rural e deu origem a uma grande concentração populacional nas cidades, assim, pessoas que exerciam as mesmas profissões começaram a se agrupar⁴.

Nas corporações de ofício existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes. Os mestres eram proprietários das oficinas; os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres, que eram seus superiores hierárquicos; já os aprendizes eram menores que aprendiam a profissão do mestre com ele⁵.

Amauri Mascaro Nascimento salienta que a Revolução Francesa de 1789 suprimiu as corporações, pois estas eram incompatíveis com o ideal de liberdade do homem, de certa forma uma maneira de exploração⁶.

A transformação mais profunda na história do trabalho decorreu em virtude do surgimento da máquina, pois, com ela, o trabalho artesanal foi

substituído pela produção em massa na 1ª Revolução Industrial.

2) A origem do Direito do Trabalho está ligada à origem do trabalho livre e útil da Revolução Industrial. O trabalho passou a ser objeto de locações de obras e serviços. Na locação de obra, havia a execução de uma obra mediante pagamento do resultado (*locatio operis*). Na locação de serviços (*Iocatio operarum*), o próprio trabalho era o objeto do contrato.

3) A Revolução Industrial do século XIX é o marco do surgimento do Direito do Trabalho devido à conjugação de diversos fatores: **a. Fator político:** Estado liberal com a aplicação do princípio do *laissez-faire, laissez-passer*, enfatizando a liberdade de contratar.

b. Fator social: concentração do proletariado em centros industriais nascentes e exploração do trabalho, principalmente pelo emprego do trabalho de meia-força (mulheres e crianças).

c. Fator econômico: surgimento do capitalismo e do modelo de produção taylorista-fordista.

d. Fator ideológico: ideologia de protesto e de contestação como o marxismo por meio do *Manifesto Comunista* de 1848 e ideologia de pacificação social da doutrina social da Igreja Católica.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁷ explica que: “as principais causas do surgimento do Direito do Trabalho são: econômica (Revolução Industrial), política (transformação do Estado Liberal – Revolução Francesa – em Estado social – intervenção estatal na relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de implantar um sistema de direito destinado à proteção).

Alice Monteiro de Barros aponta que “o Direito do Trabalho tem como pressuposto sociológico a questão social obreira, como pressuposto antropológico o trabalhador na condição de proletário, e como pressuposto político-econômico o capitalismo em crise”⁸.

Martins Filho⁹ coloca que o desenvolvimento fabril aumentou ainda mais o êxodo rural, pois os trabalhadores que ainda estavam no campo vieram para a cidade atraídos por maiores ganhos e melhores condições de vida. Junto com os trabalhadores, as mulheres e crianças também vieram

para as cidades e, assim, passaram a disputar o mercado de trabalho, aumentando em muito a quantidade de mão de obra disponível.

O autor cita como exemplo desta exploração desumana ocorrida como consequência da Revolução Industrial o fato de, por exemplo: crianças de 8 a 10 anos trabalhando em minas de subsolo, com jornada de dezesseis horas de trabalho; mulheres e crianças trabalhando pela metade dos salários pagos aos homens; e todos trabalhando sem nenhuma segurança ou condições de higiene.

Nesse cenário de exploração desumana do trabalho, surgem algumas ideologias para a solução do conflito: marxismo e doutrina social cristã.

O marxismo é o conjunto de ideias filosóficas, econômicas, políticas e sociais elaboradas por Karl Marx e Friedrich Engels. Para o marxismo, o homem é um ser social histórico e que possui a capacidade de trabalhar e desenvolver a produtividade do trabalho. É uma ideologia de conflito que defende que o proletariado deve buscar sua emancipação através da luta de classes e acabar com a propriedade privada burguesa. O objetivo é buscar a socialização dos meios de produção, para a realização do trabalho livremente associado – o comunismo –, abolindo as classes sociais existentes.

O *Manifesto comunista*, de Marx e Engels (1848), conclamava os trabalhadores à união, bem como condenava a supressão das corporações, defendendo a necessidade de os operários se organizarem e se associarem, para possibilitar a manifestação de suas opiniões e a obtenção de melhores condições de vida.

A doutrina social da Igreja (DSI) é o conjunto dos ensinamentos contidos na doutrina da Igreja Católica constante de numerosas encíclicas e pronunciamentos dos Papas que busca a pacificação social.

Em 1891, Leão XIII, sentindo a urgência dos novos tempos e das “coisas novas”, promulgou a encíclica *Rerum Novarum*. De todas, esta é a mais

importante para o Direito do Trabalho. Era uma carta aberta, debatendo as *condições das classes trabalhadoras*.

A encíclica trata de questões levantadas durante a Revolução Industrial e as sociedades democráticas no final do século XIX. Leão XIII apoiava o direito de os trabalhadores formarem sindicatos, mas rejeitava o socialismo e defendia o direito à propriedade privada.

Em 1931, após quarenta anos da encíclica *Rerum Novarum*, foi promulgada a encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI.

O beato Papa João XXIII publicou, em 1961, após setenta anos da encíclica *Rerum Novarum*, a *Mater et magistra*. Em 1971, após oitenta anos da encíclica *Rerum Novarum*, veio a carta apostólica *Octagesima Adveniens*, do Papa Paulo VI.

Por fim, João Paulo II publicou três encíclicas: *Laborens exercens* (1981), *Sollicitudo rei socialis* (1987) e, finalmente, *Centesimus annus* (1991), pouco tempo depois da queda do Muro de Berlim e da *débaçle* do comunismo na Cortina de Ferro.

RECAPITULANDO...

Data da publicação e Papa responsável	Nome da Encíclica
Em 1891 – Leão XIII	<i>Rerum Novarum</i>
Em 1931 – Pio XI	<i>Quadragesimo anno</i>
Em 1961 – João XXIII	<i>Mater et magistral</i>
Em 1971 – Paulo VI	<i>Octagesima Adveniens</i>
Em 1991 – João Paulo II	<i>Centesimus annus</i>

4) A Reforma Trabalhista foi implementada no Brasil em 2017 pela Lei

n. 13.467/2017. E não alterou somente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, mas também as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Ao todo, a reforma trabalhista alterou aproximadamente 97 artigos da CLT e 7 artigos de outras normas.

O Projeto de Lei n. 6.787/2016 que originou a Reforma Trabalhista foi apresentado pelo Poder Executivo em 23 de dezembro de 2016. O projeto inicial apresentado abrangia a alteração de 7 (sete) artigos da CLT. Foi apresentado um projeto substitutivo em 12 de abril de 2017, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, com mais de 100 alterações. No Senado, o projeto de lei ganhou novo número, 38/2017, sendo aprovado pelo Senado Federal em 12 de julho, sem alterações ou aperfeiçoamentos, vindo a ser sancionada, pelo presidente da República, a Lei n. 13.467 no dia 13 de julho de 2017.

Enquanto o Código de Processo Civil foi aprovado em 5 (cinco) anos (publicado em 17 de dezembro de 2014), a Reforma Trabalhista foi aprovada em menos de 6 (seis) meses.

Enquanto o Código de Processo Civil teve uma *vacatio legis* de 1 (um) ano, a Reforma teve somente de 120 (cento e vinte) dias, uma vez que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017.

Enfim, a Reforma Trabalhista buscou atualizar a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), contudo, mesmo com as modificações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, a CLT continuou a ser uma consolidação de leis trabalhistas. Perdemos a oportunidade histórica de aprovar um novo Código do Trabalho.

3. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) somente entrou em vigor em 10-11-1943, reunindo as leis trabalhistas da época, acrescidas de novos institutos criados pela comissão de juristas famosos como Segadas Viana e Arnaldo Süssekind.

Carlos Henrique Bezerra Leite explica que “a CLT não é um código, mas uma lei, melhor, um decreto-lei de caráter geral, aplicado a todos os empregados sem distinção de natureza do trabalho técnico, manual ou intelectual. A CLT é equiparada a lei federal”¹⁰.

A Lei n. 13.467/2017 (**Reforma Trabalhista**) alterou aproximadamente menos de 10% da CLT, logo a iniciativa legislativa não foi de aprovar um código do trabalho, mas somente de alterar alguns dispositivos celetistas no campo do Direito Individual, Processual e Coletivo do Trabalho.

Na legislação trabalhista brasileira, a relação de emprego é regulamentada na Consolidação das Leis do Trabalho, precisamente nos arts. 2º, 3º, 6º e 7º do Capítulo I (Introdução).

Há diversos diplomas legais complementares que regulam cada tipo de trabalho, como a Lei Complementar n. 150/2015 sobre o Empregado Doméstico, a Lei n. 5.889/73 sobre Empregado Rural, as Leis ns. 12.815/2013 e 12.023/2009 sobre Trabalho Avulso Portuário e não Portuário, a Lei n. 9.608/98 do Trabalhador Voluntário, a Lei n. 6.019/74 do Trabalho Temporário, dentre outras que estudaremos neste capítulo.

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe para dentro da CLT o contrato de trabalho autônomo (art. 442-B) e alterou a Lei 6.019/74 quanto ao trabalho temporário e passou a tratar na mesma lei o instituto da terceirização.

No campo jurisprudencial, recomendamos o estudo das seguintes Súmulas: 129, 269, 287, 331, 344 e 386 e das seguintes orientações

jurisprudenciais: 38, 92, 271, 315, 321, 381, 383 e 411 da SDI-I do TST.

DICA:

Para aprofundar o seu estudo, recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento jurisprudencial indicado em cada capítulo e reproduzida a seguir:

SÚMULA 129 – CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO. 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.

SÚMULA 269 – DIRETOR ELEITO. CÔMPUTO DO PERÍODO COMO TEMPO DE SERVIÇO. O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

SÚMULA 287 – JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

SÚMULA 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que 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 21-6-1993, especialmente na fiscalização

do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

SÚMULA 344 – SALÁRIO-FAMÍLIA. TRABALHADOR RURAL. O salário-família é devido aos trabalhadores rurais somente após a vigência da Lei n. 8.213, de 24-7-1991.

SÚMULA 386 – POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.

OJ-SDI1-38. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE RURAL. EMPRESA DE REFLORESTAMENTO. PRESCRIÇÃO PRÓPRIA DO RURÍCOLA. (LEI N. 5.889, DE 8-6-1973, ART. 10, E DECRETO N. 73.626, DE 12-2-1974, ART. 2º, § 4º). O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industrial, nos termos do Decreto n. 73.626, de 12-2-1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria. Assim, aplica-se a prescrição própria dos rurícolas aos direitos desses empregados.

OJ-SDI1-92. DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIOS. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. Em caso de criação de novo município, por desmembramento, cada uma das novas entidades responsabiliza-se pelos direitos trabalhistas do empregado no período em que figurarem como real empregador.

OJ-SDI1-271. RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO. CONTRATO DE EMPREGO EXTINTO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 28/2000. INAPLICABILIDADE. O prazo prescricional da pretensão do rurícola, cujo contrato de emprego já se extinguiu ao sobrevir a Emenda Constitucional n. 28, de 26-5-2000, tenha sido ou não ajuizada a ação trabalhista, prossegue regido pela lei vigente ao tempo da extinção do contrato de emprego.

OJ-SDI1-315. MOTORISTA. EMPRESA. ATIVIDADE PREDOMINANTEMENTE RURAL. ENQUADRAMENTO COMO TRABALHADOR RURAL. 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.

OJ-SDI1-321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 3-1-1974, 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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.

OJ-SDI1-381. INTERVALO INTRAJORNADA. RURÍCOLA. LEI N. 5.889, DE 8-6-1973. SUPRESSÃO TOTAL OU PARCIAL. DECRETO N. 73.626, DE 12-2-1974.

APLICAÇÃO DO ART. 71, § 4º, DA CLT. A não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada de uma hora ao trabalhador rural, fixado no Decreto n. 73.626, de 12-2-1974, que regulamentou a Lei n. 5.889, de 8-6-1973, acarreta o pagamento do período total, acrescido do respectivo adicional, por aplicação subsidiária do art. 71, § 4º, da CLT.

OJ-SDI1-383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI N. 6.019, DE 3-1-1974.

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 dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei n. 6.019, de 3-1-1974.

OJ-SDI1-411. SUCESSÃO TRABALHISTA. AQUISIÇÃO DE EMPRESA PERTENCENTE A GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR POR DÉBITOS TRABALHISTAS DE EMPRESA NÃO ADQUIRIDA.

INEXISTÊNCIA. O sucessor não responde solidariamente por débitos trabalhistas de empresa não adquirida, integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida, quando, à época, a empresa devedora direta era solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má-fé ou fraude na sucessão.

4. CONCEITO DE RELAÇÃO DE EMPREGO

Vamos começar nosso estudo pelo empregado típico da CLT a fim de poder diferenciá-lo dos demais trabalhadores.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os requisitos legais para tipificação do conceito de “empregado”?
- 2) Quais são os requisitos legais para tipificação do conceito de “empregador”?
- 3) Quais são os requisitos legais para tipificação do conceito de “relação de emprego”?

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

Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹ ensina que “modestamente conceituamos o empregado como uma espécie de trabalhador, subordinado que, com tal ânimo, de forma não eventual e mediante remuneração, coloca pessoalmente a sua força de trabalho à disposição de uma outra pessoa física ou jurídica, em decorrência de um contrato de trabalho”.

Há países como a França que adotam lei trabalhista para os operários (trabalho manual) e para trabalhadores intelectuais. No Brasil, há proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico ou intelectual (art. 7º, XXXII, da CF).

Na conceituação legal da figura do empregado, destacam-se quatro elementos: **i.** prestação de serviços por pessoa física; **ii.** não eventualidade; **iii.** subordinação; e **iv.** onerosidade.

Analisaremos a seguir cada um desses requisitos legais.

O primeiro requisito é a **pessoalidade do empregado**. Isto significa que o trabalho deve ser prestado por pessoa física (pessoa natural). A pessoa jurídica não pode ser considerada como empregado.

Maurício Godinho Delgado esclarece que “os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruído por pessoas jurídicas. Apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica – jamais o empregado”¹².

Alice Monteiro de Barros explica que “o pressuposto da pessoalidade exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com aquiescência do empregador. Resulta daí que empregado é sempre pessoa física”¹³.

Desta forma, são características da pessoalidade na relação de emprego:

- a) **o contrato *intuitu personae*** – o contrato de trabalho é dotado de pessoalidade, isto é, a regra é que a relação de emprego tem como ator principal o empregado (pessoa natural) e não o empregador. Portanto, quanto ao empregador a regra é a impessoalidade, podemos citar como exceções a esta regra: o empregador doméstico e o empregador constituído em empresa individual previsto no art. 483, § 2º;
- b) **infungibilidade** – não pode haver substituição, ou seja, não se pode trocar um empregado por outro, salvo na hipótese de *job sharing* (substituição por pequeno prazo por outro empregado que realiza a mesma função, quando este precisa se ausentar).

Maurício Godinho Delgado sintetiza bem: “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, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da caracterização dos serviços pactuados. Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia, citem-se: substituições propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços; substituições normativamente autorizadas por lei ou norma autônoma. Ex.: férias, licença-gestante, afastamento para cumprimento de mandato

sindical”¹⁴; c) **contrato personalíssimo** – não pode ser delegado a outra pessoa nem a herdeiros e sucessores.

Maurício Godinho Delgado esclarece bem: “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, incidem as normas de suspensão ou interrupção do pacto empregatício, conforme o caso”¹⁵.

O segundo requisito é a **não eventualidade**. A continuidade revela-se pela permanência em certo decurso de tempo do labor prestado pelo empregado ao seu empregador. Continuidade é trabalho dia após dia, a CLT não adotou esta teoria para conceituar empregado, portanto, adota a teoria da permanência, ou seja, basta que o empregado trabalhe no local sem eventualidade. Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, o empregado vincula-se ao empregador por prazo indeterminado.

A CLT tratou o evento de forma negativa, a não eventualidade, enquanto a lei do empregado doméstico fala em *forma contínua*. É necessário que o trabalho tenha caráter de permanência, ou seja, não pode ser esporádico ou eventual.

Maurício Godinho Delgado assim discorre: “A noção de permanência também é relevante à formação sociojurídica 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, não se qualificando como trabalho esporádico”¹⁶.

O terceiro requisito é a **subordinação jurídica**. A palavra subordinação é de etimologia latina e significa *sub*=baixo e *ordinare*=ordenar. Portanto, o seu significado é de submetimento, sujeição, dependência, vocábulo este

último preferido pela CLT.

A doutrina reconhece quatro teorias sobre a subordinação trabalhista: **a) jurídica** (decorre do contrato de trabalho); **b) econômica** (decorre do pagamento do salário); **c) técnica** (decorre do uso dos meios de produção); e **d) social** (decorre da posição social do empregado dentro da empresa como instituição).

A doutrina trabalhista majoritária defende que a teoria predominante é a da **subordinação jurídica**.

Amauri Mascaro Nascimento explica o conceito de subordinação jurídica: “é um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado é se submeter a tais ordens”¹⁷.

Maurício Godinho Delgado explica a relação da subordinação jurídica com o contrato de trabalho: “A subordinação é o pressuposto que ganha maior destaque na formação do tipo legal da relação empregatícia. A subordinação consiste 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. 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”¹⁸.

DICA:

A subordinação jurídica é de forma objetiva e jamais subjetiva. Na forma *objetiva*, ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. De forma *subjetiva*, compreende-se a subordinação como aquela atuante na pessoa do trabalhador.

CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E DO TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE

DA REFORMA TRABALHISTA:

Na atualidade, passamos por uma *crise da subordinação jurídica* e o surgimento de novas formas de relação de trabalho.

O direito espanhol prevê a figura do *autônomo economicamente dependente* e o direito italiano a figura do *trabalhador parassubordinado*.

Amauri Mascaro Nascimento discorre sobre estas novas figuras no direito europeu: “A partir de 1990 o fenômeno do trabalho autônomo despertou maior interesse nos juristas do direito do trabalho europeu. A razão de ser dessa atenção situa-se na precarização desse trabalho, que passou a ser em diversos casos praticado em piores condições que as dos empregos e passou a ser utilizado como uma válvula de escape para sair fora das exigências legais e do custo do trabalho subordinado. As leis sobre contratos de trabalho passaram a ter uma tipologia mais ampla, entendendo-se por contrato de trabalho um gênero com duas grandes áreas, o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, acrescidas, na doutrina italiana, de uma terceira intermediária, o trabalho parassubordinado, na qual foram incluídos diversos novos tipos contratuais como o trabalho contínuo coordenado e de colaboração – que no direito peninsular é considerado trabalho autônomo –, o trabalho a projeto, o *trabalho intermitente ‘a chamada’*, portanto novas técnicas legais de contratação do trabalho pendendo para a esfera do trabalho autônomo. O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado. A Espanha, em 2007, aprovou o Estatuto do Trabalho Autônomo, lei pioneira sobre o tema: Lei n. 20/2007, de 11 de julho, n. 166, o Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE – Boletín Oficial del Estado).

Autônomos economicamente dependentes são assim considerados aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional lucrativa de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, o cliente, do qual auferem ao menos 75% dos seus ganhos, critério objetivo estabelecido pela lei. Portanto, a lei presume que o autônomo que tem a maioria da sua retribuição de trabalho provinda de um só cliente é econômica, mas não juridicamente, dependente, configurando-se a hipótese de autônomo dependente”¹⁹.

ATUALIZE-SE:

A Reforma Trabalhista criou o conceito de trabalhador hipersuficiente no art. 444, parágrafo único, da CLT que será melhor estudado no item 6.2. deste capítulo.

O quarto requisito é a *onerosidade*. A onerosidade revela-se pela remuneração do trabalho executado, não podendo este ser gratuito.

Maurício Godinho Delgado destaca a importância desse requisito para configurar a relação de emprego: “A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Desse modo, o 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 das verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada”²⁰.

PEGADINHA:

O trabalho não oneroso pode ser dividido em: trabalho voluntário (Lei n. 9.608/98) e trabalho religioso.

É importante que o aluno saiba que a ausência de salário estipulado entre as partes não significa que não há onerosidade, pois a onerosidade pode ser tipificada no perfil objetivo ou subjetivo, vejamos nas palavras do mestre Godinho: “No *plano objetivo*, a onerosidade manifesta-se pelo

pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. No *plano subjetivo*, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica conferida pelas partes, uma vez que existem situações próximas a essa figura jurídica onde o trabalhador não possui a intenção econômica como contraprestação pelo serviço oferecido. Ex.: trabalhador voluntário”²¹.

É importante que o aluno memorize os requisitos do conceito de empregado: RECAPITULANDO...

1. PESSOALIDADE;
2. NÃO EVENTUALIDADE; 3. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA; e 4. ONEROSIDADE.

2) Segundo o art. 2º da CLT, considera-se empregador *a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

Portanto, do conceito de empregador encontramos dois requisitos adicionais: alteridade e pessoalidade do empregado na prestação de serviços.

Já estudamos o requisito da pessoalidade do empregado, portanto, será estudado a seguir o quinto requisito, a *alteridade*.

A *alteridade*, conhecida como *ajenidad*, significa que o empregado presta seus serviços sem assunção de qualquer risco, que fica por conta do empregador. Portanto, o empregado trabalha por conta alheia, enquanto o trabalhador autônomo trabalha por conta própria.

Como regra geral, o empregado pode participar dos lucros, mas não pode dividir os prejuízos com o empregador, pois não corre os riscos do negócio. É o quinto requisito de que faltava encontrar o conceito de relação de emprego.

3) Pelo princípio da primazia da realidade, basta a presença de todos os cinco requisitos já estudados acima para configurar a relação de emprego:

i. PESSOALIDADE;

ii. NÃO EVENTUALIDADE;

iii. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA; iv. ONEROSIDADE; e

v. ALTERIDADE.

PEGADINHA:

A exclusividade não é característica da relação de emprego. O empregado pode ter dois empregos ao mesmo tempo, desde que não sejam atividades concorrentes e ocorram em horários distintos. Podemos citar como *exceção*: caso o contrato de trabalho tenha cláusula expressa de dedicação exclusiva.

Por fim, Amauri Mascaro Nascimento faz importante crítica sobre o art. 3º da CLT que acabamos de estudar: “O dispositivo merece ser modernizado porque foi elaborado para um determinado tipo de processo produtivo e de relação de emprego do operário da fábrica, enquanto na sociedade industrial as situações todo dia aparecem na Justiça do Trabalho, nas quais se procura enquadrar o vínculo jurídico num modelo contratual, são as mais variadas e inovadoras”²².

IMPORTANTE:

A doutrina trabalhista majoritária vem reconhecendo vínculo de emprego do policial militar com empresas privadas, se comprovada a existência dos requisitos do vínculo de emprego. Vejamos a posição do Juiz do Trabalho Ivan Alemão²³ que bem sintetiza a polêmica envolvendo o tema: O tema é polêmico. Não é pequeno o número de policiais militares e civis que, aproveitando o tempo de folga na corporação já que trabalham sob escalas, se empregam para executarem serviços de segurança. A própria corporação vem negligenciando o cumprimento desta proibição, o que é justificado socialmente em função dos baixos vencimentos recebidos pelos policiais. Alguns argumentam, até certo ponto com razão, que os

policiais se empregando com finalidade lícita evitam os crimes de corrupção. Ou ainda, melhor legalizar do que marginalizar. Polêmica surge a respeito de que tais trabalhadores devam ter seu contrato de trabalho reconhecido, considerando que há lei vedando o trabalho paralelo do policial para o setor privado. Devemos ressaltar que além desses argumentos, há outras questões não tão favoráveis a estes policiais-trabalhadores. Referimo-nos a um aspecto promíscuo dessa relação e que pode encobrir outros crimes graves e seus responsáveis civis. O policial na condição de segurança de uma empresa privada, como um banco, uma empresa de transporte, uma loja etc., e sem vínculo de emprego reconhecido, geralmente atua do lado de fora do estabelecimento, ou de forma que não seja identificado como tal, objetivando vigiar sem ser notado, além de portar arma de fogo. Sua obrigação é intervir em ocasiões que sugerem furto, infringência de norma ou qualquer outro ato suscetível a ser impedido através de violência. Nas empresas de ônibus, trabalham em pontos, nas proximidades de locais propícios a incidentes, como bailes de final de semana, jogos *etc.* Em outras palavras, é um indivíduo com enorme potencial do emprego de violência, um profissional, porém agindo disfarçadamente. E o pior, sua eventual ação violenta, que pode levar a lesão corporal ou morte de terceiros, não é reconhecida pelo empresário contratante. A não anotação da CTPS ajuda o empresário a não se responsabilizar por qualquer reparação de dano em função de ação indenizatória da vítima. Os policiais, sabedores que estão infringindo a lei, pelo simples fato de empregarem-se, aceitam docilmente trabalhar sem registro. Podemos assim concluir, preliminarmente, que há homens na rua com potencial de violência, financiados por empresários, porém atuando de forma marginal. Consideramos tal fato promíscuo e condenável, antes de mais nada, principalmente quando se desprotege o cidadão, eventual vítima. Apesar de essa relação ser censurável, não podemos porém equiparar tal relação de trabalho com os agentes mafiosos ou pistoleiros,

pois estes atuam em prol do crime, sendo seu contrato totalmente ilícito. Já os policiais, no caso citado, são contratados para prestar um serviço com objeto lícito, pois se não fosse a condição de policial militar, trabalhariam como muitos outros trabalham, na função de segurança (...). Enfim, entendemos que a proibição do policial empregar-se acarreta consequências apenas na Corporação. Não pode o empregador beneficiar-se de tal condição.

Nesse mesmo sentido, o TST já se posicionou sobre o tema na Súmula 386: Súmula n. 386 – TST – Res. 129/2005 – *DJ* 20-4-2005 – Conversão da Orientação Jurisprudencial n. 167 da SDI-1. Policial Militar – Reconhecimento de Vínculo Empregatício com Empresa Privada. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar (ex-OJ n. 167 – inserida em 26-3-1999).

5. CONCEITO DE EMPREGADO E DE EMPREGADOR

O Direito do Trabalho contém regras que regem o trabalho do empregado, seja urbano ou rural.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a diferença do conceito de “trabalhador” e “empregado”?
- 2) Quais são os tipos de trabalhadores não regidos pela CLT? Por quê?
- 3) O que são empregados atípicos? Citar alguns exemplos.

1) *Trabalhador* é gênero. O termo abrange: “todas as formas de trabalho humano”.

Empregado é uma espécie de trabalhador, ou seja, é apenas uma das modalidades de relação de trabalho. O empregado está inserido no gênero “trabalhador”.

Amauri Mascaro Nascimento sustenta a mesma posição: “Se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador será empregado, porque esta palavra tem um sentido técnico-jurídico próprio e está reservada para identificar um tipo especial de pessoal que trabalha”²⁴.

Logo, é possível afirmar, por exemplo, que a Nestlé tem 100 trabalhadores, pois este é o gênero que incluem empregados e demais trabalhadores. Contudo, se afirmamos que a Nestlé tem 1.000 empregados, estamos excluindo os demais trabalhadores como autônomos, eventuais e avulsos.

2) Podemos citar como **exemplos** de trabalhadores: o autônomo, o eventual, o avulso e o voluntário. Estes trabalhadores não são empregados e, portanto, não são regidos pela CLT.

Reflexão:

A Reforma Trabalhista disciplinou sobre o contrato de trabalho

autônomo dentro da CLT (art. 442-B), muito embora não tenha se referido à aplicação de direitos trabalhistas a este trabalhador.

3) A espécie “empregado” pode ser dividida entre **empregados típicos** (previstos na CLT) e **empregados atípicos** (que possuem legislação trabalhista própria, como, por exemplo, o empregado doméstico e o empregado rural).

Maurício Godinho Delgado sintetiza bem: “*Relação de Trabalho*: 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. *Relação de Emprego*: do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configuradas”²⁵.

Trabalhador (gênero)	}	Empregado	}	1.1. Típico (art. 3º da CLT) 1.2. Atípico (legislação específica: rural e doméstico)
		Trabalhador		}

RECAPITULANDO...

Há relação de emprego quando há trabalho prestado por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, sob subordinação jurídica e com alteridade.

6. TIPOS DE EMPREGADO

Veremos nos próximos tópicos os diversos tipos de empregado previstos na CLT: *empregado em domicílio, teletrabalhador, empregado exercente de cargo de confiança e o diretor de sociedade anônima*; e os empregados especiais previstos na legislação trabalhista esparsa: *empregado doméstico e empregado rural*.

6.1 Trabalho a distância: empregado em domicílio e teletrabalhador

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o fundamento legal do trabalho em domicílio? E do teletrabalho?
- 2) Qual é a diferença conceitual entre o trabalho em domicílio e o teletrabalho?
- 3) A costureira que presta serviços em sua casa é teletrabalhadora?
- 4) É necessário formalizar por escrito o regime de trabalho após a Reforma Trabalhista?
- 5) A Reforma trabalhista regulamentou a possibilidade de alteração do contrato de teletrabalho para presencial?
- 6) É do empregador a responsabilidade pelo pagamento dos equipamentos tecnológicos e infraestrutura utilizados pelo teletrabalhador após a Reforma Trabalhista?
- 7) A Reforma Trabalhista regulamentou os riscos de doença e acidente do trabalho no regime de trabalho?
- 8) É possível haver reconhecimento de vínculo de emprego no contrato de teletrabalho?
- 9) O teletrabalhador tem direitos às horas extras?

1) O fundamento legal do trabalho em domicílio são os arts. 6º e 83 da CLT. Não havia legislação trabalhista no Brasil sobre teletrabalho, contudo, a jurisprudência trabalhista vinha aplicando os referidos arts. 6º e 83 da CLT que regulamentam o trabalho em domicílio por analogia *legis*.

Em 2011, a Lei n. 12.551 alterou a redação do art. 6º da CLT reconhecendo expressamente o teletrabalho. Recentemente, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) acrescentou ao Título II da CLT (Normas gerais de Tutela do Trabalho), o Capítulo II-A para regulamentar o regime

do teletrabalho (arts. 75-A a 75-E).

2) O trabalho a distância é gênero que engloba o teletrabalho e o trabalho em domicílio.

O empregado em domicílio é aquele que presta serviços em sua residência ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere, consoante art. 83 da CLT.

Teletrabalho (*tele* vem do grego e significa “*longe*”, distância, e *trabalho* significa “atividade profissional”). O termo é neologismo que significa: o trabalho a distância, com a utilização dos recursos tecnológicos das comunicações e informações, para substituir o deslocamento diário ao lugar de trabalho, na sede da empresa.

É um novo modelo de prestação de trabalho atípico, a distância, descentrado, externalizado e flexível, com o uso dos instrumentos da telemática. Aquele que exerce o teletrabalho é chamado de trabalhador digital ou teletrabalhador.

Os elementos que caracterizam o teletrabalho são: 1) a distância; 2) a não presencialidade; 3) o horário flexível; e 4) o uso dos equipamentos telemáticos”.

A doutrina trabalhista ensina que no teletrabalho, o computador assume a função de instrumento imprescindível de trabalho por numerosas figuras profissionais, a ponto de, em alguns casos, a prestação de trabalho ser executada, exclusivamente, mediante instrumentos da *telemática*.

A Reforma trabalhista definiu o teletrabalho da seguinte forma:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Ivani Contini Bramanti, em sua tese de doutorado na PUC/SP, sobre o tema do teletrabalho²⁶, assim define este novo tipo de trabalho: “O teletrabalho é o trabalho, a qualquer título, realizado a distância, não

presencial, com o uso prevalente das tecnologias telemáticas e jornada flexível”.

Não há motivo para o legislador ter utilizado a expressão “**preponderantemente**” fora das dependências do empregador, pois não há teletrabalho dentro do estabelecimento do empregador.

Na verdade, a intenção do legislador foi afirmar que é possível o teletrabalhador trabalhar um ou dois dias dentro das dependências do empregador, sem descaracterizar o seu regime, desde que a maior parte do tempo o serviço seja externo.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista incluiu o parágrafo único no art. 75-B, vejamos: *Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.*

O teletrabalho como forma de trabalho a distância pode ser realizado no domicílio do empregado, em centros de teletrabalho, remotizado ou móvel.

Ivani Contini Bramanti explica de forma objetiva os vários tipos de elementos topográficos do teletrabalho: “o elemento topográfico ou espacial diz respeito ao local da execução do trabalho, que pode variar segundo a modalidade: teletrabalho a domicílio, teletrabalho remotizado, teletrabalho em telecentros e teletrabalho móvel. No teletrabalho a domicílio, o teletrabalhador não sai de casa para trabalhar. No teletrabalho remotizado, o trabalho é executado em local remoto, distante da empresa, em telecentros ou; em unidades ou escritórios distantes da sede central da empresa ou; em centros satélites, inclusive fora do país. O telecentro é uma estratégia empresarial, decorrente da vaga da reestruturação produtiva e ocupacional, que tem sua lógica na redução dos custos indiretos, na solução do espaço físico e, objetiva assentar o trabalhador em

local perto da sua residência, de modo a evitar o deslocamento e o congestionamento do tráfego, ou colocá-lo perto da clientela. O teletrabalho móvel é aquele executado de forma móvel, no lugar onde estão determinados clientes ou; no hotel; ou no ônibus, carro ou avião caso em que o trabalhador executa as suas tarefas fora da sede da empresa, em constante locomoção, mas em contato permanente com o superior hierárquico, mediante o uso das ferramentas telemáticas”.

No teletrabalho o uso das ferramentas de telemáticas é imprescindível para a realização do trabalho. Ora, sem a utilização das ferramentas de informação e comunicação não é possível o teletrabalho.

Nesse sentido, Ivani Contini Bramanti ressalta bem a exigência de que o teletrabalho seja prestado por instrumentos de telemática: *“o teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância é teletrabalho. O trabalho a distância não é privativo do teletrabalho. Tanto a execução do trabalho quanto a relação e a comunicação entre trabalhador e empresa se dão obrigatoriamente pelos instrumentos da telemática”*.

3) Logo, a costureira não é teletrabalhadora, pois não se utiliza de instrumentos de telemática para seu ofício. Na verdade, a costureira é uma empregada em domicílio, nos termos do art. 83 da CLT.

4) Após a Reforma trabalhista, o contrato de trabalho de teletrabalho passou a ser um contrato solene, uma vez que a Lei n. 13.467/2017 exigiu a sua formalização por escrito, vejamos: *Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.*

5) O legislador reformista previu a possibilidade de alteração do contrato do regime presencial para o teletrabalho, desde que formalizada por escrito e em comum acordo: *Art. 75-C (...) § 1º Poderá ser realizada a*

alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

Em primeiro lugar, ressalte-se que o art. 468 da CLT, que dispõe sobre possibilidade de alteração das cláusulas do contrato de trabalho, não foi alterado pela Reforma Trabalhista.

Logo, indaga-se se não seria tal alteração contratual lesiva ao empregado, uma vez que o art. 62, III, inserido pela Reforma Trabalhista excluiu a este trabalhador o direito ao pagamento de horas extraordinárias?

Caso positivo, o art. 468 da CLT veda alterações contratuais que tragam prejuízos diretos e indiretos ao empregado, sob pena de nulidade desta cláusula.

Em seguida, o legislador reformista, de forma contraditória e confusa, não exigiu o mesmo mútuo consentimento para mudança do regime do teletrabalho para o presencial: *Art. 75-C (...) § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.*

Ora, por que nessa hipótese basta a decisão unilateral do empregador? E por que a formalização por escrito de tal decisão, se não se exige a concordância do empregado? Se o teletrabalhador tiver a intenção de alterar seu regime para o presencial, não seria possível?

Além de não responder a tais indagações, tal disposição afronta novamente o art. 468 da CLT que como já afirmamos não foi revogado pela Reforma Trabalhista. Ora o referido dispositivo exige que qualquer alteração do contrato de trabalho seja sempre por mútuo consentimento e o § 2º do art. 75-C autoriza tal alteração contratual por decisão exclusiva do empregador.

O legislador reformista quis tratar tal alteração como parte do *ius*

variandi do empregador? Ou o legislador reformista tratou tal alteração como benéfica ao empregado?

Nesse sentido, Volia Bomfim Cassar²⁷ afirma que “nesse ponto, o legislador é confuso, pois ao mesmo tempo que permite que a alteração seja unilateral, por determinação do empregador, exige termo aditivo ao contrato. E se o empregado não assinar e não concordar com tal aditivo? A exigência de aditivo neste caso é inócua”

6) *Quanto à responsabilidade pelo pagamento dos equipamentos tecnológicos e infraestrutura, o legislador reformista assim previu:*

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia²⁸ sustenta que “sabendo-se que a empresa corre os riscos do empreendimento e da atividade desenvolvida, conforme mandamento de ordem pública decorrente do art. 2º, *caput*, da CLT, defende-se o entendimento de que a mencionada responsabilidade é do empregador, o que deve ser explicitado em contrato escrito firmado com o empregado”.

Não há polêmica quanto à natureza não salarial de tais parcelas (artigo 75-D, par. único), caso reembolsadas pelo empregador, uma vez que se tratam de instrumentos de trabalho.

7) O legislador reformista incumbiu ao empregador a responsabilidade por instruir os empregados sobre doenças e acidente do trabalho, inclusive com a obrigação de assinar termo de responsabilidade, vejamos: *Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.*

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

8) Quanto à possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego no trabalho em domicílio, a CLT já era expressa no sentido de que seria possível a existência de vínculo de emprego, desde que os requisitos da relação de emprego estivessem presentes (antiga redação do art. 6º da CLT).

A doutrina vem aceitando que a pessoalidade e a subordinação estejam mitigadas, sem descaracterizar o vínculo de emprego. Por outro lado, cuidado, isto não significa que se ambos os requisitos estiverem ausentes haverá vínculo de emprego. Pelo contrário, em tal situação o trabalhador a domicílio será considerado autônomo.

O mesmo entendimento se aplica ao contrato de teletrabalho, vejamos jurisprudência a seguir: “Recurso ordinário do reclamante. Vínculo de emprego. Teletrabalho. Editor esportivo. A nota fundamental do contrato de emprego é a dependência do empregado em relação ao empregador e, ao falar em dependência, o art. 3º da CLT está, inequivocamente, fazendo referência à dependência jurídica, que equivale à subordinação, decorrente do direito do empregador de dispor do trabalho. Daí o direito de comando, que se desdobra nos atos de regulamentar, fiscalizar e orientar o trabalho. No caso dos autos, o autor demonstra ter prestado serviços à demandada na função de editor, em atividades de correspondente esportivo, mediante o preenchimento dos elementos necessários à declaração da relação de emprego. Apelo provido com determinação de retorno dos autos à Origem para análise dos demais pleitos da inicial, sob pena de supressão de instância” (TRT-4ª R., RO 00007958920135040009, 2ª T., j.23-6-2017).

9) A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) exclui os teletrabalhadores submetidos ao regime laboral de teletrabalho das regras relacionadas à duração do trabalho.

De fato, o legislador reformista introduziu novo inciso III no art. 62 da

CLT, de forma a estabelecer a ressalva de que “*os empregados em regime de teletrabalho*” não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista em análise (“Da Duração do Trabalho”).

Maurício Godinho Delgado sustenta que tal regra é apenas uma presunção relativa, cabendo prova em sentido contrário: “A nova regra legal, entretanto, fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ ou extraordinárias, além de intervalos trabalhistas. Trata-se, naturalmente, de presunção relativa – que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário”.

Este assunto será tratado de forma mais minuciosa no Capítulo 6, item 5 (“Do controle de jornada de trabalho”).

6.2 O empregado hipersuficiente da Reforma Trabalhista (art. 444, parágrafo único, da CLT)

PERGUNTA-SE

- 1) Como pode ser entendida a nova figura do empregado hipersuficiente trazida pela Reforma Trabalhista?
- 2) **Quais são os poderes conferidos ao empregado hipersuficiente pelo art. 444, parágrafo único?**
- 3) **Qual é a diferença conceitual adotada pelo legislador celetista no art. 444, parágrafo único e no art. 507, ambas da CLT?**
- 4) Qual a visão da doutrina trabalhista a respeito dessa nova figura?
- 5) **Qual a posição da jurisprudência trabalhista a respeito?**

1) A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) acrescentou o parágrafo único ao art. 444 da CLT com a seguinte redação: *Art. 444 (...) Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às*

hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso do empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (NR)

O empregado hipersuficiente é todo empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Numa interpretação literal e gramatical, estes requisitos são cumulativos para o trabalhador hipersuficiente.

Maurício Godinho Delgado²⁹ afirma que a legislação reformista é discriminatória e traz segregação: “O caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto; ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e leis brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregado perante o mesmo empregador”.

IMPORTANTE:

Não confundir empregado hipersuficiente com alto empregado. Um dos critérios definidores da legislação reformista é o padrão remuneratório, logo é possível que alguém que perceba mais de R\$ 11.000,00 (onze mil reais)³⁰ seja um profissional de nível médio ou um trabalhador intelectual.

Comungando da mesma opinião, Maurício Godinho Delgado³¹ afirma que: “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 e que percebam salário mensal igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.”

2) O empregado hipersuficiente pode negociar livremente seus direitos trabalhistas com o empregador (livre estipulação das relações contratuais), nas hipóteses exemplificativamente arroladas no art. 611-A da CLT, prevalecendo sua negociação individual sobre a lei e as normas coletivas.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia³² sustenta que “objetiva-se autorizar a plena e ilimitada autonomia individual da vontade, em moldes já ultrapassados até mesmo no Direito Civil mais tradicional, quanto a empregados que tenham formação intelectual e maior patamar remuneratório”.

Maurício Godinho Delgado³³ afirma que “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”.

Além disso, Godinho traz importante observação sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho: “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”.

3) Há uma sutil diferença entre o art. 444, parágrafo único, sobre a livre estipulação, e o art. 507-A, sobre a cláusula compromissória, vejamos a redação do artigo 507-A: *Art. 507-A. 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, 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.*

Percebe-se que ambos exigem a faixa salarial acima do dobro do teto da Previdência, mas somente o primeiro exige que o empregado tenha, também, o diploma de ensino superior.

Portanto, há 2 (duas) possíveis conclusões: 1) o legislador reformista cometeu o um erro na redação do artigo 507-A e se esqueceu de acrescentar o critério de ser portador de curso de nível superior ou 2) entendeu que para celebração de cláusula compromissória de arbitragem bastava somente o critério do padrão remuneratório superior aos demais empregados.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva³⁴ faz o seguinte comentário: “Talvez o legislador tenha entendido que a livre estipulação com patamar de negociação coletiva necessite maior discernimento do empregado, mas isso é uma presunção relativa e bastante frágil, mormente se a gente se lembrar da queda livre em que se encontra a qualidade dos bacharelados brasileiros e a proliferação dos cursos vagos, a distância e sem compromisso com o conteúdo. Mas isso pertence a outro âmbito de discussão”.

4) A doutrina trabalhista majoritária tem repudiado essa nova figura do empregado hipersuficiente por razões diversas, conforme será explicitado a seguir.

Maurício Godinho Delgado³⁵ entende que este novo dispositivo afronta as normas constitucionais de forma literal, palmar e direta. Nessa linha de pensamento, aponta os seguintes dispositivos constitucionais como afrontados: proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII) e princípio geral antidiscriminatório (arts. 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput*, da CF).

Godinho afirma também que a norma é discriminatória, vejamos:

“A discriminação, no caso, evidencia-se não apenas em face de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado (aquilatado. critério bastante curioso: quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será), como também a partir de parâmetro econômico modesto, desarrazoado, desproporcional (ganho salarial mensal e 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, imprescindível³⁶”.

Na mesma linha de pensamento, Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁷ entende que a norma não passa pelo crivo de constitucionalidade: “Segundo exigência constitucional, apenas por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo, com a participação do sindicato da categoria profissional em negociação coletiva, é que se permite flexibilizar certos direitos trabalhistas de forma menos benéfica ao empregado (art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, e art. 8º, incisos VI, da Constituição da República). Assim, a autonomia da vontade no âmbito trabalhista, notadamente no plano individual, não pode ser exercida sem limites, em prejuízo aos direitos fundamentais e determinações legais de ordem pública, a serem aplicadas a todos os tipos de empregados, sob pena de afronta aos princípios da igualdade e da legalidade (art. 5º, *caput*, e inciso *II*, da Constituição da República)”.

O supracitado autor³⁸ afirma que o a interpretação conforme a Constituição do art. 444, parágrafo único, da CLT, acrescentando pelo Lei n. 13.467/2017 seria no sentido que “a livre estipulação das relações contratuais de trabalho, mesmo no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, apenas tem validade quando respeitar as previsões legais e negociadas coletivamente e estabelecer patamar superior de direitos trabalhistas”.

5) A jurisprudência trabalhista é escassa ainda tendo vista a recente vigência da reforma trabalhista, contudo a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou recentemente em 2018 enunciados da sua 2ª Jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho.

O enunciado³⁹ sobre o princípio da proteção e trabalhador “hipersuficiente” é no seguinte sentido: *TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. I – O*

parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei n. 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção III da OIT. II – A negociação individual somente pode prevalecer sobre o instrumento coletivo se mais favorável ao trabalhador e desde que não contravenha as disposições fundamentais de proteção ao trabalho, sob pena de nulidade e de afronta ao princípio da proteção (art. 9º da CLT c/c o art. 166, VI, do Código Civil). (Enunciado Aglutinado n. 1 da Comissão 4)

6.3 Altos empregados: o empregado de cargo de confiança

6.3.1 Conceito de cargo de confiança e os seus elementos fático-jurídicos

O empregado exercente de cargo de confiança é aquele da alta hierarquia da empresa, preenchido por empregado depositário de uma confiança especial do empregador. É o caso típico do gerente de empresa.

PERGUNTA-SE

- 1)** Quais são os requisitos legais para tipificação do conceito de “empregado de cargo de confiança”?
- 2)** É obrigatório o “empregado de cargo de confiança” ter procuração?
- 3)** A simples dispensa do controle de frequência caracteriza exercício de “cargo de confiança”?

1) Segundo Mozart Victor Russomano⁴⁰, o cargo de confiança se distingue em quatro tipos: **a)** confiança genérica: presente em todos os contratos de trabalho – é a fidúcia geral do empregador; **b)** confiança específica: é a confiança específica da categoria dos bancários prevista no art. 224 da CLT; **c)** confiança estrita: é a confiança prevista no art. 499 da CLT; e **d)** confiança excepcional: é a confiança do gerente do art. 62, II, da CLT.

Vamos estudar a confiança excepcional prevista no art. 62, II, da CLT:
Art. 62. Não estão abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargo 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%.

Da análise desse dispositivo, verificamos que a CLT não contemplou especificamente uma definição de cargo de confiança, mas somente uma enumeração de alguns cargos típicos do exercício de confiança: *os gerentes, diretores, administradores, chefes de departamento*, com amplos poderes e que ocupam função diretiva na empresa ou estabelecimento, são os também denominados “altos empregados”.

Amauri Mascaro Nascimento ressalta neste ponto que “não há uma definição legal de cargo de confiança, mas sim uma enumeração, não taxativa destes cargos. Entende-se que o cargo de confiança é aquele da alta cúpula administrativa da empresa, cujo exercente tenha o poder de representá-la”⁴¹.

O parágrafo único do referido artigo da CLT determina que o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, não poderá ser inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.

Logo, o empregado que exerce cargo de confiança não está subordinado a horário, sendo assim, está dispensado do controle de frequência, ou seja, não bate cartão de ponto. Por outro lado, este tipo de empregado não tem direito ao pagamento de horas extras, desde que perceba gratificação de função de no mínimo 40% (quarenta por cento).

Conclui-se que para caracterizar o exercício de cargo de confiança é

necessário exercer de fato uma função de gestão e perceber gratificação de função superior a 40% do seu salário efetivo.

Por exemplo, se o empregado perceber um salário de R\$ 10.000,00 e sua gratificação de função for de 20% (R\$ 2.000,00), não respeitando o percentual legal mínimo de 40%, fará jus às eventuais horas extras que porventura laborar durante o contrato de trabalho.

A ausência do pagamento da gratificação de função de no mínimo 40% de acréscimo sobre o salário do cargo efetivo descaracteriza o cargo de confiança, já que os dois requisitos acima apontados devem ser observados cumulativamente.

Nesse sentido, vejamos o Precedente Administrativo n. 49 do Ministério do Trabalho e Emprego: “JORNADA. CONTROLE. GERENTES. O empregador não está desobrigado de controlar a jornada de empregado que detenha simples título de gerente, mas que não possua poderes de gestão nem perceba gratificação de função superior a 40% do salário efetivo. Referência Normativa: art. 62, II e parágrafo único, e art. 72, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

DICA:

É importante lembrar que se aplicam todos os capítulos da CLT aos cargos de confiança, com exceção somente do capítulo da *jornada de trabalho*, conforme já explicado antes.

2) Falta estudarmos o conceito de **função de gestão**.

A Lei n. 8.966/94 alterou a redação do art. 62 da CLT, dispensando a exigência do “mandato legal” para caracterização do cargo de confiança, bastando para tanto a investidura em encargos de gestão, seja de forma tácita ou expressa.

Apesar da denominação usual de “cargo de confiança” para definir o alto empregado, o termo “confiança” tem gerado confusão na interpretação do art. 62, II, da CLT.

A confiança é elemento intrínseco de qualquer contrato de trabalho. O contrato de trabalho não possui razão de existir se não houver confiança entre as partes. Por essa razão, o termo “cargo de confiança” tem sido mal interpretado pelos empregadores. Em geral, atribui-se ao empregado que desenvolve função de maior responsabilidade e com quem se mantém certa afinidade a nomenclatura de “cargo de confiança”.

Não basta que determinado empregado goze de cargo de maior responsabilidade para ser considerado “cargo de confiança”. Para ser dispensado do controle de jornada de trabalho, o empregado deve possuir “cargo de gestão”.

Para a jurisprudência trabalhista, os empregados com encargo de gestão são identificados pelos seguintes aspectos: **a)** autonomia técnica e administrativa; **b)** poder de demitir, admitir e advertir subordinados; **c)** representação da empresa perante terceiros; **d)** ausência de controle de jornada de trabalho; e **e)** responsabilidade pelos atos de gestão.

Por fim, Amauri Mascaro Nascimento critica a doutrina tradicional brasileira sobre cargo de confiança: “A doutrina está desatualizada, o que exerce influência nas decisões dos tribunais, quando não acompanha as transformações organizacionais das empresas e afirma que o exercente de cargo de confiança é o *alter ego* do empregador. Não é mais assim”⁴².

Vejamos a jurisprudência do TST:

Questão de responsabilidade. Cargo de confiança não se confunde com chefia, diz TST.

3) O que caracteriza o cargo de confiança é a responsabilidade atribuída ao empregado pela empresa e não o fato de ele ter ou não de cumprir um horário predeterminado de trabalho. Sob essa afirmação, feita pelo ministro João Oreste Dalazen, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu Recurso de Revista interposto por uma empresa gaúcha. “**O cargo de confiança não se confunde com a mera chefia**”,

explicou o ministro do TST.

O posicionamento resultou na manutenção de decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul). A segunda instância afastou o reconhecimento do cargo de confiança e confirmou a um ex-gerente da Avipal S/A – Avicultura e Agropecuário – seu direito a horas extras.

A questão judicial envolveu a análise do art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O dispositivo exclui do sistema de horas extraordinárias “os gerentes, assim considerados os exercentes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para o efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial”. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que o gerente não terá direito a hora extra quando sua remuneração exceder em mais de 40% o valor do salário básico.

Com base nas normas da CLT, o TRT gaúcho reconheceu que o gerente “era de fato o coordenador das atividades da granja, verificando estoques, controlando pessoal e recomendando até admissões e demissões dos empregados”. Essas circunstâncias foram insuficientes para a caracterização do cargo de confiança pois **“o conteúdo ocupacional é próprio de uma chefia intermediária, nada havendo nos autos que demonstre poderes de gestão ou autonomia organizacional, tampouco administrativa”**. “Por igual, não há quaisquer elementos no processo que comprovem a percepção de gratificação nos moldes do parágrafo único do art. 62 da CLT”, acrescentou o TRT-4.

No Recurso de Revista, a empresa voltou a alegar a viabilidade do enquadramento do trabalhador como ocupante de cargo de confiança. Sustentou que diante do poder de gestão atribuído ao gerente, bem como pela condição de chefia inerente ao cargo ocupado, o trabalhador estava inserido na exceção do art. 62, II da CLT. Em tal classificação, não teria direito a receber hora extra.

A hipótese de violação da legislação trabalhista foi afastada, contudo, pelo voto do ministro Dalazen. O relator considerou o estudo de um especialista sobre o tema e reproduziu a tese de que o detentor de cargo de confiança atua em funções “**cujo exercício possa colocar em risco o próprio empreendimento e a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade**” (RR 100/2001-771-04-00.8, Revista *Consultor Jurídico*, de 21-1-2005).

6.3.2 Cargo de confiança específica: o bancário (art. 224 da CLT)

Vamos estudar a seguir o cargo de confiança específica: o bancário O art. 224 da CLT assegura jornada diária de seis horas para os bancários, excetuando aqueles que exercem cargos de confiança e percebam valor da gratificação não inferior a um terço do salário do cargo efetivo: *Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.*

(...)

§ 2º As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, fiscalização, Chefia e equivalentes, ou que desempenham outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo.

Para fins trabalhistas, não são apenas os trabalhadores das instituições bancárias que são considerados bancários. O Tribunal Superior do Trabalho entende que até mesmo os empregados de empresas de processamento de dados, que prestam serviços de modo exclusivo a banco integrante do mesmo grupo econômico, são bancários, para os fins trabalhistas (Súmula 239).

Em resumo, temos três tipos de bancários:

- a) **bancário não exercente de cargo de confiança** – jornada de 6 horas diárias com intervalo de 15 minutos para alimentação – com direito a horas extras excedentes à 6ª hora diária. Exemplo: caixa bancário, ainda que executivo, segundo a Súmula 102, n. VI, do TST (O

caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta); b) bancário exercente de cargo de confiança bancária – jornada de 8 horas diárias com intervalo mínimo de 1 hora para alimentação – com direito somente a horas extras excedentes à 8ª hora diária, uma vez que a 7ª e 8ª horas diárias são remuneradas pela gratificação de função de 1/3, conforme a Súmula 102, ns. II e IV, do TST (II – O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis. (...) IV – O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava); c) bancário exercente de cargo de confiança geral – jornada de 8 horas diárias com intervalo de 1 hora para alimentação – sem direito a nenhuma hora extraordinária, uma vez que se trata de cargo de confiança regido pelo art. 62, II, com gratificação de função de 40%, conforme a Súmula 287 do TST (Caracterizado o exercício de gerência geral, é presumível a existência de poderes de gestão e, conseqüentemente, não são devidas as horas extraordinárias).

IMPORTANTE:

Os Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país têm instaurado inúmeros debates acerca da questão relativa ao deferimento ou não de horas extras ao gerente-geral de agência. A Súmula 287 do TST firmou entendimento de que o exercício de tal cargo faz presumir o desempenho de função de alta fidúcia, retirando de tais funcionários o direito de receber horas extras. Considerando esta presunção relativa de ocupação de cargo de gestão pelos “gerentes-gerais de agência”, é plenamente possível demonstrar em juízo – mediante produção de prova principalmente testemunhal – que tais empregados, de fato, não desempenham atribuições de alta fidúcia, o que lhes permitirá o recebimento de horas extras após a oitava diária.

6.4 Diretor estatutário de Sociedade Anônima

Neste tópico, iremos estudar o contrato de trabalho do Diretor de Sociedade Anônima, cujo tema foi objeto da minha tese de mestrado na PUCSP e publicada como livro⁴³.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são as formas de recrutamento de Diretores na Sociedade Anônima?
- 2) Na hipótese de recrutamento interno, o que acontece com o contrato de trabalho do empregado eleito Diretor de Sociedade Anônima? Qual é a tese que prevaleceu no Tribunal Superior do Trabalho até hoje?
- 3) Quais são os direitos trabalhistas do empregado eleito Diretor de Sociedade Anônima?

1) Nas últimas décadas, as formas de recrutamento dos dirigentes das sociedades comerciais passaram por diversas fases: o *dirigente-fundador*, o *dirigente-sucessor* e o *dirigente profissional*.

Os dois primeiros tipos de dirigentes são típicos *administradores patrimoniais* de empresas constituídas sob a forma de sociedade de pessoas. Já o *administrador profissional* surgiu com a Sociedade Anônima, que trouxe um novo modelo de sociedade (sociedade de capitais) e de administração (propriedade desvinculada da administração).

A princípio, esse novo tipo de dirigente não proprietário passou a ser recrutado externamente à companhia. Com o crescimento das companhias e o aumento da sua complexidade administrativa, passou a ser recorrente o recrutamento de empregados internamente à sociedade para exercer a função de administrador profissional.

O Diretor da Sociedade anônima pode, portanto, ser recrutado de duas formas: externamente ou internamente à Companhia.

2) Quanto à natureza jurídica do vínculo do empregado recrutado internamente para ser eleito Diretor Estatutário com a Sociedade Anônima, a evolução da doutrina trabalhista foi curiosa.

Os grandes mestres do Direito do Trabalho se dividiram em quatro posições diferenciadas: **1.** da teoria da extinção do contrato de trabalho – Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino; **2.** da teoria da suspensão do contrato de trabalho – Délio Maranhão e Arnaldo Süssekind; **3.** da teoria da interrupção do contrato de trabalho – Evaristo de Moraes; e **4.** da teoria da manutenção do contrato de trabalho – Antero de Carvalho e

Octávio Bueno Magano.

A primeira posição interpretativa está bem enfatizada por *Mozart Victor Russomano* e *José Martins Catharino*. Ambos entendem 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.

Mozart Victor Russomano entende que a elevação do empregado ao patamar de efetivo Diretor Estatutário da Sociedade Anônima provoca a extinção de seu antigo contrato de trabalho, dada a incompatibilidade dos cargos: “ninguém pode ser, simultaneamente, empregado e empregador na Sociedade Anônima”.

Russomano entende que o art. 499 da CLT refere-se ao Diretor empregado, exercente de cargo de confiança, que não possui poderes estatutários, ou seja, não foi eleito Diretor Estatutário pela Assembleia Geral ou Conselho de Administração: “não se pode, com base nessa norma, que o Diretor Estatutário seja considerado empregado de confiança”.

José Martins Catharino defende a tese da extinção do contrato de trabalho na mesma linha que Russomano. Registre-se que Catharino reconhece a existência de subordinação, mas entende que, no plano jurídico, a intensidade de colaboração acaba suplantando a subordinação, como consequência jurídica de ter assumido legalmente a posição de empregador, como órgão legal da própria pessoa jurídica. É fenômeno da “rarefação da subordinação”.

É interessante notar que essa afirmação de “trabalhadores quase autônomos” é atualmente entendida por alguns doutrinadores no contexto das novas relações de trabalho como “trabalhadores parassubordinados” pela legislação italiana e “trabalhadores autônomos dependentes” pela legislação espanhola.

A segunda posição entende que a alteração qualitativa no *status* da

pessoa física do antigo empregado na empresa não chega a provocar a extinção do contrato de trabalho. Contudo, a incompatibilidade de situações jurídicas provocaria a *suspensão* do contrato de emprego. É defendida por Délio Maranhão e Arnaldo Süssekind, sendo a teoria que prevaleceu no Tribunal Superior do Trabalho por meio da Súmula 269 editada em 1988, com diversas jurisprudências apoiadas nesse entendimento até hoje.

De acordo com a **Súmula 269 do TST**, somente quando a eleição do empregado para cargo de Diretor configurar uma simulação em fraude à lei é que não se verificará a suspensão do contrato de trabalho, *in verbis*: *O empregado eleito para ocupar cargo de Diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.*

Uma terceira vertente – interpretativa – entende que é mera *interrupção da prestação de serviços* de modo que o período despendido na Diretoria é computado no tempo de serviço do empregado. É defendida por Evaristo de Moraes, que entende que o contrato de trabalho fica interrompido, já que o tempo de serviço é computado para todos os efeitos legais.

A quarta posição, defendida *por Antero de Carvalho e Octávio Bueno Magano*, sustenta que a eleição do Diretor Empregado ao cargo estatutário não altera a sua situação jurídica de empregado, não perdendo os direitos trabalhistas inerentes a essa condição.

3) Desta forma, a posição doutrinária e jurisprudencial hoje dominante é que o Diretor de Sociedade Anônima recebe honorários pela administração da empresa (*pro labore*) e não tem nenhum direito trabalhista, pois seu contrato de trabalho é suspenso (Súmula 269 do TST). Além disso, a Lei n. 10.208/2001 facultou ao empregador o depósito de FGTS para o Diretor de empresa.

PEGADINHA:

Em caso de prova de existência da subordinação jurídica, caracterizando fraude trabalhista, o Diretor fará jus a todos os direitos trabalhistas como empregado.

RESUMO

O trabalho prestado pelo Diretor Estatutário na administração da Sociedade Anônima possui todas as demais características típicas da relação de emprego, exceto a *subordinação jurídica*.

O Tribunal Superior do Trabalho optou na teoria da suspensão do contrato de trabalho, contudo, havia três outras teorias (extinção, interrupção e manutenção) que procuravam explicar a nova relação jurídica que se formava quando um empregado de carreira era elevado ao cargo mais alto da sociedade anônima: Diretor Estatutário.

No entendimento dominante do Tribunal Superior do Trabalho, se o empregado foi eleito Diretor, o seu contrato de trabalho deverá ser suspenso pelo empregador, enquanto durar seu mandato (Súmula 269 do TST). Portanto, a presença da subordinação típica da relação de emprego é de suma importância para distinguir a relação do Diretor empregado para o Diretor não empregado.

O Diretor Estatutário não tem nenhum direito trabalhista, salvo FGTS de forma optativa. O Diretor tem somente direito ao pagamento de *pro labore*.

Caso o aluno tenha interesse em aprofundar o seu conhecimento sobre a natureza jurídica do contrato do Diretor de Sociedade Anônima, recomendo a leitura do meu artigo “A natureza jurídica do vínculo do Diretor Estatutário de Sociedade Anônima”⁴⁴, cujos trechos principais reproduzirei a seguir.

DICA:

Na atualidade, discute-se a necessidade da reconstrução dogmática do Direito do Trabalho, principalmente no tocante à evidência do seu critério definidor: a subordinação jurídica. Neste novo contexto, é imperiosa a revisão da Súmula 269 do TST e a busca de novas alternativas de tutela para o Diretor por meio de um diálogo entre o Direito Comercial e o Direito Trabalhista.

Luiz Carlos Amorim Robortella é um dos autores atuais que defendem a revisão da Súmula 269 do TST: “As efetivas diferenças entre trabalhadores devem ser levadas em conta pelo sistema jurídico e pelo magistrado. Só assim se recuperará a essência dogmática do direito do trabalho, que é a tutela dos desprotegidos em face do poder da empresa capitalista”.

As relações de trabalho mudaram e novos paradigmas surgiram no mercado de trabalho mundial, sendo impossível conceber novas relações de trabalho, inclusive o regime jurídico do Direito Estatutário, somente sob a ótica dos conceitos genéricos e abstratos de empregador e empregado, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT.

As sociedades modernas mudaram e novos paradigmas surgiram também com a Sociedade Anônima, já sendo possível identificar fortes impactos à teoria da natureza contratualista das sociedades.

Robortella defende a existência de uma relação exclusivamente societária amparada pela legislação das sociedades anônimas: “Diretores da sociedade, sujeitos apenas ao Conselho de Administração, com os mais amplos poderes de gestão, não podem ser confundidos com o trabalhador subordinado. É necessário oferecer segurança jurídica e imprimir coerência ao sistema, mediante harmonização das normas tutelares trabalhistas com o novo direito de empresa do Código Civil de 2002”.

Otávio Pinto e Silva aponta expressamente que na doutrina italiana já existe a tendência de se entender que o Diretor Estatutário poderia ser tratado como trabalhador parassubordinado: “Também é possível a parassubordinação na relação jurídica que une a sociedade e o administrador por ela contratado, desde que a situação de fato se enquadre nos requisitos legais, não resvalando para um vínculo de emprego”.

Fábio Konder Comparato, apoiado nos ensinamentos de Berle e Means, defende que o problema fundamental da economia moderna não é mais a

titularidade da propriedade, mas o controle sobre ela. Segundo esse autor, a Sociedade Anônima foi concebida como uma sociedade contratual, ou seja, originada da vontade dos acionistas, devendo seus interesses ser os únicos perseguidos pela companhia. No sentido oposto, o desenvolvimento da sociedade anônima resultou no fortalecimento do grupo de controle da administração da companhia, rompendo com o paradigma contratual.

É importante destacar que o administrador, porém, pode não ser o titular do poder de controle originário sobre a empresa, mas, sim, alguém eleito para exercer, derivadamente, o poder de controle.

Nesse sentido, Comparato alerta que a grande novidade trazida pela sociedade acionária foi a possibilidade de concentrar o poder econômico, desvinculando-o da propriedade e da responsabilidade pessoal. É um autêntico direito constitucional da atividade econômica, no setor privado.

Orlando Gomes, ao refletir sobre o futuro do Direito do Trabalho em artigo publicado em 1979, já afirmava que o surgimento das sociedades de capitais provocaria profundos impactos na composição do patronato e do proletariado: “O efeito dessas transformações sobre a estrutura das duas classes, o patronato e o proletariado, faz-se sentir sob a forma de um obscurecimento de sua linha demarcatória, do qual resulta certa confusão se o critério de caracterização das classes continua a ser aquele que foi definido por Marx, vale dizer, a posição do indivíduo no processo de produção”.

De forma brilhante e inovadora para a época, Orlando Gomes critica a aplicação de forma ampla dos direitos trabalhistas a tais administradores, pois entende que todos os direitos da legislação trabalhista foram inseridos em virtude de uma condição econômica e social que esses dirigentes não possuem.

Neste aspecto, Orlando Gomes enfatiza que “as vantagens trabalhistas conquistadas ao longo dos anos são indiferentes a tais administradores, por

isso que a maioria delas não lhes interessa dado o alto padrão de vida que desfrutam. Outras são incompatíveis com a própria natureza dos cargos que ocupam e a função de confiança que exercem”.

Orlando Gomes esclarece que a questão não é só a ausência da propriedade, é a necessidade de conhecimento técnico para administrar a empresa: “Ainda quando exerçam, de direito, a gestão da sociedade, em razão do número de ações que possuem, a alavanca de comando está nas mãos de técnicos, cuja autoridade provém da necessidade de ação”.

De forma precursora para a época, o autor inova ao propor novos termos como o “patronato difuso” e prever que não haverá mais luta de classes, mas sim “luta de categorias”: “A luta de classes, isto é, o antagonismo entre donos de meios de produção e locadores de força-trabalho, entre os detentores da riqueza e os trabalhadores, converte-se em luta de categorias. Os vínculos de trabalho que vigoram numa empresa não traduzem mais aquela oposição entre o trabalhador e o patrão-proprietário, mas cobram novo sentido. O operário se encontra frente a um patronato difuso, cuja ação se fez sentir por intermédio de empregados categorizados que comandam a vida da empresa e constituem a burocracia dirigente, que não expropria, mas não pode ser expropriada”.

É digna de admiração acadêmica referido artigo científico de Orlando Gomes, uma vez que inovadora e pioneira para sua época ao prever que os administradores é que deterão o poder no futuro das relações de trabalho, e com tal soma de poder, surgiria a oligarquia dos gerentes, formada pelos melhores profissionais técnicos do mercado: “contra eles, e não contra os proprietários, declarar-se-á a oposição dos trabalhadores, porque são eles que se oporiam e resistiriam às suas reivindicações”.

Orlando Gomes traz importante contribuição sobre o tema ao defender que a criação de uma nova figura de natureza híbrida denominada pelo autor “Patrão-Empregado”.

A substituição do patrão-proprietário pelo patrão-empregado, ou patrão-anônimo, conhecida na atualidade como o fenômeno da despersonalização do empregador, processou-se através da institucionalização das empresas mais importantes em sociedades por ações.

O surgimento da Sociedade Anônima e do Diretor Estatutário é reflexo da evolução de ambos os ramos do Direito e da necessidade de uma nova visão interdisciplinar: o Direito do Trabalho Empresarial.

6.5 Empregado doméstico

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a origem histórica do trabalho doméstico?
- 2) Como foi a evolução legislativa dos direitos do empregado doméstico?
- 3) Quais são os requisitos legais para tipificação do vínculo de trabalho “doméstico”?
- 4) A diarista que presta serviços duas vezes por semana pode ser caracterizada como empregada doméstica?
- 5) **As mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista se aplicam ao empregado doméstico?**

1) Pamplona e Villatore lembram que o trabalho doméstico remonta à escravidão: “O marco inicial do trabalho doméstico no Brasil surgiu com a chegada dos primeiros escravos africanos, capturados para trabalhar na lavoura, e também nos grandes casarões dos senhores de engenho. (...) Após a abolição da escravatura, muitos ex-escravos acabaram permanecendo nas terras, em troca de local para dormir e comida para poder sobreviver, porém, agora não mais como escravos e sim como domésticos”⁴⁵.

2) A evolução legislativa do trabalho doméstico foi tardia. Até o ano de 1972, os domésticos não possuíam nenhum direito trabalhista, uma vez que a CLT no seu art. 7º, *a*, excluía estes trabalhadores da sua aplicação. Vejamos: *Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não*

se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Em 1972, foi aprovada lei especial para regulamentar os direitos dos domésticos: a Lei n. 5.859/72.

Em 1988, a Constituição Federal (art. 7º, parágrafo único) ampliou os direitos do empregado doméstico, contudo não foram equiparados aos trabalhadores urbanos e rurais.

O grande salto de cidadania para os domésticos veio em 2013 com a publicação da Emenda Constitucional n. 72 que ampliou o rol de direitos trabalhistas previsto no parágrafo único do art. 7º. Entretanto alguns dos direitos trabalhistas necessitavam de regulamentação por lei complementar. Logo, em 2015 foi aprovada a Lei Complementar n. 150.

A Lei Complementar n. 150/2015 revogou expressamente a antiga Lei n. 5.859/72 (art. 46 da LC n. 150/2015).

IMPORTANTE:

A partir de 1º-6-2015, a legislação aplicável ao empregado doméstico passou a ser a EC n. 72/2013 e LC n. 150/2015.

FIQUE DE OLHO:

Na 100ª reunião da OIT, em julho de 2011, em Genebra, foi aprovada a Convenção n. 189 sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. Contudo ela ainda não foi ratificada pelo Brasil.

A Convenção trata somente do trabalhador doméstico com vínculo de emprego e aplica-se somente a esta categoria (arts. 1º e 2º). Estão excluídas da aplicação desta norma internacional as trabalhadoras eventuais, quais sejam, as diaristas (art. 1º).

3) A revogada Lei n. 5.859/72 conceituava o empregado doméstico como aquele que: “presta serviços continuados, de natureza não econômica, à pessoa ou à família, no âmbito residencial”.

A Lei Complementar n. 150/2015 manteve o mesmo conceito de empregado doméstico da Lei n. 5.859/72, contudo foi mais objetiva com relação ao requisito da continuidade. Vejamos o conceito de empregado doméstico no seu art. 1º, abaixo: *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.***

IMPORTANTE : PERCEBE-SE QUE A ÚNICA DIFERENÇA CONCEITUAL É QUE A LEI COMPLEMENTAR N. 150/2015 FOI MAIS ESPECÍFICA QUANTO AO REQUISITO DA CONTINUIDADE, DEIXANDO CLARO QUE CONTÍNUO SERÁ O TRABALHO PRESTADO POR MAIS DE 2 (DOIS) DIAS DA SEMANA.

Podemos citar como exemplos de empregados domésticos: a babá, o copeiro, o motorista particular, o cozinheiro, a empregada doméstica, o jardineiro e o caseiro.

Desta forma, da análise legal do conceito de empregado doméstico, podemos identificar 4 (quatro) requisitos descritos a seguir: **i.** continuidade (trabalho prestado por mais de 2 (dois) dias da semana); **ii.** finalidade não lucrativa dos serviços; **iii.** prestação de serviços à pessoa física ou família; e **iv.** no âmbito residencial e suas extensões (casas de praia, chácaras, casa de campo).

Vamos explicar a seguir cada uma dessas características.

i. Continuidade: a lei do doméstico escolheu termo diferenciado “continuidade” em vez de “não eventualidade” do empregado da CLT (art. 3º da CLT). Qual é o impacto desta expressão?

Há duas correntes doutrinárias sobre o tema.

A primeira corrente entende que a diferenciação semântica é irrelevante, portanto, o diarista doméstico seria empregado.

Nesse sentido, Octávio Bueno Magano: “a lavadeira que presta serviços

uma vez por semana, não sendo trabalhadora eventual, deve ser tida como empregada doméstica”⁴⁶.

A segunda corrente entende que o legislador, ao não utilizar a expressão consagrada de “não eventualidade”, fez claramente uma distinção entre as figuras jurídicas do empregado doméstico e da diarista. Desta forma, para esta corrente, é exigida a “[continuidade na prestação de serviços](#)”. Autores nesta linha: Isis de Almeida, Aloysio Santos, Reinaldo Santos, Valentin Carrion, Evaristo de Moraes, entre outros.

Alice Monteiro de Barros defende a segunda corrente nos seguintes termos: “É necessário que o trabalho executado seja seguido, não sofra interrupção. Portanto, um dos pressupostos do trabalho doméstico é a continuidade, inconfundível com a não eventualidade exigida como elemento da relação jurídica advinda do contrato de emprego firmado entre empregado e empregador, regido pela CLT. Ora, a continuidade pressupõe ausência de interrupção, enquanto a não eventualidade diz respeito ao serviço que se vincula aos fins normais da atividade da empresa. Logo, se a não eventualidade é uma característica que não depende do tempo, o mesmo não se pode dizer da continuidade, já que a interrupção tem natureza temporal. Assim, não é doméstica a trabalhadora de residência que lá comparece em alguns dias da semana, por faltar na relação jurídica o elemento continuidade”⁴⁷.

IMPORTANTE:

Com a promulgação da Lei Complementar n. 150/2015, não há mais dúvidas, pois o legislador deixou claro que contínuo será o trabalho prestado por mais de 2 (dois) dias da semana. Portanto, a polêmica sobre o alcance do requisito da “continuidade” foi dirimida com a Lei Complementar n. 150/2015.

4. A diarista é trabalhadora eventual que presta serviços domésticos em várias residências de forma autônoma. A partir da Lei Complementar n.

150/2015, se a diarista prestar serviços domésticos mais de 2 (duas) vezes por semana para a mesma pessoa física ou família poderá ser configurado vínculo de emprego.

Rodolfo Pamplona Filho e Marco Antônio César Villatore já adotavam esta posição bem antes da publicação da LC n. 150/2015: “As diaristas não podem ser consideradas empregadas domésticas, tendo em vista que um dos requisitos indispensáveis para a sua caracterização é a presença da continuidade na prestação de trabalho, pelo que somente podem ser consideradas trabalhadoras autônomas”⁴⁸.

Maurício Godinho Delgado confirma o entendimento de que a diarista é trabalhadora eventual: “A diarista configura trabalhadora eventual doméstica quando labora em distintas residências, vinculando-se a cada uma delas apenas uma ou duas vezes por semana, por quinzena ou por mês”⁴⁹.

Nesse sentido a jurisprudência trabalhista já vinha reconhecendo vínculo de emprego doméstico somente quando o trabalhador prestava serviços por mais de 2 (duas) vezes durante a semana.

A partir da Lei Complementar n. 150/2015, se a diarista prestar serviços domésticos mais de 2 (duas) vezes por semana para a mesma pessoa física ou família poderá ser configurado vínculo de emprego. A recente jurisprudência é pacífica nesse mesmo sentido, vejamos: **RELAÇÃO DE EMPREGO. FAXINEIRA. TRABALHO AUTÔNOMO**. Não é doméstica a faxineira de residência, que nela comparece dois dias na semana, por faltar ao liame o elemento continuidade. (Sentença mantida) (TRT-17 – RO: 00013852220165170002, rel. Sônia das Dores Dionísio Mendes, Data de Julgamento: 06-09-2018, Data de Publicação: 17-09-2018).

EMPREGADO DOMÉSTICO. PRESTAÇÃO LABORAL. CONTINUIDADE. Antes do advento da EC 72/2013 a continuidade só se caracterizava se a prestação laboral fosse superior a três dias por semana. A EC 72/2013 deu nova redação ao parágrafo único do art. 7º da Constituição da República para assegurar aos trabalhadores domésticos o direito à “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro

semanais” (CRFB, art. 7º, XIII), de forma que mais da metade passou a significar mais de 22 horas semanais. Finalmente, a LC 150/2015 dispôs que empregado doméstico é “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” (art. 1º). Portanto, a partir de 1º/6/2015, a continuidade se caracteriza se houver prestação laboral por mais de dois dias por semana (TRT18, ROPS – 0010633-68.2018.5.18.0081, rel. Mario Sergio Bottazzo, 3ª TURMA, 28/09/2018).

ii. Finalidade não lucrativa: os serviços prestados não podem ter finalidade lucrativa para o tomador de serviços (empregador doméstico). É uma atividade de mero consumo, não produtiva. O valor do trabalho doméstico é de **USO** e jamais valor de **TROCA**.

Por exemplo: uma faxineira num pensionato não é empregada doméstica e sim empregada urbana, pois o pensionato desenvolve atividade econômica.

Descaracteriza-se o trabalho doméstico quando o empregado auxilia no serviço lucrativo do patrão ou há exploração de atividade econômica no local de trabalho.

Por exemplo: uma cozinheira que, além de auxiliar a preparar refeições para a família, auxilia a sua patroa para preparar doces para venda no seu trabalho.

Alice Monteiro de Barros explica que “na hipótese de haver atividade lucrativa, seja na residência urbana, onde o proprietário mantenha, por exemplo, uma pensão, seja na chácara, com a comercialização de produtos, concorrendo o trabalhador com seu serviço, para essas atividades, perderá sua condição de doméstico e será enquadrado como empregado urbano”⁵⁰.

iii. Prestação de serviços a pessoa física ou família: não é possível a pessoa jurídica ser empregadora doméstica, pois esta é sempre pessoa física ou família.

Por exemplo: a faxineira que presta serviços diários para escritório de

advocacia não é empregada doméstica e sim empregada urbana, pois o escritório de advocacia é pessoa jurídica, além de exercer finalidade econômica, incompatível com o emprego doméstico.

Maurício Godinho Delgado⁵¹ entende que é possível haver vínculo de empregado doméstico com faxineira em república de estudantes, já que há um grupo unitário de pessoas físicas, atuando em interesse individual de consumo.

Há personalidade do empregador doméstico, sendo assim, se houver morte do empregador, o contrato se extingue, a não ser que haja continuação da prestação de serviços à família. Não se aplica o instituto da sucessão trabalhista, tendo em vista esta relativa personalidade do empregador doméstico.

Alice Monteiro de Barros sustenta o mesmo posicionamento: “Dadas as peculiaridades existentes no âmbito familiar, o qual não se confunde com a empresa, e considerando ainda o fato de ser o doméstico trabalhador de alta confiança, encarada sob um prisma mais amplo, em que se sobressai a característica de personalidade do ajuste, a jurisprudência não tem admitido a sucessão trabalhista na hipótese de morte do empregador, embora reconheça que os herdeiros devam responder pelos direitos, porventura, não atendidos por aquele”⁵².

Dada a exigência de personalidade do empregador doméstico, a jurisprudência do TST tem entendido que não é exigido que o preposto para representá-lo na Justiça do Trabalho seja empregado, nos termos da Súmula 377 do TST, vejamos o seu teor: *“Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006”*.

Logo, qualquer membro da família poderá representar o empregador

doméstico na Justiça do Trabalho. Alguns autores entendem até que o empregador doméstico pode ser representado por um preposto credenciado, como, por exemplo, o mordomo ou governanta. No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros⁵³.

Dada a existência de pessoalidade na relação de emprego doméstico e a prestação de serviços em ambiente familiar, há grande preocupação dos empregadores domésticos com os eventuais atos ilícitos praticados pelos empregados domésticos. Por esse motivo, a Lei n. 7.195/84 dispõe sobre a responsabilidade civil das Agências de Empregados Domésticos, nestes termos: *Art. 1º As agências especializadas na indicação de empregados domésticos são civilmente responsáveis pelos atos ilícitos cometidos por estes no desempenho de suas atividades.*

A referida lei prevê também que no ato da contratação, a agência firmará compromisso com o empregador, obrigando-se a reparar qualquer dano que venha a ser praticado pelo empregado doméstico, no período de um ano.

iv. Âmbito residencial da prestação de serviços: os serviços são prestados no âmbito residencial do empregador. Não abrange somente a moradia do empregador, mas também a casa de campo, a casa de praia, além de outras extensões da residência do empregador doméstico.

Alice Monteiro de Barros lembra que “o conceito de empregado doméstico se estende aos empregados que prestam serviços nas dependências ou em prolongamento da residência, como o jardineiro, o vigia, o motorista, o piloto ou marinheiro particular, os caseiros e zeladores de casas de veraneio ou sítios destinados ao recreio dos proprietários, sem qualquer caráter lucrativo”⁵⁴.

PEGADINHA:

O Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, regulamentou os artigos 3º, alínea *d*, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho

(OIT), que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação. Em relação ao trabalho doméstico, este ficou proibido para menores de 18 anos.

A Lei Complementar n. 150/2015 reproduziu esta proibição no art. 1º, parágrafo único: *Art. 1º (...) Parágrafo único. É vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção n. 182, de 1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008.*

5) A doutrina trabalhista tem sido silente sobre a questão de aplicabilidade da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) ao empregado doméstico.

Maurício Godinho Delgado⁵⁵ é um dos poucos autores que se manifesta explicitamente sobre a questão afirmando que não se aplicam as mudanças da Reforma Trabalhista ao doméstico, vejamos: “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 socio jurídica especial, regulada por legislação especial. Todos os avanços normativos efetivados com respeito a essa categoria especificada de trabalhadores foram realizados por diplomas e regras especiais – todos, agregando direitos, paulatinamente, aos trabalhadores domésticos, até o ápice da LC n. 150/2015”.

Além disso, o supracitado autor afirma que “na Teoria Geral do Direito o critério de 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)”.

Em suma, a posição do autor é clara no sentido de não se aplica nenhum dispositivo da reforma trabalhista ao empregado doméstico e finaliza sua argumentação jurídica sustentando que: “não há sentido em passar a se

aplicar à categoria regras novas restritivas de direitos, oriundas da legislação trabalhista em geral (a CLT reformada), com o claro intuito de diminuir, ainda mais, os direitos da categoria doméstica (ilustrativamente: contrato de intermitente; divisão em três parcelas das férias domésticas; etc.)”.

Quanto à disposição expressa do art. 19 da LC n. 150/2015 que determina a aplicação meramente *subsidiária* da CLT aos contratos de trabalho domésticos, Maurício Godinho Delgado sustenta que “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 a aplicação subsidiária para diminuir o leque normativo de proteção trabalhista sobre certa categoria profissional”.

Por fim, alguns autores têm se manifestado em eventos acadêmicos, no sentido de aplicação de alguns dispositivos da reforma trabalhista ao doméstico com fundamento no art. 19 da LC n. 150/2015, tais como trabalho intermitente, jornada a tempo parcial, dentre outros.

A Anamatra não se manifestou sobre este ponto em sua 2ª Jornada de Direito Individual e Processo do Trabalho realizada recentemente em 2018.

6.5.1 Direitos trabalhistas do empregado doméstico

Em 1943, com o advento da CLT, muito se especulou sobre novos direitos do empregado doméstico, entretanto o art. 7º assinalou de forma categórica a sua não incidência nos contratos dos trabalhadores domésticos.

Em 1972 foi publicada a Lei n. 5.859 que foi considerada um marco na história do empregado doméstico. Pela primeira vez uma lei especial era

dirigida a esses trabalhadores, entretanto ela garantia direitos trabalhistas mínimos: férias de 20 dias úteis, obrigatoriedade da filiação do empregado à Previdência Social e anotação obrigatória na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS.

Em 1988, a Constituição Federal garantiu novos direitos trabalhistas ao doméstico no art. 7º, parágrafo único, além dos direitos previstos na legislação especial. Em 2013 foi aprovada a Emenda Constitucional n. 72 que alterou a redação do referido parágrafo para ampliar o rol de direitos trabalhistas dos empregados domésticos. Explicaremos a seguir esta evolução constitucional histórica dos direitos trabalhistas dos domésticos: Segundo a ANTIGA redação do **art. 7º, parágrafo único, da CF**, a empregada doméstica fazia jus somente aos direitos previstos nos *incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV*, bem como a sua integração à previdência social. Vejamos quais eram esses direitos: **a)** salário mínimo (*inciso IV*); **b)** irredutibilidade salarial (*inciso VI*); **c)** 13º salário (*inciso VIII*); **d)** gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (*inciso XV*); **e)** repouso semanal remunerado (*inciso XVII*); **f)** aviso prévio de no mínimo trinta dias (*inciso XVIII*); **g)** licença-gestante de cento e vinte dias (*inciso XIX*); **h)** licença-paternidade (*inciso XXI*); **e i)** aposentadoria (*inciso XXIV*).

Com a nova redação do **art. 7º, parágrafo único, da CF**, a empregada doméstica passou a ter novos direitos trabalhistas, vejamos a sua redação final em vigor após a EC n. 72/2013: Art. 7º (...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, **VII**, VIII, **X**, **XIII**, XV, **XVI**, XVII, XVIII, XIX, XXI, **XXII**, XXIV, **XXVI**, **XXX**, **XXXI** e **XXXIII** e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Os incisos acima destacados em negrito são os novos direitos

trabalhistas concedidos aos empregados domésticos pela EC n. 72/2013, a saber: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia do tempo de serviço; VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

A Lei Complementar n. 150 regulamentou efetivamente diversos direitos e garantias aos empregados domésticos aplicáveis aos demais

tipos de empregado, passando-se, ainda, a considerar a aplicabilidade subsidiária da CLT.

IMPORTANTE:

A Lei Complementar n. 150/2015 é um marco histórico para os empregados domésticos no Brasil.

RECAPITULANDO...

Direitos aplicáveis aos domésticos na Constituição Federal		Direitos não aplicáveis aos domésticos (excluídos da EC n. 72/2013)
Redação anterior da CF de 1988	Redação da EC n. 72/2013	
<p>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 sua vinculação para qualquer fim; VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XV – DSR, preferencialmente aos domingos; XVII – gozo de férias + 1/3;</p>	<p>II – Seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; VII – garantia de salário mínimo também para os que recebem remuneração variável; X – Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XIII – duração do trabalho normal (máximo 8h/dia e 44h/semana), facultada a compensação; XVI – H.E. (c/ad. de pelo menos 50%);</p>	<p>V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; XI – PLR, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XIV – jornada de 6 h para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;</p>
	<p>XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo,</p>	<p>XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual;</p>

	idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;	
	XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menor de 18 e de qualquer trabalho a menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos; Obs.: Proibida a contratação de menor para trabalhar como empregado doméstico (Convenção 182 da OIT).	
<p>Não havia nenhuma norma de saúde e segurança do trabalho ao doméstico.</p> <p>VIII – 13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias; XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de, no mínimo, 30 dias conforme lei específica; XXIV – aposentadoria.</p>	<p>XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;</p> <p>XXVI – reconhecimento dos acordos e convenções coletivas.</p>	<p>XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; ou entre os profissionais respectivos;</p> <p>XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;</p>

6.5.2 O novo patamar de cidadania do trabalhador doméstico (Lei Complementar n. 150/2015)

Preliminarmente, é importante explicar que a EC n. 72/2013, que ampliou garantias trabalhistas aos domésticos, gerou diversas dúvidas, já que alguns direitos necessitavam de regulamentação, como, por exemplo: seguro-desemprego, FGTS, trabalho noturno, creche, salário-família, dentre outros.

A lei complementar regulamentou vários direitos de forma semelhante à CLT, como a jornada de trabalho (art. 2º), hora extra (art. 2º, § 1º), contrato em tempo parcial (art. 3º), registro de CTPS (art. 9º), intervalo intrajornada (art. 13) e intervalo interjornada diário e semanal (art. 15), INSS (art. 20) e FGTS (art. 21).

Outros direitos, apesar de guardarem semelhança com a CLT, respeitam as peculiaridades do trabalho doméstico, tal qual dispõe o contrato por tempo determinado (art. 4º) e férias (art. 17).

Vamos analisar a seguir os principais direitos regulamentados pela Lei Complementar n. 150/2015: **a) Jornada de trabalho e horas extras**

Da mesma forma que os empregados urbanos e rurais, o empregado doméstico não excederá jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais com direito ao adicional de 50% para horas extras, consoante art. 2º abaixo: *Art. 2º A duração normal do trabalho doméstico não excederá 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, observado o disposto nesta Lei.*

§ 1º A remuneração da hora extraordinária será, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) superior ao valor da hora normal.

§ 2º O salário-hora normal, em caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal por 220 (duzentas e vinte) horas, salvo se o contrato estipular jornada mensal inferior que resulte em divisor diverso.

§ 3º O salário-dia normal, em caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal por 30 (trinta) e servirá de base para pagamento do repouso remunerado e dos feriados trabalhados.

CUIDADO:

Dadas as peculiaridades do trabalho doméstico, a Lei Complementar n. 150/2015 determinou que não serão consideradas horas extras as horas em que o trabalhador estiver na casa sem trabalhar, fora da jornada normal de trabalho (art. 2º, § 7º).

b) Banco de horas

A LC n. 150/2015 previu regras de compensação de jornada de trabalho e obrigatoriedade para o pagamento das primeiras 40 horas extras a fim de desmotivar o prolongamento da jornada. Vejamos: *Art. 2º (...)*

§ 4º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário e instituído regime de compensação de horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia.

§ 5º No regime de compensação previsto no § 4º:

I – será devido o pagamento, como horas extraordinárias, na forma do § 1º, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho;

II – das 40 (quarenta) horas referidas no inciso I, poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês;

III – o saldo de horas que excederem as 40 (quarenta) primeiras horas mensais de que trata o inciso I, com a dedução prevista no inciso II, quando for o caso, será compensado no período máximo de 1 (um) ano.

Na hipótese de rescisão do contrato, a LC n. 150/2015 previu o direito ao pagamento das horas extras não compensadas: *Art. 2º (...)*

§ 6º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do § 5º, o empregado fará jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data de rescisão.

c) Trabalho a tempo parcial (meio período)

A LC n. 150/2015 previu a possibilidade de contratar o empregado doméstico a tempo parcial desde que não excedesse a 25 horas semanais e que o salário fosse proporcional ao daquele que nas mesmas condições trabalhasse a tempo integral. Vejamos: *Art. 3º Considera-se trabalho em*

regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda 25 (vinte e cinco) horas semanais.

§ 1º O salário a ser pago ao empregado sob regime de tempo parcial será proporcional a sua jornada, em relação ao empregado que cumpre, nas mesmas funções, tempo integral.

O empregado doméstico poderá prorrogar sua jornada no regime a tempo parcial, conforme disposto no art. 3º, § 2º, da LC n. 150/2015. Vejamos: *Art. 3º (...)*

§ 2º A duração normal do trabalho do empregado em regime de tempo parcial poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente a 1 (uma) hora diária, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, aplicando-se-lhe, ainda, o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 2º, com o limite máximo de 6 (seis) horas diárias.

A LC n. 150/2015 previu férias reduzidas para o empregado doméstico contratado em jornada a tempo parcial, vejamos o texto legal: *Art. 3º (...)*

§ 3º Na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I – 18 (dezoito) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 22 (vinte e duas) horas, até 25 (vinte e cinco) horas;

II – 16 (dezesesseis) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 20 (vinte) horas, até 22 (vinte e duas) horas;

III – 14 (quatorze) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 15 (quinze) horas, até 20 (vinte) horas;

IV – 12 (doze) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 10 (dez) horas, até 15 (quinze) horas;

V – 10 (dez) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 5 (cinco) horas, até 10 (dez) horas;

VI – 8 (oito) dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a 5 (cinco) horas.

d) Contrato de trabalho e suas modalidades

No caso do contrato de tempo determinado o legislador previu duas hipóteses: 1 – contrato de experiência e 2 – necessidade de atendimento a serviços de natureza transitória e substituição temporária de outro empregado. Vejamos: *Art. 4º É facultada a contratação, por prazo determinado, do empregado doméstico:*

I – mediante contrato de experiência;

II – para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso.

Parágrafo único. No caso do inciso II deste artigo, a duração do contrato de trabalho é limitada ao término do evento que motivou a contratação, obedecido o limite máximo de 2 (dois) anos.

Portanto, os parâmetros adotados pelo legislador são bem parecidos com os parâmetros celetistas, inclusive no tocante ao contrato de experiência, como descrito abaixo: *Art. 5º O contrato de experiência não poderá exceder 90 (noventa) dias.*

§ 1º O contrato de experiência poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, desde que a soma dos 2 (dois) períodos não ultrapasse 90 (noventa) dias.

§ 2º O contrato de experiência que, havendo continuidade do serviço, não for prorrogado após o decurso de seu prazo previamente estabelecido ou que ultrapassar o período de 90 (noventa) dias passará a vigorar como contrato de trabalho por prazo indeterminado.

No tocante ao término do contrato por prazo determinado do empregado doméstico, a LC n. 150/2015 adotou também os mesmos parâmetros de indenização previstos nos arts. 479 e 480 da CLT: *Art. 6º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado é obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, **metade** da remuneração a que teria direito até o termo do contrato.*

*Art. 7º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, o empregado não poderá se desligar do contrato sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos **prejuízos** que desse fato lhe resultarem.*

Parágrafo único. A indenização não poderá exceder aquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

Contudo, no tocante à possibilidade de inserção da cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão (art. 481 da CLT), a LC n. 150/2015 previu expressamente que não há exigência de concessão do aviso prévio nas modalidades de contrato por prazo determinado do doméstico: *Art. 8º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I*

e II do art. 4º, não será exigido aviso prévio.

e) Intervalos: intrajornada e interjornada

Os intervalos que ocorrem durante o contrato de trabalho podem ser divididos em: intrajornada (que ocorrem dentro da mesma jornada de trabalho) e interjornada (que ocorrem entre 2 (duas) jornadas de trabalho).

No tocante ao intervalo intrajornada, a LC n. 150/2015 seguiu o parâmetro celetista de intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição e descanso, contudo, abriu exceção quanto à possibilidade de redução do intervalo para 30 (trinta) minutos mediante acordo escrito direto com o empregador, conforme abaixo: *Art. 13. É obrigatória a concessão de intervalo para repouso ou alimentação pelo período de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas) horas, admitindo-se, mediante prévio acordo escrito entre empregador e empregado, **sua redução a 30 (trinta) minutos.***

Em caso de trabalho doméstico, no qual o empregado reside no imóvel do empregador doméstico, poderão as partes pactuar mediante acordo escrito que o intervalo intrajornada será dividido em 2 (dois) períodos, *desde que cada um deles tenha, no mínimo, 1 (uma) hora, até o limite de 4 (quatro) horas ao dia:*

Art. 13 (...)

§ 1º Caso o empregado resida no local de trabalho, o período de intervalo poderá ser desmembrado em 2 (dois) períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, 1 (uma) hora, até o limite de 4 (quatro) horas ao dia.

§ 2º Em caso de modificação do intervalo, na forma do § 1º, é obrigatória a sua anotação no registro diário de horário, vedada sua prenotação.

Logo, podemos citar como exemplo a seguinte jornada de trabalho:

Jornada de trabalho das 9:00 às 12:00 h (1º período), das 14:00 às 17:00 h (2º período) e das 19:00 às 21:00 h (3º período) = total de 8 horas por dia.

Intervalos: das 12:00 às 14:00 h (1º intervalo de 2 horas) e das 17:00 às

19:00 h (2º intervalo de 2 horas)

Quanto ao intervalo interjornada, a LC n. 150/2015 adotou o mesmo padrão da Lei n. 605/49, ou seja, exigência de intervalo intrajornada diário de no mínimo 11 horas e semanal de 24 horas, com penalidade de pagamento em dobro, em caso de descumprimento. Vejamos: *Art. 15. Entre 2 (duas) jornadas de trabalho deve haver período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.*

Art. 16. É devido ao empregado doméstico descanso semanal remunerado de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferencialmente aos domingos, além de descanso remunerado em feriados.

Art. 2º (...)

§ 8º O trabalho não compensado prestado em domingos e feriados deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

CUIDADO:

A LC n. 150/2015, visando dirimir futuros conflitos trabalhistas, previu que caso o empregado doméstico resida no domicílio do empregador, as horas não trabalhadas, os feriados e domingos livres em que o empregado permanecer no local de trabalho não serão consideradas como jornada de trabalho, conforme previsão expressa abaixo: *Art. 2º (...)*

§ 7º Os intervalos previstos nesta Lei, o tempo de repouso, as horas não trabalhadas, os feriados e os domingos livres em que o empregado que mora no local de trabalho nele permaneça não serão computados como horário de trabalho.

f) Trabalho noturno

Quanto ao trabalho noturno, a LC n. 150/2015 adotou o mesmo padrão celetista que rege os direitos do empregado urbano. Vejamos: *Art. 14. Considera-se noturno, para os efeitos desta Lei, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.*

§ 1º A hora de trabalho noturno terá duração de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§ 2º A remuneração do trabalho noturno deve ter acréscimo de, no mínimo, 20% (vinte por cento) sobre o valor da hora diurna.

§ 3º Em caso de contratação, pelo empregador, de empregado exclusivamente para

desempenhar trabalho noturno, o acréscimo será calculado sobre o salário anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§ 4º Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.

g) Férias

No tocante às férias do empregado doméstico, foi mantido o padrão anterior da revogada Lei n. 11.324/2006, ou seja, o direito a 30 dias de férias por ano de serviço, e regulamentados os períodos aquisitivos e concessivos do trabalho doméstico conforme veremos a seguir: *Art. 17. O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, salvo o disposto no § 3º do art. 3º, com acréscimo de, pelo menos, um terço do salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho prestado à mesma pessoa ou família.*

§ 1º Na cessação do contrato de trabalho, o empregado, desde que não tenha sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, na proporção de um doze avos por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

§ 6º As férias serão concedidas pelo empregador nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

A grande novidade foi a regulamentação da possibilidade de fracionamento das férias: *Art. 17. (...)*

§ 2º O período de férias poderá, a critério do empregador, ser fracionado em até 2 (dois) períodos, sendo 1 (um) deles de, no mínimo, 14 (quatorze) dias corridos.

CUIDADO:

A CLT prevê a possibilidade de fracionamento do período de férias desde que um deles não seja inferior a dez (10) dias (art. 134, § 2º, da CLT). Portanto, temos aqui uma inovação da LC n. 150/2015 que previu período não inferior a 14 dias, seguindo parâmetro recomendado pela Convenção 132 da OIT.

A possibilidade de conversão de 1/3 das férias em abono pecuniário também foi regulamentada pela LC n. 150/2015: *Art. 17. (...)*

§ 3º É facultado ao empregado doméstico converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

§ 4º O abono de férias deverá ser requerido até 30 (trinta) dias antes do término do período aquisitivo.

PEGADINHA:

Durante as férias, se o empregado doméstico permanecer na residência do empregador, há risco de alegação de descumprimento do direito de férias do empregado?

Buscando esclarecer tais dúvidas, a LC n. 150/2015 deixou claro que não. Vejamos: *Art. 17. (...)*

§ 5º É lícito ao empregado que reside no local de trabalho nele permanecer durante as férias.

h) Descontos salariais

Em relação aos descontos salariais, a LC n. 150/2015 manteve os parâmetros da revogada Lei n. 11.324/2006, acrescentando somente algumas peculiaridades em caso de acompanhamento em viagens. Vejamos: *Art. 18. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos 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**.*

§ 2º Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o *caput* deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes.

§ 3º As despesas referidas no *caput* deste artigo não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.

A LC n. 150/2015 inovou no tocante aos limites de desconto para custeio dos benefícios de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de previdência privada nos seguintes termos: *Art. 18. (...)*

§ 1º É facultado ao empregador efetuar descontos no salário do empregado em caso de adiantamento salarial e, mediante acordo escrito entre as partes, para a inclusão do empregado em planos de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de

previdência privada, não podendo a dedução ultrapassar **20% (vinte por cento) do salário**.

No tocante ao fornecimento de auxílio moradia ao empregado doméstico, a LC n. 150/2015 deixou claro que tal benefício não gera direitos de posse e propriedade do imóvel: Art. 18. (...)

§ 4º 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 moradia.

PEGADINHA:

No art. 46 das “Disposições Gerais”, a LC n. 150 revogou expressamente o inciso I, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90, conhecida como “Lei do Bem de Família (Legal), cuja redação original era: “**Art. 3º** A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movida: I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (...)”.

Desta forma, a partir da vigência da LC n. 150/2015, em face da revogação do dispositivo em apreço, o imóvel habitado pelo devedor ou sua família torna-se absolutamente impenhorável por dívidas oriundas de créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias.

Com efeito, desde 1º de junho de 2015, é assegurado ao empregador doméstico devedor, executado em execução trabalhista, opor a objeção de impenhorabilidade (agora) absoluta do bem de família legal, com relação a ditos créditos.

h) Direitos dos domésticos em caso de acompanhamento do empregador doméstico em viagens

A LC n. 150/2015 também trata dos empregados domésticos que necessitam acompanhar os seus empregadores em viagem – como as babás, determinando ser apenas horas trabalhadas as efetivamente laboradas no período, desconsiderando as demais, além de poder

compensar as horas extras em outro dia (art. 11, *caput*).

Entretanto, tais horas, ainda que não extras, serão acrescidas de, no mínimo, 25% sobre o valor da hora comum (art. 11, § 2º), podendo ser convertido tal valor em banco de horas, a ser utilizada a critério do empregado (art. 11, § 3º).

i) Extinção do contrato de trabalho e aviso prévio

A multa de 40% nas demissões sem justa causa será custeada por alíquota mensal de 3,2% do salário, recolhida pelo empregador em um fundo separado ao do FGTS.

Essa multa poderá ser sacada quando o empregado for demitido, mas nas demissões por justa causa, licença, morte ou aposentadoria, o valor será revertido para o empregador. Vejamos o art. 22 da LC n. 150/2015: *Art. 22. O empregador doméstico depositará a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada empregado, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador, não se aplicando ao empregado doméstico o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 18 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.*

§ 1º Nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, de término do contrato de trabalho por prazo determinado, de aposentadoria e de falecimento do empregado doméstico, os valores previstos no caput serão movimentados pelo empregador.

§ 2º Na hipótese de culpa recíproca, metade dos valores previstos no caput será movimentada pelo empregado, enquanto a outra metade será movimentada pelo empregador.

§ 3º Os valores previstos no caput serão depositados na conta vinculada do empregado, em variação distinta daquela em que se encontrarem os valores oriundos dos depósitos de que trata o inciso IV do art. 34 desta Lei, e somente poderão ser movimentados por ocasião da rescisão contratual.

§ 4º À importância monetária de que trata o caput, aplicam-se as disposições da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e da Lei n. 8.844, de 20 de janeiro de 1994, inclusive quanto a sujeição passiva e equiparações, prazo de recolhimento, administração, fiscalização, lançamento, cobrança, garantias, processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais.

Em relação ao aviso prévio, a LC n. 150/2015 se inspirou na legislação celetista e na Lei n. 12.506/2011 que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço: *Art. 23. Não havendo prazo estipulado no contrato, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindi-lo deverá avisar a outra de sua intenção.*

§ 1º O aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias ao empregado que conte com até 1 (um) ano de serviço para o mesmo empregador.

§ 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.

§ 3º A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período ao seu tempo de serviço.

§ 4º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

§ 5º O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

Art. 24. O horário normal de trabalho do empregado durante o aviso prévio, quando a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único. É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas no caput deste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 7 (sete) dias corridos, na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 23.

j) Justa causa e rescisão indireta do contrato de trabalho

A fim de dirimir quaisquer dúvidas futuras, a LC n. 150/2015 regulamentou as hipóteses de justa causa e rescisão indireta do contrato de trabalho doméstico: *Art. 27. Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei:*

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;

VII – (VETADO);

VIII – ato de indisciplina ou de insubordinação;

IX – abandono de emprego, assim considerada a ausência injustificada ao serviço por, pelo menos, 30 (trinta) dias corridos;

X – ato lesivo à honra ou à boa fama ou ofensas físicas praticadas em serviço contra qualquer pessoa, salvo em caso de 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.

Parágrafo único. O contrato de trabalho poderá ser rescindido por culpa do empregador quando:

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 e 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.

j) Fiscalização pelo Ministério do Trabalho

As visitas do Auditor-Fiscal do Trabalho serão previamente agendadas, mediante entendimento entre a fiscalização e o empregador, conforme art. 11-A abaixo: *Art. 44. A Lei n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 11-A:*

“Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora.

§ 2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo 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.

§ 3º 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”.

IMPORTANTE:

Percebe-se que foi excluída a previsão anterior de visita sem agendamento com autorização judicial em caso de suspeita de trabalho escravo, tortura, maus-tratos e tratamento degradante, trabalho infantil ou outra violação dos direitos fundamentais.

Quanto ao arquivo de documentos contratuais, o art. 42 dispõe no seguinte sentido: *Art. 42. É de responsabilidade do empregador o arquivamento de documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias, enquanto essas não prescreverem.*

k) Prescrição dos direitos do doméstico

A LC n. 150/2015 garantiu o mesmo prazo prescricional dos empregados urbanos. Vejamos o disposto no art. 43: *Art. 43. 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.*

l) Simples doméstico

A partir de 1º de outubro de 2015, começaram a valer as novas regras que ampliam os direitos dos trabalhadores domésticos.

Os empregadores domésticos passaram a ser obrigados a pagar FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), seguro-acidente e a antecipação de multa para casos de demissão sem justa causa. Todos os pagamentos serão feitos em uma guia única, emitida pelo sistema Simples Doméstico.

Segue abaixo quadro com resumo do novo cenário:

O que o empregador deve pagar?

FGTS	Antes era opcional, agora é obrigatório e tem valor de 8%. Ele é sobre todos os rendimentos, ou seja, salário, férias, 13º salário, horas extras e demais benefícios.
INSS	A parcela paga pelo empregador cai de 12% para 8%.
Seguro contra acidente	Tem o valor de 0,8%. Antes, não existia.
Multa em caso de demissão sem justa causa	Todo mês, o empregador paga 3,2% para um fundo. O total desse valor vai para o funcionário caso ele seja demitido sem justa causa. Se a demissão for por justa causa ou se o trabalhador pedir demissão, o valor é devolvido para o empregador.
Imposto de renda	Recolhido na fonte, mas apenas se o salário mensal do trabalhador for maior do que R\$ 1.903,98.
INSS do funcionário deve ser descontado	
A parte do INSS paga pelo funcionário também será feita pelo Simples Doméstico. Ela deve ser descontada do salário. O valor varia de acordo com o salário.	<ul style="list-style-type: none"> • 8% para salários de até R\$ 1.399,12; • 9% para salários de R\$ 1.399,13 a R\$ 2.331,88; • 11% para salários de R\$ 2.331,89 a R\$ 4.663,75⁵⁶.

6.6 Empregado rural⁵⁶

O antigo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63) foi revogado pela Lei n. 5.889/73. Portanto, atualmente a referida lei, regulamentada pelo Decreto n. 73.626/74, disciplina o trabalho rural.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os requisitos legais para a tipificação da figura do rurícola?
- 2) Qual é o conceito de empregador rural?
- 3) É considerado empregador rural aquele que explora atividade industrial na zona rural?

1) Segundo a Lei n. 5.889/73, *empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (art. 2º).* Desta forma, empregado rural é aquele que trabalha para empregador rural.

A doutrina trabalhista apresenta cinco requisitos do conceito de empregado rural: **a)** pessoa física; **b)** serviço em propriedade rural ou prédio rústico; **c)** não eventualidade;

d) subordinação jurídica e

e) onerosidade.

É importante conhecer o conceito de empregador rural, pois todo empregado que trabalhar para empregador rural será empregado rural, portanto, o critério definidor *não é* a utilização de métodos de trabalho rurais *e sim* se o empregado presta serviços para empregador rural.

Por exemplo, pode ser empregado rural o escriturário da fazenda, o veterinário, o agrônomo e tantos outros profissionais que trabalham para um empregador rural, sem necessariamente desenvolver atividades tipicamente rurais.

Veja esta ementa:

“RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPREGADO RURAL. CARACTERIZAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE AGROECONÔMICA PELO EMPREGADOR. Caracteriza-se como empregado rural a pessoa natural que, de modo não eventual e mediante pagamento de salário, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural (art. 2º da Lei n. 5.889/73). A natureza do trabalho prestado pelo empregado é irrelevante, bastando que a prestação de serviços se dê em propriedade rural para empregador que explore atividade agroeconômica” (TRT-3 – RO: 00115088120165030095, 001150881.2016.5.03.0095, rel. Cesar Machado, Sexta Turma).

Os requisitos do conceito de empregador rural são:

- a) pessoa física ou jurídica; b) proprietário ou não;
- c) que exerce atividade agroeconômica; d) de caráter permanente ou temporário; e e) diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.

Desta forma, o critério é atividade rurícola do empregador rural: *exploração de atividade agroeconômica*.

Em **resumo**, empregado rural é aquele que presta serviços a empregador rural. Portanto, o conceito de empregador rural é essencial para tipificação do vínculo do emprego rural.

Esta é a principal diferenciação entre o chacareiro ou caseiro considerado empregado rural ou doméstico, vejamos a jurisprudência: “NATUREZA DO VÍNCULO DE EMPREGO. CASEIRO. Não demonstrada a exploração de atividade agroeconômica no imóvel, caracteriza-se o vínculo de emprego doméstico em sítio de lazer” (TRT-4 – RO: 00208726020165040221, Data de Julgamento: 19-10-2018, 4ª Turma).

“RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR DOMÉSTICO X RURAL. Consoante o disposto no art. 1º da Lei Complementar n. 150, empregado doméstico é aquele que presta serviços de natureza contínua à pessoa ou família, no âmbito residencial destas, com finalidade não lucrativa. Presentes os requisitos da relação de emprego, mas sem a finalidade lucrativa, não há de ser reconhecido o vínculo empregatício na função de trabalhador rural, mas sim de empregado doméstico. Recurso do reclamante a que se nega provimento, neste aspecto” (Processo: RO – 0000040-33.2017.5.06.0312, Redator: Virginia Malta Canavarro, Data de julgamento: 18/07/2019, Terceira Turma, Data da assinatura: 19/07/2019) .

ATUALIZE-SE:

O Decreto n. 7.943/2013 institui a Política Nacional para os Trabalhadores Rurais Empregados – PNATRE e a Comissão Nacional dos Trabalhadores Rurais Empregados – CNATRE.

2) O empregador rural é aquele que desenvolve atividade agroeconômica, assim entendida como atividade agrícola ou pecuária. Se o empregador exercer atividade industrial, não será considerado empregador rural.

3) Nos termos do art. 2º, § 3º, do Decreto n. 73.626/74, inclui-se na atividade econômica rural a exploração industrial em estabelecimento agrário.

Nos termos do art. 2º, § 4º, do Decreto n. 73.626/74, consideram-se como *exploração industrial em estabelecimento agrário* as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários *in natura* sem transformá-los em sua natureza, tais como: **a)** 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; **b)** o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos *in natura*, referidas na letra anterior.

Alice Monteiro de Barros explica que “se houver atividade desenvolvida em processo de industrialização sem que haja transformação da matéria-prima, trata-se de trabalho rural, mas se estiver presente um processo de transformação da matéria-prima na aparência e a força de trabalho do obreiro for utilizada, o trabalhador será enquadrado como **industrial**”. Assim o forneiro é industrial e não rural, pois a transformação da madeira em carvão por meio de aplicação de calor é de tal ordem que se tem processo industrial⁵⁷.

EXCEÇÃO:

Veja o entendimento do TST quanto às empresas de florestamento e reflorestamento, consoante a OJ 38 da SDI-I.

EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE RURAL. EMPRESA DE REFLORESTAMENTO. PRESCRIÇÃO PRÓPRIA DO RURÍCOLA (Lei n. 5.889/73, art. 10 e Decreto n. 73.626/74, art. 2º, § 4º). O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industriário, nos termos do Decreto n. 73.626, de 12-2-1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria. Assim, aplica-se a prescrição própria dos rurícolas aos direitos desses empregados.

Veja também esta decisão do TST sobre servente de usina açucareira e seu enquadramento como rural: **Servente de usina açucareira é enquadrado como trabalhador urbano** Ao julgar recurso em que um empregado da usina paulista Açucareira B. C. S.A. buscava o enquadramento como trabalhador rural, para alcançar os benefícios dessa categoria, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou seu apelo e manteve decisão do 15º Tribunal Regional (Campinas/SP) que concluiu que, para todos os efeitos, o empregado realizava atividade urbana.

De acordo com o relator do recurso, Ministro Vieira de Mello Filho, seu voto seguia recentes decisões do órgão uniformizador da jurisprudência do TST, a Seção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), determinando que o enquadramento de empregado de empresa agroindustrial se faz em função da atividade que ele exerce e não da atividade empresarial. “É de se diferenciar o trabalhador da agroindústria. Se trabalha no campo e na agricultura é considerado rural, se trabalha no processo de industrialização, é considerado industriário”.

O empregado era servente de usina e trabalhava na área de ensacamento de açúcar. No apelo ao TST contra a decisão regional desfavorável, ele alegou que a despeito de ter sido contratado por uma empresa industrial, entendia que deveria ser enquadrado como rurícola, uma vez que suas atividades estavam ligadas à agricultura e à pecuária. Sua pretensão era se beneficiar da legislação rurícola, que autoriza ao trabalhador reclamar direitos relacionados a todo período do contrato de trabalho. A Justiça Trabalhista limita o tempo em cinco anos.

Mas, segundo apurou o relator, o TRT registrou claramente que as atividades do empregado estavam diretamente ligadas ao processo de transformação industrial da cana de açúcar em açúcar e álcool. Assim, não havia como enquadrá-lo como ruralista. O relator

explicou que já na primeira transformação o produto agrário deixa a condição de matéria-prima e a atividade passa a ser industrial, excluída da Lei n. 5.889/73, relativa à atividade rurícola.

Qualquer mudança no entendimento adotado pelo Tribunal Regional demandaria novo exame dos fatos e provas, o que não é permitido nesta instância recursal, informou o relator. É o que estabelece a Súmula 126 do TST.

Durante o julgamento do recurso na sessão da 1ª Turma, o Ministro Vieira de Mello manifestou que ao avaliar o caso levou “em conta o precedente da SDI-1, do Ministro Augusto César Leite Carvalho, para efeito de fazer o balizamento que se dá pela atividade desempenhada pelo empregado”. O voto da SDI-1 em referência é o E-ED-ED-RR-337500-40.1996.5.15.0029, publicado no *DJU* de 208-2010. Ao final, o relator não conheceu (rejeitou) o recurso do empregado. A 1ª Turma aprovou seu voto, por unanimidade, com ressalva de entendimento do Ministro Lelio Bentes Corrêa, presidente da Turma (RR 39300-57.2003.5.15.0054, j. em 22-10-2010).

RECAPITULANDO...

“Indústria” em meio rural:
Se transforma matéria-prima: é trabalho industriário. Indústria: pressupõe transformação da matéria-prima. Exemplo: transformação de açúcar em álcool.
Se só beneficia matéria-prima: é trabalho rural. Beneficiamento: não transforma a matéria-prima. Exemplos: descaroçamento, descascamento, limpeza, abate, secagem, pasteurização, resfriamento.

O local da atividade laboral do rurícola poderá ser *zona rural ou prédio rústico* (áreas campestres incrustadas no espaço urbano).

Nem todo trabalhador rural é empregado rural. É o caso dos arrendatários, parceiros e empreiteiros, que são trabalhadores rurais e não empregados rurais, pois não se enquadram na definição de empregado rural, uma vez que a esses trabalhadores faltam os principais pressupostos de uma relação de emprego.

--

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os direitos trabalhistas dos rurícolas?
- 2) O rurícola tem direito a adicional noturno e hora noturna reduzida? Qual é o horário noturno do rurícola?
- 3) O rurícola tem direito a dispensa de alguns dias do aviso prévio trabalhado para procurar outro emprego?

1) A Constituição Federal expandiu os direitos do empregado rural, equiparando-os aos dos trabalhadores urbanos (art. 7º, *caput*). Em 1993, o Brasil aprovou a Convenção n. 141 da OIT relativa às organizações de trabalhadores rurais e a função no desenvolvimento econômico e social pelo Decreto Legislativo n. 5/93.

2) Vale ressaltar que o empregado rural tem alguns direitos diferenciados em relação ao empregado urbano, tais como o trabalho noturno.

A **hora noturna do trabalhador rural** é de 60 (sessenta) minutos, sendo o adicional noturno de 25% sobre a hora diurna. O horário noturno para os empregados rurais que trabalham na **lavoura é das 21 às 5 horas** e dos empregados rurais que trabalham na **pecuária é das 20 às 4 horas**.

OBSERVAÇÃO:

É importante memorizar esta diferença de horário noturno entre a lavoura e a pecuária, vejamos a seguir:

Direitos trabalhistas	Empregado urbano	Empregado rural
Adicional noturno	20%	25%
Hora noturna reduzida	reduzida de 52 minutos e 30 segundos	não há
Horário noturno	das 22 às 5 horas	Lavoura: das 21 às 5 horas Pecuária: das 20 às 4

Há outros direitos diferenciados do empregado rural em relação ao empregado urbano, tais como: **Intervalo:** trabalho superior a seis horas, obrigatória a concessão de uma hora de intervalo, observados os usos e costumes da região.

Salário-utilidade: os percentuais dos valores pagos a título de habitação e alimentação são de 20% e 25% do salário mínimo, respectivamente.

3) Aviso prévio trabalhado: dispensa de um dia por semana para procurar outro emprego.

Serviços intermitentes: não serão computados os intervalos superiores a cinco horas, desde que anotados na CTPS do empregado rural.

Moradia: não constitui salário-utilidade de natureza salarial, se constar no contrato escrito, com assinatura de duas testemunhas e notificação do sindicato de empregados. É vedada a moradia coletiva de famílias, com fundamento no art. 8º, § 2º, da referida lei: *Art. 8º (...)*

§ 2º Sempre que mais de um empregado residir na mesma morada, o desconto, previsto na letra a deste artigo, será dividido proporcionalmente ao número de empregados, vedada, em qualquer hipótese, a moradia coletiva de famílias.

Desocupação da moradia: rescindido ou findo o contrato de trabalho, o empregado será obrigado a desocupar a casa dentro de trinta dias.

Escola primária gratuita: toda propriedade rural, que mantenha a seu serviço ou trabalhando em seus limites mais de cinquenta famílias de trabalhadores de qualquer natureza, é obrigada a possuir e conservar em funcionamento escola primária, inteiramente gratuita, para os filhos destes, com tantas classes quantos sejam os filhos destes, com tantas classes quantos sejam os grupos de quarenta crianças em idade escolar.

Veja julgado do TST sobre o intervalo especial do rurícola:

“AGRAVO REGIMENTAL DO RECLAMADO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA CAFÉ. TRABALHADOR RURAL. 1. O entendimento adotado no despacho recorrido foi ultrapassado por decisão da SDI-I, no sentido de que o intervalo para café não constitui em horas extras (precedentes). 2. Nesse contexto, diante das alegações recursais, dá-se provimento ao agravo, passando-se, de imediato, à análise do recurso de revista do reclamante . Agravo Regimental conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA CAFÉ. TRABALHADOR RURAL. 1. O entendimento do TRT de que “o intervalo para café, concedido pela reclamada além do intervalo intrajornada de uma hora para o almoço, assim estabelece o art. 5º da Lei 5.889/73: (...) Referido artigo autoriza a concessão do intervalo para descanso e alimentação conforme usos e costumes da região, não se aplicando, pois, ao trabalhador rural, os limites previstos na norma consolidada. Com efeito, a norma específica afasta a incidência de qualquer outra, de caráter geral. Portanto, a interrupção do trabalho para alimentação, de manhã ou à tarde (concessão do intervalo para café), não pode ser considerado tempo à disposição, porquanto decorrente decorre dos usos e costumes.” está em consonância com o entendimento firmado pela SDI-I (precedentes) 2. Não há falar em vedação legal do fracionamento do intervalo intrajornada, ainda mais por haver determinação normativa de observância dos usos e costumes locais, legal, como se pode ver no art. 5º da Lei 5.889/73 (“Em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo na duração do trabalho. Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de onze horas consecutivas para descanso”). 3 . Diante disso, não impulsiona o conhecimento do recurso de revista a indicação de violação do art. 5º, da Lei 5.889/73. Impertinente a alegação de contrariedade da Súmula 118/TST. Recurso de revista não conhecido” (TST – AgR-RR: 164003520085090325, rel. Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 17-10-2018, 1ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 19-10-2018).

6.6.1 Safrista

É empregado rural safrista a pessoa física que presta serviço a empregador rural mediante contrato de safra, isto é, contrato dependente de variação estacional na atividade agrária, nos termos do art. 14, parágrafo único, da Lei n. 5.889/73: *Art. 14. (...)*

*Parágrafo único. Considera-se contrato de safra o que tenha sua **duração dependente de variações estacionais da atividade agrária.***

O contrato de safra é um contrato por tempo determinado, do tipo não formalístico, portanto se aplicam a ele todas as regras celetistas do

contrato por prazo determinado (prorrogação, sucessividade, rescisão do contrato, dentre outras). Em geral, o termo do contrato de safra é incerto, uma vez que depende de eventos naturais (solo, chuva, sol, dentre outros).

No contrato de safra temos, de um lado, o empregado rural, que fornece sua mão de obra por prazo determinado para o empregador rural, que poderá ser o proprietário das terras a serem cultivadas, ou, de outro lado, a empresa que atua na área de agronegócios.

Maurício Godinho Delgado explica que “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”⁵⁸.

Nos contratos de safra é possível estabelecer o pagamento de salários por tarefa ou por produção.

Salário por tarefa é aquele fixado em determinado valor que será pago ao empregado pela realização de uma tarefa em período especificado. Já o salário por produção é variável e corresponderá à quantidade de serviços produzidos pelo trabalhador rural, sem levar em conta o tempo gasto para sua execução.

IMPORTANTE:

Questão polêmica na doutrina e na jurisprudência trabalhista é sobre a recepção ou não pela Constituição Federal da indenização por término de contrato por prazo determinado prevista no art. 14, *caput*: *Art. 14. Expirado normalmente o contrato, a empresa pagará ao safrista, a título de indenização do tempo de serviço, importância correspondente a 1/12 (um doze avos) do salário mensal, por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.*

Explica-se. Alguns autores defendem que após o advento da Constituição da República de 1988, que equiparou o trabalhador rural ao urbano, não mais subsiste a indenização especial devida ao safrista, no

importe de um doze avos da sua remuneração para cada mês trabalhado ou fração superior a quatorze dias. A razão é óbvia: o trabalhador safrista foi abrangido pelo regime do FGTS, substitutivo de indenização por tempo de serviço.

Esta é a posição de Alice Monteiro de Barros: “A legislação em questão estabelece que a indenização do safrista ao término do contrato será de 1/12 do salário mensal, por mês de serviço ou fração igual ou superior a 15 dias. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar ao safrista o FGTS, retirou-lhe a indenização por duodécimos em período concomitante. Logo, terminado o contrato de safra, defere-se o levantamento da conta vinculada e não a indenização em duodécimos”⁵⁹.

Dirceu Galdino e Aparecido Domingos Errerias Lopes sustentam que “há que se atentar a que a indenização prevista na *Lei n. 5.889/73* não é cumulativa com o FGTS, porque um sistema exclui o outro, mesmo porque o FGTS veio substituir a indenização. Admitir-se tal cumulação seria privilegiar o safrista com dois regimes, algo que o legislador nem sequer imaginou, porque feriria o princípio de isonomia entre o safrista e os demais trabalhadores”⁶⁰.

No mesmo sentido Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva: “Considerando-se que anteriormente à Carta Republicana de 1988 não era conferido aos trabalhadores rurais o direito ao FGTS (nada obstante o art. 20 da Lei do Rural dispusesse sobre o assunto, jamais tendo sido efetivado mediante lei específica), justificava-se a indenização do art. 14 da Lei n. 5.889/73. Com o atual sistema, porém, não há mais o porquê de seu recebimento. Assim, não subsiste, hodiernamente, o direito do trabalhador safrista ao recebimento da indenização rescisório em comento”⁶¹.

O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu desta forma:

[...] Como restou reconhecido o vínculo de emprego e a despedida sem justa causa, não há que se falar em exclusão do FGTS, que é garantido a todos os trabalhadores rurais e urbanos (art. 7º, III, CF). A indenização por tempo de serviço se estende inclusive ao

safrista (ainda que se entenda pela existência deste), nos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 5.889/73. A indenização por duodécimos prevista neste dispositivo restou substituída pelo FGTS, ante o advento da Constituição Federal (RR 1.518/2001-069-09-40, rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, decisão unânime, *DJ* de 6-5-2005).

Em sentido contrário, outros autores defendem que é possível cumular ambas as indenizações. O próprio Ministério do Trabalho e Emprego publicou nesse sentido o Precedente Administrativo n. 65: RURÍCOLA. CONTRATO DE SAFRA. INDENIZAÇÃO AO TÉRMINO DO CONTRATO. FGTS. COMPATIBILIDADE. O art. 14 da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, devendo tal indenização ser cumulada com o percentual do FGTS devido na dispensa. No contrato de safra se permite a dualidade de regimes, onde o acúmulo de direitos corresponde a um *plus* concedido ao safrista. Não há de se falar, portanto, em *bis in idem* ao empregador rural.

Nesse sentido a jurisprudência:

“MANDADO DE SEGURANÇA. INSPEÇÃO DAS PROPRIEDADES RURAIS. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 14 DA LEI N. 5.889/73. Admite-se, para o empregado safrista, a cumulação da indenização por tempo de serviço, prevista no art. 14 da Lei n. 5.889/73, com o FGTS, pois a Constituição Federal, ao estender o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a todos os trabalhadores, tornou incompatível com tal regime apenas a indenização por tempo de serviço, prevista no art. 477 da CLT para os contratos por prazo indeterminado. Tanto é certo que a indenização prevista no art. 479 da CLT, em relação aos contratos a termo, continuou aplicável, sendo cumulativa, inclusive, com a multa de 40% do FGTS, conforme disposto no art. 14 do Decreto n. 99.684/90. Com efeito, não importa em ilegalidade a determinação da autoridade competente de inspeção das propriedades rurais, com o fim de averiguar o cumprimento do art. 14 da Lei n. 5.889/73 e do Precedente Administrativo n. 65/2005, da SIT/MTE. Segurança denegada” (rel. Denise Alves Horta, *DJ* de 8-5-2008).

Maurício Godinho Delgado sintetiza bem a polêmica: “Surgiram duas posições doutrinárias a partir da extinção do antigo regime de indenização celetista pela CF de 1988, a primeira corrente sustenta que a norma constitucional teria revogado todas as indenizações por tempo de serviço existentes, desde a do art. 477, *caput*, da CLT, até a indenização 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 por prazo determinado. Esta última é que teria sido revogada pela Constituição. Na direção da segunda corrente interpretativa já se encaminhava o texto da Súmula 125 do TST (embora este seja anterior a 1988). Por fim, o decreto regulamentador do FGTS especificou que inexistente compensação ou supressão sequer dos 40% de acréscimo sobre o Fundo de Garantia em situações de ruptura antecipada por ato empresarial (art. 14 do 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 e FGTS”⁶².

6.6.2 Pequeno produtor rural – contrato rural de pequeno prazo

A Lei n. 11.718/2008 acrescentou o art. 14-A à Lei n. 5.889/73. Nesse sentido, o produtor rural, pessoa física, poderá realizar a contratação de trabalhador rural por pequeno prazo, para o exercício de atividades de natureza temporária, sendo vedada a feitura de contrato de trabalhador rural por pequeno prazo com produtores rurais pessoas jurídicas e agroindústrias, consoante expressamente previsto no art. 14-A, § 4º.

6.6.2.1 Prazo máximo do contrato por pequeno prazo

Conforme o art. 14-A, § 1º, o contrato de trabalho por pequeno prazo terá duração máxima de dois meses, dentro do período de um ano.

O contrato que vigorar por mais de dois meses, dentro de um ano, será convertido em contrato por prazo indeterminado.

Exemplo: O produtor rural, pessoa física, contrata trabalhador por pequeno prazo no período de 1º-5-2012 a 1º-7-2012. *Novo contrato por pequeno prazo, com esse mesmo trabalhador, só poderá ser realizado depois de 2-7-2013.*

6.6.2.2 Direitos trabalhistas do trabalhador rural contratado por pequeno prazo

Segundo o art. 14-A, § 8º, são assegurados ao trabalhador rural contratado por pequeno prazo, além da remuneração equivalente à do trabalhador rural permanente, os demais direitos de natureza trabalhista. São eles: 1) jornada de trabalho de oito horas diárias e de 44 horas semanais; 2) intervalo para repouso e/ou alimentação; 3) repouso semanal remunerado; 4) estabilidade provisória; 5) aviso prévio; 6) férias com adicional de 1/3; 7) 13º salário; 8) FGTS, a partir de 5-10-1988, data da promulgação da Constituição Federal/88; 9) adicional noturno; 10) adicional de insalubridade ou periculosidade; e, também, 11) horas extras.

OBS.: para a formalização da contratação do trabalhador rural contratado por pequeno prazo, recomendamos a leitura do art. 14-A com atenção: *Art. 14-A. O produtor rural pessoa física poderá realizar contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para o exercício de atividades de natureza temporária.*

§ 1º A contratação de trabalhador rural por pequeno prazo que, dentro do período de 1 (um) ano, superar 2 (dois) meses fica convertida em contrato de trabalho por prazo indeterminado, observando-se os termos da legislação aplicável. (Incluído pela Lei n. 11.718, de 2008)

§ 2º A filiação e a inscrição do trabalhador de que trata este artigo na Previdência Social decorrem, automaticamente, da sua inclusão pelo empregador na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, cabendo à Previdência Social instituir mecanismo que permita a sua identificação.

§ 3º O contrato de trabalho por pequeno prazo deverá ser formalizado mediante a inclusão do trabalhador na GFIP, na forma do disposto no § 2º deste artigo, e:

I – mediante a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e em Livro ou Ficha de Registro de Empregados; ou

II – mediante contrato escrito, em 2 (duas) vias, uma para cada parte, onde conste, no mínimo:

a) expressa autorização em acordo coletivo ou convenção coletiva;

b) identificação do produtor rural e do imóvel rural onde o trabalho será realizado e indicação da respectiva matrícula;

c) identificação do trabalhador, com indicação do respectivo Número de Inscrição do

Trabalhador – NIT.

§ 4º A contratação de trabalhador rural por pequeno prazo só poderá ser realizada por produtor rural pessoa física, proprietário ou não, que explore diretamente atividade agroeconômica.

§ 5º A contribuição do segurado trabalhador rural contratado para prestar serviço na forma deste artigo é de 8% (oito por cento) sobre o respectivo salário de contribuição definido no inciso I do caput do art. 28 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 6º A não inclusão do trabalhador na GFIP pressupõe a inexistência de contratação na forma deste artigo, sem prejuízo de comprovação, por qualquer meio admitido em direito, da existência de relação jurídica diversa.

§ 7º Compete ao empregador fazer o recolhimento das contribuições previdenciárias nos termos da legislação vigente, cabendo à Previdência Social e à Receita Federal do Brasil instituir mecanismos que facilitem o acesso do trabalhador e da entidade sindical que o representa às informações sobre as contribuições recolhidas.

§ 8º São assegurados ao trabalhador rural contratado por pequeno prazo, além de remuneração equivalente à do trabalhador rural permanente, os demais direitos de natureza trabalhista.

§ 9º Todas as parcelas devidas ao trabalhador de que trata este artigo serão calculadas dia a dia e pagas diretamente a ele mediante recibo.

§ 10. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS deverá ser recolhido e poderá ser levantado nos termos da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

7. CONCEITO DE TRABALHADOR

O empregado está inserido no gênero trabalhador. Portanto, o empregado é espécie de trabalhador. Não é correto afirmar que todo trabalhador é empregado, contudo todo empregado é trabalhador. Não se aplica a CLT aos trabalhadores em geral.

O gênero “trabalhador” pode ser dividido em empregados e trabalhadores em geral. Os trabalhadores podem ser divididos em trabalhador autônomo, trabalhador eventual, trabalhador avulso e trabalhador voluntário.

7.1 Trabalhador autônomo

O trabalho autônomo sempre foi historicamente a principal forma de prestação de serviços conhecida pela humanidade. Foi somente a partir da I Revolução Industrial, que o trabalho autônomo passou a exercer papel secundário na sociedade devido ao surgimento do trabalho livre e subordinado da indústria taylorista fordista. O contrato de prestação de serviços do trabalhador autônomo não era regulado pela CLT até a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

A Reforma Trabalhista acrescentou o art. 442-B à legislação celetista, que prevê expressamente o seguinte: “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.”

A Medida Provisória n. 808/2017 havia alterado a redação do art. 442-B da CLT e trazido 7 (sete) parágrafos para tratar do assunto, contudo, sua vigência foi encerrada em 23/04/2018.

Por meio de uma portaria do Ministério do Trabalho (Portaria n. 349/2018), o governo federal restabeleceu regras sobre contratação de autônomo e trabalho intermitente que estavam previstas na Medida

Provisória n. 808/2017, que perdeu a validade sem que fosse analisada pelo Congresso.

Preliminarmente, façamos aqui uma observação importante: o Ministro de Estado tem competência para editar certos atos que contenham instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Essa competência tem previsão na Constituição Federal, no art. 87, parágrafo único, II, e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 913. Essa competência do Ministro de Estado não é legislativa, ou seja, ao editar esses atos, o ministro não pode se sobrepor à lei, de modo a alterá-la. A portaria deve fiel observância à lei, pois é hierarquicamente inferior a ela. Se contrariar a lei a portaria será ilegal.

Feitas essas considerações, passamos a analisar o texto da Portaria n. 349/2018 quanto ao trabalho autônomo: *Art. 1º 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 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.*

§ 1º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 2º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 3º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade, caso prevista em contrato.

§ 4º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 5º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

O único requisito da relação de emprego que não foi previsto no *caput*

do artigo 442-B é a subordinação jurídica.

A Portaria n. 349/2018 trouxe, no § 5º do referido artigo, previsão para que não houvesse dúvidas de que a subordinação jurídica continua sendo o critério divisor de águas entre o autônomo e o empregado celetista do art. 3º da CLT.

De fato, a autonomia é a antítese da subordinação, logo o trabalhador autônomo se distingue do empregado por não ser um trabalhador subordinado.

A principal característica da atividade do autônomo é sua independência, pois a sua atuação não possui subordinação a um tomador de serviço.

Logo, o trabalhador autônomo é aquele que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, assumindo os riscos da atividade econômica.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite⁶³, “o trabalhador autônomo, como o próprio nome está a dizer, não é subordinado. Logo, ainda que preste serviço de forma pessoal, onerosa e não eventual, não estará sob a tutela do direito do trabalho”.

Podemos citar, como exemplo de trabalhadores autônomos, inclusive trabalhadores intelectuais como: advogado, médico, engenheiro, motoristas, corretores de imóveis, representante comercial, dentre outros.

A Portaria n. 349/2018 pretendeu acrescentar o § 4º ao art. 442-B com uma lista desses trabalhadores autônomos: *§ 4º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.*

A Portaria n. 349/2018 tentou acrescentar os §§ 1º e 2º ao art. 442-B

também para criar uma presunção favorável ao autônomo no sentido de que se este trabalhador prestar serviço a um único tomador ou na mesma atividade-fim do tomador, não geraria vínculo de emprego.

Por exemplo, um professor de inglês que preste serviços como autônomo para uma escola de inglês.

Trata-se claro de presunção relativa – cabível prova em sentido contrário. Portanto, a pretensão foi dificultar o reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores autônomos.

A jurisprudência trabalhista é escassa sobre a recente alteração do art. 442-B, tendo em vista a novel vigência da reforma trabalhista, contudo a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou há pouco tempo, em 2018, enunciados da sua 2ª Jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho e trouxe enunciados específicos sobre o trabalho autônomo conforme transcrito a seguir: “1.3 Princípio da primazia da realidade

1.3.1 Autônomo

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E ART. 9º DA CLT. TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A norma do art. 442-B da CLT não impede o reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT e configurado o desvirtuamento do trabalho autônomo, com fraude à relação de emprego, à luz do art. 9º da CLT. *(Enunciado n. 1 da Comissão 4)* TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E PRIMAZIA DA REALIDADE DA REALIDADE SOBRE A FORMA. É a primazia da realidade, e não a formalidade exteriorizada de atos e negócios jurídicos, que deve ser considerada para o reconhecimento do vínculo de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) ou de trabalho autônomo (art. 442-B da CLT). *(Enunciado n. 2 da Comissão 4)*”.

CURIOSIDADE:

O Código Civil também regula o contrato de prestação de serviços (art. 593). O prazo máximo de contratação é de 4 (quatro) anos (art. 598 do CC).

7.2 Trabalhador eventual

Trabalhador eventual é uma das figuras que mais se aproximam do conceito de empregado, pois reúne todos os requisitos da relação de empregado, exceto: a **não eventualidade**.

Trabalhador eventual é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego. *Exemplos:* pintor, pedreiro *etc.*

Amauri Mascaro Nascimento assim conceitua trabalhador eventual: “é o mesmo que profissional sem patrão, porque o seu serviço é aproveitado por inúmeros beneficiários e cada um destes se beneficia com as atividades do trabalhador em frações de tempo relativamente curtas, sem nenhum caráter de permanência”⁶⁴.

Maurício Godinho Delgado afirma que “o conceito de não eventualidade é, porém, um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho. 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”⁶⁵.

O autor propõe as seguintes teorias sobre a eventualidade:

a) teoria da descontinuidade: eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador de serviços. Exemplo: garçons de clubes aos finais de semana.

Segundo Maurício Godinho Delgado, “essa teoria informa que eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador enfocado. 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. A doutrina entende que essa teoria seria incompatível com a CLT, mas harmônica à Lei do Trabalho Doméstico”;

b) teoria do evento: o trabalhador é admitido em razão de determinado evento ou acontecimento. Exemplo: músico de casamento.

Maurício Godinho Delgado esclarece que “a teoria do evento 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”⁶⁶; **c) teoria da fixação jurídica:** o eventual é aquele que se fixa a várias fontes de emprego. Exemplo: carpinteiro, engraxate *etc.*

Maurício Godinho Delgado comenta que “a teoria da fixação jurídica entende que eventual é aquele que não 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”⁶⁷; **d) teoria dos fins da empresa (mais adotada):** o eventual não trabalha na atividade fim da empresa. Exemplo: professor de informática não pode ser trabalhador eventual em escola de informática.

Maurício Godinho Delgado esclarece que “a teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) é talvez a formulação teórica mais prestigiada. Essa teoria informa 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”⁶⁸.

ATUALIZE-SE:

A Reforma Trabalhista introduziu no nosso sistema legal o contrato de trabalho intermitente (arts. 443, § 3º e 452-B). A Portaria 349/2018 pretendeu restabelecer os parâmetros adotados para este tipo de contrato pela Medida Provisória 808/2017 (que perdeu sua vigência em 23-4-2018).

Trata-se de novo contrato de trabalho *sui generis*, no qual se alternam períodos de prestação de serviços e períodos de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do

empregado e do empregador.

A regulamentação do contrato de trabalho intermitente traz impacto direto aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, especialmente quanto à questão da habitualidade como requisito definidor da relação de emprego.

Os arts. 443, § 3º e 452-B⁶⁹ flexibilizam de certa forma a habitualidade como elemento da relação empregatícia e podem colocar em xeque o contrato de trabalho eventual, quando houver repetição ainda que em períodos distantes.

Após a Reforma Trabalhista de 2017, recomenda-se acompanhar a jurisprudência trabalhista para distinguir as figuras jurídicas do trabalho eventual e do trabalho intermitente.

Estude mais sobre o contrato de trabalho intermitente no Capítulo 6 – tópico 6.0 – Jornada de Trabalho (tempo integral, parcial e intermitente).

RECAPITULANDO...

Maurício Godinho Delgado sustenta que para configurar trabalhador eventual é importante que o trabalhador atenda aos requisitos de pelo menos três das teorias acima e assim conclui: “a partir dessas teorias, 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 figura do trabalho intermitente trazida pela Reforma Trabalhista flexibilizou o conceito de habitualidade como critério definidor da relação de emprego (art. 443, § 3º, da CLT).

7.3 Trabalhador avulso

Neste tópico, iremos estudar o trabalho avulso, tema importante para os

alunos que trabalham em zonas portuárias do Brasil.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o conceito de trabalho avulso?
- 2) Qual é a diferença entre trabalho eventual e avulso?
- 3) Quais são os órgãos que podem fazer a intermediação do trabalho avulso?
- 4) Quais são os tipos de trabalhadores avulsos?
- 5) **Quais são os direitos trabalhistas dos trabalhadores avulsos?**

1) Amauri Mascaro Nascimento esclarece que “o conceito de trabalho avulso é motivo de discussão em sede doutrinária, havendo correntes que o consideram espécie do gênero eventual, e outras que preferem refutar essa ideia, pois consideram o avulso inserido, quanto ao seu campo de atuação, na atividade essencial da empresa para prestação de serviço habitual em tarefas de necessidade permanente, enquanto o eventual prestaria serviços aleatórios, e outros, ainda, que o consideram espécie de trabalhador autônomo”⁷⁰.

A maioria da doutrina trabalhista entende que o trabalhador avulso é uma espécie de trabalhador eventual. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que “o trabalhador avulso é uma espécie de trabalhador eventual. Este tipo de trabalhador oferece sua força de trabalho, por intermédio de um órgão (sindicato ou OGMO), por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores de serviços”⁷¹.

Paulo Ribeiro Emílio de Vilhena ensina que “o trabalhador avulso é o trabalhador adventício, tal como conceitua a doutrina italiana: é o prestador de serviços alternados ou intermitentes, ‘mas habitualmente indispensáveis à empresa’, isto é, ‘o periodicamente necessário’ e que se ‘coordena a uma anormal necessidade ocorrente em intervalos mais ou menos breves, segundo exigências inerentes ao exercício da empresa’. Os serviços do avulso são periódicos e não ocasionais. As jornadas gozam de

previsão, cujo perímetro é relativamente condicional (a chegada do navio, a chegada do caminhão”⁷².

Aluísio Rodrigues comenta sobre o trabalho avulso no Direito do Trabalho: “Em todas as manifestações do trabalho avulso há sempre presentes alguns requisitos da relação de emprego definidora da figura do empregado. O trabalho é executado por pessoa física, o serviço é de natureza não eventual, a contraprestação salarial é satisfeita e o elemento dependência está consubstanciado no acatamento das ordens ou determinação do beneficiário da prestação. Aprofundando-se na análise, o contrato é de atividade, e não de resultado, e a remuneração é por unidade de peça ou produção. Ocorre que, apesar de conter todas essas características do trabalho tutelado pelo art. 3º da CLT, falta-lhe a ligação direta entre o prestador do serviço e o tomador da mão de obra”⁷³.

2) Logo, a distinção entre trabalho eventual e avulso é que o trabalho avulso atua através de uma entidade intermediária. Esta entidade é que arrecada o valor correspondente ao trabalho prestado pelo avulso e efetua o pagamento respectivo a ele.

3) Pode haver somente duas entidades intermediárias: o Sindicato dos Trabalhadores Avulsos e o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).

4) Há dois tipos de trabalhadores avulsos: o *trabalhador avulso portuário* (Lei n. 12.815/2013) e o *trabalhador avulso não portuário* (Lei n. 12.023/2009).

A diferença básica vincula-se, não ao local da prestação dos serviços e, sim, na intermediação ou não do sindicato na prestação dos serviços. Enquanto o trabalho avulso portuário situa-se na orla marítima, o trabalho avulso não portuário pode ser desenvolvido nas áreas rurais e urbanas, e também nos portos.

Exemplos de trabalhadores avulsos não portuários que laboram na orla marítima: o amarrador de embarcação, o carregador de bagagem em porto

(regulada pela Lei n. 4.637/65) e o prático de barra em porto (art. 9º, IV, do Decreto n. 3.048/99).

5) A forte atuação desta categoria de portuários propiciou que eles alcançassem diversos direitos trabalhistas típicos do empregado urbano, tais como: férias (Decreto n. 61.851/57); salário-família (Decreto n. 53.153/63); 13º salário (Decreto-Lei n. 4.090/62) e FGTS (Lei n. 8.036/90).

Desta forma, a CF de 1988 somente consolidou todos os direitos que já estavam sedimentados ao dispor que *os trabalhadores avulsos têm igualdade de direitos com o empregado* (art. 7º, XXXIV). A Constituição Federal equiparou o trabalhador avulso ao empregado urbano em direitos trabalhistas.

CUIDADO:

A jurisprudência trabalhista vem entendendo que o art. 7º, XXXIV, da Constituição da República, ao disciplinar a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado, refere-se apenas aos direitos trabalhistas gerais, e não às garantias específicas de certas categorias.

Veja recente decisão do TST nesse sentido:

Extraído de: *Jus Vigilantibus* – 25 de novembro de 2011

TST reafirma que avulso não tem direito a adicional de risco portuário

TST Notícias – 25-11-2011

A Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria de votos, rejeitou embargos de um grupo de trabalhadores avulsos que tentou recuperar o adicional de risco portuário, previsto na Lei n. 4.860/1965 (que regulamenta o trabalho nos portos organizados), suprimido pelas empresas empregadoras. O entendimento foi o de que estender a vantagem a esses trabalhadores, apenas por estarem no mesmo espaço dos portuários com vínculo, seria conceder à norma especial eficácia geral, o que contraria um dos princípios elementares da interpretação das leis.

A atividade desses trabalhadores consistia em carregar e descarregar produtos que saem e chegam ao porto de Aratu (BA). Segundo eles, o trabalho é feito em contato constante com substâncias insalubres e perigosas, proveniente das cargas dos navios, razão pela qual entenderam fazer jus ao adicional de risco de 40% sobre o salário-hora, previsto no artigo

14 da Lei n. 4.860/1965. O percentual pago pelas empresas era de 30% e, conforme alegaram, o pagamento não foi feito corretamente até julho de 1997. A partir de agosto de 1997, o pagamento foi suspenso, embora subsistissem as condições perigosas e insalubres. Assistidos pelo Sindicato dos Portuários de Candeias, o grupo ajuizou ação contra o Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso dos Portos Organizados de Salvador e Aratu (OGMOSA) e outras empresas que atuam no Porto de Aratu e pleitearam a diferença do percentual previsto em lei e sua integração ao salário. Na hipótese do pedido ser indeferido, pediram o pagamento do adicional de periculosidade ou, sucessivamente, o de insalubridade, também com integração ao salário.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) reformou a sentença que indeferiu o adicional de risco. Para o Regional, o art. 18 da Lei n. 4.860/1965 assegura o direito ao adicional a todos os servidores e empregados das administrações dos portos organizados, sujeitos a qualquer regime de exploração, inclusive os sem vínculo, o que inclui os trabalhadores avulsos.

Contra a decisão, as empresas interpuseram recurso ao TST. De início, a Sétima Turma ressaltou que o art. 7º, inciso XXXIV, da Constituição da República, ao disciplinar a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado, refere-se apenas aos direitos trabalhistas gerais, e não às garantias específicas de certas categorias. Com este fundamento e com base em precedentes do TST, julgou improcedente o pagamento do adicional e determinou o retorno do processo ao Regional para julgar os pedidos sucessivos (adicionais de periculosidade e de insalubridade).

Tema polêmico

O tema sempre foi objeto de polêmica na SDI-1. Em fevereiro de 2009, a Subseção, por unanimidade, não reconheceu o direito dos trabalhadores avulsos ao recebimento do adicional de risco portuário, mas em outro, em que figurou como parte o OGMOSA, o relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, sustentou a extensão da vantagem aos avulsos por isonomia com os empregados portuários com vínculo empregatício que estariam recebendo referido adicional.

No recurso à SDI-1, os trabalhadores tentaram reverter o entendimento da Sétima Turma alegando que o Regional pautou sua decisão no princípio isonômico, assegurado pelo artigo 18 da Lei n. 4.860/1965. O relator dos embargos, ministro Horácio de Senna Pires, destacou que o fundamento do Regional não foi o da isonomia, pois a decisão não registrou se os empregados do Porto de Aratu recebiam ou não o adicional. O TRT, assinalou o relator, deferiu a verba apenas em tese, por entender que a Lei n. 4.860/1965 não fora revogada pela Lei n. 8.630/1993 (Lei dos Portos) e que, portanto, estaria vigente o artigo que assegurava o direito à verba a todos, inclusive aos sem vínculo empregatício. “Nesse contexto, não demonstrada a inobservância do princípio isonômico, não há como se acolher a pretensão recursal”, concluiu.

Vencidos os ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Augusto César de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, juiz Sebastião Geraldo de Oliveira e o juiz Hugo Carlos Scheuermann, os

demais integrantes do colegiado votaram com o relator.

Processo: RR-96740-22.1999.5.05.0121

Autor: Tribunal Superior do Trabalho

7.3.1 Trabalho avulso portuário (Lei n. 12.815/2013)

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a legislação que regula o trabalho avulso portuário?
- 2) Quais são as novidades trazidas pela Lei n. 12.815, de 2013?
- 3) Qual o órgão de intermediação entre o trabalhador avulso portuário e o tomador de serviços? Qual a sua composição?

1) Inicialmente, o trabalho avulso portuário era regulamentado pela Lei n. 8.630/93 conhecida como Lei do Trabalho Avulso Portuário. Contudo, referida lei foi revogada pela Medida Provisória n. 595/2012 convertida na Lei n. 12.815/2013.

A Lei n. 12.815/2013 teve como um dos seus objetivos estimular a modernização e o aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, a valorização e a qualificação da mão de obra portuária e a eficiência das atividades prestadas.

Segundo a Lei n. 12.815/2013, os portuários são considerados trabalhadores avulsos, contudo, a intermediação de seus serviços é efetuada pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).

O OGMO não responde por prejuízos causados pelos trabalhadores portuários avulsos aos tomadores dos seus serviços ou a terceiros, contudo, responde, solidariamente com os operadores portuários, pela remuneração devida ao trabalhador portuário avulso e pelas indenizações decorrentes de acidente de trabalho (art. 33, §§ 1º e 2º).

2) A Lei n. 12.815/2013 trouxe uma novidade legislativa: caso seja celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento

precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto (art. 31, parágrafo único). A categoria portuária avulsa abrange os trabalhadores da orla marítima e portuária, tais como: operadores de carga e descarga, conferentes, conservadores de carga e descarga, arrumadores, ensacadores de mercadorias, amarradores, dentre outros.

O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados são considerados como categorias profissionais diferenciais e este tipo de trabalho poderá ser realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos (art. 40).

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 (art. 40, § 2º).

Já os titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização terão a opção de contratar diretamente trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 44).

O operador portuário fica proibido de contratar trabalhadores temporários nos termos da Lei n. 6.019/74 (art. 40, § 3º).

3) O OGMO é órgão intermediário obrigatório entre o trabalhador avulso portuário e o tomador de serviços. Segundo a Lei n. 12.815/2013, o OGMO é órgão de utilidade pública, sendo-lhe vedado ter fins lucrativos, prestar serviços a terceiros ou exercer qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra (art. 39 da Lei n. 12.815/2013).

O órgão Gestor de Mão de Obra terá obrigatoriamente 1 (um) conselho de supervisão e 1 (uma) diretoria executiva, sendo que o conselho de

supervisão será composto por 3 (três) membros titulares e seus suplentes, indicados na forma do regulamento e a diretoria executiva será composta por 1 (um) ou mais diretores, designados e destituíveis na forma do regulamento, cujo prazo de gestão será de 3 (três) anos, permitida a redesignação (art. 38 da Lei n. 12.815/2013).

7.3.2 Trabalho avulso não portuário

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a legislação que regula o trabalho avulso não portuário?
- 2) Qual é o conceito de trabalhador avulso não portuário?
- 3) Quem é o órgão intermediador desta mão de obra?
- 4) Dê exemplos de trabalhadores avulsos não portuários que laboram na zona portuária.
- 5) Quais são os deveres legais do sindicato nesta intermediação de mão de obra ?
- 6) Existe alguma proteção legal para evitar a discriminação de oferta de trabalho em relação ao avulso não portuário não sindicalizado?

1) Realmente, a regulamentação do trabalho avulso não portuário veio somente com a publicação da Lei n. 12.023 em 2009.

Zéu Palmeira Sobrinho⁷⁴ traz um retrocesso histórico dos motivos que levaram o legislador a editar a Lei n. 12.023/2009, vejamos: *“As atividades dos movimentadores de carga durante longo tempo foram disciplinadas pelas normas consolidadas referentes aos trabalhos em estivas e capatazias (arts. 254 a 292, CLT). Ocorre que o legislador ao aprovar a Lei n. 8.630, conhecida por Lei de Modernização dos Portos, a pretexto de disciplinar a gestão da mão de obra avulsa no setor de serviços portuários, revogou a disciplina celetizada que tratava dos serviços de estiva e capatazia, sem atentar para o fato de que o regramento mencionado era até então aplicável a todos os trabalhadores da atividade de movimentação de mercadorias, independentemente destes atuarem ou não em áreas portuárias ou em áreas urbanas ou rurais. Dito*

de outro modo: o legislador, ao tentar combater o monopólio sindical sobre a mão de obra avulsa no setor portuário, desregulamentou parte considerável da disciplina que contemplava as atividades dos avulsos em geral. Com a revogação dos arts. 254 a 292, CLT, pela Lei n. 8.630, os movimentadores de carga foram submetidos a um vazio legislativo que, além de dificultar a organização coletiva da categoria respectiva, facilitava a ação fraudulenta de empresas intermediadoras de mão de obra. Visando superar esse déficit legiferante, foi aprovada a Lei n. 12.023, de 27-8-2009, que dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso”.

Paulo Sérgio Basílio⁷⁵ lembra que: “em razão da proximidade entre o trabalho avulso portuário e o avulso não portuário, o legislador entendeu por bem aproveitar toda a experiência obtida com as Leis n. 8.630/93 e 9.719/98, para agora, por meio da Lei n. 12.023/2009, regulamentar as atividades de movimentação de mercadorias em geral”.

2) Quanto ao conceito de trabalhador avulso não portuário, o art. 1º da Lei n. 12.023/2009 dispõe que trabalhadores avulsos não portuários são: *aqueles que desenvolvem suas atividades (de movimentação de mercadorias em geral), em áreas urbanas ou rurais, sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, com execução das atividades reguladas por meio de negociação coletiva.*

3) A diferença básica entre o trabalhador avulso portuário e o trabalhador avulso não portuário vincula-se não ao local da prestação dos serviços, e, sim, na intermediação ou não do sindicato na prestação dos serviços. O trabalho avulso não portuário tem como órgão de intermediação o sindicato dos trabalhadores avulsos.

4) Podemos citar como exemplos de trabalhadores avulsos não portuários que laboram na orla marítima: o amarrador de embarcação, o

carregador de bagagem em porto (atividade regulada pela Lei n. 4.637/65) e o prático de barra em porto (art. 9º, IV, do Decreto n. 3.048/99).

5) O legislador procurou delimitar bem o papel do sindicato nesta intermediação, impondo ao mesmo, deveres legais tais como: *Art. 5º São 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 – exibir 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.

§ 1º Em caso de descumprimento do disposto no inciso III deste artigo, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

Da análise do referido dispositivo legal, percebe-se que o legislador foi mais severo quanto ao repasse da remuneração dos trabalhadores avulsos não portuários (art. 5º, III), comparando-se com a legislação dos avulsos portuários, uma vez que determinou prazo específico para o referido repasse (72 horas) e ainda previu responsabilidade solidária dos dirigentes sindicais (art. 5º, § 1º).

Foi um avanço importante para proteger os trabalhadores de eventuais desvios de receita pelo próprio sindicato. Contudo, não somente o sindicato passou a ter mais responsabilidade, mas o tomador de serviços também: *Art. 8º 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.

6) Por fim, o legislador procurou proteger o trabalhador não sindicalizado de eventual discriminação por parte do sindicato quanto à oferta de mão de obra; vejamos: Art. 5º (...)

§ 2º A identidade de cadastro para a escalação 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.

7.4 Trabalhador voluntário e religioso

7.4.1 Trabalho voluntário

A doutrina trabalhista classifica o trabalho não oneroso em: trabalho voluntário e trabalho religioso. A seguir, estudaremos o trabalho voluntário regido pela Lei n. 9.608/98.

PERGUNTA-SE

- 1)** O que pode ser entendido como trabalho voluntário?
- 2)** Quem pode ser o tomador de serviços?
- 3)** A benevolência é um critério estritamente subjetivo, isto é, depende somente da vontade do trabalhador?
- 4)** É possível a existência de vínculo de emprego entre o trabalhador voluntário e seu tomador de serviços?
- 5)** A entidade sem fins lucrativos só pode contratar trabalhadores voluntários?
- 6)** Segundo a Lei n. 9.608/98, é obrigatória a celebração de contrato de trabalho voluntário por escrito? Como se chama este contrato?

1) A Lei n. 9.608/98 conceitua trabalho voluntário como a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade (art. 1º, *caput*).

O conceito de serviço voluntário seria a atividade não remunerada, prestada por pessoa física com ânimo e causa benevolente. É irrelevante a existência ou não de subordinação.

2) O tomador de serviços é sempre a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Portanto, é vedada a contratação de trabalhador voluntário por empresa privada.

Por exemplo, a empresa Nestlé não pode contratar trabalhadores voluntários, já que é uma empresa privada com finalidade econômica. Por outro lado, a instituição APAE pode contratar voluntários para a leitura matinal de histórias infantis às crianças da instituição.

3) A benevolência deve estar presente no trabalho voluntário de ambas as formas: subjetiva ou objetiva. Maurício Godinho Delgado explica que “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. 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”⁷⁶.

4) A natureza jurídica do serviço voluntário é especial: como regra geral, não gera vínculo empregatício nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim (art. 1º, parágrafo único).

O trabalhador voluntário não é empregado e não se aplica a ele a CLT, desde que não haja fraude trabalhista. Logo, se comprovada a existência dos requisitos da relação de emprego, principalmente a onerosidade, haverá reconhecimento de vínculo de emprego.

5) As entidades sem fins lucrativos também podem contratar empregados regidos pela CLT. Na verdade, se a referida entidade necessitar contratar um contador, uma secretária ou um advogado, este trabalhador deverá ser contratado como empregado, já que não presta serviços que encaixam no conceito de serviço filantrópico ou voluntário.

6) A Lei n. 9.608/98 exige forma especial: o serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições do seu exercício (art. 2º).

A exigência da solenidade escrita para validade do contrato de trabalho voluntário é debatida na doutrina trabalhista, vejamos: Maurício Godinho defende que “o pacto de prestação de serviços voluntários não é, definitivamente, formal (solene), embora a lei refira-se à presença de um termo de adesão entre as partes envolvidas (Lei n. 9.608/98)”⁷⁷.

Em sentido oposto, Alice Monteiro de Barros defende que o ato de adesão é requisito essencial e que se trata de contrato solene: “comungamos o entendimento de que o ato de adesão é requisito substancial à configuração do trabalho voluntário, ou seja, ausente essa formalidade, o trabalho nessas condições deixa de ser disciplinado pela lei em questão”⁷⁸.

Quanto à possibilidade de reembolso de despesas, a Lei n. 9.608/98 é clara a esse respeito: “o prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias, desde que estejam expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário (art. 3º, *caput* e parágrafo único)”.

Veja interessante decisão sobre reconhecimento de vínculo de emprego de trabalho voluntário: DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO AUTURAL. VÍNCULO DE

EMPREGO × TRABALHO VOLUNTÁRIO. Admitida a prestação de serviços sob outra tipificação (trabalho voluntário), é do empregador a responsabilidade de provar o fato impeditivo do direito do autor, ônus do qual não se desincumbiu. Por outro lado, restando provados os requisitos da relação de emprego descrito no art. 3º da CLT, quais sejam, a subordinação, onerosidade, pessoalidade e de modo não eventual, é de ser reconhecida a relação de emprego. Além do mais, a Lei n.9.608/98, em seu artigo 1º considera como serviço voluntário, atividade não remunerada, o que a toda evidência não é o caso dos presentes autos, eis que o trabalho do autor foi remunerado, conforme admitido pela própria demandada. Apelo provido (TRT-6 – RO: 464622010506 PE 0000464-62.2010.5.06.0331, rel. Virgínia Malta Canavarro, Data de Publicação: 08-04-2011).

7.4.2 Trabalho religioso

Nos últimos anos, têm sido recorrente nos tribunais trabalhistas ações trabalhistas com pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego entre o pastor e a entidade religiosa a que este está vinculado.

Alice Monteiro de Barros lembra que: “apesar de a Lei n. 9.608/98 ter “estremecido os alicerces” (...) do art. 2º, § 1º, da CLT, que estendia o vínculo empregatício aos que prestassem serviços em entidade de beneficência, entendemos, entretanto, que à semelhança da lei italiana, o legislador brasileiro não exauriu todas as hipóteses de trabalho gratuito e voluntário que possam ocorrer, entre os quais o serviço religioso”⁷⁹.

De forma majoritária, o TST vem entendendo que não há possibilidade de reconhecimento do referido vínculo, uma vez que a relação entre o pastor e a Igreja é vocacional, portanto, não há que se falar na presença do requisito da onerosidade.

De forma minoritária, e casuística, o TST vem reconhecendo a existência de vínculo de pastor com Igreja, justificando que havia a

presença do requisito da onerosidade, quando o pastor tem direito a bônus por atingimento de metas, vejamos: I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PASTOR DE IGREJA. VÍNCULO DE EMPREGO. Diante de possível violação do art. 3º da CLT, deve-se dar provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. PASTOR DE IGREJA. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. Trata-se de demanda em que pastor de igreja pretende o reconhecimento do vínculo de emprego com a Igreja, referente ao período em que exerceu esse ofício. A Corte Regional manteve a improcedência da reclamação, ao fundamento de que a atividade do autor é de cunho estritamente religioso, na medida em que o ofício realizado foi motivado por uma vocação religiosa e visava principalmente a propagação da fé. No entanto, verifica-se a existência do vínculo de emprego. No entanto, restou apurado nos autos, pelos fatos e provas fartamente descritos pelo Regional, que: a) os pastores precisavam estar presentes a reuniões habituais, em que eram doutrinados (treinados) para o atendimento de campanhas de arrecadação de receitas; b) havia horário diário definido para o exercício desse trabalho, sujeito a fiscalização e com folga semanal; c) os depoimentos revelaram a vinculação à Central de Curitiba, onde ocorriam reuniões periódicas com a definição de diretrizes a serem seguidas e para onde o autor deveria se reportar caso tivesse algum problema administrativo; d) o trabalho, de natureza não eventual, destinado ao atendimento das necessidades da instituição, consistia no gerenciamento da igreja e na participação obrigatória em cultos e programas de rádio e televisão, cujo fim não era a divulgação da ideologia da instituição religiosa, mas sim a arrecadação de receita, servindo a religião apenas de meio para o convencimento dos fiéis; e, e) os pastores trabalhavam, na verdade, pela remuneração mensal, como vendedores da ideologia religiosa da entidade, com obrigação de atingir quotas

obrigatórias de venda de revistas e jornais, com subordinação a metas de arrecadação, sob pena de despedida. Por outro lado, o autor não se limitava a trabalhar mediante diretrizes institucionais gerais de exercício da fé religiosa. Atuava cumprindo tarefas determinadas, mediante fiscalização (com controle direto e indireto de desempenho) e de forma remunerada, cumprindo os objetivos da instituição, em que angariar receita era o objetivo principal, que era realizado com o auxílio persuasivo da religião junto aos fiéis. Diante desse quadro, o fundamento do Regional de que o autor tornou-se membro da reclamada, movido por fatores que não se coadunam com os econômicos, conforme se extrai da ficha pastoral, à fl. 244, onde consta como motivo de sua conversão o seguinte: “desenganado pelos médicos” não se mostra apto a afastar o vínculo. A ficha pastoral de ingresso na instituição e de conversão à ideologia da igreja teve o seu conteúdo descaracterizado pelos depoimentos, sendo o contrato de trabalho um contrato realidade, cuja existência decorre do modo de prestação do trabalho e não da mera declaração formal de vontade. Esta Corte Superior, em situações idênticas, reconheceu o vínculo de emprego de pastor de igreja. Precedentes. Reconhecida a relação de emprego do autor com a Igreja Universal do Reino de Deus, referente ao período em que desempenhou as funções de pastor, devem os autos retornar à origem, a fim de que examine as verbas decorrentes dessa relação. Recurso de revista conhecido por violação do art. 3º da CLT e provido, no particular.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Os honorários assistenciais são devidos somente quando preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70, na forma das Súmulas nº 219 e 329 do TST e OJ nº 305 da SBDI-1/TST. Assim, tem-se como pressuposto para o deferimento dos aludidos honorários a assistência pelo sindicato da categoria profissional e a percepção de salário inferior ou igual à dobra do salário mínimo ou a prova da situação econômica insuficiente ao sustento próprio ou de sua família. Constata-se, no caso, a ausência da assistência sindical. Diante desse contexto, a

decisão recorrida está em conformidade com as Súmulas 219 e 319 desta Corte, motivo pelo qual incide o óbice do art. 896, § 4º, da CLT (Lei 9.756/98). Recurso de revista não conhecido (TST – RR: 10071320115090892, rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 03-12-2014, 3ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 05-12-2014).

7.5 Demais tipos de trabalhadores

7.5.1 Mãe social

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o papel da mãe social nos termos da Lei n. 7.644/87?
- 2) O que é uma casa-lar?
- 3) Quais são as condições para admissão da mãe social?
- 4) Quais são os direitos da mãe social?
- 5) Qual é a natureza jurídica do contrato da mãe social?

1) A Lei n. 7.644/87 criou a figura especial – e infelizmente rara – da mãe social, com direitos trabalhistas.

O art. 2º da Lei n. 7.644/87 considera mãe social aquela que, dedicando-se à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em nível social, dentro do sistema de casas-lares.

A mãe social deve residir na casa-lar junto com os menores. A intenção é propiciar ambiente semelhante ao familiar, para o desenvolvimento e a integração social.

2) A casa-lar é a unidade residencial sob responsabilidade de mãe social, que abrigue até 10 (dez) menores (art. 3º da Lei n. 7.644/87).

3) Segundo o art. 9º da Lei n. 7.644/87, são condições para admissão como mãe social: **a)** idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos; **b)** boa sanidade física e mental; **c)** curso de primeiro grau, ou equivalente; **d)** ter

sido aprovada em treinamento e estágio exigidos por esta lei; **e)** boa conduta social;

f) aprovação em teste psicológico específico.

Os menores recebem ensino profissionalizante e são encaminhados ao mercado de trabalho.

É importante saber que parte do salário recebido é aplicada pela casa-lar nas despesas que tem com a manutenção do próprio menor.

Vale anotar que os menores residentes são considerados dependentes da mãe social respectiva, para os efeitos dos benefícios previdenciários.

4) À mãe social são assegurados direitos trabalhistas mínimos de qualquer trabalhador (art. 5º), tais como: **a)** anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social; **b)** remuneração não inferior ao salário mínimo; **c)** repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas; **d)** apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções; **e)** 30 dias de férias anuais; **f)** benefícios e serviços previdenciários e acidentários; **g)** gratificação de Natal; e **h)** FGTS.

5) A natureza jurídica do contrato de trabalho da mãe social é controversa na doutrina trabalhista, uma vez que a legislação estende direitos trabalhistas, contudo, não define se há verdadeiro vínculo de emprego.

Maurício Godinho afirma somente que a natureza jurídica é controversa, não se posicionando pelo vínculo de emprego.

Alice Monteiro de Barros, por outro lado, defende que há vínculo de emprego por analogia ao regime jurídico das mães-crecheiras. Veja decisão do TST adotando essa posição: *TST reconhece vínculo empregatício entre mãe crecheira e Febem*

A “mãe crecheira” que trata de crianças órfãs ou abandonadas na Febem tem vínculo empregatício com a instituição. O entendimento é do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar recurso da Febem de São Paulo. De acordo com o relator, ministro João Oreste

Dalazen, “mãe crecheira” é uma das denominações da “mãe social”, cujas atividades estão regulamentadas pela Lei n. 7.644/87. Por isso, deve ter assegurado o contrato especial de trabalho apenas com os direitos enumerados na lei. O TST afirma que a instituição empregadora não é obrigada a pagar aviso prévio e nem horas extras. Processo n. TST-ER-402.216/97.7. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de fevereiro de 2012.

7.5.2 Indígena

PERGUNTA-SE

- 1) Como são classificados os indígenas?
- 2) É possível contratar os indígenas isolados por meio de contrato de trabalho?
- 3) É possível contratar os indígenas em vias de integração por meio de contrato de trabalho? E os integrados?

1) A Convenção 169 da OIT rege os direitos do índio e do povo indígena. A nossa Carta Magna também reconhece os direitos dos índios nos arts. 231 e 232.

Segundo a Lei n. 6.001/73, os indígenas são classificados em:

a) **isolados**: vivem em grupos desconhecidos com poucos ou eventuais contatos com a sociedade (art. 4º, I); b) **em vias de integração**: vivem em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam maior ou menor parte de suas condições de vida nativa, mas aceitam as práticas da comunidade nacional (art. 4º, II); e c) **integrados**: vivem dentro da comunidade nacional, tendo incorporado direitos civis, ainda que conservem seus usos e costumes (art. 4º, III).

2) A possibilidade de contratação de indígenas como empregados por meio de um contrato de trabalho dependerá do tipo de indígena. É nulo o contrato de trabalho com os indígenas isolados (art. 15).

3) É permitido o contrato de trabalho com os indígenas em vias de integração e integrados (art. 14). Contudo, no caso dos indígenas em vias de integração, é obrigatória a prévia aprovação do órgão de proteção ao índio.

Por fim, veja interessante decisão do TST sobre reconhecimento de vínculo de emprego com grupo de indígenas: **Indígenas ganham vínculo**

por trabalho em canavial Durante sete anos, um grupo de trabalhadores indígenas contratados para atividades braçais frequentou uma lavoura de cana-de-açúcar por períodos de 60 dias, com curtos intervalos entre si. Nesta terça-feira (21/9), eles obtiveram o reconhecimento do vínculo de emprego com a Usina Santa Olinda S. A. Açúcar e Álcool na Seção II Especializada em Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho.

Após a condenação, a indústria ajuizou uma ação rescisória no Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (MS). Mais uma vez, o entendimento foi confirmado. Um apelo, por meio de Recurso Ordinário em ação rescisória, foi então apresentado ao TST. Apesar das alegações da indústria de que a contratação consistia em uma locação de serviços por prazo determinado, a Justiça do Trabalho entendeu que houve unicidade contratual e relação de emprego, com subordinação e habitualidade.

O Ministro Emmanoel Pereira, relator do recurso, lembrou que a Lei n. 6.001/73, também conhecida como Estatuto do Índio, procura preservar a cultura dos indígenas. O art. 14, por exemplo, determina que “não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social”. Por isso, a partir do momento em que são identificados os elementos típicos do vínculo de emprego, são devidos ao trabalhador indígena “todos os direitos e garantias previstos para o trabalhador comum, coibindo-se as fraudes que maculam relações de trabalho”.

A empresa, por outro lado, declarou que o contrato foi firmado conforme as normas de proteção estabelecidas pelo estatuto. Ela também citou o Pacto Comunitário dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho Indígena, de 1999. O documento, alegou a ré, deixaria explícito que esse tipo de contratação não caracterizava a continuidade de vínculo de emprego.

No exame do Recurso Ordinário, Emmanoel Pereira verificou que não se trata de contrato por prazo determinado. O art. 452 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que “o contrato assume as vestes de indeterminado” quando não é observado o tempo mínimo de seis meses entre um e outro. Tampouco se aplicaria a tese do contrato de equipe, já que a modalidade só é possível quando a atividade, por suas peculiaridades, é realizada por um grupo determinado de trabalhadores. *Com informações da Assessoria de Comunicação do TST. ROAR – 4900-62.2005. 5.24.0000. Revista Consultor Jurídico, 21 de setembro de 2010.*

7.5.3 Preso

PERGUNTA-SE

- 1) O preso pode trabalhar?
- 2) O trabalho do preso é remunerado?
- 3) Aplica-se a CLT ao preso-trabalhador?

1) Celso Delmanto explica que o trabalho é direito e dever do preso. O art. 39 do Código Penal garante que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, assim dispõe sobre o trabalho: *Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.*

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

2) O trabalho deverá ser sempre remunerado (em valor não inferior a três quartos do salário mínimo), uma vez que a remuneração deverá atender à reparação do dano do crime, assistência à família *etc.* (LEP, art. 29). Vejamos: *Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.*

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

3) Assim, embora o trabalho do preso não fique sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (LEP, art. 28, § 2º), ele tem direito aos benefícios previdenciários.

PEGADINHA:

Lembre-se de que as tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

7.5.4 Servidor público e empregado público

PERGUNTA-SE

- 1) Qual a diferença conceitual entre servidor público e empregado público?
- 2) A CLT se aplica ao servidor público? E ao empregado público?

1) Inicialmente, cumpre lembrar alguns conceitos de Direito Administrativo. Na organização da Administração Pública Brasileira, o servidor público, em sentido *lato sensu*, é aquela pessoa física que presta serviço ao Estado, mediante remuneração.

Essa atividade laborativa pode ocorrer tanto nos órgãos da administração direta como nas entidades que compõem a administração indireta. O vínculo destes trabalhadores pode ser de natureza estatutária ou natureza celetista, uma vez que não é obrigatório o regime único.

Logo, no nosso ordenamento pátrio, há os servidores públicos estatutários, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, nos moldes do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e que são regidos por um estatuto; empregados públicos, ocupantes de emprego público também provido por concurso público (art. 37, inciso II, da Carta Magna), contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além destes trabalhadores, há também servidores temporários, que exercem função pública, despida de vinculação a cargo ou emprego público, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da Constituição Federal), prescindindo de concurso público.

- 2) Concluindo, a CLT não se aplica ao servidor público, uma vez que

este é o trabalhador da Administração Pública regido pelo estatuto do servidor público. Já o empregado público é o trabalhador da Administração Pública regido pela CLT, portanto, considerado como empregado para o Direito do Trabalho.

7.5.5 Estagiário

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o diploma legal que se aplica aos estágios na atualidade?
- 2) Qual é o conceito jurídico de estágio?
- 3) Qual é a principal condição para realização do contrato de estágio?
- 4) Quais são os requisitos legais para validação do contrato de estágio?
- 5) Qual é a duração máxima do contrato de estágio?
- 6) Quais são os direitos dos estagiários pela Lei n. 11.788/2008?

1) O estágio passou a ser regulado pela Lei n. 11.788, de 25-9-2008, publicada no *Diário Oficial* em 26-9-2008, que revogou toda a legislação anterior sobre o tema (Leis ns. 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001).

A lei que entrou em vigor a partir da data da sua publicação se aplica somente aos novos contratos de estágios celebrados a partir de 26-9-2008 e aos contratos que forem renovados. Desta forma, não se aplica aos contratos celebrados anteriormente à referida data.

2) Segundo art. 1º da referida lei: “estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando a escola”.

3) A principal condição para a realização do estágio é a efetiva e regular

matrícula do estudante na instituição de ensino. Além disso, deve haver 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.

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

A intenção do legislador foi de incentivar o aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante, sem onerar as empresas com encargos sociais e, ao mesmo tempo, evitando fraudes trabalhistas.

Logo, se o estágio for desvirtuado da sua função educativa, o juiz poderá declarar a existência de relação de emprego, condenando a empresa ao pagamento de todos os direitos trabalhistas.

4) É importante saber quais são os requisitos exigidos pela legislação para validade da relação de estágio. Os requisitos são classificados em formais e materiais.

Os requisitos formais são os seguintes: *qualificação das partes da*

relação de estágio, celebração de documentos obrigatórios e direitos dos estagiários. Iremos estudar a seguir cada um desses requisitos: **Qualificação das partes envolvidas no estágio** (estudante-trabalhador, o tomador de serviços, a instituição de ensino e o agente de integração). Vamos estudar cada um dos integrantes da relação de estágio.

O estagiário somente poderá ser estudante, ou seja, aluno regularmente matriculado nos seguintes cursos, “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).

Já o tomador de serviços pode ser somente as pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 9º).

Portanto, excluem-se da concessão de estágio os profissionais que se organizem como estrita pessoa física, salvo profissionais liberais de nível superior, que, devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio.

As instituições de ensino são conhecidas como “IES”, podendo ser caracterizada como IES somente 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).

O Agente de Integração pode ser público ou particular (art. 5º).

Documentos obrigatórios: o segundo requisito formal da relação de estágio se refere à parte documental desta relação jurídica. É obrigatória a celebração de Termo de Compromisso.

O Termo de Compromisso deve ser celebrado com o educando ou com seu representante ou assistente legal, quando ele for absoluta ou

relativamente incapaz, e com a parte concedente do estágio (art. 7º).

É facultado às instituições de ensino celebrar com entes públicos e privados convênio de concessão de estágio, contudo, o mesmo não dispensa a celebração do termo de compromisso (art. 8º e seu parágrafo único).

5) A duração do estágio não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência (art. 11).

6) Direitos dos estagiários: o terceiro requisito formal da relação de estágio se refere aos direitos do estagiário desta relação jurídica: **a)** Bolsa e auxílio-transporte: o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório (art. 12). A eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício (art. 12, § 1º, da CLT).

b) Descanso anual: é assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares (art. 13). O recesso de que trata este artigo deverá ser remunerado quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação (art. 13, § 1º).

c) Jornada de trabalho reduzida: a jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar: I – 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos; II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular (art. 10).

Exceção:

O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 (quarenta) horas semanais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (art. 10, § 1º).

DICA:

Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante (art. 10, § 2º).

7.5.6 Aprendiz

PERGUNTA-SE

- 1) O que é contrato de aprendizagem?
- 2) Quais são os requisitos legais para validade do contrato de aprendizagem?
- 3) Existe quota de contratação obrigatória de aprendizes?
- 4) Quais são os direitos trabalhistas dos aprendizes?

1) Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao 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, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (art. 428, *caput*, da CLT).

PEGADINHA:

Não há limite máximo de idade se o aprendiz for portador de necessidades especiais.

O contrato de aprendizagem é, portanto, um contrato de trabalho especial, celebrado entre a empresa e o aprendiz para fins de formação técnico-profissional por meio de atividades teóricas e práticas.

É um contrato ajustado por escrito e por prazo determinado (máximo 2 anos, salvo se deficiente) com aprendiz, *maior de 14 e menor de 24 anos*. É direito do aprendiz a anotação da sua condição de aprendiz na Carteira

de Trabalho e Previdência Social.

2) A legislação trabalhista exige os seguintes requisitos de validade para o contrato de aprendizagem: **a)** o objeto do contrato deve ser a formação técnico-profissional por meio de atividades teóricas e práticas; **b)** devem ser comprovadas a matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental; **c)** inscrição em programa de aprendizagem e prazo estipulado não superior a dois anos (é uma espécie de contrato por prazo determinado).

3) As empresas são obrigadas a contratar aprendizes em número equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada um dos seus estabelecimentos, cujas funções demandem formação profissional (art. 429 da CLT).

4) O aprendiz, além dos direitos previstos na CLT, tem os seguintes direitos trabalhistas especiais: **1.** garantia de salário mínimo hora; **2.** jornada de trabalho reduzida (regra geral é de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada); e **3.** FGTS reduzido de 2% (Lei n. 8.036/90).

8. RELAÇÕES DE TRABALHO TRILATERAIS

É importante, o estudo das relações trilaterais de trabalho, com ênfase no trabalho temporário e na terceirização, ambos os institutos que sofreram recentes alterações legislativas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017). Vamos começar pelo estudo da relação de trabalho temporário.

8.1 O trabalho temporário à luz da Lei n. 6.019/74 com as alterações trazidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o fundamento legal do trabalho temporário no Brasil?
- 2) Qual o momento histórico em que foi publicada a Lei n. 6.019/74?
- 3) Quais são as partes que compõem a relação de trabalho temporário?
- 4) O trabalho temporário é uma forma de terceirização? Quem detém o poder diretivo, disciplinar e técnico em relação ao trabalhador temporário?
- 5) É possível a contratação de estrangeiros pelas empresas de prestação de serviço temporário?
- 6) É possível a contratação direta pelo empregador do trabalhador temporário, sem a intermediação da empresa de prestação de serviços temporários?
- 7) Qual é o conceito de empresa de trabalho temporário para a Lei n. 6.019/74?
- 8) É permitida a constituição de empresa de trabalho temporário rural?
- 9) Qual é o conceito legal de trabalho temporário?
- 10) Quais são os motivos que justificam a contratação da mão de obra temporária?

1) O trabalho temporário como relação trilateral de prestação de serviços é um fenômeno toyotista da década de 1970, portanto muito posterior à época da elaboração da CLT (1943). Não há previsão legal do trabalho temporário na CLT, a regulamentação veio por meio de legislação específica: a Lei n. 6.019/74, que foi inspirada na legislação francesa.

Recentemente em 2017, a Lei n. 6.019/74 foi alterada pelas Leis ns.

13.429/2017 e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A Lei n. 13.429/2017 teve sua vigência iniciada em 31.03.2017. Alterou dispositivos da Lei n. 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário, e passou a versar também sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A Lei n. 13.467/2017 teve sua vigência iniciada em 13.11.2017. Alterou e acrescentou alguns dispositivos à Lei n. 6.019/74, mais especificadamente os arts. 4º-A, 4º-C, 5º-A, 5º-C e 5º-D.

Em 14/10/2019, foi publicado o Decreto 10.060/2019 para regulamentar as modificações trazidas pelas Leis 13.429 e 13.467/2019 ao instituto do trabalho temporário. O decreto é bem redigido e não traz nenhuma aparente atecnia jurídica.

O decreto cumpre seu papel de atualizar e esclarecer as novas regras e atende ao quesito de regulamentação jurídica, que é o seu papel, não o exorbitando.

Enfim, traz sem dúvida segurança jurídica maior, em especial no aspecto de trazer expressamente a possibilidade do tomador orientar a atividade do empregado temporário, sem que isso configure a subordinação decorrente de vínculo empregatício.

2) Alice Monteiro de Barros explica o momento histórico em que a Lei n. 6.019/74 foi publicada: “Com a restrição do uso abusivo dos contratos de trabalho por prazo determinado na CLT, multiplicaram-se as empresas criadas com o objetivo de fornecer mão de obra a outras empresas, para atividade permanente ou transitória, ora por intermédio do contrato de locação de serviços, ora por via de empreitada. Difundiu-se rapidamente no Brasil esse sistema de locação de pessoal”⁸⁰.

A Lei n. 6.019/74 veio normatizar uma situação fática vivida pelas empresas, e que até então era de difícil solução, criando regras claras para situações específicas, nas quais a empresa poderá contratar trabalhadores

para executar determinado serviço, sem que ele esteja a ela subordinado ou vinculado.

Messias Pereira Donato conceitua trabalho temporário assim: “O trabalho temporário é sinônimo de provisório. Não se confunde com o trabalho eventual. Embora não permanente, é ínsito à atividade normal, seja principal ou acessória, do empreendimento. Visa a atender-lhe as necessidades excepcionais ou transitórias, seja para suprir as deficiências resultantes de desfalques temporário no quadro de pessoal, seja para assegurar maior disponibilidade de mão de obra, imposta por exigência do serviço⁸¹”.

Enfim, o trabalho temporário surgiu como uma alternativa econômica para as empresas que necessitavam de mão de obra provisória em situações excepcionais de serviço.

3) O trabalho temporário é um modelo trilateral de prestação de serviços, pois envolve três partes: o trabalhador temporário, a empresa de mão de obra temporária e o tomador de serviços (cliente).

Por exemplo, o supermercado Pão de Açúcar pode celebrar um contrato de prestação de serviços de mão de obra temporária com a empresa de trabalho temporário Gelre. Esta relação jurídica é civilista. A Gelre contrata a Ana Maria como sua empregada. Esta relação jurídica é trabalhista devido ao vínculo celetista. A Gelre aloca a Ana Maria para prestar serviços como trabalhadora temporária no Pão de Açúcar.

Desta forma, o contrato de prestação de serviços de trabalho temporário é firmado entre *empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora dos serviços*. Logo, a empresa tomadora dos serviços não mantém vínculo de emprego com o trabalhador temporário, uma vez que o contrato de trabalho celetista é celebrado entre *a empresa de trabalho temporário e o trabalhador*.

A relação entre a prestadora e a empresa tomadora dos serviços é regida

pela legislação civil, ao passo que o vínculo existente entre a empresa de trabalho temporário e os seus empregados (trabalhadores temporários) é celetista nos termos disciplinados pela Lei n. 6.019/74. Desse modo, inexistente contrato entre a empresa tomadora e o trabalhador temporário.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros⁸² enfatiza a condição celetista do trabalhador temporário: “O trabalhador que se submete ao contrato de trabalho temporário é empregado da empresa de trabalho temporário; seu contrato com ela também deve ser escrito”.

4) A empresa de trabalho temporário (empregadora), também denominada de empresa interposta, transfere ao tomador do serviço, durante a vigência do contrato, o poder diretivo, disciplinar e técnico, visto que a prestação de serviços se dá de forma subordinada, como ocorre com o empregado efetivo temporariamente substituído.

Por conta desses poderes de que se investe o tomador dos serviços, o trabalho temporário se diferencia dos chamados serviços terceirizados, visto que, nessa última hipótese, a subordinação do trabalhador se dá em relação à empresa terceirizada, também chamada interposta, e não em relação ao tomador dos serviços.

O trabalho temporário é, portanto, uma forma de contratação que se apresenta como alternativa jurídica para as empresas que necessitam de mão de obra temporária.

5) Segundo o art. 17 da Lei n. 6.019/74, é defeso às empresas de prestação de serviço temporário a contratação de estrangeiros com visto provisório de permanência no país.

6) É imprescindível que a prestação de serviços de mão de obra temporária seja exclusivamente fornecida por empresa de trabalho temporário. Portanto, a contratação direta pelo tomador de serviços do trabalhador temporário, sem a intermediação da empresa de trabalho temporário, implica vínculo de emprego direto com o tomador de serviços.

7) Segundo o art. 4º da Lei n. 6.019/74, 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.

Segundo o art. 6º da Lei n. 6.019/74, alterado pela Lei n. 13.429/2017, funcionamento da empresa de trabalho temporário dependerá de registro no Ministério do Trabalho e Emprego, portanto a legislação exige uma série de requisitos formais para a constituição de empresa de trabalho temporário, vejamos: *I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;*

II – prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;

III – prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Empresas do mesmo grupo econômico não podem constituir empresa de trabalho temporário para fornecer mão de obra para o próprio grupo econômico.

PEGADINHA:

8) A antiga redação do art. 4º da Lei n. 6.019/74 era explícita no sentido que a empresa prestadora de serviços temporários era a pessoa jurídica URBANA. Não era permitida a constituição de empresa de trabalho temporário rural.

A partir da Lei n. 13.429/2017, o conceito de empresa de trabalho temporário passou a ser somente de pessoa jurídica, houve a exclusão da expressão “urbana”. Logo, a interpretação possível é que a partir de agora é possível empresa de trabalho temporário rural.

9) Conforme o art. 2º da Lei n. 6.019/74, alterado pela Lei n. 13.429/2017, o 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 as 2 (duas) hipóteses de situações jurídicas, quais sejam: a) a necessidade de

substituição transitória de pessoal permanente; ou b) à demanda complementar de serviços.

Por exemplo, o Supermercado Pão de Açúcar pode contratar um trabalhador temporário da agência Gelre Mão de Obra Temporária para substituir uma de suas caixas que se afastou por motivo de licença-maternidade.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que “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)”⁸³.

Messias Pereira Donato descreve os limites de contratação do trabalho temporário: “À empresa de trabalho temporário não é dado mediar contrato para todo e qualquer atividade. Há de ser por escrito o contrato que celebrar com a empresa cliente e dele deve constar, de modo expreso, ‘o motivo justificador da demanda de trabalho temporário’ (art. 9º da Lei n. 6.019). Guarda impropriedade o vocábulo *justificador*, que requer demonstração de algo perante alguém, quando, de fato, a lei não obriga os cocontratantes a se justificarem perante alguém. O que se deve consignar no contrato é o motivo determinante da demanda e não justificador desta. Esse motivo é que se torna passível de apreciação pela autoridade administrativa, em caso de fiscalização (art. 15)”⁸⁴.

10) 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.*).

A segunda dessas hipóteses (demanda complementar de serviços) foi trazida pela Lei n. 13.429/2017. Antigamente, a lei utilizava a expressão “necessidade resultante de acréscimo de serviços”. Parece-nos que a

intenção do legislador foi evitar fraudes trabalhistas e esclarecer melhor em que situações é possível o trabalho temporário.

Nesse sentido, a Lei n. 13.429/2017 acrescentou o § 2º ao art. 2º da Lei 6.019/74 definindo de forma minuciosa o conceito de demanda complementar, vejamos: *Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.*

Na mesma linha de pensamento, Francisco Ferreira Jorge Neto⁸⁵ explica a mudança legislativa: “Houve a substituição de “acréscimo extraordinário de serviços” por “demanda complementar de serviços”. Por essa última expressão, compreenda-se a que seja oriunda de fatores (art. 2º, § 2º, Lei 6.019, redação dada pela Lei 13.429): (a) imprevisíveis (situações empresariais que não podem ser conhecidas de forma prévia); (b) previsíveis (situações empresariais, as quais são passíveis de serem antecipadas dentro do exercício da atividade econômica da empresa tomadora), podendo ser intermitente (hipóteses em que não se tem a continuidade, visto que se tem a sua interrupção, logo, são situações alternadas ou revezadas da necessidade de mão-de-obra temporária), periódico (situações as quais ocorrem em lapsos de tempo determinados, havendo uma época pré-determinada em que será necessária a adoção da mão-de-obra temporária) ou sazonal (para situações específicas para determinadas épocas do ano, tais como dia dos namorados, natal, carnaval etc.)”.

Essas duas 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, do TST).

Alice Monteiro de Barros concorda com este posicionamento: “O

contrato de trabalho temporário será nulo se não se destinar ao seu fim. A nulidade acarreta vínculo empregatício direto com a tomadora (art. 3º da CLT)”⁸⁶.

PERGUNTA-SE

- 1) Existe alguma formalidade legal para a celebração de contrato de prestação de serviços de mão de obra temporária?
- 2) Qual é o prazo mínimo e máximo para contratação do trabalhador temporário? É permitida prorrogação do prazo?
- 3) Pode-se aplicar o contrato de experiência celetista ao trabalhador temporário contratado pela tomadora de serviços após o término do contrato de trabalho temporário?
- 4) Quais são os direitos trabalhistas dos trabalhadores temporários?
- 5) É possível trabalho temporário na atividade-fim do tomador de serviços?
- 6) As Leis ns. 13.429 e 13.467, ambas de 2017, acrescentaram algum direito trabalhista para o trabalhador temporário?
- 7) Qual é a responsabilidade jurídica do tomador de serviços nesta relação trilateral?

1) O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente **escrito** e dele deverá constar expressamente **o motivo justificador da demanda** de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço. Portanto, é um contrato solene.

2) Antigamente, o contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderia exceder de **três meses**, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Emprego (antiga redação do art. 10 da Lei n. 6.019/74).

A Lei n. 13.429/2017 alterou a redação do art. 10 e modificou substancialmente tais prazos, vejamos: *Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.*

(Redação dada pela Lei n. 13.429, de 2017)

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não. (Incluído pela Lei n. 13.429, de 2017)

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram. (Incluído pela Lei n. 13.429, de 2017)

A Lei n. 6.019/74 continuou estabelecendo prazo máximo, mas não estabeleceu prazo mínimo para o contrato entre a empresa de trabalho temporário e o tomador com referência ao mesmo trabalhador.

Além disso, a partir da Lei n. 13.429/2017 o prazo máximo será de 180 dias e poderá ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não, logo o contrato poderá atingir até 270 dias.

CUIDADO:

A Lei n. 13.429/2017 estabeleceu uma quarentena de 90 dias para celebração de novo contrato de trabalho temporário, conforme redação do § 5º do art. 10 abaixo: *§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.*

A partir da Lei n. 13.429/2017, o contrato temporário não poderá exceder o prazo de 180 dias (e não mais 90 dias), consecutivos ou não, e poderá ser prorrogado por mais 90 dias, desde que comprovada a manutenção das condições que o deram causa.

3) Não havia previsão legal na Lei n. 6.019/74 sobre a possibilidade de contratação do trabalhador temporário pela tomadora de serviços por meio de contrato de trabalho a título de experiência nos moldes celetistas, após o término do contrato temporário.

A Lei n. 13.429/2017 acrescentou o § 4º ao art. 10 da Lei n. 6.019/74 nos seguintes termos: *§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário,*

contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Portanto, esta questão ficou pacificada na legislação trabalhista a partir da Lei n. 13.429/2017.

4) Conforme art. 12 da Lei n. 6.019/74, o contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores, tais como: **a)** remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo; **b)** jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20%; **c)** férias proporcionais;

d) repouso semanal remunerado; **e)** adicional por trabalho noturno; **f)** indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato correspondente a 1/12 do pagamento recebido; **g)** seguro contra acidente do trabalho; e **h)** proteção previdenciária.

Alice Monteiro de Barros⁸⁷ explica que os direitos previstos no art. 12 da Lei n. 6.019/74 são meramente exemplificativos, sendo-lhe deferidos outros típicos de qualquer empregado, desde que compatíveis com esta modalidade de contrato.

O diferencial na Lei n. 6.019/74 é o direito do trabalhador temporário ao salário equitativo, ou seja, salário equivalente ao percebido pelo empregado da categoria do cliente.

Em relação à indenização prevista na alínea *f* do art. 12 da Lei n. 6.019/74 (indenização de 1/12), a doutrina trabalhista majoritária entende que a referida indenização foi substituída pelo depósito do FGTS, uma vez que a Lei n. 8.036/90, posterior à Lei n. 6.019/74, inseriu o trabalho temporário no regime do FGTS. Logo, a alínea *f* do art. 12 da Lei n.

6.019/74 restou prejudicada pela Lei n. 8.036/90.

Além disso, não há previsão na Lei n. 6.019/74 para o pagamento de qualquer indenização para o caso de rescisão antecipada do contrato de trabalho temporário, ou seja, rescisão antes do termo final, ainda que sem justa causa.

Lembre-se de que o art. 479 da CLT prevê em hipótese de rescisão antecipada de contrato por prazo determinado pelo empregador o direito do empregado de receber indenização de metade da remuneração a que teria direito no término normal do contrato.

A jurisprudência trabalhista majoritária entende que o art. 479 da CLT não se aplica ao contrato de trabalho temporário, uma vez que esse tipo de contrato tem legislação específica a respeito.

Nesse sentido, jurisprudência da SDI do (TST, SDI-I, E-RR 1342-91.2010. 5.02.0203, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14-8-2015).

Vejamos alguns julgados a respeito:

“RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. MULTA DO ART. 479 DA CLT. INAPLICABILIDADE. O contrato de trabalho temporário é uma exceção a regra do contrato por prazo indeterminado, permitida somente nos casos previstos no art. 2º da lei 6.019/74. Dessa feita, o contrato de trabalho temporário não se confunde com o contrato de experiência ou outro contrato a termo, eis que rege-se por lei própria, sendo, portanto inaplicável a indenização prevista no artigo 479 da CLT, tendo em vista tratar-se de norma especial regulando expressamente os direitos do trabalhadores temporários, a qual se sobrepõe ao regramento geral previsto no texto consolidado. Recurso do obreiro a que se nega provimento, no ponto” (Processo: RO – 000153279.2017.5.06.0144, rel. Paulo Alcantara, Data de julgamento: 23-05-2018, Segunda Turma, Data da assinatura: 24-05-2018) (TRT-6 – RO: 00015327920175060144, Data de Julgamento: 23-05-2018, Segunda Turma).

“CONTRATO TEMPORÁRIO. INDENIZAÇÃO ARTIGO 479, CLT. INAPLICABILIDADE. O art. 479 da CLT é caso de contrato a prazo. Tendo o contrato temporário um regramento específico para a rescisão antecipada, conforme artigo 12, f, da Lei nº 6.019/74, não se justifica a aplicação de regra geral, disposta no artigo 479 da CLT” (TRT-1 – RO: 01005674520175010081 – RJ, rel. Ivan da Costa Alemão Ferreira, Data de Julgamento: 02-07-2019, Gabinete do Desembargador Ivan da Costa Alemão Ferreira, Data de Publicação: 09-07-2019).

“CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. INDENIZAÇÃO DO ART. 479 DA CLT. INAPLICABILIDADE. Não se aplica a indenização prevista no artigo 479 da CLT ao empregado admitido por meio de contrato temporário, que possui regramento específico na Lei nº 6.019/74, não se confundindo com o contrato a prazo determinado” (TRT-1 – RO: 00103315320145010016, rel. Monica Batista Vieira Puglia, Data de Julgamento: 03-04-2017, Terceira Turma, Data de Publicação: 27-04-2017).

Há, contudo, julgados minoritários em sentido diverso, ou seja, pela aplicação da multa do art. 479 da CLT ao contrato de trabalho temporário: “CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI 6.019/74. RESCISÃO ANTECIPADA. MULTA DO ART. 479, DA CLT, DEVIDA. A autora foi admitida para o exercício de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/74. Na forma da Súmula 35, desta Corte, “a indenização do art. 479 da CLT é aplicável à rescisão antecipada do contrato de trabalho temporário disciplinado na Lei nº 6.019/74”. Assim, tendo em vista que o contrato de trabalho temporário foi rescindido unilateral e injustificadamente pela ré antes do prazo fixado em contrato, devida é a condenação dessa ao pagamento da multa prevista no art. 479, da CLT, independentemente de a despedida ter sido, ou não, discriminatória. Recurso da reclamada a que se nega provimento” (TRT-9 – RO: 00003743320155090125 PR, Relator: Sueli Gil El Rafihi, Data de Julgamento: 31-05-2017).

Há julgados que defendem que é devida inclusive a multa de 40% do FGTS: “CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. RESCISÃO ANTECIPADA. MULTA DE 40% DO FGTS DEVIDA. Celebrado contrato de trabalho temporário, com prazo certo de duração, a sua rescisão antecipada importa em dispensa sem justa causa e não em término do contrato de trabalho temporário. Logo, por se tratar de dispensa sem justa causa, é devida a multa de 40% do FGTS, nos termos art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90. Não provimento ao recurso interposto” (TRT-1 – RO: 01011186920175010034 RJ, rel. Enoque Ribeiro dos Santos, Data de Julgamento: 21-05-2019, Gabinete do Desembargador Enoque Ribeiro dos

Santos, Data de Publicação: 31-05-2019).

Na doutrina trabalhista, Alice Monteiro de Barros⁸⁸ defende que o contrato de trabalho temporário é espécie de contrato por prazo determinado, logo aplicar-se-ia em caso de rescisão antecipada do contrato o direito à multa do FGTS e do art. 479 da CLT.

Quanto ao direito ao aviso prévio, vejamos os julgados:

“CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. AVISO PRÉVIO. O contrato de trabalho temporário, embora seja modalidade de contrato com prazo determinado, não se confunde com o contrato de experiência e deve obedecer ao disposto na Lei nº 6.019/74, que regula a matéria. O aviso prévio é parcela instituída com objetivo de amparar o autor no caso de dispensa repentina imotivada, o que não ocorre no presente caso” (TRT-1 – RO: 00104900720155010001 RJ, Data de Julgamento: 28-06-2016, Quarta Turma, Data de Publicação: 29-07-2016).

“CONTRATO TEMPORÁRIO. AUTORIZAÇÃO DO MTE PARA A PRORROGAÇÃO. AVISO-PRÉVIO INDEVIDO. Tendo a reclamada se desonerado do encargo probatório que lhe cabia com a juntada da autorização do MTE para a prorrogação do contrato temporário, impõe-se o indeferimento do pedido de pagamento do aviso-prévio formulado pela reclamante” (TRT-4 – RO: 00206500620165040282, Data de Julgamento: 18-04-2017, 3ª Turma).

Por fim, os atos e circunstâncias mencionados nos arts. 482 e 483 da CLT, ocorrentes entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde estiver prestando serviço, constituem hipóteses de justa causa (art. 13 da Lei 6.019/74).

5) A doutrina trabalhista já vinha entendendo que ao contrário do que ocorre na terceirização, o trabalho temporário poderia existir para atender a necessidades ligadas à atividade-fim das empresas tomadoras de mão de obra. Logo, não constituiria causa que impõe a declaração de invalidade do contrato de trabalho temporário o fato de o trabalhador prestar os seus serviços na atividade-fim da empresa tomadora.

Nesse sentido, a Lei n. 13.467/2017 acabou com a polêmica ao acrescentar o § 3º ao art. 9º da Lei 6.019/74, dispondo expressamente que o liame obrigacional entre as duas empresas (tomadora e de trabalho

temporário) pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na atividade econômica da contratante.

6) A Lei n. 13.429/2017 acrescentou a responsabilidade do tomador de serviços de garantir segurança, higiene, salubridade aos trabalhadores temporários, além dos mesmos direitos médicos, ambulatoriais e de refeição dos empregados diretos. Vejamos: *Art. 9º (...)*

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

7) A empresa tomadora é responsável pelos débitos trabalhistas dos trabalhadores temporários, sendo que a sua responsabilidade é subsidiária (art. 10, § 7º, com a redação dada pela Lei n. 13.429). Essa disposição já vinha sendo consagrada ante a aplicação da Súmula 331, IV, TST.

O art. 16 da Lei n. 6.019, mantém a sua redação originária, dispondo que no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a contratante é responsável solidária pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, da remuneração e indenização do período em que o trabalhador esteve à sua disposição.

Por fim, devemos lembrar que, por se tratar de exceção, a responsabilidade solidária dos tomadores de serviço não se aplica no caso de recuperação judicial, uma vez que as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

RECAPITULANDO...

Conceito de trabalho temporário	
Partes da relação trilateral de	São três partes: o trabalhador temporário, a empresa de mão de obra temporária e o tomador de serviços (cliente).

trabalho temporário	
Empresa de trabalho temporário	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.
Proibições legais de contratação	É vedado à empresa de trabalho temporário contratar estrangeiro portador de visto provisório de permanência no país.
Hipóteses legais de contratação de serviço de mão de obra temporária	a) necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente (empregado afastado por licença médica) ou b) demanda complementar de serviços (Natal, Páscoa, dentre outros).
Prazo legal de contratação de trabalho temporário	A partir da Lei n. 13.249/2017, o contrato temporário não poderá exceder o prazo de 180 dias (e não mais 90 dias), consecutivos ou não.
Prorrogação do contrato de trabalho temporário	O contrato poderá ser prorrogado por mais 90 dias, desde que comprovada a manutenção das condições que o deram causa. Não é mais necessária autorização do Ministério do Trabalho.
Direitos do trabalhador temporário	Os direitos previstos no art. 12 da Lei n. 6.019/74 são meramente exemplificativos, tendo o temporário todos os direitos trabalhistas típicos de qualquer empregado, com destaque especial para o salário equitativo. A Lei n. 13.429/2017 acrescentou a responsabilidade do tomador de serviços de garantir segurança, higiene, salubridade aos trabalhadores temporários, além dos mesmos direitos médicos, ambulatoriais e de refeição dos empregados diretos.
Responsabilidade jurídica da tomadora de serviços	A empresa tomadora é responsável pelos débitos trabalhistas dos trabalhadores temporários, sendo que a sua responsabilidade é subsidiária (art. 10, § 7º, com a redação dada pela Lei n. 13.429). Essa disposição já vinha sendo consagrada ante a aplicação da Súmula 331, IV, TST. Havendo falência da empresa de trabalho temporário, a empresa

tomadora é solidariamente responsável.

8.2 Terceirização

PERGUNTA-SE

- 1) O que é o novo fenômeno da terceirização?
- 2) Qual é a origem do termo “terceirização”?
- 3) O que é terceirização e quais são as partes que compõem um contrato de terceirização?
- 4) Quais as vantagens e desvantagens da terceirização?

1) A fim de diminuir os custos operacionais e pela necessidade de especialização acelerada, as empresas passaram a contratar terceiros para o desempenho de algumas atividades que outrora eram desenvolvidas com pessoal próprio.

Sob a ótica econômica, a terceirização representa uma estratégia através da qual um terceiro, em condições de parceria, com competência, especialidade e qualidade, produz bens ou presta determinados serviços para uma empresa que a contrata.

Ao transferir ao terceiro contratado a realização de atividades acessórias, de apoio, a contratante pode dedicar-se somente à sua atividade principal, a denominada atividade-fim.

Na ciência da administração, este novo expediente recebe o nome de “focalização”, pois a empresa centra-se no foco de sua atividade-fim, ficando as demais com terceiros. Terceirizar significa intermediar, descentralizar, delegar tarefas ou focalizar-se na sua atividade principal (atividade-fim).

A terceirização mudou as formas de relação de trabalho, já que a empresa antes era totalmente verticalizada, autárquica e de natureza autossuficiente.

Na atualidade, a relação de trabalho é no sentido horizontal e a empresa

compartilha responsabilidades com outras empresas dissociadas e independentes, atuando praticamente em regime de parceria.

A terceirização tem uma razão econômica legítima, uma vez que se destina à otimização da produção, para que a empresa se dedique a sua finalidade básica, àquilo que ela produz, à sua vocação industrial para que possa aperfeiçoar sua produção, seu rendimento, atribuindo a outras empresas, a terceiros, a realização de atividades de apoio ou paralelas, secundárias à produção.

2) Maurício Godinho Delgado esclarece que “a expressão *terceirização* resulta de neologismo oriundo da palavra *terceiro = intermediário, interveniente*. Há outro neologismo do setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, esse epíteto não chegou a solidificar-se”⁸⁹.

3) Do ponto de vista jurídico, a terceirização significa uma contratação de serviços por meio de empresa, intermediária entre o tomador de serviços e a mão de obra, mediante um contrato para este fim. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante desta atividade.

Maurício Godinho Delgado conceitua terceirização como “uma relação trilateral de contratação de força de trabalho no mercado capitalista composta de três partes”

As partes que fazem parte do contrato de terceirização são as seguintes: **a) o obreiro**, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; **b) a empresa terceirizante**, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e **c) a empresa tomadora de serviços**, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido”.

4) Há diversas vantagens e desvantagens na terceirização. A maioria da

doutrina trabalhista entende como vantagens da terceirização: **1.** permite que a empresa volte sua atenção para a sua atividade central, ou atividade-fim, ou mesmo objetivo específico; **2.** reduz os encargos trabalhistas e sociais da empresa, com economia de custos de contratação, manutenção e treinamento; **3.** reduz quadro de empregados, facilitando a administração de recursos humanos; **4.** simplifica a estrutura da empresa; **5.** libera capital para aplicação em melhorias do processo produtivo e desenvolvimento ou aquisição de novas tecnologias; **6.** otimiza espaços à disposição da empresa; **7.** diminui o nível hierárquico; **8.** agiliza a tomada de decisões; gera melhorias na administração do tempo; **9.** aumenta a lucratividade; **10.** pulveriza a ação dos sindicatos; **11.** desmobiliza os movimentos grevistas; e **12.** concentra mais recursos na área produtiva, melhorando a qualidade do produto final.

A maioria da doutrina trabalhista entende como desvantagens da terceirização: **1.** pode conduzir à criação de empregos precários e eventuais; **2.** pode ser causa de redução salarial, pois algumas empresas visam com a terceirização pagar menos do que pagariam para trabalhadores especializados; **3.** ocorre uma piora nas condições de saúde e segurança no trabalho dos empregadores prestadores de serviços, com a eliminação de benefícios sociais diretos e indiretos; **4.** acarreta maior insegurança no emprego, facilitando o rompimento de vínculos empregatícios e promovendo a rotatividade da mão de obra; **5.** nem sempre a contratada apresenta as mesmas condições do ambiente de trabalho da contratante no que diz respeito à saúde, higiene e segurança no trabalho; **6.** gera o paradoxo de existirem dois patrões ou então ocorre a ausência de um patrão definido; dentre outras.

Como se pode perceber das vantagens e desvantagens elencadas acima, os trabalhadores tiveram mais vantagens do que desvantagens com a terceirização no Brasil, principalmente algumas profissões como vigilantes, copeiras, auxiliares de limpeza, dentre outras.

8.2.1. O tratamento jurídico da terceirização no Brasil

PERGUNTA-SE

- 1) A terceirização é regulamentada pela CLT ou por alguma legislação específica?
 - 2) Qual é a origem histórica da terceirização?
 - 3) Como foi a evolução jurisprudencial da terceirização no TST?
 - 4) O que é intermediação de mão de obra na visão da Súmula 331 do TST?
 - 5) **O que é considerado como terceirização ilícita? Houve alguma mudança neste entendimento após as Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017? Já há posição a respeito deste tema no STF?**
-
- 6) É possível haver subordinação e pessoalidade na terceirização?
 - 7) **Qual é a responsabilidade do tomador de serviços em caso de terceirização na atividade privada?**
 - 8) Qual é o tratamento jurisprudencial da terceirização na Administração Pública?
 - 9) **A tomadora de serviços é responsável subsidiária por todo o período contratual do trabalhador terceirização ou somente do período que este prestou-lhe serviços?**
 - 10) **A tomadora de serviços é responsável por todas as verbas decorrentes da condenação?**
 - 11) **Quais foram os direitos trabalhistas conferidos aos trabalhadores terceirizados pelas Leis ns. 13.249/2017 e 13.467/2017?**
 - 12) **Quais foram as proteções jurídicas conferidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017 para evitar fraudes trabalhistas?**

1) A terceirização é um fenômeno toyotista da década de 1970, portanto muito posterior à época da elaboração da CLT (1943).

Maurício Godinho Delgado lembra que “de cunho social, o Direito do Trabalho congrega direitos básicos, que visam a evitar o locupletamento, à custa daquele que, por ironia, já é o hipossuficiente na relação jurídica: o empregado. Por esta razão, o Direito do Trabalho sempre repudiou a terceirização”⁹⁰.

Não havia nenhuma regulamentação jurídica sobre a terceirização até a publicação da Lei n. 13.429/2017, em 31 de março de 2017, que teve vigência imediata.

A CLT só prevê até a atualidade a figura da subcontratação de mão de

obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, a, III).

A Lei 13.429/2017 alterou dispositivos da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário, e passou a versar também sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (“terceirização”).

A Lei n. 13.467/2017, cuja vigência foi iniciada em 13 de novembro de 2017, alterou e acrescentou novamente dispositivos a Lei 6.019/74, mais especificadamente os arts. 4º-A, 4º-C, 5º-A, 5º-C e 5º-D. Portanto, atualmente a terceirização é regulamentada por lei especial: a Lei n. 6.019/74.

2) A origem histórica da terceirização está ligada ao segmento público, mais especificamente surgiu com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e com a Lei n. 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único), vejamos: ***Decreto-Lei n. 200/67***

Capítulo III

DA DESCENTRALIZAÇÃO

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;*
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;*
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.*

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a

respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e 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, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

A posterior Lei n. 5.645 de 1970 veio exatamente exemplificar alguns desses encargos de execução sugeridos pelo diploma legal anterior: *Art. 3º (...)* *Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200/67.*

Maurício Godinho Delgado lembra que “no quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200/67), foram expedidos 2 diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante as empresas componentes do segmento privado da economia. Tais textos normativos consistem 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”⁹¹.

No segmento privado, foi publicada a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74). Posteriormente, a Lei n. 7.102/83, que regulamentou a terceirização do trabalho de vigilância bancária.

Maurício Godinho Delgado lembra que “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 80 mais um diploma legal surge (Lei n. 7.102/83), caracterizado também por seus restritos efeitos, dado dirigir-se a um específico e delimitado conjunto de trabalhadores (vinculados à segurança bancária, na época)”⁹².

Em 2017, surgiu novo impulso legislativo para regulamentar a terceirização na iniciativa privada com as Leis ns. 13.429 e 13.467, que alteraram a Lei n. 6.019/74 e assim passou a versar também sobre o tema da terceirização.

3) Como consequência disso, até 2017 o assunto sempre foi tratado exclusivamente na jurisprudência do TST.

A primeira súmula editada pelo TST sobre terceirização foi a Súmula 256, que previa que: *salvo os casos de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.*

Da análise da antiga Súmula 256, atualmente substituída pela Súmula 331, percebe-se claramente a postura restritiva do TST quanto à terceirização naquela época. Em outras palavras, o TST somente permitia a terceirização nas hipóteses previstas em legislação específica – serviços de vigilância bancária (Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83), proibindo qualquer outra forma de terceirização.

Maurício Godinho Delgado sintetiza bem a posição do TST nessa época: “A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tema da terceirização. O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país. Nos anos de 1980 o TST fixou Súmula Jurisprudencial a respeito do problema, incorporando orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta. Em consequência dessa vertente orientativa, caso considerada ilícita a terceirização perpetrada, determinava-se, para todos os fins, o estabelecimento do vínculo empregatício clássico com o efetivo tomador de serviços”⁹³.

Contudo, esta postura conservadora dos tribunais superiores trabalhistas não impediu o avanço da terceirização no Brasil, uma vez que este fenômeno era mundial. Posteriormente, o TST decidiu rever o seu posicionamento e editou a Súmula 331, cancelando a antiga Súmula 256.

A Súmula 331 do TST passou a ser mais completa e a regulamentar o tema da terceirização tanto na esfera privada como pública. Além disso, passou a prever a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços.

4) A fim de estudarmos a visão jurisprudencial dos tribunais sobre intermediação ilícita de mão de obra, vamos conhecer o teor do inciso I da Súmula 331 do TST: *Inciso I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-1974).*

Da análise do inciso I, pode-se entender que o TST procurou enfatizar que não é permitido o aluguel de mão de obra, ou seja, a exploração do trabalho do outro.

A contratação de trabalhador por empresa interposta, ou seja, como

mera intermediária, é conhecida como *marchandage*, sendo reprovada em escala mundial. Neste tipo de relação, o atravessador interpõe-se entre o empregado e o empregador, prejudicando a caracterização da relação de emprego e, principalmente, aviltando o salário.

Para evitar essa fraude, o sistema jurídico desconsidera o intermediário, firmando vínculo direto entre trabalhador e tomador de serviços. Proíbe-se a intermediação ilícita de mão de obra.

Por exemplo, se a empresa Nestlé contratar um torneiro por meio de empresa interposta, o vínculo de tal trabalhador será declarado diretamente com a Nestlé.

IMPORTANTE : A TERCEIRIZAÇÃO DEVE ENVOLVER A PRESTAÇÃO DE *SERVIÇOS* E NÃO O FORNECIMENTO DE TRABALHADORES POR MEIO DE EMPRESA INTERPOSTA. PORTANTO, DEFENDE-SE O ENTENDIMENTO DE QUE OS REFERIDOS SERVIÇOS, NA TERCEIRIZAÇÃO, DEVEM TER CERTA ESPECIALIDADE.

É permitido terceirizar serviços e não terceirizar trabalhadores, salvo a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74).

ATUALIZE-SE:

Nesse mesmo sentido, o art. 5º-B da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.429/2017, é expresso ao dispor que o contrato de prestação de serviços deve conter: qualificação das partes; *especificação do serviço a ser prestado*; prazo para realização do serviço, quando for o caso; valor.

Além disso, a empresa prestadora de serviços (contratada) é considerada a *pessoa jurídica de direito privado* prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (art. 4º-A da Lei 6.019/1974).

A empresa prestadora de serviços a terceiros, assim, não pode ser pessoa física, nem empresário individual, devendo ser necessariamente pessoa jurídica.

Para reflexão, seguem enunciados⁹⁴ sobre o assunto aprovados pela Anamatra em sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de 2018: TERCEIRIZAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICA A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado n. 9 da Comissão 6) TERCEIRIZAÇÃO. PERDA DA CAPACIDADE ECONÔMICA SUPERVENIENTE. A perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado n. 10 da Comissão 6) 5) Antes da entrada em vigor das Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, a jurisprudência do TST dividia a terceirização em lícita e ilícita, nos termos do inciso II da Súmula 331: *Inciso III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.*

Da análise do referido inciso, pode-se entender que o TST procurava enfatizar que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é

ilegal e induz vínculo empregatício com o tomador do serviço, salvo três exceções: **a)** contratação de serviços de vigilância, **b)** contratação de conservação e de limpeza; e **c)** contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistam personalidade e subordinação direta.

Percebe-se claramente que havia um certo avanço da Súmula 331 do TST em relação à antiga Súmula 256, uma vez que a Súmula 331 do TST permite a prestação de serviços acessórios ou de apoio (atividade-meio).

Em suma, a jurisprudência trabalhista vinha entendendo que atividade-meio é aquela não ligada diretamente ao fim da empresa (atividade-fim). Por exemplo, é atividade-meio a manutenção do refeitório na indústria metalúrgica.

A posição do TST era no sentido de que a terceirização lícita era aquela que ocorria na atividade-meio e a terceirização ilícita era aquela que ocorria na atividade-fim do tomador de serviços (inciso III).

Em 2017, o STF reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário ARE 713.211, sobre o tema da terceirização trabalhista de atividade-fim. Logo em seguida, em 30-8-2018 o STF julgou o referido recurso e fixou a seguinte tese de repercussão geral: “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” (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 30-8-2018).

O Supremo Tribunal Federal também julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questionou a constitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que restringiam a terceirização com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O relator prestou esclarecimentos

no sentido de que a decisão desse julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 30-8-2018).

No mesmo sentido, caminhou a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou determinados dispositivos da Lei n. 6.019/74.

A princípio, não houve expressa previsão legal sobre a possibilidade de contratação de empresa prestadora de serviços na atividade-fim, uma vez que a redação do artigo 4º-A utilizou a expressão “*serviços determinados e específicos*”.

Dessa forma, para que não pairassem mais dúvidas, o legislador reformista (Lei n. 13.467/2017) resolveu pacificar essa questão e alterou, novamente o artigo 4º-A da seguinte forma: *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.*

A partir da nova redação do art. 4º-A da Lei n. 13.467/2017, passou a ser insustentável defender a antiga posição do TST de divisão da terceirização em dois tipos: terceirização lícita (atividade-meio) e ilícita (atividade-fim).

ATUALIZE-SE:

No mesmo sentido, recentemente no dia 24 de setembro de 2018, foi publicado o Decreto n. 9.507/2018⁹⁵ que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal.

O Decreto n. 9.507/2018 revogou o Decreto n. 2.271/97 que tratava da terceirização na Administração Pública, trazendo inclusive uma lista das atividades que podiam ser terceirizadas.

O novo decreto não lista as atividades a serem terceirizadas, mas traz vedações a terceirização, conforme disposto a seguir: *Art. 3º Não serão*

objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I – que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II – que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III – que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV – que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Embora o Decreto n. 9.507/2018 estabeleça certa disciplina delimitadora quanto à execução indireta de serviços da administração pública federal, observa-se nítida *ampliação* quanto à admissão da terceirização nesse âmbito, notadamente quando se compara com as previsões do revogado Decreto n. 2.271/97.

A interpretação conforme a Constituição da República, assim, impõe que se observe a exigência de aprovação prévia em *concurso público* para a investidura em *cargo ou emprego público* (art. 37, inciso II).

Além disso, a terceirização não pode acarretar o descumprimento da exigência constitucional de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, inciso II, da Constituição da República).

IMPORTANTE:

Quanto à doutrina trabalhista, parte já não era tão refratária à terceirização na atividade-fim, afinal, numa visão de administração de empresas, o processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de as empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico.

Para Amauri Mascaro do Nascimento⁹⁶: “um bom exemplo são as montadoras de veículos, que vêm tomando mercado em nosso país e em

diversos países no exterior. Isso porque não é possível determinar com clareza quais são os serviços essenciais (atividade-fim) e quais são os serviços acessórios (atividade-meio) à implementação dos fins da empresa.”

Esse entendimento é compactuado pelo doutrinador Sergio Pinto Martins⁹⁷, que afirma o seguinte: *“A terceirização não deve restringir-se a atividade-meio da empresa, pois deve ficar à cargo do administrador decidir tal questão. (...) a indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode ser hoje acessória. Contudo ninguém a acoimou de ilegal.”*

Logo, a recente posição do STF e a modificação legislativa seguiu a tendência de direito comparado quanto a questão da permissão de terceirização em qualquer atividade.

Contudo, do ponto de vista de direitos trabalhistas, não podemos afirmar que a nossa legislação avançou no sentido de progressão de direitos trabalhistas aos terceirizados. Leia mais a respeito na resposta à pergunta 9 deste tópico.

Em sentido contrário a posição acima adotada pelo STF e nas Leis ns. 13.429 e 13467, a Anamatra se posicionou assim em sua 2ª Jornada de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho de 2018:

8.3 Atividade-fim

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. O *caput* e § 1º do art. 4º-A da Lei 6.019/74 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. (Enunciado Aglutinado n. 11 da Comissão 6) **6** Vale a pena ressaltar que é

importante que não haja pessoalidade e subordinação jurídica na prestação de serviços, sob pena de ser caracterizado vínculo direto com o tomador de serviços.

A razão é óbvia: a pessoalidade e a subordinação são requisitos típicos de relação de emprego, logo se tais requisitos estão presentes na terceirização, isto significa que o contrato de prestação de serviços é fraudulento. Nesse sentido, o inciso III da Súmula 331 do TST, já citado acima.

7) Da análise do inciso IV abaixo, pode-se entender que o TST previu que no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador sempre haverá responsabilidade subsidiária do tomador, desde que ele tenha participado do processo judicial de conhecimento e conste do título executivo.

Inciso IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

ATUALIZE-SE:

Nesse mesmo sentido, a Lei n. 13.429/2017 acrescentou o § 5º do art. 5º-A: § 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.

8) Quanto à terceirização na Administração Pública, vamos estudar os incisos II, V e VI da Súmula 331 do TST.

Inciso 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).

A Carta Magna de 1988 impôs como requisito a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância deste requisito. Por esta vedação, ainda que se trate de

hipótese de terceirização ilícita, é inviável que se reconheça vínculo empregatício com os entes da administração pública nos contratos terceirizados. Este obstáculo foi expressamente reconhecido pelo inciso II, da Súmula 331 do TST.

Maurício Godinho Delgado concorda com o entendimento do TST e assim comenta: “O primeiro passo para interpretar-se a ordem constitucional e justralhista 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 nação⁹⁸”.

Inciso 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 21-6-1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Na redação anterior da referida súmula, o TST afirmava em seu inciso IV, que, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (empresa interposta), a Administração Pública, como tomadora dos serviços, possuía responsabilidade subsidiária no pagamento dos créditos.

Contudo, em 2010, foi interposta Ação Direta de Constitucionalidade n. 1 pelo Distrito Federal, do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93). Vamos dar uma olhada na redação deste dispositivo legal: *A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*

Logo, o objetivo da referida ação de constitucionalidade foi questionar os limites da responsabilidade da Administração Pública em contratos de

terceirização, principalmente frente ao antigo inciso IV da Súmula 331 do TST.

O Ministro Cezar Peluso, então Presidente da Corte, havia votado em sessão anterior pelo não conhecimento da ADC, haja vista acreditar não existir controvérsia acerca do tema, restando patente ao Ministro a constitucionalidade da norma, afirmando ainda que a Súmula foi criada para ser aplicada em situações específicas, de acordo com o contrato celebrado. A Ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos e a controvérsia sobre o tema foi instaurada no STF.

Após intensos debates, em 24-11-2010, o STF concluiu que o artigo da lei em destaque é constitucional, dando provimento à ADC. Em suma, as conclusões do STF no julgamento da ADC n. 16 foram: **(i)** o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 é constitucional, de modo que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, [...] não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, e, **(ii)** excepcionalmente, desde que reste patentemente comprovada a culpa da Administração (o que não pode ser feito de forma objetiva), pode haver responsabilização do Poder Público.

Com efeito, eis a transcrição de trecho de notícia veiculada no site do STF (em 24-11-2010) e do Informativo n. 610, *in verbis*: Notícia: “Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo primeiro, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante”.

Informativo n. 610: “Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o

Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (‘§ 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.’). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal”.

Portanto, após longas batalhas entre a Administração Pública e a Justiça do Trabalho, em 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal colocou um ponto final nesta antiga discussão: foi declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 – Lei de Licitações, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16.

Em 24-5-2011, o pleno do TST se reuniu para definir uma nova redação para a Súmula 331 do TST após o julgamento da ADC 16 pelo STF.

Desta forma, de acordo com a nova redação do inciso V da Súmula 331 do TST, a Administração Pública somente responderá subsidiariamente “*caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora*”.

Em 30-3-2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário (RE) 760.931, com repercussão geral reconhecida. Por maioria, o plenário confirmou o entendimento adotado na Ação

Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

A tese aprovada foi proposta pelo Min. Luiz Fux, autor do voto vencedor no julgamento e foi redigida nos seguintes termos: *O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.*

O voto da relatora, ministra Rosa Weber, foi no sentido de que cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato. Para ela, não se pode exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento desse dever legal por parte do tomador de serviço, beneficiado diretamente pela sua força de trabalho.

9) Quanto ao período de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços assim se posicionou o TST: *Inciso VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

Esse entendimento acabou sendo consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho que, em sessão extraordinária realizada em 24-5-2011, decidiu inserir o item VI na Súmula 331 da Corte, por intermédio da Resolução n. 174/2011 (decisão publicada no DEJT, divulgado em 27, 30 e 31-5-2011).

Observa-se, pelo exposto, que caso a empresa contratada não quite corretamente os direitos trabalhistas dos seus empregados que prestam serviços nos órgãos públicos contratantes, estes, os tomadores de serviços, poderão responder subsidiariamente pelas verbas definidas no decreto condenatório relativamente ao período de efetiva prestação do labor.

10) Outra questão polêmica que passou a ser debatida na doutrina trabalhista seria o alcance da expressão: “*todas as verbas decorrentes da condenação*”.

As tomadoras de serviços alegavam que não havia amparo legal para se responsabilizar por certas verbas que entendiam ser de caráter personalíssimo, assim devidas somente pela principal empregadora (prestadora de serviços), tais como as multas dos artigos 467 e 477 da CLT e 40% do FGTS. Logo, as verbas indenizatórias não poderiam ser englobadas na condenação subsidiária das tomadoras de serviço.

Após a edição do novo inciso VI da Súmula 331 do TST, o entendimento é que a condenação subsidiária abrangerá também as verbas indenizatórias.

11) As Leis ns. 13.429 e 13.467 conferiram poucos novos direitos trabalhistas aos trabalhadores terceirizados.

A principal reivindicação dos trabalhadores era o direito ao salário equitativo aos empregados da tomadora de serviços. Entretanto, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) não garantiu, de forma obrigatória, aos trabalhadores terceirizados este direito trabalhista, deixando essa questão para livre negociação entre as partes.

Vejamos o teor do § 1º do art. 4º-C que alterou a Lei 6.019/74: *§ 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.*

Ressalte-se, que, apesar de se tratar de mera faculdade no caso da terceirização, o salário equivalente é previsto legalmente como obrigatório no caso do trabalhador temporário (art. 12, a, da Lei 6.019/74).

A jurisprudência trabalhista vinha aplicando tal direito aos empregados terceirizados da Administração Pública por isonomia aos trabalhadores

temporários devido a lacuna jurídica, vejamos: *OJ 383 da SDI-I. 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, DEJT 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 dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 03.01.1974.*

A partir da Reforma Trabalhista, há expressa previsão legal no sentido da facultatividade deste direito, logo a OJ n. 383 da SDI-I do TST deveria ter seus efeitos modulados a partir de 2017, contudo, parece não ser este o entendimento da magistratura trabalhista.

Vejamos enunciado⁹⁹ da 2ª Jornada de Direito Material e Processual da Anamatra de 2018: *TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º-C da Lei 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput e 7º, XXXII da Constituição da República. (Enunciado Aglutinado n. 7 da Comissão 6)*

Quanto aos direitos conferidos ao trabalhador terceirizado, podemos citar os seguintes: A contratante *poderia* 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 (art. 5º-A, § 4º, da Lei 6.019/74, acrescentado pela Lei n. 13.429/2017).

Essa previsão tinha caráter meramente facultativo, diversamente da mencionada no art. 4º-C da Lei n. 6.019/74, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, posterior à Lei n. 13.429/2017, passou a serem asseguradas as mesmas condições de alimentação, transporte, atendimento médico e ambulatorial de *forma obrigatória*: I – relativas a: a) *alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios*; b) *direito de utilizar os serviços de transporte*; c) *atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado*; d) *treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir*;

Portanto, estamos diante de uma atecnia do legislador, pois não houve revogação do art. 5º-A, § 4º, da Lei n. 6.019/74, acrescentado pela Lei n. 13.429/2017), entretanto, a melhor interpretação é no sentido de que lei posterior revoga lei anterior, logo tais direitos deveriam ser garantidos de forma obrigatória.

Além disso, o trabalhador terceirizado terá direito às mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço (art. 4º-C, inciso II, da Lei n. 6.019/74).

RECAPITULANDO...

DIREITOS CONFERIADOS AOS TERCEIRIZADOS (Leis ns. 13.429 e 13.467, ambas de 2017) – Alimentação quando oferecida nos refeitórios; – Transporte;
– Atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratada; –
Treinamento;
– As mesmas condições sanitárias dos empregados da contratada; – As mesmas medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho; e – Instalações adequadas à prestação do serviço.

FIQUE DE OLHO:

Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada (prestadora) em número igual ou superior a 20% dos empregados da contratante (tomadora), 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 (art. 4º-C, § 2º, da Lei n. 6.019/74, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017).

12) Além disso, o legislador reformista buscou evitar fraudes futuras na terceirização acrescentando duas importantes vedações: *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.*

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.

Na primeira vedação, a ideia do legislador foi evitar a fraude por meio da chamada *pejotização*, ou seja, a contratação de empregados sob a forma de pessoa jurídica, contudo, o legislador excepcionou o empregado aposentado. Nesse aspecto, a doutrina trabalhista tem criticado tal discriminação.

Na segunda vedação, a ideia do legislador foi evitar que os atuais empregadores demitissem seus atuais empregados com objetivo de convertê-los em “pessoas jurídicas” para fugir dos encargos trabalhistas (“pejotização”).

Por esse motivo, foi instituída tal quarentena de 18 meses, contudo, nada impede que o empregador que desejar fraudar a legislação obrigue seu empregado a pedir demissão e o recontrate novamente por meio de

contrato de terceirização.

Nesse cenário, somente restaria provar que houve coação para o pedido de demissão, pois o art. 5º-D trata somente das hipóteses de despedida pelo empregador.

Por fim, seguem enunciados aprovados pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas em sua 2ª Jornada sobre o tema de terceirização:

9.1 Administração Pública

TERCEIRIZAÇÃO. ABRANGÊNCIA. A Lei n. 13.467/2017, ao alterar a Lei 6.019/74, tanto no tema da contratação temporária quanto da terceirização de serviços, não serve como marco regulatório para a Administração Pública Direta ou Indireta, em razão do disposto no art. 37, caput, e incisos II e IX, da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado n. 6 da Comissão 6).

9.2 Isonomia salarial

TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, caput, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º-C da Lei 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput e 7º, XXXII da Constituição da República. (Enunciado Aglutinado n. 7 da Comissão 6)

9.3 Atividade-fim

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. O caput e § 1º do art. 4º-A da Lei 6.019/74 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. (Enunciado Aglutinado n. 11 da Comissão 6)

9.4 Requisitos de validade e fraude

TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES DA LEGALIDADE. A validade do contrato de prestação de serviços previsto no artigo 4º-a da Lei 6.019/1974 sujeita-se ao cumprimento dos seguintes requisitos: i) efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviços, como objeto contratual; ii) execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; iii) capacidade econômica da

empresa prestadora, compatível com a execução do contrato. A ausência de qualquer desses requisitos configura intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT) e acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa tomadora do serviço. (Enunciado Aglutinado n. 8 da Comissão 6)

TERCEIRIZAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICA A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/74, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado n. 9 da Comissão 6)

TERCEIRIZAÇÃO. PERDA DA CAPACIDADE ECONÔMICA SUPERVENIENTE. A perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado n. 10 da Comissão 6)

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REQUISITOS DE VALIDADE. EFETIVA TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA ATIVIDADE. A transferência da execução da atividade por meio de contrato de prestação de serviço, na forma do art. 4º-A da Lei 6.019/74, com redação conferida pela Lei 13.467/2017, pressupõe autonomia formal, administrativa, organizacional, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, mera credora do serviço como resultado útil, pronto e acabado. Configura fraude ao regime de emprego o uso de contrato de prestação de serviço para transferência de vínculos formais de emprego à empresa contratada, sem efetiva transferência da execução da atividade. (Enunciado n. 11 da Comissão 6)

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. REQUISITO DE VALIDADE: AUTONOMIA NA EXECUÇÃO DA ATIVIDADE. No contrato de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-A, caput, da Lei 6.019/74, com redação dada pela Lei 13.467/2017, a execução autônoma da atividade por empresa prestadora de serviço pressupõe: (a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º). A presença de subordinação pessoal ou estrutural de trabalhador intermediado em relação à empresa contratante descaracteriza a prestação de serviço, ensejando reconhecimento de vínculo

de emprego com o tomador dos serviços (Art. 9º da CLT). (Enunciado n. 12 da Comissão 6)

EMPRESA INDIVIDUAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À TOMADORA PELO TITULAR. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A prestação de serviços de empresa individual contratada deve ser realizada por seus empregados. Quando seu titular realiza pessoalmente as atividades para a empresa tomadora, forma-se o vínculo empregatício entre titular e tomadora. (Enunciado n. 13 da Comissão 6)

TERCEIRIZAÇÃO. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. RECONHECIMENTO DIRETO DO VÍNCULO COM A CONTRATANTE. TERCEIRIZAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. REQUISITO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. O inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços atrai para a empresa tomadora de serviços o ônus da prova da capacidade econômica da primeira. Inteligência do art. 818, § 1º, da CLT. (Enunciado n. 15 da Comissão 6)

9.5 Representação sindical

TERCEIRIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do art. 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do art. 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do art. 581 da CLT. (Enunciado Aglutinado n. 12 da Comissão 6)

9.6 Meio ambiente do trabalho

TERCEIRIZAÇÃO. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO A responsabilidade solidária do contratante quanto à elaboração e implementação do programa de prevenção de riscos ambientais, de acordo com o disposto na Norma Regulamentadora 9 (NR-9), independe da qualidade do vínculo de trabalho dos obreiros, decorrendo da simples presença de trabalhadores no local, visto que o meio ambiente e as questões de saúde e segurança no trabalho englobam todos os trabalhadores cujas atividades laborais sejam prestadas em favor do mesmo tomador, de forma isonômica, sem qualquer distinção, independentemente do vínculo laboral. (Enunciado Aglutinado n. 13 da Comissão 6)

8.4 Cooperativas de trabalho

PERGUNTA-SE

- 1) O que são cooperativas de trabalho?**
- 2) O que é ato cooperativo?**

- 3) Qual é a relação jurídica estabelecida entre o sócio cooperado e a cooperativa de trabalho?
- 4) A cooperativa de trabalho pode ser utilizada para fornecer mão de obra subordinada aos seus clientes?

1) A Lei n. 5.764/71, com as alterações da Lei n. 7.231/84, define as cooperativas como: “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados”.

Referida legislação regulamenta as cooperativas em geral. Recentemente, foi aprovada a Lei n. 12.690/2012 que regulamentou a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho.

A Lei n. 12.690/2012 é expressa no sentido de que a Cooperativa de Trabalho é regulada por esta lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

2) O ato cooperativo é aquele praticado entre os cooperados e a cooperativa, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais.

Salientamos que uma das principais características distintivas da cooperativa em relação a outras sociedades é que as cooperativas têm por finalidade a prestação de serviços aos associados, para o exercício de uma atividade comum, econômica, sem objetivo de lucro.

3) A relação jurídica estabelecida entre o associado e a sociedade cooperativa é de natureza civil, caracterizada pela combinação de esforços ou recursos dos associados para o fim comum.

A Lei n. 12.690/2012 traz a definição de cooperativa de trabalho: “sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação

socioeconômica e condições gerais de trabalho”.

O art. 7º da referida lei prevê que:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve 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 normal 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.

4) A Lei n. 12.690/2012 é clara ao dispor que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada (art. 5º), uma vez que o cooperado é sócio-trabalhador – possui esta dupla qualidade.

A previsão contida no art. 442, parágrafo único, deve ser considerada presunção relativa, ou seja, cabe prova em sentido contrário. Vejamos: *Art. 442. (...)*

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela.

Conclui-se que, caso seja evidenciada relação de subordinação, o cooperado poderá pleitear reconhecimento de vínculo de emprego, como qualquer outro trabalhador.

9. EMPREGADOR

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o conceito legal de empregador?
- 2) O que significa “alteridade”?
- 3) Como explicar a escolha do legislador da época pelo termo “empresa” para definir o conceito de empregador?
- 4) Pode-se afirmar que o enunciado do *caput* e do § 1º do art. 2º da CLT são, tecnicamente, falhos?

1) Segundo o art. 2º da CLT, considera-se empregador *a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

Portanto, ao conceito de empregador, encontramos dois requisitos adicionais: alteridade e pessoalidade do empregado na prestação de serviços.

Já estudamos o requisito da pessoalidade do empregado, portanto, será estudado a seguir o requisito da alteridade.

2) A alteridade significa que o empregado presta seus serviços sem assunção de qualquer risco, que fica por conta do empregador. Portanto, o empregado trabalha por conta alheia, enquanto o trabalhador autônomo trabalha por conta própria.

Como regra geral, o empregado pode participar dos lucros, mas não pode dividir os prejuízos com o empregador, pois não corre os riscos do negócio. O legislador definiu o empregador como a “empresa” (art. 2º da CLT). Parte da doutrina trabalhista considera que o enunciado do *caput* e do § 1º do art. 2º da CLT são incorretos do ponto de vista jurídico. Empregador não é a empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na relação de emprego. Nesse sentido, defendem Godinho, Russomano, Orlando Gomes, Délio Maranhão, dentre outros.

Há alguns autores (Amauri Mascaro, Octávio Bueno Magano, Valentin Carrion) que defendem que o empregador pode ser a empresa, como sujeito de direito.

Carlos Henrique Bezerra Leite conceitua empregador como: “empregador é a pessoa física ou jurídica que contrata trabalhadores como empregados. Ademais, o Direito do Trabalho optou – segundo doutrina majoritária – pela corrente contratualista, com o que se aflora, a incompatibilidade da teoria institucionalista, de caráter anticontratualista”¹⁰⁰.

Empregador será “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado” titular da empresa ou estabelecimento e até mesmo entes juridicamente despersonalizados, como por exemplo, condomínios, espólio e massa falida (Godinho).

3) A escolha do termo “empresa” pelo legislador foi influência da corrente institucionalista da época. Da análise da Lei do Trabalho Rural editada em 1973 (Lei n. 5.889/73), percebe-se que o legislador, sem influência da corrente institucionalista, já definiu o empregador de forma distinta, sendo empregador rural “a pessoa física ou jurídica” e não a empresa (*caput* do art. 3º da Lei n. 5.889, de 1973).

Vale ressaltar também que o legislador não se preocupou em definir os requisitos do conceito de empregador.

Logo, a noção jurídica de empregador é relacional à de empregado, uma vez encontrada uma pessoa física que presta serviços como empregado, a pessoa que o contratou será considerada empregador, seja esta pessoa física, pessoa jurídica ou ente despersonalizado.

Segundo Godinho, o empregador define-se como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata uma pessoa física para 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 laboral pactuado por um tomador de serviços, este assumirá, automaticamente, o caráter de empregador na relação jurídica consubstanciada.

DICA:

É importante diferenciar o conceito de “empresa” e “estabelecimento”. Empresa é o conjunto de bens materiais e imateriais para a obtenção de um fim. Estabelecimento é o local técnico da prestação dos serviços.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁰¹ afirma que “é importante a distinção entre empresa e estabelecimento para o Direito do Trabalho, porquanto, exemplificadamente, o tempo de serviço do empregado é contado com base na sua permanência na empresa e não em um dos seus estabelecimentos”.

4) Para Godinho, o enunciado do *caput* e do § 1º do art. 2º da CLT são, tecnicamente, falhos. 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 denuncia, 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 justralhista.

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 justralhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva do que a prestação de trabalho empregatício ao empreendimento focado, independentemente da alteração do seu titular (instituto da sucessão trabalhista).

9.1 Empregador por equiparação

Complementa o § 1º do art. 2º que equiparam-se 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.*

A doutrina trabalhista entende que as entidades enunciadas no § 1º do art. 2º da CLT configuram-se como empregadores típicos, contudo, como o legislador definiu empregador como “empresa”, era necessário criar um outro conceito para englobar os entes sem fins lucrativos, sendo assim, surgiu o conceito de empregador por equiparação.

Na análise do § 1º do art. 2º da CLT, cabe observar que não existe, do ponto de vista rigorosamente técnico, empregador por equiparação. Na verdade, as entidades especificadas no referido § 1º configuram-se como empregadores típicos.

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.

Segundo Godinho, não há, portanto, uma qualidade especial, basta que, de fato, utilizem-se da força de trabalho contratada. Para esse autor, 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, disso resulta que até mesmo entes juridicamente despersonalizados podem surgir, no plano jurídico, como empregadores, desde que se valendo do trabalho empregatício. **Exemplos:** condomínios, espólio e massa falida.

9.2 Grupo econômico

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o conceito doutrinário de grupo econômico?
- 2) Como pode ser classificado o grupo econômico?
- 3) Qual a fundamentação legal do grupo econômico urbano?
- 4) Houve alguma modificação do conceito de grupo econômico urbano após a Reforma Trabalhista?
- 5) Qual é a responsabilidade legal do grupo econômico urbano?
- 6) Pode-se afirmar que a responsabilidade do grupo econômico urbano é passiva e ativa, mesmo após a Reforma Trabalhista?

1) O grupo econômico é aquele formado por duas ou mais empresas, cada uma com personalidade jurídica própria. O grupo não é dotado de personalidade jurídica, quem tem personalidade jurídica é a pessoa física ou natural (art. 2º do Código Civil) ou a pessoa jurídica (art. 44 do Código Civil) que integra o grupo econômico.

Volia Bomfim Cassar¹⁰² explica o motivo pelo qual o tema do grupo econômico foi tratado na legislação trabalhistas: “o Direito do Trabalho diante da concentração econômica se posicionou no sentido de oferecer aos empregados de um estabelecimento coligado a um grupo de empresas a garantia de seus direitos, evitando-se manobras fraudulentas e outros atos prejudiciais que se prestariam, com relativa facilidade, às interligações grupais. Esta é a origem da norma § 2º do art. 2º da CLT”.

2) Segundo a doutrina trabalhista, o grupo econômico pode ser classificado de 2 (duas) formas: 1. quando as empresas envolvidas estão sob a direção, controle ou administração de outra (“*grupo econômico hierarquizado ou por subordinação*”); ou 2. quando, mesmo guardando cada uma das empresas a sua autonomia, integrem grupo econômico (“*grupo econômico não hierarquizado, horizontal ou por coordenação*”).

3) Na legislação trabalhista, o conceito legal de grupo econômico urbano era mais restrito do que o conceito de grupo econômico rural, pois englobava somente as empresas que mantinham relação de subordinação à

uma empresa principal (*“grupo econômico hierarquizado ou por subordinação”*), vejamos a antiga redação do § 2º do art. 2º da CLT: § 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.*

Já a Lei n. 5.889/73 definia o grupo econômico rural de forma mais ampla, englobando também o *grupo econômico não hierarquizado, horizontal ou por coordenação*: “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*” (art. 3º, § 2º).

4) A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) ampliou o conceito de grupo econômico urbano para prever – *assim como no grupo econômico rural* – a possibilidade de existência de grupo econômico quando houver relação de coordenação entre as empresas, vejamos: § 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.*

Dessa forma, a partir de 11/11/2017 o conceito de grupo econômico foi ampliado para incluir também as hipóteses de grupo em que cada pessoa jurídica tem a sua autonomia, equiparando-se ao grupo econômico rural.

Maurício Godinho Delgado¹⁰³ comenta essa alteração legislativa assim: “Pelo novo texto do § 2º do art. 2º da CLT, fica claro que o grupo econômico para fins justralhistas mostra-se configurado ainda que as

relações interempresariais sejam de mera coordenação, ou seja, mesmo guardando cada entidade empresarial a sua autonomia. Nessa medida, o novo texto legal incorporou os argumentos brandidos pelas melhores reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, afastando, inequivocamente, a vertente hermenêutica restritiva, que exigia a presença de relação hierárquica, verticalizante, entre as entidades componentes do grupo econômico, sob pena de não considerar caracterizada a figura jurídica especial justralhista. Ao invés, o novo texto legal explicita evidente escolha pela vertente interpretativa da simples coordenação interempresarial, que já era firmemente incorporada pela Lei do Trabalho Rural, de 1973 (art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73) e por parte expressiva da doutrina laboral pátria”.

Além disso, a Lei n. 13.467/2017 inseriu mais um parágrafo no art. 2º da CLT, vejamos sua redação: *§ 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 integrante.*

O legislador reformista criou 3 (três) novos requisitos para a configuração do grupo econômico urbano: 1) demonstração de interesse integrado; 2) a efetiva comunhão de interesses e 3) efetiva atuação conjunta das empresas. A simples identidade de sócios não caracteriza grupo econômico.

Maurício Godinho Delgado¹⁰⁴ critica esta mudança legislativa: “a nova exceção legal tem de ser bem compreendida, a fim de que não produza injustificável regressão jurídica, instigando o esvaziamento do instituto regulado pelo art. 2º, § 2º, da CLT (isto é, o grupo econômico justralhista por simples coordenação interempresarial)”.

Volia Bomfim Cassar¹⁰⁵ traz importante observação a respeito da mudança legislativa: “percebe-se que foi nítida a intenção do legislador

(Lei n. 13.467/2017) de excluir as empresas que, embora mantenham relação de cooperação entre si, com objetivos comuns, não tenham atuação conjunta. Portanto, estão excluídos os contratos de parcerias, os de franquia e todos que não apresentarem atuação conjunta”.

A autora cita o exemplo das franquias e explica seu posicionamento assim: “na franquia não há ingerência administrativa dos sócios de uma sociedade na administração das outras franquias. Há, apenas, um vínculo formal de cumprimento das regras de uso e exploração da marca e produto. Há interesses integrados, mas não atuação conjunta”.

5) A redação do art. 2º, § 2º, da CLT, decorrente da Lei n. 13.467/2017, parece indicar que a responsabilidade das empresas que integram o grupo econômico é apenas passiva, ao prever que elas:” serão responsáveis solidariamente pelas **obrigações** decorrentes da relação de emprego”.

Na antiga redação, a expressão utilizada era a seguinte: “serão, *para os efeitos da relação de emprego*, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. Com base nesta antiga redação, parte da doutrina defendia a solidariedade dual (passiva e ativa também).

A responsabilidade passiva já estava pacífica, uma vez que prevista em lei, não havia controvérsia doutrinária a respeito. Quanto a este tipo de solidariedade, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁰⁶ ensina que: “trata-se, no caso, de solidariedade passiva, decorrente de expressa previsão legal. Nos termos do art. 265 do Código Civil, a solidariedade passiva, decorrente de expressa previsão legal. Nos termos do art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, pois resulta da lei (como ocorre no caso) ou da vontade das partes”.

6) A grande dúvida é se a responsabilidade do grupo continua também ativa, ou seja, se o grupo é empregador único, principalmente após a Reforma Trabalhista. Caso positivo, a responsabilidade do grupo seria dual: ativa e passiva.

Para a teoria da solidariedade ativa, o grupo de empresas constitui empregador único, em função de que os empregados de qualquer empresa do grupo são, na verdade, empregados de todo o grupo. Esta era a interpretação da expressão “*decorrentes da relação de emprego*” do texto legal, contudo, após a mudança promovida pela reforma trabalhista tal corrente poderá sofrer abalos.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁰⁷ sempre sustentou que, “*embora sedutora a teoria do empregador único, defendemos a teoria da solidariedade somente passiva*”.

A aplicação da solidariedade atual tem alguns impactos jurídicos importantes: 1) ocorrência da *accessio temporis*, isto é, contagem do tempo de serviço prestado sucessivamente às diversas empresas do grupo; 2) possibilidade de equiparação salarial; 3) pagamento de um salário para prestação de serviços a mais de uma empresa do grupo *etc.*

A jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho tem aplicado a teoria da solidariedade dual: ativa e passiva, conforme a Súmula 129, vejamos seu teor abaixo: **SÚMULA 129 – CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO.** 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.

A jurisprudência trabalhista é escassa ainda, tendo vista a recente vigência da reforma trabalhista, contudo, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou recentemente em 2018 enunciados da sua 2ª Jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho, vejamos alguns enunciados sobre grupo econômico: *4.2 Grupo Econômico*

4.2.1 Caracterização

GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA. DISTRIBUIÇÃO RACIONAL DO ÔNUS DA PROVA.

I. A Lei n. 13.467/2017 reconheceu expressamente a figura do grupo econômico

trabalhista por coordenação (art. 2º, § 2º) e estabeleceu requisitos subjetivos (interesse integrado e comum) e objetivos (atuação conjunta) para a caracterização do grupo, a serem verificados no caso concreto pelo juízo (art. 2º, § 3º). II. Nas hipóteses restritas de aplicação do § 3º do art. 2º da CLT, a mera identidade de sócios entre as empresas integrantes, embora não baste à caracterização do grupo econômico, constitui indício que autoriza a inversão ou redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 818, § 1º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017. Incumbe então ao empregador o ônus de comprovar a ausência de interesses integrados, da comunhão de interesses e/ou da atuação conjunta das empresas. Aplicação dos princípios da aptidão para a prova e da paridade de armas em concreto (isonomia processual). (Enunciado Aglutinado n, 5 da Comissão 1)

GRUPO ECONÔMICO. INTEGRAÇÃO. CONCEITO DO DIREITO EMPRESARIAL. BASE SOCIETÁRIA, OBRIGACIONAL E PESSOAL. Não configurado o grupo econômico na forma do novo art. 2º, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, é possível a integração do direito, na forma do art. 8º da CLT (especialmente considerando sua nova redação), para abarcar situações não disciplinadas pela nova legislação trabalhista. O grupo econômico pode ter natureza societária, obrigacional ou pessoal, bastando apenas a atuação coordenada, conjunta ou coligada das sociedades empresárias. Assim, como tal concepção destina-se à defesa da ordem econômica e da livre concorrência, com mais razão ainda deve ser aplicada à defesa das verbas trabalhistas. (Enunciado n, 5 da Comissão 1)

4.2.2 Responsabilidade

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS QUE ATUAM EM CADEIA PRODUTIVA GLOBAL OU NACIONAL. Subordinação estrutural. Grupo econômico. Responsabilidade solidária das empresas que atuam em cadeia produtiva nacional ou global, por interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, acrescentados pela Lei n. 13.467/2017. (Enunciado n. 4 da Comissão 1)

No próximo item, será estudado o instituto da sucessão trabalhista que sofreu também alterações legislativas da Reforma Trabalhista.

9.3 Sucessão trabalhista

PERGUNTA-SE

- 1) O que é sucessão trabalhista?**
- 2) Quais são os requisitos para configuração da sucessão trabalhista?**
- 3) Quais são os tipos de sucessão trabalhista?**
- 4) Qual é a responsabilidade jurídica do sucessor e do sucedido na sucessão trabalhista?**

5) Exemplificar exceções à regra da sucessão trabalhista.

1) Sucessão em sentido jurídico, consiste na substituição de uma pessoa por outra na mesma relação jurídica. Alguns doutrinadores preferem utilizar a expressão sucessão de empregadores, pois a alteração se dá em face do empregador e não da empresa que continua.

Maurício Godinho Delgado¹⁰⁸ conceitua sucessão trabalhista como: “instituto justrabalhista em virtude do qual se opera no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de crédito e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”.

Segundo os arts. 10¹⁰⁹ e 448¹¹⁰ da CLT, sempre que houver modificações na estrutura jurídica da empresa ou na propriedade, estas não afetarão os direitos adquiridos por seus empregados. Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹¹ explica que “esses preceitos normativos guarnecem os direitos trabalhistas na ocorrência de novação subjetiva parcial do contrato de trabalho (mudança do proprietário da empresa) e mudança na estrutura jurídica da empresa (fusão, incorporação ou cisão).

A natureza jurídica não se adapta a nenhum instituto civil (novação, estipulação em favor de terceiro etc.).

A sucessão trabalhista é singular, operada por lei, englobando duas operações: a **transmissão do crédito** e a **assunção da dívida**.

A sucessão para fins trabalhistas pode ocorrer por diversos modos, tais como a transferência de titularidade da empresa, fusão, incorporação e cisão, contratos de concessão e arrendamento.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹² explica que “a imprecisão terminológica dos arts. 10 e 448 da CLT, aliada ao fator da globalização, implicou no surgimento de novas formas de modificações das estruturas jurídicas das empresas”.

2) A doutrina clássica entende que são requisitos para a sucessão trabalhista: **a.** a transferência de uma unidade econômico-jurídica para outro titular; e **b.** a continuidade na prestação de serviços do trabalhador na empresa sucessora.

É essencial que para que se caracterize a sucessão, é necessária a transferência de unidade empresarial econômica de produção de um titular para outro.

3) Segundo Maurício Godinho Delgado, há três tipos de situações de sucessão: **a)** situações tradicionais de sucessão por alteração: alteração na estrutura formal da empresa, tais como transformação, incorporação, fusão, cisão (total ou parcial) etc.; **b)** situações tradicionais de sucessão por alteração na titularidade da empresa: trata-se de aquisições de estabelecimentos ou de unidades de produção da empresa (compra e venda; arrendamento etc.); **c)** situação moderna de sucessão.

Quanto a esta última, trata-se da nova postura dos tribunais que têm admitido sucessão trabalhista independentemente da continuidade efetiva da prestação laboral.

Pela teoria da sucessão trabalhista moderna, é fundamental que haja a transferência de parte significativa do estabelecimento ou da empresa, de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho (Godinho).

É o que ocorre, por exemplo, quando há separação de bens, com o objetivo de transferir a parte saudável para outra empresa, permanecendo os trabalhadores vinculados à parte “empobrecida” da empresa, sendo que esta não tem como honrar as dívidas trabalhistas (Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹³).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado: “ a separação dos bens de um complexo empresarial com o objetivo de transferir os ativos saudáveis para outro titular afeta os contratos de trabalho, produzindo a sucessão trabalhista quanto ao novo titular, mesmo que não haja

continuidade da prestação de serviços”.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹⁴ afirma que “a interpretação dos arts. 10 e 448 da CLT conforme a Constituição (art. 170, inciso III), deve ser de modo a reconhecer a existência de sucessão trabalhista sempre que a transferência da titularidade ou da reestruturação jurídica da empresa ou de qualquer dos seus estabelecimentos ou de seus ativos financeiros, clientela ou demais bens materiais ou imateriais afetar a continuidade da relação de emprego ou os direitos dos trabalhadores originalmente contratados”.

4) A responsabilidade trabalhista é integral do sucessor por todas as repercussões trabalhistas passadas, presentes e futuras dos contratos de trabalho da empresa sucedida. A transferência é automática, por força de lei, do antigo titular para o novo titular.

Nesse sentido, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) acrescentou o art. 448-A e seu parágrafo único à CLT, vejamos: *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.*

O sucedido, como regra geral, não responde por nenhum direito relativo ao período anterior à transferência.

A jurisprudência trabalhista tem entendido que o sucedido é isentado de qualquer responsabilidade trabalhista, assumindo o sucessor responsabilidade integral por toda a história do contrato de trabalho, salvo em casos de fraude na transferência.

Nesse sentido, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) incorporou tal posição jurisprudencial ao acrescentar o parágrafo único ao art. 448-A da CLT, vejamos: *Art. 448-A. (...)*

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando

ficar comprovada fraude na transferência.

As cláusulas de não responsabilização inseridas nos contratos empresariais somente são aplicáveis no âmbito civil, ou seja, como forma de direito de regresso do sucessor contra o sucedido, contudo, tais cláusulas não são aplicadas no Direito do Trabalho.

5) A jurisprudência tem admitido exceções nas quais não se caracteriza a sucessão trabalhista, podemos citar: – Não há que se falar em sucessão no âmbito doméstico;

– Não há que se falar em sucessão entre empregadores pessoas físicas. Nesse caso, se o empregador falecer, por exemplo, o empregado não é obrigado a manter o vínculo empregatício podendo, inclusive, rescindir o contrato sem a necessidade de conceder aviso prévio (conforme previsão do artigo 483, § 2º da CLT); – Não há sucessão entre empregadores quando a situação estiver enquadrada na hipótese prevista na OJ n. 411 da SDI-1 do TST disposta a seguir: *Sucessão trabalhista. Aquisição de empresa pertencente ao grupo econômico. Responsabilidade solidária do sucessor por débitos trabalhistas de empresa não adquirida. Inexistência. (Divulgada no DEJT 22-10-2010). O sucessor não responde solidariamente por débitos trabalhistas de empresa não adquirida, integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida, quando, à época, a empresa devedora direta era solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má fé ou fraude na sucessão.*

No próximo item, será estudada a sucessão na atual Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005).

A jurisprudência trabalhista é escassa ainda, tendo vista a recente vigência da reforma trabalhista, contudo, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou há pouco, em 2018, enunciados da sua 2ª Jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho, vejamos um enunciado sobre sucessão trabalhista: *4.1 Sucessão*

Trabalhista

4.1.1 Responsabilidade

SUCESÃO TRABALHISTA A teor do art. 1.146 do Código Civil, aplicável ao direito do trabalho (CLT, art. 8º), é cabível a responsabilidade solidária do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento, independentemente da caracterização de fraude. (Enunciado n. 8 da Comissão 1)

RECAPITULANDO...

A responsabilidade é integral do sucessor por todas as repercussões trabalhistas passadas, presentes e futuras dos contratos de trabalho da empresa **sucedida**.

A transferência é automática, por força de lei, do antigo titular para o novo titular.

EXCEÇÃO: a jurisprudência tem ampliado a responsabilidade do **sucedido** de forma **solidária**, quando houver situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 448-A acrescentado pela Reforma Trabalhista).

O SUCEDIDO, como regra geral, não responde por nenhum direito relativo ao período anterior à transferência. Portanto, o sucedido é isentado de qualquer responsabilidade trabalhista, assumindo o SUCESSOR responsabilidade integral por toda a história do contrato de trabalho.

As cláusulas de não responsabilização inseridas nos contratos empresariais somente são aplicáveis no âmbito civil, ou seja, como forma de direito de regresso do sucessor contra o sucedido. Contudo, tais cláusulas não são aplicadas no Direito do Trabalho.

9.3.1 Sucessão na Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005)

A fim de estudarmos este tema importante, teremos que recordar antes de forma sucinta os conceitos de falência e de recuperação de empresas.

Falência é um processo de execução coletiva dos bens do falido para distribuição forçada aos credores.

Recuperação judicial (extrajudicial ou judicial) é um instituto novo previsto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, cujo objetivo é viabilizar a crise econômica do devedor, a fim de permitir a continuidade da empresa, dos trabalhadores e do interesse dos credores.

Com o advento da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, instaurou-se uma grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de ocorrência da sucessão trabalhista no bojo do procedimento de recuperação judicial.

No que diz respeito à falência, o art. 141, II, da Lei n. 11.101 é expresso ao dispor que na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. Assim sendo, na alienação de ativos em procedimento falimentar, o legislador ordinário foi enfático ao vedar a sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas do devedor.

Todavia, no tocante ao procedimento de recuperação judicial, após explicitar a possibilidade de o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (segundo o art. 60, *caput*, da Lei n. 11.101), o legislador não foi tão emblemático como outrora, limitando-se a dispor que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, conforme prevê o art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101.

Em síntese, a grande polêmica surgiu com a indagação: se o instituto da sucessão trabalhista se aplicaria à falência e à recuperação judicial. Afinal, há antinomia entre a Lei n. 11.101 e a CLT?

Segundo Maurício Godinho Delgado, não incidirá sucessão trabalhista na falência, contudo, tal exceção não pode ser estendida para a recuperação judicial. O autor fundamenta seu entendimento na interpretação literal da Lei n. 11.101/2005, que prevê a exclusão do instituto da sucessão trabalhista somente no capítulo relativo à falência.

Não obstante, vale ressaltar que o STF já pacificou o entendimento de que o instituto da sucessão trabalhista não se aplica à falência, e tampouco à recuperação judicial (ADIN 3.934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

O relator da ação, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que a Lei n. 11.101, de 2005, foi criada da necessidade de se preservar o setor produtivo e resultou de um amplo debate na sociedade com os setores envolvidos.

Para ele, o fato de as compradoras não assumirem os débitos por sucessão não significa um prejuízo para os trabalhadores. “A lei trouxe um aumento da garantia dos trabalhadores. Os valores utilizados na compra de partes das empresas ficam disponíveis ao juízo da recuperação e são utilizados prioritariamente para pagar as **dívidas trabalhistas**”, afirmou o relator, que foi acompanhado por todos os ministros presentes à sessão.

Lewandowski lembrou que os créditos trabalhistas não “desaparecem” pelo fato de não haver sucessão. “Quem sai ganhando são os trabalhadores, os primeiros na ordem de preferência de pagamento”, disse.

O relator ainda considerou a nova lei de falências “histórica” e destacou sua função de garantir a sobrevivência das empresas em dificuldade. A ministra Ellen Gracie destacou que a legislação tem o objetivo de preservar a produção e o nível de emprego no país.

Para Cezar Peluso, que acompanhou integralmente o relator, a lei seria “absolutamente inútil” se determinasse a sucessão integral das **dívidas trabalhistas**. Ele ressaltou que ninguém iria comprar uma empresa com débitos impossíveis de serem pagos.

A Lei n. 11.101/2005 estabelece que na falência não há sucessão do adquirente em obrigações trabalhistas decorrentes de acidente de trabalho, tributárias ou de qualquer natureza quando ele adquire uma unidade produtiva da empresa falida.

O art. 60 fala que a empresa que adquire uma unidade produtiva na

recuperação judicial não sucede qualquer obrigação do adquirente, inclusive as tributárias.

IMPORTANTE:

O plenário do Supremo também não viu inconstitucionalidade no art. 83 da Lei de Recuperação, que limita a 150 salários mínimos o pagamento privilegiado dos créditos trabalhistas. De acordo com a ministra Ellen Gracie, o dispositivo permite o atendimento à grande maioria dos créditos, já que a média desses valores, informados pela Justiça do Trabalho, não ultrapassa os 10 salários mínimos.

FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo, iremos estudar o contrato de trabalho e suas modalidades. A formação do contrato de trabalho passa pelo crivo do princípio da primazia do contrato-realidade e da continuidade da relação de emprego. Para iniciar nosso estudo, proponho a seguir analisar o tratamento legal e jurisprudencial do contrato de trabalho.

2. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No Brasil, o contrato de trabalho é regulamentado no Capítulo IV do Título IV (Contrato Individual de Trabalho), precisamente nos arts. 442 a 456 da CLT.

No campo jurisprudencial, o tema é tratado nas Súmulas 12, 125, 163, 188, 212, 363 e 386 do TST. *Vide* também Orientações Jurisprudenciais do TST 65, 164, 199 e 366 da SDI-I do TST.

DICA:

Recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento jurisprudencial indicado em cada capítulo e reproduzida no quadro abaixo.

SÚMULA 12 – CARTEIRA PROFISSIONAL. As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*.

SÚMULA 125 – CONTRATO DE TRABALHO. ART. 479 DA CLT. O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3º, do Decreto n. 59.820, de 20121966.

SÚMULA 163 – AVISO PRÉVIO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT.

SÚMULA 188 – CONTRATO DE TRABALHO. EXPERIÊNCIA. PRORROGAÇÃO. O contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias.

SÚMULA 363 – CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

SÚMULA 386 – POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.

OJSDI165 – PROFESSOR ADJUNTO. INGRESSO NO CARGO DE PROFESSOR TITULAR. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO NÃO AFASTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/1988, ARTS. 37, II, E 206, V). O acesso de professor adjunto ao cargo de professor titular só pode ser efetivado por meio de concurso público, conforme dispõem os arts. 37, inciso II, e 206, inciso V, da CF/88.

OJSDI1164 – OFICIAL DE JUSTIÇA AD HOC. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Não se caracteriza o vínculo empregatício na nomeação para o exercício das funções de oficial de justiça *ad hoc*, ainda que feita de forma reiterada, pois exaure-se a cada cumprimento de mandado.

OJSDI1199 – JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

OJSDI1366 – ESTAGIÁRIO. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. PERÍODO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE. *Ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula n. 363 do TST, se requeridas.*

3. CONCEITO LEGAL E DOUTRINÁRIO

Preliminarmente, vamos analisar o conceito de contrato de trabalho e suas principais características.

PERGUNTA-SE

- 1) O que é o contrato de trabalho?
- 2) Quais são suas principais características?

1) O art. 442 da CLT estabelece que contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Portanto, o contrato de trabalho é consensual, não exige pacto solene, já que poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito.

2) As principais características do contrato de trabalho são: bilateral, consensual, oneroso, comutativo, sinalagmático e de trato sucessivo. É um contrato de atividade.

Explica-se.

É **comutativo**, uma vez que a um dever do empregado (“trabalhar”) corresponde um dever do empregador (“pagar salário”).

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

É de **trato sucessivo**, visto que não é instantâneo, não se exaurindo numa única prestação, prorrogando-se no tempo de forma indeterminada.

É **consensual**, já que não se exige forma prescrita em lei, podendo até ser tácito.

É **oneroso**, uma vez que existe alteridade na relação de emprego, ou seja, o empregador é que corre os riscos do negócio.

No contrato de trabalho contrata-se a **atividade**, ou seja, é uma

obrigação de fazer.

Maurício Godinho Delgado¹¹⁵ afirma que “trata-se de um pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra *intuitu 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”¹¹⁶.

A presença da condição no contrato de trabalho é uma situação bem incomum. Maurício Godinho Delgado¹¹⁷ destaca uma hipótese legal 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)”¹¹⁸.

4. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE TRABALHO

Conforme classificação proposta por Maurício Godinho Delgado¹¹⁹, há diversas teorias que buscam explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho.

4.1 Teorias contratualistas

4.1.1 Teoria contratualista tradicional

A primeira e mais antiga corrente doutrinária de tendência civilista defendia que o contrato de trabalho poderia ser comparado às figuras clássicas e tradicionais do contratualismo do Direito *Civil (teoria contratualista tradicional)*.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹²⁰, um traço distintivo da evolução do trabalho humano foi a presença da “liberdade” de contratar: “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, na medida em 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. Não obstante limitada a vontade – sob a ótica 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”¹²¹.

4.1.2 Teoria contratualista moderna

Posteriormente, evoluímos para a vertente contratualista moderna, na qual o contrato de trabalho não se aproximava de nenhuma figura contratual civilista, mas mantinha seu caráter contratual *sui generis* (*teoria contratualista moderna*).

Portanto, os defensores desta corrente sustentavam que, embora houvesse no contrato de trabalho uma origem contratual, existia uma diferença bem evidente e específica com as demais figuras contratuais civilistas (arrendamento, contrato de compra e venda, mandato, sociedade, dentre outros).

a) Contrato de Locação (*location operarum x locatio operis*) É uma das teses civilistas mais antigas inspirada no Direito Romano: o contrato de trabalho seria uma espécie de contrato de locação ou de arrendamento.

No Direito Romano, havia duas expressões bem distintas: *location operarum* (locação de serviços de mão de obra) e *locatio operis* (locação de obra ou *empreitada*).

Segundo Maurício Godinho Delgado¹²², “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”¹²³.

b) Contrato de Compra e Venda

O contrato de trabalho teria natureza jurídica de compra e venda, uma vez que o empregado *venderia* sua força de trabalho ao empregador em troca de salário (*preço*).

Maurício Godinho Delgado¹²⁴ explica que a tese do contrato de compra e venda não se sustentava: “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 quiser retomar o plano filosófico –, o trabalho constrói a mercadoria, não podendo ser reduzido a seu próprio resultado”¹²⁵.

c) *Contrato de 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.

A precariedade de tal construção é, contudo, óbvia. Afora as situações especiais consubstanciadas nos chamados *cargos de confiança* e administradores.

É de notar que mesmo em algumas situações marcadas pela elevada confiança entre as partes (trabalho doméstico, ilustrativamente), o tipo de fidúcia inerente à relação jurídica não transfere necessariamente poderes do empregador ao empregado: ao contrário, pode até mesmo acentuar a subordinação do obreiro.

d) *Contrato de Sociedade*

A concepção da relação empregatícia como sendo uma relação jurídica imantada por um contrato de sociedade foi defendida por alguns autores.

Segundo Evaristo de Moraes Filho, “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*”¹²⁶.

Do ponto de vista jurídico, o conceito de *affectio societatis* nada tem a ver com o de subordinação. São situações distintas e incomparáveis.

Por fim, a teoria contratualista moderna defende que o contrato de trabalho é um modelo contratual novo que não guarda qualquer semelhança com as figuras contratualistas civilistas.

Portanto, esta figura jurídica nova deve comportar um novo modelo contratual, especial para esta nova relação jurídica subordinada, que tem como objeto uma obrigação de fazer.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹²⁷, “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. 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 com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui 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)”¹²⁸.

De qualquer forma, Maurício Godinho Delgado¹²⁹ enfatiza a importância das teorias civilistas tradicionais, apesar de ultrapassadas pela corrente

contratualista moderna: “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.”.

4.2 Teorias acontratualistas

Na primeira metade do século XX surgiu uma nova corrente, inteiramente dissociada da doutrina contratualista, conhecida como acontratualista, dividindo-se em duas vertentes diferentes: a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista.

Maurício Godinho Delgado¹³⁰ explica que “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. A restrição fática (às vezes bastante intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza 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”.

Realmente o ponto principal de distinção entre relação de emprego e os antigos modelos de relação de trabalho, *como a servidão e a escravidão*, foi a presença do elemento “liberdade”.

Maurício Godinho Delgado¹³¹ destaca essa importante evolução da relação de trabalho na história: “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)”.

4.2.1 Teoria da relação de trabalho

A teoria da relação de trabalho parte do princípio de que a liberdade não é elemento essencial do vínculo de trabalho subordinado. A prestação de serviços de forma subordinada com características típicas da relação de emprego é que seria a fonte deste tipo de relação jurídica de trabalho.

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 detonação. Mesmo o ato inicial de adesão do trabalhador ao círculo do trabalho – e sua continuidade na relação surgida –, nada disso configuraria *ato de vontade* (Mario de La Cueva).

O ponto principal da corrente acontratualista da relação de emprego é a *inserção do empregado no ambiente empresarial*, e não no eventual acordo existente entre empregado e empregador.

Segundo Mario de La Cueva, “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”¹³².

Octávio Bueno Magano ressalta que “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”¹³³.

Maurício Godinho Delgado explica que “a doutrina 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”¹³⁴.

A teoria da relação de trabalho teve nítida influência nas legislações latino-americanas. No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho também se viu submetida a tal influência.

Na verdade, o art. 442 celetista revela uma clara composição entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, com inegável prejuízo ao mínimo de lógica formal e jurídica “contrato individual de trabalho é o *acordo* tácito ou expresso *correspondente à relação de emprego*”.

4.2.2 Teoria institucionalista

A teoria institucionalista assemelha-se à teoria da relação de emprego no tocante à tese de que eventual ato de vontade entre as partes não é essencial para a configuração da relação de emprego. Portanto, não há que se cogitar em liberdade do empregado no ato de celebração do contrato de trabalho.

Pela teoria institucionalista, a empresa é uma *instituição* e o empregado, ao ingressar neste contexto institucional, aceita todas as regras de conduta deste ente empresarial.

Maurício Godinho Delgado explica que “embora o institucionalismo se refira também à ideia de colaboração, 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”¹³⁵.

O autor sintetiza bem cada uma das correntes doutrinárias, nesses termos: “A ideia de contrato é o ponto limítrofe entre todas as teorias.

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**”¹³⁶.

RECAPITULANDO...

Teorias contratualistas (tradicional e moderna) *Teoria contratualista tradicional* (ótica civilista – busca assemelhar o contrato de trabalho ao arrendamento, contrato de compra e venda, mandato, sociedade etc.).

Teoria contratualista moderna: não há uma forma civilista. É um modelo novo, que depende de um ajuste de vontades. É uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) com características próprias.

Teorias acontratualistas (teoria da relação de emprego e da teoria institucionalista).

Teoria acontratualista – teoria da relação de emprego: não tem natureza contratual, pois não depende do ajuste de vontades; basta estarem presentes os requisitos da relação de emprego.

Teoria acontratualista – teoria institucionalista: não tem natureza contratual, a relação de emprego surge da inserção do trabalhador na empresa. A empresa é uma instituição e o empregado se vincula a um regulamento interno da empresa que regulamenta o conteúdo da relação jurídica.

A redação do art. 442 da CLT foi influenciada por ambas as teorias – contratualista e acontratualista (“acordo tácito ou expresso”).

5. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

PERGUNTA-SE

- 1) Regra geral, o contrato de trabalho é estipulado por prazo indeterminado ou determinado?
- 2) O contrato por prazo determinado pode ser estipulado por termo certo ou incerto? Dê um exemplo de cada tipo de contrato.

1) O contrato de trabalho pode ser estipulado por prazo determinado ou indeterminado. O contrato por prazo determinado é a exceção.

A indeterminação da duração dos contratos constitui regra geral, já que há a presunção jurídica da continuidade da prestação de serviços (Súmula 212 do TST).

SÚMULA 212 – DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Amauri Mascaro do Nascimento ensina que “este tipo de contrato surgiu da sua transposição do direito civil, que previa a locação de serviços por um tempo determinado, proibindo a locação sem prazo, daí passando para o direito do trabalho, no qual foi sempre estudado, desde os primórdios”¹³⁷.

Maurício Godinho Delgado explica que “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”¹³⁸.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o contrato de trabalho por prazo determinado é “um contrato flexível de trabalho porque se distancia do contrato a tempo e duração indeterminados, que é a principal figura contratual da sociedade industrial, com transposições para alguns setores de serviços, mas incompatível com atividades decorrentes do avanço da

tecnologia no século XX e dos sistemas de produção adotados por alguns setores da economia moderna”¹³⁹.

2) O contrato por prazo determinado pode ser por termo certo ou incerto.

Termo certo: as partes estipulam o término do contrato por prazo determinado com data específica (por exemplo, o contrato de experiência de 90 dias).

Termo incerto: a data não é prevista especificamente, mas é suscetível de previsão pelas partes (por exemplo, a implementação de um programa de *software*).

Maurício Godinho Delgado lembra que “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. A indeterminação da duração contratual é meio de se conferir concretude ao essencial princípio justralhista da continuidade da relação de emprego”¹⁴⁰.

Alice Monteiro de Barros explica a divergência doutrinária sobre o objeto do contrato a termo: “Argumentam alguns autores que o serviço objeto do contrato a termo, nos moldes celetistas, deverá ser especializado, e outros sustentam que o citado art. 443, § 1º, da CLT, ao se utilizar da expressão ‘serviços especificados’, na realidade, deveria ter-se utilizado da expressão ‘serviços específicos’”. E exemplifica: “Uma datilografia, com a especificação de que seus serviços seriam os de datilografia, não autoriza a determinação do prazo”¹⁴¹.

5.1 Hipóteses legais

PERGUNTA-SE

Quais são as hipóteses legais permitidas pela legislação trabalhista de celebração de contrato por prazo determinado?

Segundo o § 2º do art. 443 da CLT, três são as hipóteses de pactuação de contrato a termo: **a)** de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; **b)** de atividades empresariais de caráter transitório; e **c)** de contrato de experiência.

A ocorrência de *serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo do contrato* é bastante comum no Direito do Trabalho. Trata-se, ilustrativamente, de contratos a termo para atendimento a substituição de empregado permanente, em gozo de férias ou licença previdenciária.

Maurício Godinho Delgado exemplifica: “Há 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) – típico exemplo de contrato por prazo determinado. Há também as contratações efetivadas para atendimento a acréscimo extraordinário e provisório de serviços empresariais (Natal, Páscoa, dentre outras épocas festivas em que há aumento de vendas, por exemplo)”¹⁴².

Alice Monteiro de Barros exemplifica também que “a transitoriedade de um curso de especialização em um estabelecimento de ensino justifica a contratação a termo de um professor, assim como se justifica a contratação de um técnico para montar uma fábrica”¹⁴³.

PEGADINHA:

A contratação de *trabalho temporário* é permitida em situações de acréscimo de serviços. Esta mesma hipótese legal autoriza a contratação por prazo determinado. Cuidado!

A ocorrência de *atividades empresariais de caráter transitório* é menos comum no dia a dia trabalhista. Aqui a transitoriedade não diz respeito à atividade do trabalhador (como no caso anterior), mas sim em relação às próprias atividades da empresa.

Maurício Godinho Delgado exemplifica que “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.”¹⁴⁴.

Alice Monteiro de Barros exemplifica também: “A jurisprudência nos dá um exemplo de atividade empresarial de caráter provisório: a confecção de ovos de chocolate no período que antecede a Páscoa. Apesar de repetir-se todos os anos, a contratação da mão de obra não obedece a critério rígido, dependendo do consumo e da demanda do mercado”¹⁴⁵.

Amauri Mascaro Nascimento faz uma importante observação a respeito: “outra hipótese, semelhante a anterior, é a atividade empresarial passageira. Aqui, não é a empresa que vai ter vida efêmera, mas um dos seus serviços. Uma empresa que produz fogões, se resolve temporariamente abrir uma seção de construção de lustres para aproveitar uma oportunidade comercial, desde que seja seu propósito sincero e efetivo desenvolver esta atividade anormal e diferente dos seus fins próprios por tempo limitado só para atender determinados pedidos, poderá, a nosso ver, contratar por prazo certo”¹⁴⁶.

Por fim, a última hipótese de contrato por prazo determinado é o **contrato de experiência**. Este tipo de contrato é também conhecido como *contrato a contento*, *contrato de tirocínio* ou *contrato de prova*.

A legislação trabalhista é lacônica a respeito do contrato de experiência, logo, não há qualquer referência legal quanto ao conceito e aos requisitos típicos deste contrato.

Segundo Maurício Godinho Delgado, “o art. 443, CLT, não especifica 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”¹⁴⁷.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o conceito de contrato de experiência na doutrina trabalhista?
- 2) Qual é natureza jurídica do contrato de experiência: contrato preliminar, cláusula contratual ou contrato autônomo?
- 3) Se o empregado já trabalhou na mesma empresa, é válido celebrar novo contrato de experiência se ele for readmitido?
- 4) É válida a celebração de contrato de experiência após o término de contrato de trabalho temporário?

1) Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁴⁸, o 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”.

O autor justifica sua natureza de contrato por prazo determinado nos seguintes termos: “É contrato empregatício cuja delimitação temporal justifica-se em função da fase probatória por que passam geralmente as partes em seguida à contratação efetivada”¹⁴⁹.

Amauri Mascaro Nascimento pondera a opção do legislador pelo contrato de experiência: “A lei faculta, ao empregador, a admissão do empregado por um período determinado, destinado à verificação das suas aptidões para a função, findo o qual, haverá ou não a continuidade das relações de emprego, situação essa que na doutrina tem mais de uma caracterização”¹⁵⁰.

Alice Monteiro de Barros conceitua contrato de experiência como “uma modalidade de ajuste a termo, de curta duração, que propicia às partes uma avaliação recíproca: possibilita ao empregador verificar as aptidões

técnicas e o comportamento do empregado e a este último analisar as condições de trabalho”¹⁵¹.

Quanto ao objeto do contrato de experiência, existe divergência doutrinária. Uma parte da doutrina entende que este tipo de contrato somente pode ser adotado para o trabalho qualificado, não sendo admissível em relação ao trabalho manual ou braçal.

Alice Monteiro de Barros explica que a jurisprudência majoritária do TST é no sentido de que o contrato de experiência pode ser adotado para qualquer função. O argumento é que a lei não distingue que funções poderão ser objeto deste tipo de contrato. Portanto, não invalida o ajuste a circunstância de o empregado ter sido contratado a título de experiência para uma função que não exija especialização. A justificativa da jurisprudência é que o que se pretende não é apenas aferir a qualificação da mão de obra do trabalhador, mas também permitir uma avaliação subjetiva recíproca. Esta é a posição também adotada pela autora¹⁵².

2) Quanto à questão da natureza jurídica do contrato de experiência, Maurício Godinho Delgado¹⁵³ explica que realmente a doutrina discute acerca da natureza jurídica do contrato de experiência: “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, finalmente, as que tipificam como ensejadora de um contrato autônomo (isto é, contrato próprio, específico)”¹⁵⁴.

Alice Monteiro de Barros concorda que é muito discutível a natureza jurídica do contrato de experiência e explica que há várias teorias doutrinárias divergentes a respeito.

Senão vejamos: “Há quem afirme tratar-se de um contrato preliminar, por meio do qual ajustar-se-á o contrato *a posteriori*, se a experiência for satisfatória. Essa teoria não é aceitável, porque o objetivo do contrato

preliminar é a celebração do contrato definitivo e do contrato de experiência é a avaliação subjetiva recíproca. Outros o veem como um contrato pendente de condição resolutiva, caso a experiência não seja satisfatória. Em contraposição a essa corrente, há os que afirmam que a cláusula de experiência ou prova é um dos elementos acidentais do contrato, logo o vínculo fica subordinado a uma condição suspensiva, meramente potestativa, quanto à formação da relação jurídica futura, a qual dependerá de uma prova. Sustentam outros que o essencial do pacto laboral já se encontra no período de experiência e ressaltam a natureza unitária do contrato em contraposição à teoria do contrato preliminar. *Filiamo-nos aos que entendem tratar-se o contrato de experiência de um contrato especial, porquanto o art. 443, § 2º, da CLT o distingue ao lado de outros contratos por prazo determinado*¹⁵⁵.

Amauri Mascaro Nascimento entende que “no direito brasileiro, como dissemos, não há dúvidas quanto à natureza jurídica da experiência; é expressa essa qualificação como contrato a prazo, com o que todas as regras aplicáveis aos contratos a prazo valem também para o contrato de experiência”¹⁵⁶.

Quanto à forma, a CLT não exige forma solene para a celebração dos contratos por prazo determinado. A jurisprudência trabalhista vem entendendo que para esta modalidade de contrato por prazo determinado (contrato de experiência) é exigível a prova escrita com anotação na CTPS do empregado: “CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. FALTA DE ANOTAÇÃO NA CTPS. INVALIDADE. O art. 29 da CLT exige a anotação das condições especiais do contrato na CTPS do empregado. Assim, tais condições especiais, que não se presumem, exigem forma escrita. É o que ocorre com o contrato de experiência ou a prazo. A formalidade da anotação na carteira, no prazo de 48 horas, com a menção desta circunstância, poderá substituir o contrato escrito mas não pode ser dispensada. A omissão dessa exigência imperativa da norma legal invalida

os contratos rotulados como de experiência” (TRT-1 – RO: 01009375720165010049 RJ, rel. Monica Batista Vieira Puglia, Terceira Turma, Data de Publicação: 03-07-2017).

Alice Monteiro de Barros entende que “contestada a natureza do ajuste, compete ao empregador o ônus da prova da celebração e prorrogação do contrato de experiência. Evidentemente, apesar de inexistir a obrigação legal no tocante à forma do pacto, a prática demonstra que o documento formalizado facilita a prova”¹⁵⁷.

3) Em relação à questão da celebração de novo contrato de experiência com o mesmo empregado para trabalhar de novo na mesma empresa e na mesma função, Amauri Mascaro Nascimento entende que não é lícita tal pactuação, porque nesse caso houve perda da causa jurídica de validade deste tipo de contrato, que é a necessidade prévia de conhecimento recíproco entre as partes, salvo se o empregado for trabalhar em outra função¹⁵⁸.

Por fim, uma última questão que era muito abordada na jurisprudência se referia à possibilidade de contratação do trabalhador temporário após o fim do seu contrato de trabalho temporário como empregado celetista pelo tomador de serviços mediante nova celebração de contrato de trabalho com cláusula de experiência.

4) Devido à ausência de previsão legal até o ano de 2017, a jurisprudência majoritária trabalhista entendia que não era possível a sucessão de um contrato de experiência após contrato de trabalho temporário, salvo outra função. Nesse mesmo sentido, a Lei n. 13.429/2017 inseriu o § 4º no art. 10 da Lei n. 6.019/74, vejamos: Art. 10. (...) § 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Dessa forma, a partir de 2017 não deverá haver mais tal polêmica na jurisprudência, pois a Lei n. 13.429/2017 foi clara ao dispor que não se aplica a modalidade de contrato de trabalho de experiência.

Andou bem o legislador, pois a finalidade do contrato de experiência é avaliar as aptidões para o trabalho a ser desenvolvido. Como o trabalhador já presta o mesmo serviço, mediante contrato de trabalho temporário, o prazo de experiência perde sua finalidade.

Além das hipóteses legais celetistas estudadas acima, em **legislação esparsa** também existem regras específicas no que tange ao contrato por prazo determinado. É o caso das seguintes relações de emprego: artistas e técnicos em espetáculos de diversão, radialista, técnico estrangeiro, treinador de futebol, aprendizagem, safra, atleta profissional, obra certa e peão de rodeio, por exemplo.

Por fim, há mais uma hipótese legal de contratação por prazo determinado: o regime legal da Lei n. 9.601/98, que flexibilizou as hipóteses de contratação por tempo determinado por meio de negociação coletiva de trabalho. O Decreto n. 2.490, de 4-2-1998, regulamentou o procedimento de contratação nesta hipótese legal.

Os objetivos oficiais do Governo ao editar a referida norma legal foram diminuir o desemprego e a informalidade no mercado de trabalho. Para tanto, era necessário flexibilizar as hipóteses rígidas de contratação por prazo determinado celetista (art. 443, § 2º, da CLT).

Nesse sentido, a nova lei passou a autorizar a celebração do contrato de trabalho por tempo determinado **em qualquer função da empresa** e não mais somente nas hipóteses celetistas, desde que atendidos dois requisitos: a) celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho e b) comprovação de acréscimo no número de empregados.

Por exemplo, a empresa pode contratar uma secretária, uma recepcionista, enfim qualquer função – independentemente de o serviço

ser transitório ou não.

Maurício Godinho Delgado explica que “a Lei n. 9.601/98 confere ao tipo contratual que regula tratamento distinto daquele estipulado na CLT para os demais contratos a termo: de um lado, não prevê as tradicionais hipóteses de pactuação a termo fixadas no texto celetista; de outro lado, prevê certos requisitos a essa contratação não aventados no texto tradicional da Consolidação”¹⁵⁹.

Esse tipo de contratação exige solenidade: trata-se de contrato necessariamente lavrado por escrito (art. 7º do Decreto n. 2.490/98). Não pode ser ajustado de modo tácito, ainda que de maneira expressa, de forma verbal.

No próprio texto legal há disposição expressa acerca da exigência da publicidade, no âmbito do estabelecimento, dos respectivos contratos precários, com nome do empregado, número de sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) e de inscrição no PIS e datas de início e término do contrato (art. 4º da Lei n. 9.601/98).

Além disso, cópia do correspondente contrato deve ser depositada no órgão local do Ministério do Trabalho. O objetivo da contratação por escrito é evitar fraudes, tanto que a contratação deverá ser anotada na CTPS do empregado, indicando inclusive que foi feita sob a égide da Lei n. 9.601/98 (art. 2º do Decreto n. 2.490/98).

Agora vamos analisar os requisitos rígidos para autorização da contratação por intermédio da Lei n. 9.601/98.

*Art. 1º As **convenções e os acordos coletivos de trabalho** poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, **para admissões que representem acréscimo no número de empregados.***

Portanto, a permissão de contratação por prazo determinado da Lei n. 9.601/98 depende de:

- a) autorização do sindicato mediante celebração de convenção ou acordo coletivo; e b) comprovação de acréscimo no número de empregados.

Amauri Mascaro Nascimento destaca que “trata-se de uma medida legal voltada para a redução do desemprego sugerida pela Força Sindical e transformada em lei pelo Governo. Porém, não encontrou maior aceitação e é reduzido seu número”¹⁶⁰.

O Decreto n. 2.490/98 que regula a Lei n. 9.601/98, no parágrafo único do art. 1º é restritivo ao prever: *É vedada a contratação de empregados por prazo determinado na forma de caput, para substituição de pessoal regular e permanente contratado por prazo indeterminado.*

Portanto, o legislador, preocupado com a ocorrência de fraudes trabalhistas exigiu a comprovação de abertura de novos postos de trabalho, ou seja, o empregador deveria comprovar semestralmente o acréscimo no número de empregados na empresa.

Além disso, estabeleceu limites percentuais máximos de contratação de empregados por prazo determinado, conforme o art. 3º da referida lei: *Art. 3º O número de empregados contratados nos termos do art. 1º desta Lei observará o limite estabelecido no instrumento decorrente da negociação coletiva, não podendo ultrapassar os seguintes percentuais, que serão aplicados cumulativamente:*

I – cinquenta por cento do número de trabalhadores, para a parcela inferior a cinquenta empregados;

II – trinta e cinco por cento do número de trabalhadores, para a parcela entre cinquenta e cento e noventa e nove empregados; e

III – vinte por cento do número de trabalhadores, para a parcela acima de duzentos empregados.

Parágrafo único. As parcelas referidas nos incisos deste artigo serão calculadas sobre a média aritmética mensal do número de empregados contratados por prazo indeterminado do estabelecimento, nos seis meses imediatamente anteriores ao da data de publicação desta Lei.

OUTRO DETALHE IMPORTANTE:

O legislador, buscando incentivar esta nova modalidade de contratação

por prazo determinado, previu incentivos previdenciários e fundiários (FGTS), conforme o art. 2º da referida lei: *Art. 2º Para os contratos previstos no art. 1º, são reduzidas, por 60 (sessenta) meses, a contar da data de publicação desta Lei:*

I – a cinquenta por cento de seu valor vigente em 1º de janeiro de 1996, as alíquotas das contribuições sociais destinadas ao Serviço Social da Indústria – SESI, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Social do Transporte – SEST, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, bem como ao salário-educação e para o financiamento do seguro de acidente do trabalho;

II – para dois por cento, a alíquota da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, de que trata a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

Parágrafo único. As partes estabelecerão, na convenção ou acordo coletivo, 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.

CUIDADO:

O prazo de garantia dos referidos incentivos era de sessenta meses, portanto, como a Lei n. 9.601 foi publicada em 1998, o referido prazo já se esgotou.

Logo, é possível a contratação por prazo determinado nos termos dessa lei, contudo, sem direito aos incentivos legais.

Quanto ao prazo de contratação, o art. 3º do Decreto n. 2.490/98, que regulamentou a Lei n. 9.601/98, estabeleceu expressamente: *Art. 3º Em relação ao mesmo empregado, o contrato por prazo determinado, na forma da Lei n. 9.601/98, será de no máximo 2 (dois) anos, permitindo-se, dentro deste período, sofrer sucessivas prorrogações, sem acarretar o efeito previsto no art. 451 da CLT.*

Parágrafo único. O contrato por prazo determinado poderá ser sucedido por outro por prazo indeterminado.

Portanto, a legislação permite a ocorrência de sucessivas prorrogações

dentro do prazo de dois anos. Neste ponto, diferencia-se da CLT, que somente permite uma prorrogação.

Quanto à aplicação do art. 452 da CLT, que regula a sucessividade contratual, a Lei n. 9.601/98 é silente a respeito. A maioria da doutrina trabalhista entende que se aplica o prazo mínimo de seis meses para a sucessividade contratual do art. 452 da CLT para o novo contrato de trabalho, a termo da Lei n. 9.601/98 (Maurício Godinho Delgado¹⁶¹).

Aplica-se também a regra da contagem do tempo de serviço (*accessio temporis*) dos demais contratos a termo celetistas. Isso significa que o tempo de serviço do empregado é contado cumulativamente em distintos contratos, desde que vinculados ao mesmo empregador. Lembre-se que é necessário que o último contrato seja por prazo indeterminado, portanto, repercutindo-se a ele o tempo de serviço dos contratos a termo anteriores.

A Lei n. 9.601/98 determina que as partes estabelecerão na negociação coletiva a indenização pela ruptura do contrato por prazo determinado, nesses termos: *Art. 1º (...)*

§ 1º As partes estabelecerão, na convenção ou acordo coletivo referido neste artigo:

I – a indenização para as hipóteses de rescisão antecipada do contrato de que trata este artigo, por iniciativa do empregador ou do empregado, não se aplicando o disposto nos arts. 479 e 480 da CLT;

II – as multas pelo descumprimento de suas cláusulas.

Referida legislação é silente quanto à aplicação do art. 481 da CLT, que trata da cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão do contrato de trabalho. Maurício Godinho Delgado defende a aplicação, uma vez que a lei especial não exclui a aplicação deste dispositivo celetista.

PEGADINHA:

A Lei n. 9.601/98 não permite a dispensa antecipada em situações de estabilidade provisória: *Art. 1º (...)*

§ 4º São garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de

*prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art. 118 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que **não** poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.*

Maurício Godinho Delgado explica que “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”¹⁶².

Por fim, a Lei n. 9.601/98 favorece as empresas que utilizarem esse tipo de contratação junto ao BNDES, ao assim dispor: *Art. 5º As empresas que, a partir da data de publicação desta Lei, aumentarem seu quadro de pessoal em relação à média mensal do número de empregos no período de referência mencionado no artigo anterior, 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.*

Resumidamente, este é o conteúdo da Lei n. 9.601/98:

- a. **Hipótese de contratação:** em qualquer atividade da empresa.
- b. **Requisitos legais:** autorização do sindicato mediante celebração de convenção ou acordo coletivo e comprovação de acréscimo no número de empregados.
- c. **Contrato:** deve ser celebrado obrigatoriamente por escrito com publicidade aos demais órgãos legais (contrato solene).
- d. **Incentivos legais** (60 meses da publicação da lei): FGTS reduzido (2%) e redução de 50% das contribuições de terceiros (INSS). Benefício já extinto.
- e. **Prazo:** 2 anos, podendo haver sucessivas prorrogações. A doutrina trabalhista entende que se aplica o art. 452 da sucessividade contratual.
- f. **Indenização no término:** não se aplicam os arts. 479 e 480 da CLT, contudo a doutrina trabalhista entende que se aplica o art. 481 da CLT.
- g. **Estabilidade provisória:** inviabiliza a dispensa antecipada dos empregados portadores de estabilidade provisória.
- h. **BNDES:** preferência na obtenção de recursos deste órgão e outros similares.

RECAPITULANDO...

Hipóteses legais de contrato por prazo determinado:

1. serviço transitório (art. 443, § 2º, a) 2. atividade empresarial transitória (art. 443, § 2º, b) 3. contrato de experiência (art. 443, § 3º, c) 4. legislação específica (por exemplo: técnico estrangeiro, treinador de futebol, aprendizagem, safra, atleta profissional, obra certa e peão de rodeio) 5. Lei n. 9.601/98 (contrato por prazo determinado por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho)

5.2 Prazo

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o prazo máximo de celebração do contrato por prazo determinado?
- 2) É permitido prorrogar o prazo? Qual é a consequência jurídica caso não seja cumprido o referido prazo?
- 3) É possível haver sucessão de contratos por prazo determinado?

1) A lei fixa prazos máximos de duração aos contratos a termo. De maneira geral, tais contratos não podem exceder a dois anos (art. 445, *caput*, da CLT).

A única exceção é quanto ao contrato de experiência, seu prazo não pode exceder a noventa dias (parágrafo único do art. 445).

O contrato a contento pode ser objeto de prorrogação – desde que por uma única vez, respeitado o prazo máximo de noventa dias, somados os dois períodos, o primitivo e o prorrogado.

Cuidado, pois há leis especiais que tratam do contrato a termo e que podem fixar prazos distintos, evidentemente. O desrespeito ao parâmetro máximo do prazo contratual (contrato a contento que ultrapasse o prazo de 90 dias, por exemplo) conduz à automática modificação objetiva do contrato – que se indetermina, em consequência.

2) Só é permitida uma prorrogação para os contratos por prazo determinado (art. 451 da CLT), sob pena de ficar evidenciado contrato de prazo indeterminado.

Amauri Mascaro Nascimento faz importante diferenciação: “Um contrato a tempo pleno e indeterminado não pode ser transformado em outro por prazo determinado. Pode, no entanto, um contrato por prazo indeterminado, seguir-se de outro, dele separado, por prazo certo, pois nada impede, portanto, que justificada a transitoriedade, seja estipulado um contrato com prazo certo, com o mesmo empregado que antes trabalhou para a empresa por prazo indeterminado”¹⁶³.

Se houver sido atingido o prazo máximo de dois anos para a realização do contrato ou se este já houver sido prorrogado por uma vez, só será admitida a celebração de novo contrato por prazo determinado após ter passado o lapso de seis meses entre o fim do último contrato e o início do novo (art. 452 da CLT).

CUIDADO:

Salvo se a expiração do pacto depender da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos. Neste caso, não ocorre a prorrogação do contrato, mas sucessão de contratos.

Amauri Mascaro Nascimento ressalta que “é excepcionada a hipótese de contratos para serviços especializados ou cujo termo dependa da realização de certos acontecimentos, pois estes podem ser renovados, mesmo antes do decurso de 6 (seis) meses do término contrato anterior. A ressalva é compreendida tendo-se em vista que nesses casos justifica-se plenamente a oposição do prazo, resulta de razões objetivas, e não de meros fatores subjetivos”¹⁶⁴.

Exemplos de contratos por prazo determinado: de safra (parágrafo único do art. 14 da Lei n. 5.889/73), de atleta profissional (art. 3º da Lei n. 6.354/76), de artistas (art. 9º da Lei n. 6.533/78), de técnico estrangeiro (Decreto-Lei n. 691, de 1969), de aprendizagem (Decreto n. 31.546, de 1952) e de obra certa (Lei n. 2.959/58).

Nesses tipos especiais de contrato por prazo determinado 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.

A ideia é que não se justifica que eles 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.

3) Por último, uma questão bem debatida é saber se é possível celebrar um novo contrato de experiência com o mesmo empregado após muito tempo do término do primeiro contrato. Nesse sentido a jurisprudência: “CONTRATO DE EXPERIÊNCIA – NOVA CONTRATAÇÃO DA MESMA EMPREGADA. LAPSO DE TEMPO ENTRE OS CONTRATOS. (...) O venerando acórdão recorrido firmou tese no sentido de que o lapso de tempo entre o primeiro e o segundo contrato de trabalho, dois anos e meio, era suficiente a ensejar nova avaliação do empregado. Desta forma é de ser considerado válido o novo contrato de experiência, ante o lapso de tempo entre os dois contratos. Até mesmo porque inexistente no ordenamento jurídico previsão que impossibilite ao empregador de, ao contratar novamente o empregado, adotar o contrato de experiência. Recurso de Revista conhecido, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negado provimento” (acórdão unânime da 4ª T. do TST, RR 406.013/97.0, 4ª R., rel. convocado Juiz Aloysio Corrêa da Veiga, *DJU-1* de 19-4-2002, p. 698).

RECAPITULANDO...

Hipóteses de prazo do contrato de prazo determinado:

a. serviço transitório (2 anos, com uma única prorrogação) **b.** atividade empresarial transitória (2 anos, com uma única prorrogação) **c.** contrato de experiência (90 dias, com uma única

prorrogação) **d.** legislação específica (prazo determinado na legislação) **e.** Lei n. 9.601/98 (2 anos, com sucessivas prorrogações)

5.3 Da forma

Os contratos a prazo são considerados exceção no Direito do Trabalho. Nem por isso são necessariamente formais, isto é, solenes. Portanto, por serem consensuais, podem se provar por qualquer meio probatório admissível em juízo.

A inexistência de uma formalidade imperativa à celebração desses contratos a termo não elimina a importância da forma em sua dinâmica.

Há, porém, contratos a termo realmente formais. Isso significa que sua existência não pode prescindir de celebração por instrumento escrito (contratos de atleta profissional, artista profissional, trabalho temporário; *etc.*

O contrato de experiência é o mais comum dos contratos por prazo determinado. É um 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.

Segundo Maurício Godinho Delgado, “a jurisprudência já pacificou não ser o contrato de experiência passível de contratação meramente tácita; isso significa que deve, necessariamente, provar-se através de um mínimo de formalização escrita. 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”¹⁶⁵.

PEGADINHA:

O contrato de experiência tem um tratamento diferenciado: embora a CLT efetivamente não estabeleça o requisito da *forma* no tocante à sua existência, a jurisprudência tem firmemente colocado a necessidade de

certa formalidade mínima à configuração válida desse tipo contratual.

Assim, seja celebrado por um instrumento contratual escrito, seja por uma anotação na CTPS obreira, exige-se uma enumeração 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.

Nesse sentido se inclina a jurisprudência:

“CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO. CONVOLAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. Caso em que não foram obedecidos os requisitos para a celebração do contrato de experiência, uma vez que, tal espécie contratual constitui exceção à modalidade geral de formalização dos contratos por prazo indeterminado, devendo, por este motivo, ser formalizado mediante contrato por escrito ou, ao menos, com o devido registro de tal condição na CTPS do obreiro, o que no presente caso não ocorreu. Assim sendo, não se admitindo a existência de contrato de experiência verbal, imperioso reconhecer que a avença fora firmada por prazo indeterminado. Recurso ordinário patronal ao qual se dá parcial provimento” (TRT-13 – RO: 01449003720145130022 014490037.2014.5.13.0022, Data de Julgamento: 26-01-2016, 2ª Turma, Data de Publicação: 03-02-2016).

5.4 Prorrogação e sucessão

A *prorrogação* consiste na dilação temporal do termo final prestabelecido para o contrato. Tal prorrogação pode ser feita – expressa ou tacitamente – *uma única vez* (art. 451 da CLT). Em caso de haver mais de uma prorrogação, haverá automática indeterminação do contrato (exceção: Lei n. 9.601/98, que permite sucessivas prorrogações).

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 noventa dias, caso se trate de contrato de experiência.

A prorrogação 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).

Vejamos jurisprudência trabalhista a respeito:

“CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. O empregador pode, livremente, contratar empregado a título de experiência, formalizando contrato escrito, por prazo determinado, com cláusula de prorrogação automática, desde que, no total, seja respeitado o limite de noventa dias. O empregado, ao término do prazo inferior ao limite, nem mesmo sabe se ele continuará ou não no emprego e, assim, a cláusula de prorrogação automática não modifica a situação do trabalhador contratado nesta modalidade. A lei não exige o decurso do prazo para que seja formalizada a prorrogação do contrato de experiência, e, assim, pode esta ser previamente pactuada” (TRT/SP, RO 01941006420085020463 (01941200846302000), Ac. 20101231843, rel. Fernando Antonio Sampaio da Silva, *DOE* de 9-12-2010).

Prorrogação do contrato de experiência deve ser anotada na CTPS

O contrato de experiência pode abranger vários períodos (por exemplo, 30, 45, 60 dias). Entretanto, o período de experiência pode ser renovado somente uma vez, desde que a soma dos dois períodos não ultrapasse noventa dias. Ao julgar uma ação trabalhista ajuizada perante a Vara do Trabalho de Curvelo, a juíza titular Vanda Lúcia Horta Moreira adotou esses fundamentos para acolher o pedido formulado por um pedreiro e condenar o reclamado ao pagamento das verbas rescisórias típicas do contrato sem prazo determinado.

No caso, o reclamante alegou que foi admitido como pedreiro em 1º-3-2010, mediante contrato de experiência de quarenta e cinco dias, e dispensado, sem justa causa, em 13-5-2010, após o término do seu contrato, não prorrogado pelo reclamado. Por sua vez, o empregador sustentou que o reclamante foi admitido em caráter experimental em 1º-3-2010, pelo prazo de noventa dias, com término antecipado em 13-5-2010. O réu informou que efetuou o pagamento de indenização correspondente à metade da remuneração a que o empregado teria direito até o término do contrato, nos termos do art. 479 da CLT. A partir da análise dos documentos juntados ao processo, a magistrada concluiu que o contrato de experiência do pedreiro passou a vigorar por prazo indeterminado, uma vez que não foi feita a anotação na CTPS acerca da prorrogação do mesmo.

Analisando a legislação pertinente, a magistrada explicou que o contrato de experiência não poderá exceder de noventa dias, nos termos do parágrafo único do art. 445 da CLT. Nesse mesmo sentido, a Súmula 188 do TST estabelece que o contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de noventa dias. Entretanto, apesar desse prazo estabelecido em lei, o caso analisado pela juíza apresenta uma peculiaridade: o empregador fez constar na CTPS do pedreiro que a contratação por experiência seria de quarenta e cinco dias. Mas, o trabalhador permaneceu prestando serviços para o reclamado por mais

de dois meses e, nas anotações constantes na CTPS, não há qualquer menção acerca de eventual prorrogação do contrato a termo. Ou seja, ficou comprovado que o empregador ultrapassou o prazo-limite do período que ele mesmo estabeleceu. Portanto, o contrato se indeterminou, isto é, adquiriu, por direito, todos os efeitos de um contrato por prazo indeterminado (Processo 00732-2010-056-03-00-8, j. em 16-8-2010).

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 lícitamente sucedido por outro, entre as mesmas partes, *se transcorridos seis meses do contrato anterior* (art. 452 da CLT).

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.

Maurício Godinho explica 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”¹⁶⁶.

Veja exemplo prático de jurisprudência nesse sentido:

“UNICIDADE CONTRATUAL. FRAUDE TRABALHISTA. CONTRATOS SUCESSIVOS. MESMO EMPREGADOR. Hipótese em que o reclamante laborou durante sete anos, por intermédio de sucessivos contratos de trabalho, de forma ininterrupta, com rescisão e posterior recontração para prestação de serviços ao mesmo empregador e nas mesmas condições, enseja a declaração da unicidade contratual e, via de consequência, o afastamento da prescrição total declarada na origem” (TRT-7 – RO: 00001825620165070017, rel. Jose Antonio Parente da Silva, Data de Julgamento: 29-06-

2017, Data de Publicação: 05-07-2017).

A lei busca com essa regra estritamente formal (prazo mínimo de distância entre contratos a termo) 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 motivadores do pacto, *ou* tenha se extinguido em face da realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada ensejadores do contrato.

Qualquer irregularidade nas regras de pactuação, duração, prorrogação ou sucessividade desses últimos contratos conduz 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 justrabalhista. 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”. 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 (Maurício Godinho Delgado)¹⁶⁷.

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.

6. SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO NOS CONTRATOS A TERMO. GARANTIAS DE EMPREGO

Nos contratos a prazo, os institutos da **interrupção e suspensão contratuais** não produzem os mesmos efeitos típicos aos contratos indeterminados. Alguns consideram que a interrupção e a suspensão sustariam os efeitos contratuais, mas apenas dentro do lapso temporal já fixado ao contrato, sem terem o condão de prorrogar o termo final do contrato a prazo. O contrato extinguir-se-ia normalmente em seu termo exclusivo prefixado, ainda que o obreiro esteja afastado do trabalho em virtude de causa suspensiva ou interruptiva legalmente tipificada (licença previdenciária, por exemplo).

Há, por outro lado, os que admitem a restrição de efeitos da suspensão e da interrupção no contexto dos contratos a prazo, mas ponderam que a causa suspensiva interruptiva teria o condão de prorrogar o vencimento do 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 efetiva terminação* (§ 2º do art. 472).

Portanto, 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 jurídicos acima restringiam o direito dos empregados às garantias de emprego no contrato por prazo determinado até a publicação da Resolução n. 185/2012, que modificou a redação do inciso III da Súmula 244 do TST relativa à gestante e acrescentou o inciso

III da Súmula 378 relativo ao trabalhador acidentado.

Por exemplo, empregada que descobria que estava grávida durante o contrato de experiência não tinha direito à estabilidade provisória, com fundamento na redação anterior do inciso III da Súmula 244 do TST.

Já na nova redação do referido inciso, o TST mudou o seu entendimento, permitindo agora que a empregada gestante que engravidar durante o contrato de experiência tenha reconhecida a sua estabilidade provisória, vejamos a nova redação do inciso III da referida Súmula: *III – 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.*

Da mesma forma, houve reconhecimento do direito a estabilidade provisória do trabalhador acidentado durante o contrato por prazo determinado, vejamos o novo inciso III inserido na Súmula 378 do TST nesse sentido: *III – 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. 8.213/1991.*

Maurício Godinho Delgado já defendia que deveria haver exceção a regra geral celetista (art. 472, § 2º): a derivada dos afastamentos por **acidente de trabalho**. E justificava seu posicionamento nos seguintes termos: “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 estritamente pelo trabalhador em decorrência do ambiente e processo laborativos, portanto em decorrência de fatores situados fundamentalmente sob ônus e risco empresariais. Portanto, 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”¹⁶⁸.

Obs.: As mudanças do TST relativas ao tema do direito à estabilidade provisória no contrato por prazo determinado serão tratadas de forma mais minuciosa no Capítulo 5, item 5.3, deste *Manual*.

6.1 Efeitos rescisórios nos contratos a termo

Maurício Godinho Delgado explica que “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)”¹⁶⁹.

Na classificação proposta pelo autor¹⁷⁰, as modalidades principais de ruptura contratual 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.

As parcelas rescisórias devidas propostas pelo autor¹⁷¹, em conformidade a cada um dos tipos de ruptura contratual, seriam as seguintes: **a)** extinção normal do contrato (cumprimento do prazo prefixado): 13º salário proporcional; férias proporcionais com um terço (Súmula 328 do 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.

Entende Maurício Godinho que 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, com base na Súmula 125 do TST: O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante do FGTS admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3º, do Decreto n. 59.820, de 20-12-1966; **c)** extinção contratual em face do pedido de demissão antecipada pelo empregado – as parcelas devidas serão o 13º salário proporcional, as férias proporcionais com um terço (Súmulas 328 e 261 do TST). Aqui, o trabalhador não saca o FGTS. O empregado poderá ser compelido a indenizar o empregador pelos prejuízos resultantes da ruptura antecipada; **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 (inclusive aviso prévio, com projeção no contrato); 13º salário proporcional; férias proporcionais com um terço; FGTS com 40%.

ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

O tema deste capítulo foi baseado no estudo com grande profundidade da obra *Alterações contratuais trabalhistas*, de autoria de Maurício Godinho Delgado¹⁷².

2. ORIGEM HISTÓRICA

O estudo deste tema envolve uma curiosa evolução histórica desde a promulgação da CLT em 1943 até os dias atuais. O art. 468 da CLT – pilar do tradicional princípio da imodificabilidade das condições contratuais – sofreu forte abalo com o movimento flexibilizatório após 1970 e o resultado jurídico-trabalhista acabou refletindo na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, VI, XIII e XIV).

Logo, o aluno, ao estudar este tema, deve ter o cuidado de diferenciar os tipos de alterações contratuais permitidos no campo do **Direito Individual do Trabalho**, mas especificamente no contrato individual do trabalho (relação entre empregador e empregado) e as alterações permitidas no campo do **Direito Coletivo do Trabalho** (relação entre empregador e sindicatos).

Por exemplo, redução de salário acordada entre empregado e empregador é proibida no campo do Direito Individual do Trabalho (art. 468 da CLT), contudo, é válida no campo do Direito Coletivo do Trabalho, se for negociada entre empregador e sindicato profissional por acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI, da CF).

3. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No Brasil, as alterações do contrato de trabalho são regulamentadas no Capítulo III do Título IV do Contrato Individual de Trabalho, precisamente nos arts. 468 a 470 da CLT. Além disso, a Constituição Federal de 1988 trata das alterações de salário e jornada de trabalho no art. 7º, VI, XIII e XIV.

No campo jurisprudencial, os tipos de alteração do contrato de trabalho são tratadas nas Súmulas 29, 43, 125, 159, 265, 372 e 381 e nas Orientações Jurisprudenciais 113, 175, 208, 244 e 308 da SDI-I.

DICA:

Recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento jurisprudencial indicado em cada capítulo e reproduzida a seguir:

SÚMULA 29 – TRANSFERÊNCIA. Empregado transferido, por ato unilateral do empregador, para local mais distante de sua residência, tem direito a suplemento salarial correspondente ao acréscimo da despesa de transporte.

SÚMULA 43 – TRANSFERÊNCIA. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.

SÚMULA 372 – GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO.

LIMITES. I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

SÚMULA 265 – ADICIONAL NOTURNO. ALTERAÇÃO DE TURNO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO. A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno.

SÚMULA 381 – CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.

OJ-SDI1-308 – JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. RETORNO À JORNADA INICIALMENTE CONTRATADA. SERVIDOR PÚBLICO. O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se

insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.

OJ-SDI1-244 – PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE. *A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.*

OJ-SDI1-159 – DATA DE PAGAMENTO. SALÁRIOS. ALTERAÇÃO. *Diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único do art. 459, ambos da CLT.*

OJ-SDI1-28 – CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE AS DIFERENÇAS SALARIAIS. UNIVERSIDADES FEDERAIS. DEVIDA. LEI N. 7.596/1987. Incide correção monetária sobre as diferenças salariais dos servidores das universidades federais, decorrentes da aplicação retroativa dos efeitos financeiros assegurados pela Lei nº 7.596/87, pois a correção monetária tem como escopo único minimizar a desvalorização da moeda em decorrência da corrosão inflacionária.

OJ-SDI1-208 – RADIOLOGISTA. GRATIFICAÇÃO DE RAIOS X. REDUÇÃO. LEI N. 7.923/89. A alteração da gratificação por trabalho com raios X, de quarenta para dez por cento, na forma da Lei n. 7.923/89, não causou prejuízo ao trabalhador porque passou a incidir sobre o salário incorporado com todas as demais vantagens.

OJ-SDI1-113 – ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.

4. CONCEITO LEGAL E CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS TIPOS DE ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Orlando Gomes e Elson Gottschalk abordam inicialmente o tema afirmando que “a alteração do contrato de trabalho é uma eventualidade decorrente de sua própria natureza, a sua execução, continuada, não instantânea”¹⁷³.

De fato, o contrato de trabalho tem como uma de suas principais características a sua natureza jurídica de contrato de trato sucessivo. Os autores complementam que “*por essa razão, pode suceder que, no curso de sua vigência, ocorram modificações no seu conteúdo que alterem, qualitativamente e quantitativamente, os direitos e obrigações das partes*”¹⁷⁴.

Maurício Godinho Delgado¹⁷⁵ lembra que os princípios inspiradores das alterações objetivas do contrato de trabalho são: **princípio da inalterabilidade contratual lesiva**, princípio do direito de resistência obreira (*jus resistentiae*) e princípio do *jus variandi* empresarial.

O **princípio da inalterabilidade contratual lesiva** já foi estudado no capítulo relativo aos princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Esse princípio reflete-se na alteração do contrato de trabalho, quando o art. 468 da CLT dispõe expressamente que *nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia*. Os demais princípios serão estudados logo a seguir.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁷⁶ faz importante observação sobre o alcance das alterações do contrato de trabalho: o art. 448 da CLT refere-se à alteração do **contrato de trabalho** e o art. 468 da CLT refere-se à

alteração *das condições do contrato de trabalho*. O autor propõe tratar o tema como *alterações da relação de emprego*, uma vez que entende que a maioria dos contratos de trabalho é informal, isto é, verbais e não escritos, logo a expressão “alterações do contrato de trabalho” seria muito restritiva.

A legislação trabalhista não apresenta uma classificação dos tipos de alterações permitidas no contrato individual de trabalho, contudo, a doutrina trabalhista é farta a respeito.

Vólia Bomfim Cassar¹⁷⁷ classifica as alterações do contrato de trabalho **quanto à origem** em voluntárias ou obrigatórias; **quanto ao conteúdo**, em qualitativa e quantitativa e **quanto à vontade**, em unilateral ou bilateral.

Alice Monteiro de Barros¹⁷⁸ classifica as alterações contratuais em alterações voluntárias **unilaterais** ou **bilaterais**. Com fundamento no art. 468 da CLT, regra geral quanto às alterações contratuais, a autora explica que as alterações unilaterais serão permitidas se forem mais favoráveis ao empregado, e as bilaterais são possíveis desde que não tragam prejuízos ao trabalhador.

ATENÇÃO:

Há dois requisitos para a validade da alteração do contrato de trabalho: a) consentimento mútuo (alteração bilateral) e b) ausência de prejuízo direto ou indireto ao empregado.

Logo, é importante compreender a regra do jogo: as alterações consentidas pelo empregado que resultem prejuízo direto ou indireto são nulas.

Por exemplo: alteração da jornada de trabalho do período diurno para o período noturno é nula. A explicação é que a doutrina trabalhista entende que o trabalho noturno é mais prejudicial à saúde do trabalhador, logo tal alteração seria prejudicial ao empregado, portanto nula.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁷⁹, as alterações contratuais podem

ser *subjetivas* ou *objetivas*. O autor ensina que as alterações contratuais subjetivas são aquelas que atingem os *sujeitos contratuais*. No contrato de trabalho, esse tipo de alteração contratual está restrito somente à figura do empregador, uma vez que a relação de trabalho é *intuitu personae* com respeito ao empregado. A alteração típica da figura do empregador é a sucessão trabalhista, já estudada no Capítulo 1 deste livro. Caso você não se recorde do conceito, sugerimos revisar o assunto.

Já as alterações contratuais objetivas são aquelas que atingem as cláusulas contratuais (conteúdo contratual). Tais alterações abrangem *cláusulas contratuais* ou *circunstâncias* concernentes à efetiva execução do contrato. Portanto, o nosso enfoque neste capítulo será estudar as **alterações contratuais objetivas**, ou seja, as alterações do conteúdo do contrato de trabalho¹⁸⁰.

É importante memorizar a classificação das alterações contratuais propostas pelo autor Maurício Godinho Delgado¹⁸¹ a seguir expostas: **a) Quanto à origem:**

- a.1) Alterações normativas (oriundas de normas jurídicas). Dividem-se em alterações heterônomas (sentença normativa) e autônomas (convenção ou acordo coletivo).
- a.2) Alterações meramente contratuais (oriundas da vontade unilateral ou bilateral das partes). Dividem-se em unilaterais (vontade de uma só das partes, como, por exemplo, regulamento interno) ou bilaterais (ambas as partes).

b) Quanto à obrigatoriedade:

- b.1) Alterações imperativas (ou obrigatórias). Dividem-se em alterações legais (impõem-se às partes pela lei, independentemente da vontade das partes) e normativas (convenção ou acordo coletivo).
- b.2) Alterações voluntárias (oriundas da vontade unilateral ou bilateral das partes). Dividem-se em unilaterais (vontade de uma só das partes, como, por exemplo, regulamento interno) ou bilaterais (ambas as partes).

c) Quanto ao objeto:

- c.1) Alterações qualitativas: são aquelas que dizem respeito à natureza da prestação (por exemplo: tipo de jornada de trabalho, de função etc.).
- c.2) Alterações quantitativas: são aquelas que dizem respeito ao montante da prestação (por exemplo: aumento da jornada de trabalho, redução de salário etc.).
- c.3) Alterações circunstanciais: são aquelas que dizem respeito a circunstâncias especiais da relação de trabalho (por exemplo: alteração do local de trabalho, alteração da forma de

pagamento etc.).

d) Quanto aos efeitos:

d.1) Alterações favoráveis: são aquelas que trazem um patamar de direitos superior ao originalmente pactuado entre as partes, favorecendo o empregado.

d.2) Alterações desfavoráveis: são aquelas que trazem um patamar de direitos inferior ao originalmente pactuado entre as partes, prejudicando o empregado (*ius variandi*) do empregador.

RECAPITULANDO...

Classificação	Quanto à origem	Quanto à obrigatoriedade	Quanto ao objeto	Quanto aos efeitos
(Maurício Godinho Delgado)	a.1. Normativas (heterônomas ou autônomas) a.2. Contratuais (unilaterais ou bilaterais)	b.1. Imperativas (legais e normativas) b.2. Voluntárias (unilaterais ou bilaterais)	c.1. Qualitativas; c.2. Quantitativas c.3. Circunstanciais	d.1. Favoráveis d.2. Desfavoráveis

5. ALTERAÇÕES UNILATERAIS: JUS VARIANDI E JUS RESISTENTIAE

5.1 Jus variandi

Preliminarmente, é importante observar que o art. 468 da CLT trata de forma expressa “as alterações bilaterais” quando se refere ao “mútuo consentimento”. Contudo, a existência dessa vedação legal sobre a alteração das cláusulas do contrato individual de trabalho não pode levar à inconcebível situação de que o empregador não possa, em determinadas circunstâncias, modificar certas condições indispensáveis à própria gestão da empresa.

PERGUNTA-SE

- 1) As alterações unilaterais efetuadas pelo empregador sem consentimento do empregado são válidas?
- 2) O que é *jus variandi*? É um conceito legal ou doutrinário no Direito do Trabalho?
- 3) Qual a diferença entre *jus variandi extraordinário* e *ordinário*?
- 4) Citar exemplos práticos admitidos pela doutrina trabalhista como *jus variandi*.

1) O empregador pode fazer, unilateralmente, pequenas alterações no contrato de trabalho decorrentes do seu poder diretivo com fundamento no *jus variandi*.

É a exceção e não a regra, pois, como já vimos, o art. 468 requer que as alterações sejam bilaterais. Este princípio é oriundo da doutrina trabalhista e não da legislação trabalhista. Não há previsão legal expressa na CLT.

2) Amauri Mascaro Nascimento explica que “em contraste com o princípio legal da imodificabilidade das condições de trabalho, a doutrina elaborou o princípio do *jus variandi*”¹⁸². O autor esclarece que esse princípio foi desenvolvido na doutrina italiana como decorrência do poder diretivo reconhecido ao empregador. O referido autor conceitua *jus*

variandi como “direito do empregador, em casos excepcionais, de alterar por imposição e unilateralmente as condições de trabalho dos seus empregados”¹⁸³.

Maurício Godinho Delgado conceitua *jus variandi* como “o direito de o empregador promover alterações unilaterais lícitas no contrato de trabalho”¹⁸⁴.

Vólia Bomfim Cassar sustenta que “por ser o dono do empreendimento e correr o risco do negócio, o empregador tem o poder diretivo do contrato de trabalho, podendo variar algumas cláusulas contratuais de acordo com a tendência econômica ou interesse da empresa”¹⁸⁵.

Sérgio Pinto Martins faz um alerta: “O art. 468 da CLT tem que ser interpretado no sentido de que é possível ao empregador, com base no *ius variandi*, fazer pequenas modificações no contrato de trabalho, especialmente as decorrentes de introdução de nova tecnologia, pois do contrário a própria empresa poderia desaparecer perante a concorrência”¹⁸⁶.

Délio Maranhão¹⁸⁷ sustenta que o empregador pode alterar o local físico da prestação de serviços (sala, mesa, andar, computador), pois faz parte do *jus variandi* do empregador. Portanto, aqui está mais um exemplo prático de direito de variação do empregador.

CONCEITO BÁSICO:

Em resumo, o aluno deve memorizar que *jus variandi* é o direito do empregador de alterar unilateralmente o contrato de trabalho em hipóteses excepcionais, desde que não acarrete mudanças substanciais ao conteúdo do contrato de trabalho.

3) Márcio Túlio Viana¹⁸⁸ apresenta a distinção entre *jus variandi ordinário* e *extraordinário*. O *jus variandi ordinário* é a alteração unilateral efetuada pelo empregador sem regulamentação em norma jurídica. Já o *jus variandi extraordinário* é autorizado por norma, seja

norma jurídica, convencional ou contratual.

4) Alice Monteiro de Barros¹⁸⁹ enumera alguns **exemplos práticos de *jus variandi ordinário do empregador***:

- a) pode trocar o maquinário utilizado pelo empregado, tendo em vista os avanços tecnológicos;
- b) instituir o uso do uniforme ou modificar aqueles já utilizados, c) modificar o tempo de duração das viagens;
- d) modificar o horário de início e término da jornada de trabalho, desde que dentro do mesmo turno e desde que a mudança não seja prejudicial ao empregado; e) poderá efetuar modificações no espaço físico do estabelecimento.

A fim de fixar o conceito de *jus variandi*, segue julgado trabalhista.

“RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO POSTULADA EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PELO EMPREGADOR. ALTERAÇÃO DO TURNO DE TRABALHO. LIMITES DO *JUS VARIANDI* DO EMPREGADOR. Em que pese a alteração do horário de trabalho estar dentro do poder diretivo do empregador, ela não pode ser efetuada quando implicar, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado. Assim, é legítimo o pedido de rescisão indireta do empregado que tem o turno de trabalho assim alterado, porque importa descumprimento das obrigações contratuais pelo empregador. Recurso da reclamada improvido, nessa parte” (TRT18, ROPS – 0010197-62.2019.5.18.0053, rel. Platon Teixeira de Azevedo Filho, 2ª Turma, 10-06-2019).

Maurício Godinho Delgado¹⁹⁰ cita como exemplos práticos de ***jus variandi extraordinário***: art. 468, parágrafo único, da CLT – alteração funcional em face de reversão; art. 461, § 4º, da CLT (alteração funcional em face de deficiência); art. 469, § 3º, da CLT (alteração de local de trabalho); art. 450 da CLT (substituição provisória), dentre outras.

5.2 Jus resistentiae

O empregador poderá realizar pequenas modificações no contrato de trabalho (poder diretivo/organizacional), exercitando a prerrogativa do *jus variandi*. Por outro lado, lícita e justa é a resistência do empregado, quando ocorrer abuso de direito do empregador (*jus resistentiae*).

PERGUNTA-SE

- 1) O que é *jus resistentiae*? É um conceito legal ou doutrinário no Direito do Trabalho?

- 2) O *jus resistantiae* seria um direito fundamental do trabalhador?
- 3) Citar exemplos práticos admitidos pela doutrina trabalhista como *jus resistantiae*.

1) O *jus resistantiae* é oriundo da doutrina trabalhista e não da legislação trabalhista. Não há previsão legal expressa na CLT.

A doutrina trabalhista aborda de forma exaustiva o conceito de direito de resistência do empregado.

Délio Maranhão conceitua o direito de resistência ou *jus resistantiae* como “o direito que tem o empregado de se opor às determinações ilegais do empregador, às que fujam à natureza do serviço ajustado, que o humilhem ou diminuam moralmente ou que o coloquem em grave risco”¹⁹¹.

Maurício Godinho Delgado define *jus resistantiae* como: “o direito de o empregado se opor às alterações unilaterais do empregador, desde que ilícitas ou que modifiquem substancialmente cláusulas contratuais”¹⁹².

No âmbito do Direito do Trabalho, a obra mais importante sobre o direito de resistência é de autoria de Márcio Túlio Viana¹⁹³, pois foi ele o primeiro a tratar do instituto da desobediência civil no Direito do Trabalho, denominando-o direito de resistência do empregado (*jus resistantiae*). O foco de sua obra é o direito de greve enquanto uma das formas de direito de resistência do empregado no contrato de trabalho.

Márcio Túlio Viana explica o conceito de resistência: “Para nós, resistência terá o sentido de defesa, oposição. Não *in genere*, mas juridicamente. Não de qualquer modo, mas sem o recurso ao Estado. Mais precisamente – no sentido usado no cerne da obra –, resistência será a defesa direta, pelo empregado ou pelo grupo, do direito violado ou do justo interesse insatisfeito por empregador, no exercício (irregular) de seu poder diretivo”¹⁹⁴.

O autor esclarece que o poder diretivo do empregador é a face da “cara”

da moeda enquanto o direito de resistência é a “**coroa**”: “O contrato de trabalho tem uma peculiaridade – que é o poder diretivo. Pois bem: o *ius resistentiae* é a sua contraface. Não, é claro, no sentido de que ambos possam se efetivar concomitantemente, um anulando o outro. Mas no sentido de que o uso irregular do primeiro faz nascer o segundo”¹⁹⁵.

Maurício Godinho Delgado¹⁹⁶ defende o direito de resistência como direito reflexo ao poder empregatício do empregador no mesmo sentido de Viana: “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”¹⁹⁷.

2) Quanto à questão de ser o *jus resistentiae* um direito fundamental do trabalhador no Direito do Trabalho, Viana defende que sim: “(...) o empregador que excede os limites do poder diretivo ofende, em regra, o direito fundamental contido no art. 5º, II, da Constituição. Deste modo, ao resistir a essa ofensa, o empregado exercita outro direito fundamental”¹⁹⁸.

Para Márcio Túlio Viana, o direito de resistência não perde o seu *status* de garantia fundamental mesmo quando o empregador não viola os limites do seu poder diretivo: “É que a Constituição resguarda o direito de ação. E esse preceito, longe de **negar** o direito de resistir, na verdade o **reafirma**. Basta observar, mais uma vez, o que há **por detrás** das palavras: não é, pura e simplesmente, a vontade de assegurar o acesso aos tribunais, mas, **antes e mais do que isso**, a vontade de garantir o **primado da lei**. (...) seja qual for o direito que socorra, o *ius resistentiae* é uma garantia fundamental do trabalhador. E garantia das mais importantes: basta notar que o seu oposto é a submissão, sinônimo de dignidade perdida”¹⁹⁹.

PRESTE ATENÇÃO:

O *jus resistentiae* é defendido pela doutrina trabalhista como direito de

resistência do empregado de se opor às alterações unilaterais do empregador. É uma forma de direito de desobediência civil (direito de resistência). É considerado por alguns doutrinadores como um direito fundamental do trabalhador. O empregado, ao exercer o seu direito de resistência, pode pleitear o retorno à condição anterior (por exemplo, retorno à função anterior devido à retrocessão) ou requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483 da CLT).

3) Alice Monteiro de Barros²⁰⁰ exemplifica que o empregado poderá exercer o seu direito de resistência ao se opor à ordem do empregador de utilização de determinado traje (uniforme), quando o expõe a uma situação ridícula, ferindo-lhe a dignidade. A autora lembra que a determinação do empregador de utilização de uniforme é lícita, pois faz parte do seu poder diretivo (*jus variandi*), contudo, se o uso do referido traje for humilhante para o empregado (por exemplo: *roupa de palhaço*), o empregado terá direito legítimo de resistir. Pode, se for o caso, inclusive, pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho ao exercer o seu direito ao *jus resistentiae* (art. 483 da CLT).

Na prática, o direito de resistência do obreiro tem sido raramente utilizado no ambiente de trabalho, tendo em vista que a falta de regulamentação dá direito à proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária (art. 7º, I, da CF). Em outras palavras, os empregados hesitam em exercer o seu direito de resistência com medo da ameaça do desemprego.

Veja interessante notícia veiculada no site do TRT da 3ª Região:

Dispensa de empregado por motivo de represália é abuso de poder

São raras na Justiça do Trabalho mineira as situações em que o trabalhador exerce o seu legítimo direito de resistência em relação a uma ordem injusta do empregador. Isso porque existe, no mercado de trabalho, uma cultura segundo a qual o empregado deve cumprir sem restrições todas as determinações e regras impostas pelo empregador. Existe, ainda, o maior temor da classe trabalhadora nos tempos atuais: **o medo do desemprego**.

Via de regra, o empregador possui ampla liberdade e autonomia para gerir seu negócio,

segundo seus próprios critérios de auto-organização. Nesse sentido, o empresário não está obrigado a fundamentar os motivos da dispensa de seus empregados, desde que lhes sejam pagas corretamente as verbas rescisórias.

Desse modo, o direito de dispensar empregados sem justa causa faz parte do poder diretivo do empregador. Entretanto, esse poder patronal não é ilimitado. Apesar de a legislação brasileira autorizar a dispensa imotivada de empregados, é considerada arbitrária a dispensa que tem como pano de fundo discriminação, retaliação ou represália. Nesse contexto, a existência de um contrato de emprego não significa um estado de completa sujeição do trabalhador ao empregador. Faz parte do poder do empregado a prática do direito de resistência. Portanto, **a recusa ao cumprimento de ordens ilícitas representa o exercício regular de um direito e não gera falta trabalhista ao empregado.**

No julgamento de uma ação ajuizada perante a Vara do Trabalho de Ponte Nova, a juíza titular Ângela Castilho Rogedo Ribeiro concluiu que o empregado exerceu o seu legítimo direito de resistência ao se recusar a desempenhar suas funções em um ambiente de trabalho inadequado.

Depois de reivindicar, de forma pacífica, melhores condições de trabalho, o auxiliar de produção obteve como resposta a sua dispensa sem justa causa. Pelo que foi apurado no processo, em virtude do desabamento do teto da área de estocagem do frigorífico, houve a ruptura da tubulação do gás amônia, que se espalhou pelo local, deixando o ambiente de trabalho com um forte odor de amônia.

Então, o reclamante, junto com um grupo de trabalhadores, dirigiu-se ao setor de recursos humanos da empresa, a fim de relatar o ocorrido e pedir providências, uma vez que não havia condições de permanência no local de trabalho. Alguns empregados continuaram a trabalhar naquelas condições por ordem de encarregados da empresa. Outros, dentre os quais o reclamante, cessaram suas atividades e saíram de seus setores. Em defesa, o frigorífico alegou que o trabalhador foi dispensado por razões meramente administrativas e não por retaliação.

Ainda de acordo com as alegações patronais, o parecer emitido pelo médico do trabalho da empresa atestou que o vazamento de amônia não era prejudicial à saúde dos trabalhadores.

Em sua sentença, a juíza esclareceu que poder diretivo é o “direito do empregador de administrar o seu empreendimento econômico, organizando os fatores de produção. Com base nele, o empregador comanda a prestação de serviços de seus empregados, sendo-lhe facultado fixar regras internas (poder regulamentar), exercer fiscalização (poder fiscalizatório) e aplicar sanções disciplinares (poder disciplinar)”.

De acordo com as ponderações da magistrada, o parecer sobre o incidente elaborado pelo médico do trabalho da empresa é insuficiente como prova e deve ser analisado com cautela. Primeiro, porque existe subordinação jurídica do profissional em relação à empresa, presumindo-se que a sua avaliação não foi realizada com total imparcialidade. Segundo, porque o parecer foi baseado apenas na percepção sensorial do médico, sem qualquer amparo em medições, perícias ou análises para averiguação da qualidade do ar e

das condições de saúde e segurança nos locais de trabalho.

Entretanto, a questão menos importante, no entender da julgadora, é saber se o local do acidente estava ou não em condições de trabalho, pois o que conta aqui é a análise da adequação da resposta dada pela empresa à reivindicação dos empregados. Nesse sentido, um fato curioso que chamou a atenção da juíza foi a dispensa de vários empregados no mesmo dia do acidente, incluindo o reclamante, sendo que todos faziam parte do grupo de trabalhadores que se dirigiu ao setor de recursos humanos, com o intuito de expor a situação e reivindicar melhores condições de trabalho.

Para a magistrada, é evidente o abalo moral experimentado pelo trabalhador, que teve frustrado o seu direito de resistência e ainda teve que enfrentar uma situação de desemprego.

Assim, concluindo que a resposta desproporcional da empresa, em forma de represália, feriu a dignidade do trabalhador, a juíza sentenciante condenou o frigorífico ao pagamento de uma indenização por danos morais, fixada em R\$ 10.000,00.

Os fundamentos da sentença foram confirmados na decisão de segunda instância, apenas com a modificação do valor da indenização para R\$ 5.000,00 (Ac. 01671-2008-074-03-00-3, j. em 22-9-2010).

6. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUALITATIVO

Segundo Maurício Godinho Delgado²⁰¹, as alterações objetivas do tipo qualitativo são aquelas que atingem a natureza das prestações pactuadas, isto é, a estrutura constitutiva dessas prestações. O principal tipo de alteração objetiva do tipo qualitativo é a **alteração de função**.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a diferença entre **tarefa** e **função**? O termo **função** é sinônimo de **cargo**?
- 2) Como se pode identificar a real função exercida pelo empregado? Seria aquela prevista no contrato de trabalho?

1) Maurício Godinho Delgado²⁰² explica que **tarefa** consiste em atividade laborativa específica e delimitada dentro da função do empregado, já **função** é o conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados, no contexto da divisão de trabalho dentro da empresa. É o conjunto de tarefas exigidas dentro da função do empregado.

É possível que uma função englobe uma única tarefa e que uma tarefa faça parte de mais de uma função (por exemplo, a tarefa de atender ao público pode estar presente em diversas funções, desde o estagiário até o gerente).

A função pode envolver poderes, ou seja, prerrogativas laborais derivadas do contrato de trabalho.

FUNÇÃO = TAREFAS + PODERES

2) Na prática, a grande questão é saber como se identifica a função do empregado. Já vimos que função não é a mesma coisa que cargo. Logo, pode acontecer que o cargo previsto no contrato de trabalho do empregado não seja a sua real função exercida na empresa.

Segundo Maurício Godinho Delgado²⁰³, a identificação da função

obreira deve levar em conta três regras básicas: • **Hipótese 1:** função prevista no contrato de trabalho, independentemente da qualificação principal do trabalhador.

- **Hipótese 2:** função real exercida pelo empregado prevalece em relação à função originalmente contratada – teoria do contrato-realidade.
- **Hipótese 3:** na falta de prova sobre a função exercida (ou pactuada) e inexistindo cláusula contratual expressa a esse respeito, entende-se que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal (parágrafo único do art. 456 da CLT).

Por exemplo: Edna foi contratada para exercer o cargo de telefonista, conforme previsão expressa no seu contrato individual de trabalho. Contudo, na realidade, Edna nunca exerceu a função de telefonista e sim de recepcionista. Portanto, o cargo previsto no contrato de trabalho de Edna não condiz com a sua real função exercida na empresa (hipótese 2 acima).

Com base no princípio do contrato realidade, Edna terá direito a arguir que a sua real função exercida era de recepcionista com direitos trabalhistas específicos desta categoria diferenciada.

6.1 Alterações de função

Maurício Godinho Delgado explica a diferença entre os conceitos de **reversão**, **retrocessão** e **rebaixamento**²⁰⁴. Alice Monteiro de Barros acrescenta outro tipo de alteração de função: **o aproveitamento**.

6.1.1 Reversão

PERGUNTA-SE

O que é reversão? Na hipótese de reversão, o empregado perde o direito a receber a gratificação de função?

Segundo Maurício Godinho Delgado²⁰⁵, a **reversão** ocorre quando empregado ocupante do cargo de confiança retorna à função anterior, com a perda da gratificação de função.

No dizer de Alice Monteiro de Barros, a reversão consiste no retorno do empregado que ocupava cargo de confiança (art. 468, parágrafo único, da CLT) para o seu cargo efetivo na empresa. A autora explica que esse cargo de confiança pode ser: (a) em comissão, (b) interinamente ou (c) em substituição.

Podemos citar, como **exemplo**, o gerente jurídico que retorna ao cargo de advogado sênior depois de ocupar o cargo de confiança por três anos. Nesta hipótese, o empregado recebia de salário R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mais gratificação de função de 40% (R\$ 4.000,00), ou seja, o seu salário era no total de R\$ 14.000,00. Após a reversão, o empregado passará a receber o salário de R\$ 10.000,00, sem o recebimento da gratificação de função.

PERGUNTA-SE

- 1) A perda da gratificação de função é alteração lícita do contrato de trabalho? Caso positivo, qual é o fundamento legal?
- 2) E se o empregado exerceu o cargo de confiança por mais de dez anos, é válida a retirada da gratificação de função? Como o TST tem se posicionado a respeito?
- 3) Pode o empregador reduzir a gratificação de função do exercente de cargo de confiança? Por exemplo, do percentual de 50% para 45%?

1) Quanto à licitude de tal alteração, Maurício Godinho Delgado²⁰⁶ explica que decorre do *jus variandi* positivado (art. 468, parágrafo único, da CLT). Trata-se de hipótese explícita de alteração contratual lesiva autorizada pela legislação trabalhista (***jus variandi extraordinário***).

2) Na hipótese de o empregado ter exercido o cargo de confiança por mais de dez anos, o TST vinha se posicionando que não era válida a retirada da gratificação de função se o empregador não tivesse justo motivo para a reversão ao cargo anterior.

Nesse sentido, a Súmula 372, n. I, do TST vinha entendendo assim: “I – *Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado,*

se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira”.

A Lei n. 13.467/2017 introduziu o § 2º no art. 468 da CLT e passou a dispor em sentido contrário ao inciso I da Súmula 372 do TST acima, vejamos: *§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.*

3) Quanto à possibilidade de o empregador reduzir a gratificação de função, o TST entende que tal alteração é ilícita, portanto, o empregador pode recolocar o empregado exercente de cargo de confiança no cargo anterior, mas não pode reduzir sua gratificação, se o mantiver na função de confiança. Vejamos o texto expresso neste sentido da Súmula 372, n. II, do TST: *“II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação”.*

Em resumo, *reversão* é retorno ao cargo de origem, após ocupar **cargo de confiança**. É alteração funcional lícita, embora lesiva, uma vez que prevista em lei, exemplo prático de *jus variandi* do empregador.

6.1.2 Retrocessão e rebaixamento

PERGUNTA-SE

- 1) Retrocessão é sinônimo de reversão? Qual é a diferença entre reversão, retrocessão e rebaixamento?
- 2) Quais destas hipóteses de alteração de função são permitidas pelo Direito do Trabalho?

1) Segundo Maurício Godinho Delgado²⁰⁷, a retrocessão consiste no retorno ao cargo efetivo anterior (inferior), sem que estivesse ocupando função em confiança. É alteração funcional ilícita e lesiva, sem previsão em lei. Portanto, a retrocessão difere da reversão, uma vez que esta última

somente é possível para os exercentes de cargo de confiança previstos no art. 62, II, da CLT. A retrocessão difere do rebaixamento, já que este consiste no retorno ao cargo efetivo anterior (inferior), como medida de punição pelo empregador. É alteração funcional mais ilícita e lesiva de todas, sem previsão em lei.

2) Para Alice Monteiro de Barros²⁰⁸, o rebaixamento consiste em reverter o empregado ao nível inferior ao que ocupava na empresa, por motivo de imperícia ou punição. Não é permitido no Direito do Trabalho, nem mesmo se o contrato de trabalho for de experiência. Na opinião da autora, a solução para a imperícia do empregado no contrato de experiência não é o rebaixamento, mas a despedida sem justa causa.

6.1.3 Aproveitamento

PERGUNTA-SE

- 1) O que é aproveitamento? Esta hipótese de alteração de função é permitida pelo Direito do Trabalho?
- 2) Você saberia dar algum exemplo prático de aproveitamento?

1) Segundo Alice Monteiro de Barros²⁰⁹, o aproveitamento pressupõe alteração de uma função para outra do mesmo nível (**horizontal**). Nas situações anteriores (reversão, rebaixamento e retrocessão), a alteração da função era vertical. Este tipo de alteração de função é permitido pelo Direito do Trabalho, sendo possível por ato bilateral ou unilateral, sempre que não acarretar prejuízo material ou moral para o empregado.

2) É **exemplo** de situação de aproveitamento a alteração de função decorrente de extinção da função originária do empregado em face da automação.

Além disso, a autora sustenta que se o aproveitamento ocorrer por meio de ato voluntário unilateral do empregado, proveniente de extinção do cargo ocupado pelo empregado, é lícita a alteração, desde que o novo

posto guarde semelhança com o anterior e não implique lesão à sua dignidade como pessoa humana.

Maurício Godinho Delgado²¹⁰ aborda o tema como alteração de função decorrente de **extinção do cargo**, não utiliza o termo técnico **aproveitamento**. Em sua opinião, é considerável válida tal alteração funcional desde que não haja prejuízo patrimonial ou moral para o empregado e desde que exista afinidade entre a nova e a velha função.

6.1.4 Substituição, comissionamento ou interinidade (CLT, arts. 450 e 475, § 2º; Decreto n. 1.232/62, art. 16, parágrafo único)

PERGUNTA-SE

- 1) É lícita a substituição como forma de alteração de função no Direito do Trabalho?
- 2) Quais são os direitos do empregado que substitui seu colega de trabalho?
- 3) O empregado tem direito ao salário do substituído em qualquer tipo de substituição, seja eventual ou permanente?
- 4) Substituição nas férias é uma forma eventual de substituição? O empregado faz jus ao salário-substituição do empregado em férias?
- 5) Em caso de **vacância do cargo**, o empregado que for chamado a ocupá-lo terá direito ao mesmo salário do seu antecessor?

1) Sim, a substituição temporária é **lícita**, uma vez que decorre do *jus variandi* extraordinário do empregador.

2) Ao empregador cabe deslocar funcionalmente o empregado temporariamente, assegurando-lhe todos os direitos do substituído (Súmula 159 do TST).

3) Há, contudo, algumas exceções, nas quais o empregado não tem direito ao salário-substituição. Se a substituição for definitiva ou meramente eventual, não haverá direito ao salário-substituição.

4) Segundo estabelece a Súmula 159, n. I, do TST, “*enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas*

férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”.

Alice Monteiro de Barros²¹¹ entende que não pode ser alegado pelo empregador que a substituição durante as férias é meramente eventual. A autora explica que as férias são passíveis de serem programadas pelo empregado, logo não são eventuais e cabível o direito a salário-substituição do empregado, em conformidade com a redação da referida súmula.

Podemos, então, afirmar que se o empregado substituir seu colega de trabalho por cinco dias consecutivos devido a motivo de doença, referida substituição será considerada eventual e o empregado não fará jus ao salário-substituição.

5) Não. O TST entende que a vacância do cargo não é hipótese de substituição geradora de direitos trabalhistas para o novo empregado que passa a ocupar o cargo. Nesse sentido a Súmula 159, II, do TST: *“Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor”.*

6.1.5 Readaptação (CLT, arts. 300 e 461, § 4º)

Maurício Godinho Delgado²¹² entende que a readaptação funcional por causa previdenciária surge quando há necessidade de alterar a função do empregado por motivos de saúde (físicos e psicológicos). Em sua opinião, é válida a readaptação para função inferior.

A grande questão polêmica é se seria válida ou não a redução salarial decorrente do exercício de função inferior.

Há duas posições distintas na doutrina trabalhista: permissiva e proibitiva da referida redução. A posição mais adotada na doutrina trabalhista é de defesa da manutenção do salário do empregado em caso de readaptação em função menos complexa.

PRESTE ATENÇÃO:

Lembre-se de que o empregado reabilitado não poderá servir como paradigma para pleitos de equiparação salarial, conforme já estudado no item “Equiparação Salarial” do Capítulo 8, item 12 deste *Manual*.

Por fim, vale ressaltar que durante a gravidez a empregada tem o direito de ser transferida de função sem prejuízo de seus salários, desde que suas condições de saúde o exijam (CLT, art. 392, § 4º, 1). Portanto, temos aqui uma hipótese de alteração de função obrigatória por lei como medida de proteção à empregada gestante.

6.1.6 Promoção

Vamos começar estudando os tipos de promoção possíveis no Direito do Trabalho.

Maurício Godinho Delgado²¹³ classifica a promoção em dois tipos: **a) vertical** (ou sentido estrito), quando há evolução ascendente do empregado para outro cargo (por exemplo, a alteração da função de **auxiliar de máquinas** para **operador de máquinas**); e **b) horizontal** (ou sentido amplo), quando há evolução ascendente do empregado dentro do mesmo cargo – dentro de categorias do cargo (por exemplo, a alteração da função de **auxiliar de máquinas I** para **auxiliar de máquinas II**).

Já Alice Monteiro de Barros²¹⁴, ancorada nos arts. 358, *b*, e 461, §§ 1º e 2º, da CLT, entende que a palavra promoção pode apresentar dois sentidos: **a)** elevação de direitos trabalhistas, em função de certas qualidades do empregado; e **b)** elevação na carreira.

Portanto, no caso de promoção vertical em caráter definitivo, não há dúvida quanto ao direito do empregado ao recebimento de um aumento salarial, pois não é lícita a promoção sem a respectiva elevação de direitos trabalhistas, conforme se vê do seguinte julgado: “PROMOÇÃO. A GERENTE E NÍVEL SALARIAL COMPATÍVEL. Restando configurada a promoção a gerente em caráter definitivo, passando o empregado a cargo

hierarquicamente superior, deve o obreiro receber nível salarial compatível com a função desempenhada, em observância, inclusive, ao princípio da valorização do trabalho” (Proc. 02950162651, TRT, 2ª R., 6ª T., rel. Juiz Amador Paes de Almeida, *DOESP* de 28-8-1996).

Lembre-se de que, em geral, trata-se a promoção de uma questão de fideducia do empregador. A ascensão na carreira por promoção pode atingir até um cargo de chefia (cargo de confiança).

PERGUNTA-SE

- 1) A promoção é sempre uma alteração mais benéfica ao empregado?
- 2) Caso negativo, o empregado pode recusar a promoção?
- 3) Quais situações em que a promoção poderia ser prejudicial ao empregado?
- 4) Em caso de existência de quadro de carreira, pode o empregado recusar ser promovido?

As respostas a tais perguntas não estão pacificadas na doutrina trabalhista. Vejamos a opinião de alguns doutrinadores.

1) Vólia Bomfim Cassar²¹⁵ explica que nem sempre a promoção é mais benéfica ao empregado, logo há sim, em algumas situações, a possibilidade de recusa da promoção pelo empregado. Ela explica que há duas correntes doutrinárias a respeito da possibilidade ou não de recusa de promoção.

A **primeira corrente** sustenta que a promoção é uma alteração unilateral benéfica ao empregado e a recusa de ser promovido pode até caracterizar um ato de insubordinação, tipificador de justa causa (posição de Délio Maranhão).

Em sentido contrário, a **segunda corrente** argumenta que o empregado tem direito de aceitar ou não a promoção, pois esta só se aperfeiçoa com a aceitação tácita ou expressa do empregado (posição da autora, Valentin Carrion e Orlando Gomes).

2) Para Maurício Godinho Delgado²¹⁶ a resposta é positiva, o empregado

pode, sim, recusar a promoção, desde que haja justificativa contratual ponderável. Portanto, o autor defende a posição da segunda corrente.

3) Como **exemplos**, pode o empregado recusar uma promoção por motivos pessoais: como ter um filho ou terminar um curso de mestrado ou doutorado; a falta de habilidade para liderar; e a falta de afinidade com o cargo oferecido, especialmente quando se trata de assumir responsabilidades em outros departamentos.

Alice Monteiro de Barros sustenta que a promoção pode ocorrer por ato voluntário do empregador, contudo, sempre deverá ser seguida do consentimento do empregado, ainda que tácito. Logo, é uma alteração de função que requer consentimento mútuo (alteração bilateral) e por isso pode o empregado recusar, sim, a promoção, na linha da segunda corrente doutrinária acima.

4) Ainda segundo a autora, a promoção pode inclusive ocorrer por adesão do empregado ao quadro de carreira. Neste último caso, seria mais difícil a recusa da promoção pelo empregado, pois esta pode impedir a mobilidade do pessoal: “Caso haja quadro organizado em carreira, a recusa em aceitar a promoção torna-se mais difícil, pois se espera que, ocorrida à vaga no quadro, seja ela ocupada, e o colega que se encontra na posição imediatamente inferior tenha acesso ao cargo deixado pelo que foi promovido. Ora, a recusa injustificada em acatar a promoção em quadro de carreira poderá impedir a mobilidade do pessoal, em detrimento de colegas”²¹⁷.

Por fim, questão que tem suscitado debates também é sobre a possibilidade de o empregado passar por um período de experiência antes de efetivada a promoção. O art. 450 da CLT é omissivo quanto à obrigatoriedade ou não de o empregador conceder aumento salarial ao empregado promovido em caráter experimental.

Há normas coletivas que estabelecem um período experimental (que

varia de 90 a 150 dias) antes que a promoção e o aumento salarial sejam concedidos ao empregado.

6.1.7 Acúmulo de função e desvio de função

PERGUNTA-SE

- 1) O empregado que acumula funções faz jus a um adicional salarial?
- 2) Qual seria o fundamento legal do acúmulo de função? E do desvio de função?

1) Alice Monteiro de Barros²¹⁸ lembra que algumas profissões regulamentadas em lei especial, como a de vendedor (Lei n. 3.207/57) e a de radialista (Lei n. 6.615/78), têm expressas previsões legais de pagamento de adicional ao salário por acúmulo de função.

2) O **vendedor**, quando acumular a função de inspeção e fiscalização, fará jus a **um acréscimo de 1/10** da sua remuneração pelo acúmulo de funções (art. 8º da Lei n. 3.207/57).

Veja esta interessante decisão do tribunal mineiro referente ao vendedor que era obrigado a acumular as funções de vendas dos produtos, organização do estoque e limpeza da loja: **Vendedor recebe indenização por desvio de função**

Na 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, uma loja de tênis foi condenada a pagar a um vendedor indenização por assédio moral, bem como as diferenças salariais decorrentes do acúmulo de funções. Isso porque ficou comprovado no processo que o empregado, contratado somente para vender os produtos da empresa, era obrigado ainda a organizar o estoque e a fazer a faxina da loja, sob pena de dispensa por justa causa.

Nesse contexto, a Juíza Adriana Goulart de Sena, titular da Vara, constatou que o trabalhador não recebia nenhum acréscimo salarial pelos serviços de estoquista e faxineiro, além de ser vítima das constantes ameaças veladas de perda do emprego. A questão do assédio moral foi solucionada após o exame do conjunto de provas. Mas, em relação ao acúmulo das funções de estoquista e faxineiro com as de vendedor, diante da inexistência de norma específica a regular a matéria, a magistrada precisou encontrar outra forma de solucionar o problema.

Em sua sentença, a juíza explica a diferença entre os termos “acúmulo de funções” e “desvio de funções”, expressões que não se confundem, pois “enquanto o **acúmulo**

caracteriza-se por um desequilíbrio entre as funções inicialmente combinadas entre empregado e empregador, quando este passa a exigir daquele, concomitantemente, outros afazeres alheios ao contrato, o *desvio* se evidencia quando o empregado passa a executar atividades típicas de função diversa daquela para a qual foi contratado. Dá-se a substituição dos afazeres do trabalhador, que passa a se responsabilizar por tarefas próprias de outros cargos existentes da engrenagem empresarial”.

A reclamada negou os fatos narrados pelo vendedor, alegando que não havia necessidade de obrigá-lo a limpar a loja, uma vez que mantinha uma pessoa encarregada de fazer a faxina, de quinze em quinze dias. Entretanto, a magistrada considerou esse argumento muito frágil, pois é impossível imaginar que um local movimentado, com constante entrada e saída de pessoas, pudesse ser limpo somente a cada quinze dias. Portanto, é lógico que a empresa tinha que providenciar a limpeza diária da loja, fato evidente que levou a juíza a concluir que essa tarefa era atribuída ao reclamante.

Além disso, os depoimentos das testemunhas confirmaram que a empresa tinha o estranho hábito de obrigar empregados a executarem funções para as quais não foram contratados, mediante a chantagem dissimulada da dispensa por justa causa. Assim, em virtude da necessidade do emprego, o reclamante se via obrigado a fazer a faxina diária ao invés de estar trabalhando em suas vendas. Com isso, ele deixava de vender e sua produtividade diminuía. Conforme ponderou a magistrada, a realização de atividades incompatíveis com a função de vendedor gerou restrições salariais, abuso e constrangimento provocados pela conduta irregular da empresa que, em razão disso, deve ser responsabilizada.

Lembrou a juíza que não existe legislação específica para disciplinar a questão do acúmulo das funções descritas no processo. Por isso, para fundamentar sua decisão, ela se baseou no art. 8º da Lei n. 3.207/57, aplicando-o ao caso por analogia (aplicação a caso não previsto em lei de norma jurídica que disciplina situação semelhante).

De acordo com esse dispositivo legal, quando o vendedor empregado presta serviço de inspeção e fiscalização, será devido um acréscimo de 10% sobre sua remuneração mensal. Na interpretação da magistrada, ao criar essa norma, o legislador teve a intenção de introduzir um mecanismo de reparação diante do acréscimo de funções e, por consequência, de uma maior responsabilidade exigida do trabalhador.

Por esses fundamentos, a juíza sentenciante condenou a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, de indenização por danos morais, fixada em R\$ 3.000,00, além da diferença salarial, a título de acúmulo de funções, no percentual de 10% sobre a remuneração mensal do trabalhador, por todo o período contratual, com reflexos em 13^{os} salários, férias + 1/3 e FGTS + 40% (TRT/MG, Proc. 00195-2010-114-03-00-2).

O **radialista**, quando acumular funções de administração, produção e técnica dentro do mesmo setor, terá direito a um adicional mínimo de: **a) 40%**, pela função acumulada, tomando-se por base a função mais bem

remunerada, nas emissoras de potência igual ou superior a 10 quilowatts e nas empresas equiparadas, segundo o parágrafo único do art. 3º; **b) 20%**, pela função acumulada, tomando-se por base a função mais bem remunerada, nas emissoras de potência inferior a 10 quilowatts e superior a 1 quilowatt; **c) 10%**, pela função acumulada, tomando-se por base a função mais bem remunerada, nas emissoras de potência igual ou inferior a 1 quilowatt (art. 13 da Lei n. 6.615/78).

Em relação ao adicional de acúmulo de função do radialista, veja esta decisão do TST discutindo se o radialista que acumula função de locutor-apresentador-animador-operador de rádio tem direito a dois ou cinco adicionais por acúmulo de função: **TST susta concessão de cinco adicionais de função a radialista** A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho acolheu recurso de uma emissora de rádio do Rio Grande do Sul contra decisão do TRT gaúcho (4ª Região) que a condenou a pagar cinco adicionais por **acúmulo de função** a um radialista, que mantinha contratos de trabalho distintos para exercer as funções de locutor-apresentador-animador e também de operador de rádio em dois setores da Rádio I. FM Ltda., localizada na cidade de mesmo nome. A rádio terá de pagar dois adicionais já que o **acúmulo de função** ocorria em dois diferentes setores da emissora. Relator do recurso, o Ministro Milton de Moura França esclareceu que a Lei n. 6.615, de 1978, que regula a profissão de radialista, assegura o pagamento de adicional quando o profissional exerce funções acumuladas dentro de um mesmo setor. No caso em questão, o radialista – originariamente contratado como locutor-entrevistador – exercia as funções de locutor-noticiarista e de locutor-entrevistador no Setor de Locução. Já no Setor de Tratamento e Registros Sonoros, ele atuava como sonoplasta e operador de gravações.

O TRT/RS simplesmente somou as funções desempenhadas pelo radialista e garantiu-lhe o pagamento de um adicional para cada uma delas. Segundo o Ministro Moura França, este não é o espírito da Lei n. 6.615/78. “O aludido dispositivo deixa claro que um adicional será devido pelo acúmulo de funções dentro de um mesmo setor. Evidenciado que o

reclamante acumulou funções em dois setores diferentes, devido é o pagamento de dois, e não de cinco adicionais por **acúmulo de função**, nos termos da legislação em foco”.

No recurso ao TST, a defesa da emissora contestou também o percentual de 40% fixado para o adicional em função da potência em que opera suas transmissões. A Lei n. 6.615/78 estabelece que esse percentual será de 40% nas emissoras de potência igual ou superior a 10 quilowatts. O **acúmulo de função** será remunerado com o percentual de 20% quando a emissora operar em frequência inferior a 10 quilowatts e superior a um quilowatt. Finalmente, a lei fixa o percentual de 10%, tendo como base a melhor remuneração, nos casos em que o **acúmulo de função** ocorrer em emissoras que operam em frequência igual ou inferior a um quilowatt.

Segundo o TRT/RS, embora a Licença para Funcionamento de Estação de Rádio consigne que a Rádio I. FM Ltda. opera em potência de 10 quilowatts, há nos autos documento no qual admitiu que operava em potência de 15 quilowatts. Trata-se de um contrato de sublocação, elaborado em data posterior à concessão da Licença em papel timbrado da rádio, o que reforçou o entendimento dos juízes gaúchos de que, na verdade, a potência utilizada era a de 15 quilowatts e não aquela que consta na Licença.

No TST, a defesa da emissora alegou que o TRT/RS desconsiderou documento oficial concedido pelo Ministério das Comunicações para decidir com base em documento interno da empresa, violando assim o Código Brasileiro de Telecomunicações. Segundo o Ministro Moura França, o TRT/RS não examinou a controvérsia sob esta ótica, mas com base no fato de a rádio ter admitido operar em potência de 15 quilowatts, não obstante a Licença para Funcionamento da Estação de Rádio consignar a potência de 10 quilowatts. Moura França afirmou que para aferir a violação indicada, seria necessário revolver fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 126 do TST (RR 73.755/2003-900-04-00.6, j. em 17-6-2004).

Em relação aos demais empregados, haveria direito ao pagamento de adicional por acúmulo de função? Alice Monteiro de Barros explica que o tema é lacunoso na doutrina e na legislação trabalhista, contudo, a jurisprudência trabalhista tem entendido que o empregado não faz jus a nenhum *plus* salarial, uma vez que o instituto do acúmulo de função não é regulamentado na legislação ordinária. Logo, o empregador pode alterar a função original do empregado, acumulando novas funções, com fundamento no *jus variandi*.

Exemplo: secretária que não exerce somente função de secretária, pois atende às ligações da empresa, serve cafezinho e ainda dá suporte à sua equipe.

Veja decisões jurisprudenciais abaixo neste sentido:

“ACÚMULO DE FUNÇÕES. As diferenças salariais por acúmulo de funções somente são cabíveis em se tratando de novação objetiva do contrato de trabalho, quando o empregado passa a desempenhar juntamente à função original, outra totalmente diversa, o que não é o caso dos autos” (TRT-4 – ROT: 00219136220165040027, Data de Julgamento: 26-09-2019, 7ª Turma).

“DESVIO DE FUNÇÃO. REQUISITOS. Configura-se o desvio de função quando o empregado passa a exercer função diversa daquela para a qual fora contratado, sem perceber o salário respectivo, ou seja, quando se atribui ao trabalhador carga ocupacional qualitativamente superior, sem a paga correspondente. Conforme artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015, é do reclamante o ônus de provar o exercício de função diversa daquela para a qual foi contratado, sem o pagamento da respectiva remuneração, por serem estes os fatos constitutivos do direito vindicado” (TRT-3 – RO: 00108090220175030016 001080902.2017.5.03.0016, rel. Manoel Barbosa da Silva, Quinta Turma).

José Affonso Dallegrave Neto²¹⁹, no artigo “Indenização por acúmulo ou desvio funcional”, discorda da vertente jurisprudencial acima e defende que “o órgão julgante não pode deixar de praticar justiça e restaurar a equidade sob o frágil e equivocado argumento de que **‘não há amparo legal para o pedido’** (...). Foi-se o tempo em que o magistrado acolhia somente os pedidos fundamentados na rigorosa interpretação literal da lei. Isso ocorreu na era do chamado *positivismo científico do século XVIII e XIX* onde, em nome da ‘segurança jurídica’, sequer se admitia a existência de lacunas dentro do sistema jurídico. *Vive-se hoje uma nova ordem jurídica em que os princípios e valores estampados na Constituição Federal e nas legislações esparsas vinculam o operador jurídico. Um tempo em que a exegese sistêmica prefere a gramatical*”²²⁰.

Nesta linha de argumentação jurídica, encontramos algumas decisões jurisprudenciais reconhecendo o direito. Senão vejamos: “ACÚMULO DE FUNÇÕES. O exercício de atividades não inerentes à função contratada configura acúmulo de funções e enseja o pagamento de diferenças salariais” (TRT-4 – ROT: 00211580320175040771, Data de Julgamento: 03-09-2019, 5ª Turma).

“DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. Ocorre desvio de função quando o

empregado desempenha funções diversas daquelas para as quais foi contratado, assumindo tarefas qualitativamente superiores àquelas que deveria cumprir, originariamente, sem que haja o pagamento da remuneração correspondente” (TRT-3 – RO: 00108776820175030139 001087768.2017.5.03.0139, rel. Camilla G. Pereira Zeidler, Terceira Turma).

A questão sobre a possibilidade jurídica de recebimento de *adicional por acúmulo de função ou diferenças salariais por desvio de função* pode ser objeto de estudo mais aprofundado. Importante a transcrição do artigo de José Affonso Dallegrave Neto para tal estudo: **“Indenização por acúmulo ou desvio funcional**

Jornalista Externo

Por força do art. 8º, parágrafo único da CLT, o direito comum aplica-se subsidiariamente ao Direito do Trabalho, desde que a lei trabalhista seja omissa e a norma civil invocada seja compatível com os princípios do direito do trabalho. É, pois, o caso dos regramentos previstos no Código Civil e que albergam o pleito de indenização por desvio ou dupla função.

O primeiro deles é o dispositivo que assegura a restituição do prejuízo em caso de locupletação: ‘Art. 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.’

Ora, não há como negar a caracterização de locupletamento nos casos em que o empregador utiliza empregado contratado para determinada função para exercer, cumulativamente ou não, outras atividades de maior complexidade e sem qualquer compensação salarial.

‘Locupletamento. Exercício de dupla função ou de função de maior valia. Demonstrado o exercício pelo operário de função de maior valia, o reconhecimento judicial do direito patrimonial correlato apenas reporá o caráter sinalagmático da relação havida, afastando a indesejável figura do locupletamento ilícito’ (TRT, 10ª R., RO 2798/99, 3ª T., rel. Juiz Douglas Alencar Rodrigues, *DJU* de 18-10-2000).

Da mesma forma também se constitui ato ilícito a ordem patronal que exige o cumprimento de serviços alheios ao contrato, seja quando o empregado se encontra em desvio ou acúmulo de função. Nesse sentido é a regra do art. 483, *a*, da CLT: ‘Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: *a*) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato’.

Destarte, é inegável que o desvio funcional e a dupla função são tidos como ilícitos, na medida em que são caracterizados pela determinação unilateral do empregador e ao mesmo tempo prejudicial ao obreiro, que terá que assumir responsabilidades e encargos superiores

aos limites do contratado. Ao assim proceder o empregador estará exorbitando seu poder de comando (*jus variandi*) em flagrante abuso de direito de que trata o art. 187 do Código Civil.

Tais hipóteses caracterizam até mesmo ofensa ao art. 468 da CLT, vez que entre a função ajustada na celebração do contrato e o que lhe foi imposto posteriormente haverá sensível margem prejudicial ao trabalhador, mormente quando desacompanhada da respectiva compensação salarial.

‘DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. Exercendo, o autor, atividades de maior responsabilidade do que aquelas previstas para o cargo ao qual estava vinculado, faz jus ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de desvio funcional, com reflexos, bem como a anotação em sua CTPS da função de Operador de Produção I. Recurso provido’ (TRT, 4ª R., RO 01206-2002-022-04-00-2, 6ª T., rel. Juiz Denis Marcelo de Lima Molarinho, j. 5-11-2003).

Caso a desproporção ocorra desde o início do contrato, hipótese em que o empregado, apesar de ser contratado para determinada função, exerça outras de forma cumulativa ou outras mais complexas do que aquela ajustada, restará configurado vício volitivo por lesão de que trata o art. 157 do Código Civil: ‘Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta’.

Com efeito, caracterizado o ato ilícito da reclamada e o flagrante prejuízo à parte autora, advém-lhe o dever de reparar o dano nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002): ‘Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo’.

Observa-se, nessa hipótese, a presença dos três elementos da responsabilidade civil: o dano material (exercício de função mais qualificada sem compensação salarial), o ato ilícito (abuso do *jus variandi*) e o nexo causal (dano decorrente do ato ilícito patronal).

O caráter sinalagmático e comutativo do contrato de trabalho impõe ao empregador a justa e equivalente remuneração do serviço prestado. Assim, eventual demanda da empresa para execução de outras tarefas não previstas na avença contratual do empregado constituirá risco da atividade econômica que deverá ser suportado pelo empregador: ‘O caráter sinalagmático do contrato de trabalho e a norma jurídica dos arts. 2º e 3º da CLT impõe a retribuição pecuniária por parte do empregador pelos serviços prestados pelo trabalhador cumulativamente e diverso ao objeto da avença inicial’ (TRT, 9ª Região, Acórdão 15.203/99, 3ª Turma, Relatora Juíza Rosalie Michaele Bacila Batista).

Ademais, uma vez sendo o empregado contratado para o exercício de determinada função não poderá ser submetido ao exercício de outra mais complexa ou sobreposta, sob pena de ferir-se a confiança negocial esperada pelos contratantes. Nesse sentido são emblemáticos os princípios da função social e da boa-fé objetiva que informam o direito contratual, conforme preveem, respectivamente, os arts. 421 e 422 do Código Civil, aplicáveis ao contrato de trabalho.

Assim, em relação à prática de dupla função, o trabalhador deverá receber uma indenização equivalente ao prejuízo. Na falta de elementos precisos, o valor deverá ser arbitrado pelo juízo (revogado pelo novo CPC). É possível também aplicar analogicamente o art. 13 da Lei 6.615/1978, o qual prevê um adicional de dupla função que varia de 10% a 40% para o profissional radialista. Não se olvide que a analogia é fonte de integração do direito do trabalho nos casos de lacuna da legislação específica. Observa-se ser comum o uso da analogia de uma regra profissional específica para outra, a exemplo da jornada de sobreaviso e prontidão própria dos ferroviários, art. 244, §§ 1º e 2º, da CLT, e extensiva a outros profissionais.

Quanto ao cabimento da indenização alusiva ao desvio funcional, o TST, através da OJSDI-1 n. 125, pacificou o tema, tendo o empregado direito ao pagamento das respectivas diferenças salariais. Caso não haja quadro de carreira ou tabela salarial, o juízo deverá arbitrar um valor justo e razoável a título de indenização (revogado pelo novo CPC).

Observa-se que nessa mesma trilha vem sendo deferido o denominado salário-substituição plasmado na nova redação da Súmula 159 do TST, cuja edição foi fruto de interpretação sistêmica da ordem jurídica, mormente a de prestígio à equidade e ao tratamento isonômico (arts. 5º, 8º e 460 da CLT), bem como aos fundamentos contidos nos mencionados artigos do Código Civil.

‘DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. Comprovado o exercício de funções pertinentes a cargo melhor remunerado e diverso daquele no qual formalmente enquadrado, faz jus o trabalhador às diferenças salariais por desvio de função, com fundamento no princípio isonômico, segundo o qual devem ser contraprestadas de forma igualitária os empregados que desempenham funções idênticas, nos termos do art. 460 da CLT. Apelo provido’ (TRT, 4ª R., RO 00325-2002-561-04-00-1, 6ª T., rel. Juíza Beatriz Zoratto Sanvicente, j. 5-11-2003).

Oportuno transcrever o regramento do recente Código do Trabalho de Portugal (Lei n. 99/2003) sobre o tema: ‘Art. 151-1. O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à atividade para que foi contratado.

Art. 151-2. A atividade contratada, ainda que descrita por remissão para categoria profissional constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno da empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador detenha a qualificação profissional adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

Art. 152. A determinação pelo empregador do exercício, ainda que acessório, das funções

a que se refere o n. 2 do artigo anterior, a que corresponda uma retribuição mais elevada, confere ao trabalhador o direito a esta enquanto tal exercício se mantiver’.

Como se vê, o Código português, em seu art. 151-1, admite o exercício de ‘funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas’, contudo assegura, em seu art. 152, o direito à correspondente retribuição mais elevada. Trata-se de oportuna contribuição do direito comparado português em relação à integração de lacuna da legislação trabalhista pátria (art. 8º, CLT).

O Tribunal Superior do Trabalho vem acolhendo o pedido de diferenças salariais nos casos de desvio funcional, aplicando-se nesse caso a prescrição parcial prevista no inciso I da nova redação da Súmula 275: ‘DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. Reconhecendo o desvio de função e deferindo as diferenças salariais decorrentes, a decisão recorrida não contrariou Súmula uniforme do TST nem violou diretamente a Constituição da República. Ao contrário, está devidamente arimada no Enunciado 275 e na OJ n. 125 da SDI-1. Aplicável ao caso o Enunciado 333. Agravo conhecido e não provido’ (TST, AIRR 1146/2002-231-04-40.0, 3ª T., rel. Juiz Conv. José Ronald C. Soares, DJU 22-3-2005).

Consentânea com essa novel tendência jurisprudencial de acolher pedidos de indenização na forma de diferenças salariais por desvio ou acúmulo de funções, empresas de vanguarda já vêm pagando espontaneamente o respectivo adicional de dupla função: ‘COPEL. DUPLA FUNÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. A verba percebida sob o título ‘dupla função’ tinha por fim remunerar o empregado que além de suas funções normais necessitava dirigir veículo da empresa para a realização de seu trabalho. Desta forma, não há como não se atribuir à característica de salário à parcela em epígrafe, pois nítida contraprestação a serviço prestado pelo empregado. Devidas, pois, a integração da verba, habitualmente percebida, à base de cálculo das horas extras deferidas ao autor’ (TRT, 9ª R., Proc. 00302-2002-069-09-00-0 (72004), rel. Juiz Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, j. 23-1-2004).

Diante de tantos argumentos jurídicos que dão guarida ao pleito de indenização por desvio e acúmulo de função, o órgão julgante não pode deixar de praticar justiça e restaurar a equidade sob o frágil e equivocado argumento de que ‘não há amparo legal para o pedido’. Ora, o fundamento jurídico é evidente e decorre de uma exegese sistêmica e adequada dos arts. 422, 884 e 927 do Código Civil, bem como dos arts. 8º, 460 e 468 da CLT.

Foi-se o tempo em que o magistrado acolhia somente os pedidos fundamentados na rigorosa interpretação literal da lei. Isso ocorreu na era do chamado Positivismo Científico dos séculos XVIII e XIX onde, em nome da ‘segurança jurídica’, sequer se admitia a existência de lacunas dentro do sistema jurídico. Vive-se hoje uma nova ordem jurídica em que os princípios e valores estampados na Constituição Federal e nas legislações esparsas vinculam o operador jurídico. Um tempo em que a exegese sistêmica prefere a gramatical”²²¹.

7. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUANTITATIVO

PERGUNTA-SE

- 1) O que são alterações do tipo objetivo quantitativo?
- 2) Listar situações consideradas como alterações do tipo objetivo quantitativo.

1) As alterações objetivas do tipo quantitativo são aquelas que atingem o montante das prestações pactuadas no contrato de trabalho.

2) Os dois tipos de alteração objetiva do tipo quantitativo mais comuns são a **alteração de duração de trabalho** e a **alteração de salário**.

A partir da Constituição Federal de 1988, passaram a ser permitidas as alterações de jornada de trabalho e de salário, desde que haja previsão em convenção ou acordo coletivo.

7.1 Alterações de jornada de trabalho

PERGUNTA-SE

- 1) Como podem ser classificadas as alterações de jornada de trabalho?
- 2) São válidas as alterações dentro do mesmo horário de trabalho? E do horário noturno para diurno? E ao contrário, do horário diurno para noturno?
- 3) É possível alteração da jornada de trabalho quando o empregado possui outro emprego?

1) Segundo Maurício Godinho Delgado²²², as alterações na duração de trabalho podem ser ampliativas (prorrogação de horas extras), redutoras ou de período sem afetar a carga horária (alteração do turno da manhã para o turno da noite).

Como exceção, pode ser tida como lícita à redução laborativa, mesmo com a respectiva redução proporcional do salário, se atender a interesse extracontratual específico do empregado (por exemplo, empregado que

deseja cursar faculdade e necessita sair mais cedo do trabalho).

2) As alterações do horário de trabalho englobam três tipos principais de mudanças: **a) alterações dentro do mesmo horário padrão (diurno ou noturno):** em geral, são válidas, pois inseridas dentro do *jus variandi* do empregador; **b) alteração do horário noturno para o diurno:** são válidas, pois o TST entende que o horário noturno é mais desgastante para o empregado e o Tribunal ainda entende que o empregado perde o direito ao adicional noturno, conforme disposto na Súmula 265 do TST: *A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno.*

c) **mudanças do horário diurno para o noturno:** são inválidas, uma vez que representam alterações prejudiciais à saúde do empregado, mesmo que recebendo o pagamento do adicional noturno e computando-se a hora noturna reduzida.

3) Veja no caso prático abaixo a decisão do Tribunal mineiro de considerar ilícita a alteração de horário de trabalho quando o empregado possui dois empregos: **Mudança no horário de trabalho é causa de rescisão indireta do contrato**

No recurso analisado pela 2ª Turma do TRT/MG, a reclamada pretendia convencer os julgadores de que a alteração da jornada de trabalho da reclamante não seria grave o suficiente para dar causa à rescisão indireta do contrato de trabalho, porque essa possibilidade faz parte do poder diretivo do empregador, dependendo da necessidade do serviço. Mas a Turma não concordou com esses argumentos e manteve a sentença que declarou a rescisão indireta, pois, no caso, ocorreu uma alteração contratual lesiva, já que o novo horário coincidiu com o horário do outro emprego da reclamante.

Conforme explicou o Desembargador Luiz Ronan Neves Koury, a empregada, desde a sua contratação, em 2001, sempre trabalhou no mesmo horário e a empresa sabia que ela possuía outro emprego. O próprio preposto admitiu que a reclamada aceita o fato de os seus empregados manterem dois empregos e, inclusive, procura adequar os horários de trabalho para que se tornem compatíveis com a outra ocupação. Ele declarou ainda que, após a nova distribuição de horários, a reclamante procurou diretamente a presidência da empresa para tentar solucionar o problema, mas o novo horário foi mantido. As testemunhas ouvidas confirmaram que a empregada trabalhou no horário noturno por todo o contrato de trabalho.

Nesse caso, esclareceu o relator, a modificação do horário de trabalho caracterizou uma alteração contratual lesiva, o que é proibido pelo art. 468 da CLT. Isso porque a reclamada

permitia à empregada trabalhar em outro emprego e, mesmo conhecendo essa situação, alterou o horário de trabalho, sem o consentimento da reclamante, trazendo-lhe prejuízo, já que o novo horário tornou-se incompatível com o do outro trabalho.

Certamente o poder diretivo do empregador permite alterações no contrato de trabalho. Não obstante, a modificação no horário de trabalho da autora resultou em real e significativo prejuízo (por ter outro emprego), tornando-se inviável a manutenção do contrato de trabalho em decorrência da alteração contratual lesiva – frisou o desembargador, mantendo a decisão que declarou a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fundamento no art. 483 da CLT” (j. em 21-12-2010).

7.2 Alterações de salário

Segundo Maurício Godinho Delgado²²³, as alterações de salário podem ser positivas (elevações salariais) ou negativas (reduções salariais). As alterações positivas por serem sempre benéficas são lícitas.

A grande questão polêmica é a validade das alterações salariais negativas, ou seja, que comportam reduções salariais. Delgado²²⁴ explica que as reduções podem ser diretas (redução nominal dos salários) e indiretas (redução do salário com diminuição da jornada de trabalho).

PERGUNTA-SE

- 1) É válida a redução de salários mediante acordo escrito direto entre empregado e empregador em face do art. 468 da CLT?
- 2) É válida a redução de salários mediante acordo coletivo ou convenção coletiva em face do art. 7º, VI, da CF?

1) Em primeiro lugar, **não** é válida a redução salarial negociada diretamente entre empregado e empregador, pois contraria frontalmente a redação do art. 468 da CLT, uma vez que se trata de prejuízo direto ao empregado.

2) A Constituição Federal (art. 7º, VI) estabelece que seja garantido a todo trabalhador, dentre outros, o direito à irredutibilidade salarial e à duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, salvo **convenção ou acordo coletivo**, senão vejamos: *Art. 7º São direitos*

dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que vissem à melhoria de sua condição social:

(...)

*VI – irredutibilidade de salários, salvo o disposto em **convenções ou acordo coletivo de trabalho**.*

Portanto, a forma aceitável pela nossa Carta Magna de redução de salários é mediante negociação coletiva por convenção ou acordo coletivo de trabalho.

PERGUNTA-SE

- 1) A Lei n. 4.923/65, que prevê a possibilidade de redução de salários por meio de negociação coletiva em face de conjuntura econômica adversa, foi recepcionada pela Constituição Federal em 1988?
- 2) Quais são os parâmetros mínimos para a negociação coletiva de redução de salários? É possível reduzir 50% do valor nominal dos salários dos empregados por um ano?
- 3) O art. 503 da CLT, que prevê a possibilidade de redução de salários por meio de acordo direto com empregador em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, foi recepcionado pela Constituição Federal em 1988?

1) A fim de responder a tais perguntas, vamos analisar a questão da recepção da Lei n. 4.923/65 e do art. 503 da CLT pela nossa Carta Magna de 1988.

7.2.1 Adversidade na conjuntura econômica (Lei n. 4.923/65) e força maior (art. 503 da CLT)

Anteriormente à nossa Carta Magna de 1988, havia somente dois preceitos legais que autorizavam a redução de salários: o art. 503 da CLT e a Lei n. 4.923/65. Fora de ambas as hipóteses legais, era proibida a redução de salários dos empregados.

O art. 503 da CLT foi o primeiro diploma legal a autorizar a redução de salários em caso de força maior ou prejuízos empresariais: **Art. 503. É 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, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único. Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

2) Em resumo, o art. 503 da CLT exige os seguintes parâmetros mínimos para a negociação coletiva de redução de salários: **a)** a empresa poderá reduzir os salários por meio de acordo individual direto com os empregados, sem necessidade de negociação coletiva, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados; e **b)** a redução salarial deverá respeitar o percentual máximo de 25% do salário e não ser inferior ao salário mínimo.

Em avanço ao art. 503 da CLT, a [Lei n. 4.923/65](#) prevê que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, a empresa que se encontrar em condições de dificuldade financeira poderá reduzir salários mediante convenção ou acordo coletivo. Portanto, não permite negociação direta de redução de salário com o empregado, como já previa a CLT no art. 503.

A referida lei prevê ainda que o acordo coletivo de trabalho deva ser celebrado por prazo certo, **não excedente de três meses, prorrogável**, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a **25% do salário contratual**, respeitado o salário mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

Em resumo, a Lei n. 4.923/65 exige os seguintes parâmetros mínimos para a negociação coletiva de redução de salários: **a)** os acordos ou convenções coletivas que prevejam a redução de jornada e consequente redução salarial devem ser, necessariamente, fruto de negociação coletiva,

com a participação da categoria interessada, por meio de assembleia geral, em que seus termos sejam aprovados por maioria de votos dos empregados interessados, sindicalizados ou não; **b)** a redução salarial deve ocorrer respeitado o percentual máximo de 25%, pelo prazo máximo de três meses, prorrogável nas mesmas condições e se ainda indispensável, em face do estado financeiro emergencial da empresa; **c)** as remunerações, *pro labore* e gratificações de gerentes e diretores devem ser reduzidas na mesma proporção aplicada aos empregados; **d)** a celebração desses acordos e convenções coletivas deve submeter-se à prévia e inequívoca comprovação documental (insuficiência econômica, financeira e patrimonial, que inviabilize a manutenção de postos de trabalho) às entidades sindicais, por parte das empresas interessadas, dando conta de sua situação econômica emergencial; **e)** durante a vigência desses acordos coletivos e convenções coletivas, fica vedado o trabalho em sobrojornada decorrente de incremento de produção; **f)** situações emergenciais que impliquem acréscimos da jornada, assim como as decorrentes de força maior, serão objeto de negociação; **g)** os acordos coletivos e as convenções coletivas para esse fim firmados deverão ser depositados no Ministério do Trabalho e Emprego; **h)** as empresas que tiverem autorização para redução de salários não poderão, até seis meses depois da cessação desse regime, admitir novos empregados, antes de readmitirem os que tenham sido dispensados pelos motivos que hajam justificado a citada redução ou comprovarem que não atenderam, no prazo de oito dias, ao chamado para a readmissão.

3) A questão da recepção da Lei n. 4.923/65 e do art. 503 da CLT pela Constituição Federal de 1988 é polêmica na doutrina trabalhista e recomenda-se aos candidatos apresentarem as diversas opiniões doutrinárias a respeito, senão vejamos.

Maurício Godinho Delgado²²⁵ discorda dos autores que defendem que não há limites para a negociação coletiva de redução de salários. Em sua

opinião, a Constituição Federal de 1988 **repcionou em parte** a legislação infraconstitucional anterior, pois não haveria recepção do art. 503 da CLT em sua totalidade devido à ausência de exigência de negociação coletiva. Desta forma, o autor defende que qualquer redução de salários deve ser submetida ao crivo da negociação coletiva e deve obedecer a limites para a redução de salários, que seriam os seguintes: **a)** a redução de salários somente poderia ser considerada válida por meio de negociação coletiva com o sindicato através da celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho; **b)** a negociação coletiva seria de motivação tipificada, ou seja, só seria permitida redução de salários nas situações de conjuntura econômica adversa (Lei n. 4.923/65) e força maior (art. 503 da CLT); **c)** durante a negociação coletiva deve ser respeitado o limite máximo de redução de 25% dos salários e o salário mínimo legal como teto mínimo.

Alice Monteiro de Barros²²⁶ entende que o art. 503 da CLT não foi recepção pela Carta Magna devido à previsão celetista de negociação mediante acordo direto entre empregado e empregador. Por outro lado, quanto à Lei n. 4.923/65, a autora entende que não contraria o texto constitucional (art. 7º, VI), uma vez que a própria lei exige que a negociação da redução de salários seja precedida de negociação coletiva com o sindicato. Portanto, a Lei n. 4.923/65 teria sido sim recepção pela Constituição Federal, com exceção dos percentuais máximos e prazos de validade do acordo, que a autora entende que tais parâmetros devem ficar a cargo da negociação coletiva com o sindicato. Logo, nada impediria o sindicato de negociar uma redução salarial de 30% (percentual superior aos 25% previstos na lei) em face de conjuntura econômica adversa.

A jurisprudência trabalhista é bastante diversificada a respeito:

“REDUÇÃO SALARIAL POR MEIO DE ACORDO COLETIVO. INOBSERVÂNCIA DA LEI N. 4.923/65. INVALIDADE. É inválida redução salarial por meio de acordo coletivo que desatende as exigências da Lei n. 4.923/65, em razão de não comprovação de justificativa econômica, da ausência de limitação temporal, de sua não extensão à diretoria

e de seu alcance restrito apenas aos vendedores, em afronta ao princípio da isonomia” (TRT-9 389220066903 PR 38922006-6-9-0-3, rel. Rubens Edgard Tiemann, 5ª Turma, Data de Publicação: 18-09-2019).

“REDUÇÃO SALARIAL NOMINAL AUTORIZADA POR ACORDO COLETIVO. NULIDADE. A autorização legislativa para a redução salarial, conferida pelo artigo 7º, VI, da CF, não é irrestrita, devendo ser pautada pelos critérios estabelecidos pela legislação infraconstitucional – Lei 4.923/65 e artigo 503 da CLT – que foi recepcionada quanto à motivação e limites da redução. Nesses termos, afigura-se abusiva a redução salarial de 30%, sem prova da conjuntura econômica e desprovida de contrapartida benéfica ao empresa” (TRT-15 – RO: 14285420125150066 SP 059672/2013-PATR, rel. João Batista da Silva, Data de Publicação: 12-07-2013).

“REDUÇÃO SALARIAL ILÍCITA. CARACTERIZAÇÃO. A alteração do sistema remuneratório não pode acarretar a diminuição do salário-base das Obreiras, mesmo que mantenha o valor global da remuneração. Configurada a redução, resta caracterizada a ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial previsto no artigo 7º, da Constituição da República, bem como no artigo 468, da CLT” (TRT-20 00005221820175200012, rel. Vilma Leite Machado Amorim, Data de Publicação: 08-11-2018).

“DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO SALARIAL. IRREDUTIBILIDADE. ART. 7º, VI, DA CF/88. ACORDO COLETIVO. A garantia constitucional da irredutibilidade salarial, inserta no art. 7º, VI, da CF/88 não é violada quando a redução se dá por meio de negociação coletiva com o sindicato da categoria profissional, posto que tal hipótese está respaldada na exceção prevista ao final do mesmo dispositivo” (TRT-17 – RO: 01267000520125170001, rel.: Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, Data de Julgamento: 26-04-2016, Data de Publicação: 05-05-2016).

ATUALIZE-SE:

O Programa de Proteção ao Emprego (PPE), instituído originalmente pela Medida Provisória n. 680, de 6 de julho de 2015, recentemente foi objeto de nova legislação: a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015. Não foi uma simples conversão de medida provisória em lei, e sim uma nova regulamentação. As adesões já feitas pelas empresas ao programa continuam a ser regidas pela MP n. 680/2015, em especial pelo Decreto n. 8.479/2015, que a regulamenta, como também pela Portaria n. 1.013/2015 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e pela Resolução n. 2/2015 do Comitê do Programa de Proteção ao Emprego (CPPE). A propósito, interessante notar que a maior parte da redação dada ao texto da Lei n.

13.189/2015 é resultante justamente da incorporação de artigos dessas regulamentações ora citadas.

Ricardo Souza Calcini²²⁷ afirma que: “se comparada com a proposta originária trazida pela MP n. 680/2015, é certo que a Lei n. 13.189/2015 manteve os mesmos objetivos que justificaram a criação do Programa de Proteção ao Emprego, quais sejam: (i) possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica; (ii) favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas; (iii) sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia; (iv) estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e (v) fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego. No entanto, novas diretrizes legais foram trazidas pela mencionada lei ordinária, dentre as quais se destacam o prazo máximo de 24 meses, respeitada a data de extinção do programa (31-12-2017), a prioridade de adesão às empresas que demonstrem cumprir com a cota de pessoas com deficiência, a garantia de emprego aos trabalhadores afetados pelo programa e o tratamento diferenciado que passou a ser conferido às microempresas e empresas de pequeno porte”.

8. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO CIRCUNSTANCIAL (LOCAL DE TRABALHO)

As alterações objetivas do tipo circunstancial são aquelas que dizem respeito à situação ambiental ou organizativa referente a prestações contratuais. A principal alteração objetiva do tipo circunstancial é a **mudança de local de trabalho**.

Como regra geral, no momento da admissão de empregados, compete ao empregador estabelecer o local de trabalho, pois trata-se de condição essencial para a prestação dos serviços.

Geralmente, essa condição é objeto de cláusula escrita do contrato individual de trabalho. Contudo, ao longo do tempo, pode haver necessidade de o empregador alterar o local da prestação de serviços.

Vale registrar aqui que o art. 469 da CLT trata das transferências de empregados dentro do território nacional. Em caso de transferência de empregados brasileiros para o exterior aplica-se a Lei n. 7.064/82.

PERGUNTA-SE

- 1) Em caso de necessidade de alteração do local de trabalho pelo empregador, é necessária a anuência do empregado? Em caso de anuência do empregado, se alteração do local de trabalho lhe for prejudicial, mesmo assim é válida?
- 2) Qual é a diferença entre “remoção” e “transferência” de local de trabalho?
- 3) Se, por exemplo, for pactuado o local de trabalho na Praça da Sé no Centro da Cidade de São Paulo e após alguns anos decidir o empregador alterar o local de trabalho para a Avenida Paulista na Zona Sul da Cidade de São Paulo. Esta alteração seria lícita, pois está dentro do *jus variandi* do empregador?
- 4) No mesmo caso, se a alteração do local de trabalho for para outra cidade, por exemplo, para o Rio de Janeiro, seria válida a alteração contratual? Seria hipótese de transferência ou remoção?
- 5) Que tipos de empregados podem ser transferidos a qualquer momento, sem necessidade de anuência?

A possibilidade de alteração do local de trabalho pelo empregador está prevista no art. 469 da CLT: *Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, **sem a sua anuência**, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.*

§ 1º Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

1) Com fundamento no princípio da inalterabilidade das condições contratuais disposto no art. 468 e na previsão expressa do art. 469 transcrito acima, conclui-se que é vedado ao empregador transferir o empregado, **sem sua anuência**, para localidade diversa da que resultar do contrato.

2) Na hipótese de a alteração do local de trabalho não obrigar o empregado a mudar seu domicílio, tal fato não será considerado transferência e sim **remoção**. Portanto, a diferença entre os conceitos de remoção e transferência está no fato de a alteração do local de trabalho implicar ou não mudança do domicílio do empregado, nestes termos: **Remoção** – *quando a alteração do local de trabalho não implica mudança do domicílio do empregado. E não é necessária anuência do empregado, pois faz parte do jus variandi do empregador.*

Transferência – *quando a alteração do local de trabalho implica mudança do domicílio do empregado. É necessária anuência do empregado.*

3) Exemplo: caso o empregado seja domiciliado na Zona Sul, e em seu contrato se estipule que o local de trabalho será a Zona Central e posteriormente se faça sua transferência para a filial da Zona Oeste da mesma cidade, não haverá a necessidade de mudança domiciliar do trabalhador, não se podendo tratar tal alteração contratual de transferência. Trata-se de **mera remoção**, que faz parte do *jus variandi* do empregador.

4) No mesmo caso, se a alteração de local for para outra cidade, por exemplo, para o Rio de Janeiro, seria hipótese de transferência e, portanto, seria necessária a anuência do empregado, salvo as exceções (cargo de confiança e contratos com condição implícita ou explícita de transferência).

Vale lembrar que domicílio é o lugar onde a pessoa física fixa residência com ânimo definitivo e nele concentra suas atividades, como as obrigações comerciais e pessoais, conforme estabelece o art. 70 do CC: *Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

5) A possibilidade de alteração do local de trabalho pelo empregador, sem anuência do empregado, está prevista no art. 469 da CLT, § 1º, conforme segue: *Art. 469. (...)*

§ 1º Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

Exceção 1 – Cargo de confiança:

O empregado que exerça cargo de confiança (chefe, gerente ou diretor) tem atribuições especiais dentro da empresa, podendo, inclusive, representar o empregador em determinadas ocasiões.

Dessa forma, deve estar ciente de que, quando houver necessidade de seus serviços em outro local de trabalho, será obrigado a aceitar a transferência, mesmo que tenha de mudar seu domicílio.

Exceção 2 – Contratos com condição implícita ou explícita de transferência:

Condição explícita: é usual a inclusão, em determinados contratos de trabalho, de cláusula em que o empregado se submete a ser transferido de local de trabalho sempre que o empregador julgar necessário. Havendo real necessidade de serviço, a transferência será lícita, não podendo haver

recusa pelo empregado.

Condição implícita: a natureza do cargo, bem como o tipo de atividade da empresa, já sugere, mesmo que de forma implícita, que o empregado poderá ser transferido de local de trabalho por ato unilateral do empregador.

Exemplo é o do empregado contratado na função de vendedor viajante.

Resumindo, o empregador poderá transferir seus empregados por ato unilateral, ou seja, sem anuência, em **duas situações:**

- a) os empregados que exerçam cargos de confiança; e b) aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os direitos do empregado removido?
- 2) Quando é devido o adicional de transferência? É devido em caso de transferência também?
- 3) Qual o valor mínimo e a natureza jurídica do adicional de transferência? Quando cessar a transferência, o empregado tem direito adquirido ao adicional?
- 4) Quem deve arcar com as despesas decorrentes de transferência?

1) Em caso de **remoção**, o empregado terá direito somente a suplementação salarial correspondente ao acréscimo de despesas com transporte, se houver, conforme a Súmula 29 do TST: *Empregado transferido, por ato unilateral do empregador, para local mais distante de sua residência, tem direito a suplemento salarial correspondente ao acréscimo da despesa de transporte.* Não fará jus a nenhum adicional de transferência.

2) Em caso de **transferência provisória**, o empregador ficará obrigado a pagar um adicional de transferência nunca inferior a 25% do salário do empregado, conforme estabelece o art. 469, § 3º, da CLT: *Art. 469. (...)*

§ 3º Em caso de necessidade do serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo

anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25%, dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Se a **transferência for definitiva**, o empregado não faz jus ao adicional de transferência. Terá direito somente ao reembolso das despesas de transferência.

Questão polêmica é definir quando a transferência é considerada provisória ou definitiva. Vejamos a posição de alguns doutrinadores a respeito.

Segundo Alice Monteiro de Barros²²⁸, o legislador não definiu o que se considera transferência provisória. A autora comenta que a doutrina trabalhista em geral tem aplicado o prazo de um ano como parâmetro para ser considerada provisória a transferência, por analogia ao art. 478, § 1º, da CLT. Logo, a autora entende que se a transferência durar até um ano, será considerada provisória e, portanto, o empregado fará jus ao adicional de transferência.

3) Segundo Maurício Godinho Delgado²²⁹, a natureza jurídica do adicional de transferência é de **parcela salarial**, integra-se à remuneração do trabalhador para todos os fins, inclusive para cálculos das demais verbas que incidam sobre o salário do contrato (o autor entende que este é o efeito circular dos salários).

Além disso, o autor esclarece que, uma vez cessada a transferência, o empregado não faz mais jus ao adicional, portanto, não se trata de direito adquirido. O adicional de transferência é somente devido enquanto durar a transferência.

Por fim, o autor afirma que em caso de sucessivas transferências, o empregado não faz jus a sucessivos adicionais de transferência, portanto, não há cumulação de adicional de transferência.

Vale ressaltar que o adicional de transferência deverá vir destacado nos

recibos e folhas de pagamento de salário, visando evitar a figura do salário complessivo, conforme preceitua a Súmula 91 do TST: *Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.*

PEGADINHA:

O empregado exercente de cargo de confiança ou empregados que possuam contratos com condição implícita ou explícita de transferência, *embora possam ser transferidos sem necessidade de sua anuência, têm direito ao adicional de transferência*, caso seja provisória, conforme preceitua a OJ 113 da SDI-I do TST: *O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.*

4) Quanto às despesas de transferência, o art. 470 da CLT estabelece que as despesas resultantes de transferência correrão por conta do empregador, tanto no caso de transferência provisória quanto definitiva.

PERGUNTA-SE

- 1) Quando a transferência é considerada abusiva ou persecutória?
- 2) Em caso de extinção de estabelecimento, a transferência é abusiva?
- 3) Que medidas pode o empregado tomar para sustar os efeitos de uma transferência abusiva ou persecutória?

1) Presume-se **abusiva** a transferência de empregado sem a sua anuência ou sem a comprovação da real necessidade de serviço, de acordo com a Súmula 43 do TST: *Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.*

Por exemplo, o empregador transfere um advogado civil (Dr. Márcio) da sede da empresa em São Paulo para a filial da empresa em Manaus,

contudo, nesta filial não há departamento jurídico e não há serviço diário para um advogado civilista. O Dr. Márcio percebe que a medida tomada pelo seu chefe é punitiva e vingativa, pois não há real necessidade de serviço nessa filial. Nestas circunstâncias, o que pode o Dr. Márcio fazer para impedir esta transferência abusiva?

O Dr. Márcio teria o direito de ajuizar ação trabalhista com pedido de liminar para sustar a transferência em caso de abusividade, conforme previsto no art. 659, IX, da CLT. A sua alegação principal seria a inexistência de real necessidade de serviço para justificar a transferência.

2) É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado, uma vez que há expressa previsão legal na CLT: *Art. 469.*

(...) § 2º É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

Nos últimos cinco anos, foi comum algumas empresas sediadas no ABC Paulista extinguirem seus estabelecimentos e transferirem seus empregados para outras cidades e até Estados. O motivo, dizem alguns, foi a forte atuação sindical da região.

Portanto, nessas situações de extinção de estabelecimento, o empregado pode ser transferido para outro estabelecimento do empregador, inclusive em outra cidade. É uma transferência lícita permitida pela CLT.

3) Questão que tem sido objeto de polêmica doutrinária é se o empregado pode recusar-se a ser transferido em caso de extinção de estabelecimento e se esta recusa equivaleria a pedido de demissão do obreiro.

Por exemplo, uma empregada casada pode não ter interesse em ser transferida para o Rio de Janeiro, pois o seu marido trabalha em São Paulo, logo poderia recusar-se a ser transferida. O que aconteceria nesta hipótese?

Alice Monteiro de Barros entende que a recusa do empregado equivaleria a um pedido de demissão. Portanto, para a autora, o empregador tem direito de transferir o empregado em caso de extinção do estabelecimento, por expressas previsão legal do art. 469, § 2º, da CLT.

Por fim, a Súmula 221 do STF, que sustenta que a transferência do estabelecimento ou a sua extinção parcial, em que não esteja presente o motivo de força maior, não justifica a transferência de empregado estável.

RECAPITULANDO...

Remoção – quando a transferência não implica mudança do domicílio do empregado: direito ao acréscimo de despesas de transportes, se houver. **Exemplo:** alteração de local de trabalho do centro da cidade para a zona sul da mesma cidade.

Transferência provisória – quando a transferência implicar mudança do domicílio do empregado e for provisória: direito ao adicional de transferência de 25% do salário mais reembolso de despesas de mudança. **Exemplo:** alteração de local de trabalho da cidade de São Paulo para a cidade do Rio de Janeiro.

Transferência definitiva – quando a transferência implicar mudança do domicílio do empregado e for definitiva: direito somente ao reembolso de despesas de mudança.

INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo, estudaremos as formas de cessação do contrato de trabalho, sejam parciais (interrupção) ou totais (suspensão).

Pretendemos analisar minuciosamente cada uma das hipóteses legais e contratuais a fim de permitir que o aluno conheça o assunto na prática.

2. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No Brasil, a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho são regulamentadas no Capítulo IV do Título IV (Do Contrato Individual de Trabalho), precisamente nos arts. 471 a 476-A da CLT.

No campo jurisprudencial, o tema é tratado nas [Súmulas 15, 77, 155, 160 e 269](#) do TST.

DICA:

Recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento jurisprudencial indicado em cada capítulo e reproduzida no quadro a seguir.

Súmula 15 – ATESTADO MÉDICO. A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.

Súmula 77 – PUNIÇÃO. Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.

Súmula 155 – AUSÊNCIA AO SERVIÇO. As horas em que o empregado falta ao serviço para comparecimento necessário, como parte, à Justiça do Trabalho não serão descontadas de seus salários.

Súmula 160 – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.

Súmula 269 – DIRETOR ELEITO. CÔMPUTO DO PERÍODO COMO TEMPO DE SERVIÇO. O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

3. CONCEITO

Em primeiro lugar, vamos abordar os princípios que regem a interrupção e suspensão do contrato de trabalho na doutrina trabalhista.

Segundo Américo Plá Rodrigues, “o princípio da continuidade visa a conservação da força de trabalho, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial. Este princípio evidencia que o Direito do Trabalho dá preferência aos contratos indeterminados, resiste à dispensa arbitrária e mantém o pacto laboral na chamada interrupção e suspensão contratual”²³⁰.

Alice Monteiro de Barros explica que: “se a empresa poderá funcionar em caráter contínuo, o mesmo não ocorre com o empregado, cujo contrato está sujeito a vários acontecimentos, até certo ponto previsíveis, gerando a necessidade de interrompê-lo ou suspendê-lo em determinadas situações”²³¹.

De fato, na relação de emprego há uma troca efetiva e ininterrupta de prestações comutativas: a prestação do serviço em troca da remuneração do trabalho do empregado. Ambas as obrigações são contínuas e produzem efeitos no contrato de trabalho.

Algumas vezes, porém, esses efeitos se interrompem por diversas causas: o empregado deixa de trabalhar e o empregador deixa de pagar o salário. Outras vezes, a obrigação de pagar salário é exigível sem a contraprestação de trabalho. São anormalidades no curso da relação que não implicam dissolução do contrato, nem acarretam a cessação dos seus efeitos, mas simplesmente os suspendem, total ou parcialmente.

Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “a relação de emprego pode ser paralisada sem a dissolução do vínculo contratual. Essa paralisação se denomina tecnicamente *interrupção ou suspensão* do contrato de trabalho”²³².

PERGUNTA-SE

- 1) O que é interrupção do contrato de trabalho? O que é suspensão do contrato de trabalho?
- 2) Qual é a diferença entre “interrupção” e “suspensão” do contrato de trabalho?

1) A legislação trabalhista não dispõe expressamente sobre o conceito de **suspensão** e **interrupção** do contrato de trabalho. Portanto, coube à doutrina trabalhista esta tarefa.

Vólia Bomfim Cassar esclarece que “a legislação brasileira adotou terminologia própria (suspensão e interrupção) para denominar os períodos de sustação de algumas ou quase todas as cláusulas contratuais, abandonando os critérios da doutrina estrangeira, que subdivide a suspensão em total (verdadeira suspensão) e parcial (interrupção)”²³³.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk explicam bem essa diferença terminológica: “Entre nós, a Consolidação, no Título IV, Capítulo IV, trata da ‘suspensão e interrupção’ do contrato de trabalho, e grande parte da doutrina, seguindo esta distinção, entende que como **suspensão** se deve encarar a **total paralisação** dos efeitos do contrato de trabalho, e como **interrupção**, procura-se explicar, compreende-se a manutenção de alguns efeitos e a paralisação outros”²³⁴.

2) Em ambas as hipóteses, não há trabalho. Na **suspensão** há cessação **total** do contrato de trabalho, já que não há pagamento de salários e o período de afastamento não é computado como tempo de serviço.

Na **interrupção**, a cessação do contrato de trabalho é **parcial**, não há trabalho, mas há pagamento de salários e o período de afastamento é computado como tempo de serviço.

Maurício Godinho Delgado de forma bem clara explica a diferença entre interrupção e suspensão: “Em ambas as hipóteses, não há trabalho. Na suspensão, a cessação do contrato de trabalho é total, não há pagamento de salários e o período de afastamento não é computado como tempo de

serviço. Na interrupção, cessação do contrato de trabalho é parcial, não há trabalho, mas há pagamento de salários e o período de afastamento é computado como tempo de serviço”²³⁵.

Alice Monteiro de Barros adota a mesma linha conceitual dos demais doutrinadores: “Em certos casos, inexistente a prestação de serviços do empregado e mesmo assim, o empregador lhe deve salários: é o que ocorre nos casos de interrupção contratual. Este fato justifica-se, considerando que o contrato de emprego é sinalagmático em seu todo e não prestação por prestação. Daí afirma-se que a natureza jurídica da remuneração paga, quando da interrupção contratual, é salário. Já a suspensão, embora também ocorra a cessação temporária da prestação de serviço, não há pagamento de salário e tampouco o período de afastamento é considerado para efeitos legais”²³⁶.

Amauri Mascaro Nascimento faz uma importante crítica ao conceito de suspensão e interrupção: “O contrato não se suspende, alguns dos seus efeitos *continuarão*. Logo, a suspensão não é do contrato. A suspensão é do trabalho”²³⁷.

Vólia Bomfim Cassar concorda com Nascimento, pois afirma que “não é o contrato que fica suspenso e sim sua execução”. Por fim, a autora adverte que “as licenças sem vencimentos impostas por alguns empregadores aos seus empregados são nulas de pleno direito, podendo o empregado aplicar justa causa no empregador por descumprimento grosseiro do contrato – art. 483, *d*, da CLT (não dar trabalho)”²³⁸.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os direitos do empregado após o término da condição suspensiva/interruptiva do contrato de trabalho?
- 2) Caso positivo, cabe demissão por justa causa do empregado que não respeitar o prazo de retorno?
- 3) Qual é o prazo para retorno ao cargo anterior ocupado antes da causa suspensiva ou interruptiva?

1) O empregado tem direito à garantia de retorno ao cargo anteriormente ocupado após desaparecida a causa suspensiva (art. 471, CLT). Além disso, tem direito à 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 legislação geral ou normatização da categoria).

2) Portanto, após finda a causa suspensiva do contrato, deve o empregado reapresentar-se ao serviço, retomando a continuidade do contrato de trabalho. A injustificada omissão do trabalhador em proceder a essa reapresentação pode resultar em justa causa por abandono de emprego (art. 482, *i*, da CLT).

3) A CLT não traz dispositivo expresso sobre o prazo máximo aberto ao trabalhador para efetuar seu retorno ao trabalho. Em regra, o retorno do empregado deveria ser imediato, independentemente de qualquer convocação empresarial expressa.

A jurisprudência trabalhista tem considerado trinta dias como o prazo máximo padrão para reapresentação do trabalhador após a suspensão do contrato, sob pena de abandono de emprego (Súmula 32 do TST). A referida súmula considera configurado o abandono de emprego se, ultrapassado esse prazo após a cessação de benefício previdenciário suspensivo do contrato, o trabalhador não retorna ao serviço.

PEGADINHA:

O critério temporal de trinta dias para retorno da Súmula 32 do TST é válido nas hipóteses de suspensão contratual (e não interrupção).

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 em trinta 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 trinta dias do final do fator suspensivo do contrato de trabalho (Súmula 32 do TST).

PERGUNTA-SE

- 1) Na hipótese de suspensão/interrupção do contrato de trabalho, o empregado pode ser demitido sem justa causa? E por justa causa?
- 2) Na hipótese de suspensão/interrupção do contrato de trabalho, há sustação plena e absoluta de todas as cláusulas do contrato? Em caso negativo, quais obrigações continuam em vigor?

1) Na vigência de um fator suspensivo, a dispensa injusta ou desmotivada (isto é, sem os motivos considerados justos pela lei) do empregado é vedada. O empregador perde a faculdade de romper o contrato de trabalho, a não ser que se faça presente justo motivo legalmente tipificado. Portanto, o empregado não pode ser dispensado sem justa causa, contudo, pode ser dispensado **COM justa causa**.

Maurício Godinho Delgado²³⁹ sustenta que o pedido de demissão efetuado pelo empregado no curso do período de suspensão ou interrupção, desde que não eivado de vício de consentimento, é perfeitamente possível e válido.

Nesse sentido explica Alice Monteiro de Barros: “Um traço em comum de ambos os institutos, é a impossibilidade do empregador dissolver o contrato de trabalho, durante a cessação temporária da obrigação de trabalhar, mesmo que arque com as reparações devidas, salvo em se tratando de justa causa cometida pelo obreiro ou extinção da empresa, que impossibilite a continuidade da relação jurídica laboral”²⁴⁰.

2) Embora na suspensão haja sustação plena e absoluta das principais cláusulas do contrato, há que se ressaltar que persistem algumas poucas cláusulas mínimas do contrato de trabalho. Trata-se, principalmente, de cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes. Além disso, não perdem plena eficácia as regras impositivas de condutas omissivas ao empregador (como, por exemplo, respeito à integridade física e moral do empregado – art. 483, *e e f*, da CLT).

Por exemplo, se o empregado, afastado por motivo de doença, enviar um correio eletrônico com informações sigilosas do empregador para uma empresa concorrente, poderá ser demitido por justa causa, uma vez que as obrigações de lealdade e fidelidade contratual (as condutas de não violação do segredo da empresa ou de não concorrência desleal – art. 482, *c e g*, da CLT) continuam em vigor, mesmo que o empregado esteja com o contrato de trabalho suspenso ou interrompido. Logo, se houver prática de quaisquer umas das hipóteses do art. 482 da CLT, o empregado poderá ser demitido por justa causa.

Veja jurisprudência sobre aplicação de justa causa durante a suspensão do contrato de trabalho: “DISPENSA POR JUSTA CAUSA. AUXÍLIO-DOENÇA. FATO OCORRIDO ANTES OU DURANTE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A Lei 8.213/91, em seu art. 20, II, equipara ao acidente de trabalho a doença adquirida ou desencadeada pelas condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele diretamente relacionada. Com base nessa norma, pleiteia a reclamante o recebimento de indenização por danos materiais e morais. Por outro lado, o art. 118 da

Lei n. 8.213/91 somente dá garantia de emprego ao empregado vítima de acidente de trabalho ou doença ocupacional a ele equiparada. Aquela pessoa que é portadora de doença não decorrente ou agravada pelo trabalho não tem estabilidade. Por outro lado, a garantia de emprego não protege o empregado da dispensa por justa causa. Durante muito tempo, discutiu-se se era possível proceder à dispensa por justa causa durante o auxílio doença, mas a SBDI-1 do TST pacificou o tema. Foi decidido no processo TST-E-ED-RR-3164-91.2011.5.12.0045 que a justa causa pode ser aplicada imediatamente, independentemente de o fato ter ocorrido antes ou durante a suspensão do contrato de trabalho: ‘a suspensão do contrato de trabalho, para percepção de benefício previdenciário, não impede a produção imediata de efeitos da sua rescisão por justa causa, sendo irrelevante que os fatos causadores tenham ocorrido antes ou durante o afastamento’. Recurso conhecido e não provido” (TRT-16 00163485220185160015 001634852.2018.5.16.0015, rel. James Magno Araujo Farias, Data de Publicação: 17-09-2019).

PERGUNTA-SE

- 1) O tempo de afastamento deverá ser computado na contagem do prazo deste tipo de contrato?
- 2) Quais são as particularidades da suspensão/interrupção do contrato por prazo determinado?

1) Quando surge causa suspensiva/interruptiva do contrato de trabalho, no contrato por prazo determinado é lícito às partes, de comum acordo, descontar o período de suspensão/interrupção do prazo de vigência contratual, segundo o disposto no § 2º do art. 472 da CLT: *Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para efetiva terminação.*

2) No contrato por prazo determinado, a suspensão ou interrupção não

impede o término do prazo final do contrato.

Por fim, é importante saber que nem a suspensão tampouco a interrupção contratual tem o efeito de suspender ou interromper os prazos prescricionais.

Em outras palavras, se o empregado ficar dois anos afastado por motivo de aposentadoria por invalidez, este período não é computado para fins prescricionais. Há uma corrente minoritária na doutrina trabalhista que defende a suspensão da prescrição nessas hipóteses de afastamento, com base no art. 199, I, do CC.

4. CAUSAS DETERMINANTES DE INTERRUPTÃO

Orlando Gomes e Elson Gottschalk explicam que “a lei assegura a todo empregado o direito de deixar de comparecer ao serviço, por prazo curto, se ocorrem certos fatos. Diz-se, então, que há *interrupção*. Corresponde esta a uma espécie de suspensão parcial de efeitos do contrato, mas tão rápida que se qualifica à parte”²⁴¹.

Vólia Bomfim Cassar afirma que “ocorre a interrupção do contrato de trabalho quando o empregado deixa de prestar serviços, porém continua a receber a totalidade ou ao menos parte seu salário. Conta-se o tempo de serviço, como se trabalhando estivesse”²⁴².

Em outras palavras, a interrupção é a sustação temporária da principal obrigação do empregado (prestação do serviço e disponibilidade perante o empregador) no contrato de trabalho, em virtude de um fato relevante juridicamente, no qual todas as cláusulas contratuais são mantidas. É a interrupção de modo restrito e unilateral.

Em seguida, abordaremos as **causas determinantes** da interrupção contratual.

4.1 Faltas

As faltas justificadas e as legais são entendidas como interrupção do contrato de trabalho.

Faltas justificadas: segundo o inciso IV do art. 131 da CLT, não será considerada falta ao serviço aquela que for justificada pela empresa, entendendo-se como tal a que não tiver sido descontada do correspondente salário. Por outro lado, as faltas que forem descontadas do salário são consideradas faltas injustificadas e como tal tratadas como suspensão e não interrupção.

Faltas legais: a legislação trabalhista prevê algumas faltas legais que são remuneradas, portanto, não podem ser descontadas pelo empregador.

a) as faltas do professor, no decurso de nove dias, decorrentes de gala ou luto, em consequência do falecimento do cônjuge, pai ou mãe, ou de filho (§ 3º do art. 320 da CLT); **b)** as faltas legais previstas no art. 473 da CLT: *Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:*

I – até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, viva sob sua dependência econômica;

II – até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;

III – por 1 (um) dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana;

IV – por 1 (um) dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;

V – até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva;

VI – no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na letra c do art. 65 da Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar);

VII – nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior;

VIII – pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo;

OBSERVAÇÃO:

Nos dias em que as testemunhas tiverem que comparecer em juízo para prestar depoimento na Justiça do Trabalho, quando devidamente convocadas ou arroladas (art. 822 da CLT), o mesmo acontecendo na Justiça Comum (parágrafo único do art. 419 do antigo CPC e art. 46, parágrafo único, do novo CPC); o jurado sorteado para comparecimento às sessões de júri (art. 430 do CPP); as horas em que a parte comparece ao foro trabalhista, em face da necessidade de tal comparecimento (Súmula 155 do TST).

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.

DICA:

Vale destacar que a Lei n. 11.304/2006 acrescentou ao art. 473 da CLT essa nova hipótese de interrupção do contrato de trabalho (inciso IX).

ATUALIZE-SE:

A Lei n. 13.767/2018 acrescentou mais um inciso ao art. 473 da CLT, transcrito a seguir: “XII – até 3 (três) dias, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de realização de exames preventivos de câncer devidamente comprovada”.

4.2 Licença-paternidade

A licença-paternidade de cinco dias foi garantida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, XIX, e pelo art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que dispõe que *até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias*, podendo assim o período provisório de cinco dias ser ainda ampliado pela legislação que o regulamentar.

Anteriormente, a licença-paternidade era de um dia, com fundamento no art. 473, III, da CLT: *Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:*

(...)

III – por 1 (um) dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana.

A concessão dessa licença representou uma enorme inovação na Constituição de 1988, já que antes, nenhuma Constituição brasileira tratava do tema, sendo assim considerado um avanço na ordem jurídica, pois ampliou o prazo previsto no art. 473 da CLT, elevando a matéria a nível constitucional. Desta forma, o pai, para exercer seu direito, ao retornar ao trabalho, deve comunicar ao seu empregador o nascimento do filho, comprovando-o pela entrega do registro de nascimento.

A nossa Constituição Federal, em seu art. 226, § 5º, declara que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos*

igualmente pelo homem e pela mulher. Um pouco mais adiante, no art. 229, dispõe ainda que *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos.*

A divisão de tarefas entre pai e mãe já foi tratada pela Convenção n. 156 e pela Recomendação n. 165 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estatuinto que as mesmas responsabilidades devem ser divididas entre os cônjuges para que nenhum deles sofra discriminação.

Enfim, a licença-paternidade é uma licença remunerada pelo empregador, na qual o empregado poderá faltar ao trabalho, sem prejuízo do cômputo do tempo de serviço. Logo, trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

A licença paternidade deve ser reconhecida, inclusive, em casos de reconhecimento de vínculo de emprego em juízo, vejamos: “RECURSO ORDINÁRIO. LICENÇA-PATERNIDADE. NÃO CONCESSÃO. COMUNICAÇÃO DO NASCIMENTO À EMPRESA. Tendo a reclamada alegado mera relação de prestação de serviços, não reconhecendo a condição de empregado do obreiro, inócua seria exigir que o reclamante fizesse a prova da entrega, à época, da documentação referente ao nascimento do seu filho à empresa, para fins de concessão da licença-paternidade, argumento lançado na sentença, para indeferir o pleito de indenização correspondente. Nessa esteira, tendo sido o vínculo empregatício reconhecido apenas em juízo e não tendo a demandada sequer contestado especificamente o pleito em comento, faz jus o reclamante à indenização postulada, pela não concessão do benefício. Recurso parcialmente provido” (Processo: RO – 0000248-54.2016.5.06.0020, red. Gisane Barbosa de Araujo, Data de julgamento: 08-11-2018, Quarta Turma, Data da assinatura: 08-11-2018) .

A não concessão da licença paternidade pode gerar até dano moral, vejamos jurisprudência: “DANO MORAL. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO À LICENÇA-PATERNIDADE. Indenização por dano moral que

se impõe diante da conduta ilícita da empregadora ao não conceder o direito à licença-paternidade, constitucionalmente garantido aos empregados pelo ordenamento pátrio” (TRT-4 – RO: 00001578420145040732, Data de Julgamento: 30-03-2016, 4ª Turma).

4.3 Férias

Segundo o art. 129 da CLT, todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, **sem prejuízo da remuneração**. Além disso, consoante o § 2º do art. 130 da CLT, o período das férias será computado, para todos os efeitos, como **tempo de serviço**. Portanto, não há dúvidas de que as férias são consideradas como hipótese clássica de interrupção do contrato de trabalho.

4.4 Repouso semanais remunerados (RSR) e feriados

Segundo o art. 1º da Lei n. 605/49, todo empregado tem direito ao **repouso semanal remunerado** de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos **feriados civis e religiosos**, de acordo com a tradição local. Portanto, não há dúvidas de que o RSR e feriados são considerados como hipóteses interruptivas do contrato de trabalho.

4.5 Aborto não criminoso

A legislação previdenciária considera a ocorrência do aborto a interrupção da gravidez antes da 23ª semana (sexto mês) de gestação, período limítrofe entre a denominação legal previdenciária de parto e aborto.

Segundo o art. 395 da CLT, em caso de aborto **não criminoso**, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um **repouso remunerado de duas semanas**, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

A título de curiosidade, vamos diferenciar o aborto terapêutico do

humanitário. O **aborto terapêutico** é realizado por médico com o objetivo de salvar a vida da mãe (art. 128, I, do CP). O **aborto humanitário** é aquele indicado para interrupção de gravidez produto de estupro (art. 128, II, do CP).

Portanto, o período que a trabalhadora tem para descansar (duas semanas), em virtude de aborto não criminoso, é considerado interrupção do contrato de trabalho, uma vez que se trata de afastamento remunerado e considerado como cômputo para tempo de serviço.

CUIDADO:

A gestante que sofrer aborto não criminoso não tem direito a estabilidade provisória.

4.6 Afastamento por motivo de doença (15 primeiros dias)

Segundo o § 3º do art. 60 da Lei n. 8.213/91, a empresa tem a obrigação de arcar com o pagamento dos primeiros quinze dias do afastamento do empregado por motivo de doença, computando-se como tempo de serviço. É típica hipótese de **interrupção do contrato de trabalho**.

A partir do 16º dia, o ônus se transfere para o INSS, tornando-se então típica hipótese de **suspensão do contrato de trabalho**.

O Decreto n. 3.048/99 dispõe, em seu art. 75:

Art. 75. Durante os primeiros quinze dias consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário.

§ 1º Cabe à empresa que dispuser de serviço médico próprio ou em convênio o exame médico e o abono das faltas correspondentes aos primeiros quinze dias de afastamento.

§ 2º Quando a incapacidade ultrapassar quinze dias consecutivos, o segurado será encaminhado à perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 3º Se concedido novo benefício decorrente da mesma doença dentro de sessenta dias contados da cessação do benefício anterior, a empresa fica desobrigada do pagamento relativo aos quinze primeiros dias de afastamento, prorrogando-se o benefício anterior e descontando-se os dias trabalhados, se for o caso.

§ 4º Se o segurado empregado, por motivo de doença, afastar-se do trabalho durante quinze dias, retornando à atividade no décimo sexto dia, e se dela voltar a se afastar

dentro de sessenta dias desse retorno, em decorrência da mesma doença, fará jus ao auxílio-doença a partir da data do novo afastamento.

Logo, nos primeiros quinze dias em caso de afastamento por doença ou acidente do trabalho, o salário desse período será arcado pelo empregador, sendo típica hipótese interruptiva do contrato de trabalho.

4.7 Licença remunerada

Em caso de concessão pelo empregador de afastamento remunerado (licença remunerada), tal período deverá ser tratado como **interrupção**. Caso o afastamento não seja remunerado (licença não remunerada), tal período deverá ser tratado como **suspensão**.

Lembre-se de que a licença remunerada não é regulamentada na CLT, trata-se de uma liberalidade do empregador, objeto de pactuação entre as partes durante o contrato de trabalho.

Vólia Bomfim Cassar adverte que “as licenças sem vencimentos impostas por alguns empregadores aos seus empregados são nulas de pleno direito, podendo o empregado aplicar justa causa no empregador por descumprimento grosseiro do contrato – art. 483, *d*, da CLT (não dar trabalho)”²⁴³.

4.8 Afastamento para inquérito por motivo de segurança nacional

Os primeiros noventa dias em que o trabalhador ficar afastado, em virtude de inquérito administrativo, para apuração de motivo de interesse da segurança nacional, deverão ser remunerados pelo empregador; logo trata-se de hipótese de **interrupção** do contrato de trabalho.

Após referido período, o empregador fica desobrigado de remunerar o empregado; aí passa a ser hipótese de **suspensão** do contrato de trabalho.

O art. 472, §§ 3º e 5º, da CLT estabelece: *Art. 472. (...)*

§ 3º Ocorrendo motivo relevante de interesse para a segurança nacional, poderá a autoridade competente solicitar o afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho, sem que se configure a suspensão do contrato de trabalho.

§ 4º O afastamento a que se refere o parágrafo anterior será solicitado pela autoridade competente diretamente ao empregador, em representação fundamentada com audiência da Procuradoria Regional do Trabalho, que providenciará desde logo a instauração do competente inquérito administrativo.

§ 5º Durante os primeiros 90 (noventa) dias desse afastamento, o empregado continuará percebendo sua remuneração.

De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk²⁴⁴, a norma fala em inquérito administrativo e não judicial e hoje a norma está revogada pela Constituição vigente.

4.9 Paralisação total ou parcial empresarial

Segundo o art. 133, III, da CLT, o empregador pode afastar o empregado, com percepção do salário, por mais de trinta dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa.

Esta paralisação remunerada dos serviços por motivo empresarial é considerada **interrupção** do contrato de trabalho.

4.10 Conselho Curador do FGTS

Segundo o art. 65, § 6º, do Decreto n. 99.684/90, as ausências ao trabalho dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador, decorrentes das atividades desse órgão, serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais.

Logo, trata-se de hipótese expressa de **interrupção** do contrato de trabalho.

4.11 Comissão de Conciliação Prévia – CCP

Segundo o art. 625-B, § 2º, da CLT, o representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade.

Logo, trata-se de hipótese expressa de **interrupção** do contrato de trabalho.

5. CAUSAS DETERMINANTES DE SUSPENSÃO

A suspensão é instituto próprio do Direito do Trabalho que resguarda a paralisação temporária do serviço. Não implica rescisão contratual, no entanto, com exceção do vínculo empregatício, é regra que todas as demais cláusulas do contrato cessem sua vigência.

Durante a causa suspensiva, não é exigível trabalho nem remuneração, nem mesmo o tempo da suspensão do contrato de trabalho se conta como de efetivo exercício. Inexiste obrigação de recolhimento previdenciário (art. 15 da Lei n. 8.213/91).

Vólia Bomfim Cassar afirma que “durante a suspensão contratual o empregado deixa de prestar serviços temporariamente ao empregador. Este, por sua vez, susta o pagamento dos salários ou qualquer outra contraprestação ao trabalhador. Neste período as principais cláusulas contratuais ficam estáticas, paralisadas”²⁴⁵.

Em outras palavras, a suspensão é a sustação total e temporária da obrigação do empregado (prestação do serviço e disponibilidade perante o empregador) e do empregador (pagamento de salários) durante o contrato de trabalho, em virtude de um fato relevante juridicamente, no qual todas as cláusulas contratuais são suspensas. É a suspensão de modo restrito e unilateral.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk explicam que “a suspensão pode decorrer de fato a que o empregado não tenha dado motivo, de fato que lhe seja imputável e, finalmente, de imediata e direta determinação legal”²⁴⁶.

Para os autores, são fatos suspensivos alheios à vontade do empregado:

- a) por exigência de serviço militar; b) por exigência de encargo público; c) por doença;
- d) por acidente do trabalho; e) por fato da empresa.

E fatos suspensivos imputáveis ao empregado:

- a) por motivo disciplinar;

b) por determinação do empregador para apurar falta grave em inquérito judicial.

5.1 Suspensão disciplinar

A suspensão disciplinar é medida de ordem disciplinar imposta ao empregado, como sanção pela prática de um ato ilícito. A suspensão disciplinar importa em perda do salário e do cômputo como tempo de serviço, logo se trata de típica hipótese de suspensão.

Segundo o art. 474 da CLT, a suspensão do empregado por mais de trinta dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Cabe ao empregador, em seu poder de direção, comandar e disciplinar seus subordinados, inclusive aplicando-lhes algum tipo de censura. Consiste no direito de o empregador impor sanções disciplinares ao empregado, subordinadas à forma legal. Pode ser de forma convencional, prevista em convenção coletiva, ou estatutária, prevista no regulamento da empresa. No direito brasileiro, as penalidades que podem ser aplicadas são a advertência e a suspensão disciplinar.

Vólia Bomfim Cassar explica que “a suspensão disciplinar se caracteriza como uma punição aplicada pelo empregador ao empregado em virtude de uma falta de média gravidade por ele cometida. Durante a suspensão, o empregado não recebe salários”²⁴⁷.

Vide mais informações sobre este tema no Capítulo 5, item 6.

5.2 Diretor de S/A

Segundo a Súmula 269 do TST, o empregado eleito Diretor de S/A tem seu contrato de trabalho suspenso, salvo se houver subordinação jurídica. Em outras palavras, o Diretor não receberá salário, tampouco gozará de direitos trabalhistas enquanto estiver cumprindo o seu mandato.

Durante referido período, o Diretor recebe somente honorários (*pro labore*) pelos seus serviços de administrador da sociedade anônima. O Diretor terá direito optativo ao FGTS. Logo, trata-se de hipótese de

suspensão do contrato de trabalho, pois o Diretor não recebe salários nem é computado tal período como tempo de serviço.

Vide mais informações sobre este tema no Capítulo 1, subitem 6.3.

5.3 Encargos públicos civis (CLT, art. 472)

Regra geral, a eleição ou designação do empregado para exercer cargo público acarreta a suspensão do contrato, conforme expresso no art. 472 da CLT: *Art. 472. O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.*

Vólia Bomfim Cassar²⁴⁸ cita alguns exemplos de cargos públicos: membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais, dentre outros.

A jurisprudência trabalhista é farta no assunto:

Suspensão do contrato de trabalho susta depósito do FGTS

A suspensão do contrato de trabalho do empregado que passa a exercer um cargo em comissão tem como consequência a interrupção do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de *Serviço* (FGTS).

O principal efeito da suspensão do contrato de trabalho é a sustação das obrigações recíprocas das partes, afirmou o juiz convocado Aloysio Corrêa da Veiga, relator do recurso de revista sobre o tema, que foi afastado (não conhecido) pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

O contrato continua vigente, mas não há trabalho e nem *remuneração*. Inexistindo remuneração, não há que se falar em depósitos do FGTS sobre os salários. Dessa forma, o não recolhimento do FGTS durante o tempo em que suspenso o contrato de trabalho, em face do exercício de cargo em comissão, de natureza administrativa, não afronta a legislação trabalhista, explicou o relator da questão.

Interposto por um ex-servidor da Fundação Superintendência Estadual de Rios e Lagos (Serla), o recurso questionava decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro (TRT-RJ). O órgão de segundo grau entendeu como improcedente o pedido do trabalhador que pretendia ver reconhecido seu *direito* à percepção dos *valores* relativos aos depósitos do FGTS entre novembro de 1983 e julho de 1990. Esse período corresponde à época em que o empregado celetista exerceu cargo em comissão (regime estatutário) no órgão público fluminense.

Em seu recurso de revista, o trabalhador sustentava que a Serla, ao suspender a relação de

emprego regida pela CLT para que viesse a exercer cargo de confiança, promoveu alteração unilateral do contrato de trabalho, com base em legislação estadual. Aplicável, no caso, o Decreto estadual n. 2.479/79 (Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do RJ), que prevê a suspensão do contrato de trabalho do servidor que aceitar nomeação para cargo em comissão na administração direta ou autarquias, enquanto perdurar tal situação, entendeu o TRT-RJ.

A decisão regional e a mudança de regime de trabalho teriam resultado, segundo o trabalhador, em afronta a dispositivos constitucionais e da lei trabalhista, como o art. 471 da CLT. Além disso, o empregado também argumentou que a alteração não representou um aumento significativo de salário e que a empresa causou prejuízos ao lhe transferir para o regime estatutário, deixando de recolher o FGTS.

O relator do recurso no TST, contudo, entendeu que o posicionamento adotado pelo TRT-RJ foi o correto para a questão. Verifica-se que o Tribunal Regional, com base na prova documental, constatou que houve a concordância do empregado em aceitar a nomeação para o cargo em comissão, que pressupunha uma remuneração maior e a garantia dos direitos e vantagens conferidos aos servidores sob regime estatutário, observou o juiz convocado Aloysio Veiga ao confirmar a conclusão regional de que a alteração do contrato não foi unilateral, nem causou prejuízos.

De igual modo, não se vislumbra ofensa ao art. 471 da CLT, acrescentou o relator. O contrato de trabalho foi suspenso em obediência ao Decreto estadual n. 2.479/79, que previa a suspensão do contrato de trabalho quando o servidor aceitasse nomeação para cargo em comissão, da estrutura da administração direta ou das autarquias, explicou Aloysio Veiga ao afastar o recurso (RR 542.197/99, pub. em 12-2-2004).

5.4 Mandato sindical (CLT, art. 543, § 2º)

Segundo o art. 494 da CLT, o empregador poderá suspender o empregado estável de suas funções até a decisão final do inquérito judicial para apuração da falta grave, senão vejamos: *Art. 494. O empregado acusado de falta grave poder ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se torna efetiva após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação.*

Parágrafo único. A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até decisão final do processo.

Inicialmente, muito se discutiu se a dispensa do dirigente ou representante sindical estava sujeita às mesmas disposições dos empregados estáveis (Capítulo VII da CLT).

LEMBRE-SE:

A estabilidade decenal foi banida do nosso ordenamento jurídico com a Carta Magna de 1988.

A jurisprudência trabalhista dominante é no sentido de que deve ser aplicada por analogia ao dirigente sindical a legislação do estável decenal.

Logo, regra geral, se ele praticar falta grave, poderá o empregador suspender o contrato de trabalho, ou seja, o dirigente sindical ficará afastado, sem salário e sem cômputo do tempo de serviço enquanto perdurar o procedimento de inquérito de apuração de falta grave.

Em sentido contrário, a tese minoritária sustenta que a suspensão do contrato de trabalho do dirigente sindical conflita com o art. 543, *caput*, da CLT, que afirma que o empregado eleito para cargo sindical não pode ser impedido de desempenhar suas atribuições sindicais, sob pena de ofensa às garantias constitucionais ao sindicalismo (art. 8º, incisos III, VIII, dentre outros, da CF).

Vejamos jurisprudência do TST sobre casos de estabilidade de dirigente sindical: “RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.014/2014 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIRIGENTE SINDICAL. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. AJUIZAMENTO DO INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE APÓS O PRAZO DECADENCIAL. EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. CONDOTA ANTISSINDICAL. ABUSO DE DIREITO. A análise da controvérsia cinge-se em saber se o ato da reclamada de dispensa do reclamante, no contexto específico dos autos, seria suficiente a ensejar indenização por danos morais. Os fatos narrados pelo Regional demonstram que o reclamante era dirigente sindical e foi acusado de utilizar indevidamente o Sistema URA (Unidade de Atendimento Remoto) “para registrar fraudulentamente sua presença”. Houve inquérito para apuração de falta grave, que teve início somente após escoado o prazo decadencial de 30 (trinta) dias para o seu

ajuizamento, o que acarretou a extinção do feito com resolução de mérito, em face da decadência. Noticiou-se também a suspensão do contrato de trabalho do reclamante. Pelo contexto narrativo da decisão recorrida, incontestável que o inquérito judicial acarretou a suspensão do pagamento de salários e demais direitos do contrato de trabalho do reclamante durante todo o período de sua tramitação em Juízo. Neste caso específico, o inquérito judicial foi flagrantemente descabido, pois ajuizado fora do prazo legal. Além disso, a denúncia de que o reclamante se utilizava do Sistema URA de forma fraudulenta certamente chegou ao conhecimento de todos os integrantes da categoria profissional, já que era um líder sindical. Soma-se, ainda, o fato de que não lhe foi dada a oportunidade de defesa das acusações de fraude. Todos esses fatos tipificam conduta antissindical por parte do empregador. A Convenção nº 98 da OIT, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva, em seu artigo 1º, consagra: “os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a diminuir a liberdade sindical em relação ao seu emprego”. A Convenção nº 135 da OIT estipula garantias de proteção aos representantes de trabalhadores - incluídos os representantes sindicais e os representantes eleitos livremente pelos trabalhadores da empresa – contra atos de ingerência do empregador. Por sua vez, o artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal veda a dispensa do representante sindical até um ano após o final do mandato, trazendo como única exceção a hipótese de ocorrência de falta grave, que, nos termos da lei, deve ser comprovada por meio de inquérito para sua apuração. A proteção consagrada nas convenções da OIT e no artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal alberga não só a liberdade para a constituição de sindicatos, mas também a liberdade de exercício das atividades e funções sindicais. As práticas violadoras desse direito contribuem para ceifar as garantias do dirigente sindical e, por consequência, obstar a atuação democrática e autônoma do sistema sindical, garantida de forma ampla

pela Constituição Federal de 1988. A suspensão do reclamante durante todo o trâmite processual para apuração de falta grave, com a consequente suspensão dos salários e demais direitos trabalhistas, a ausência do procedimento legal que lhe daria oportunidade de defesa e a pecha de “dirigente sindical fraudador” sem que houvesse a efetiva comprovação da veracidade das denúncias constituem elementos suficientes à caracterização de conduta antissindical e evidente exercício abusivo do direito. A situação descrita nos autos autoriza o acolhimento do pedido de indenização por dano moral que, no caso, decorre do abuso de direito praticado pela reclamada, caracterizado pela conduta antissindical, sendo inequívoca a violação a direito do reclamante, cuja reparação deve ocorrer mediante compensação financeira. Valor fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso de revista conhecido e provido” (TST – RR: 101851020135120026, rel. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25-11-2015, 2ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 04-12-2015).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIRIGENTE SINDICAL. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ATO COATOR CONSUBSTANCIADO NO DEFERIMENTO DE REINTEGRAÇÃO EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CASSAÇÃO DESSA DECISÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. Ato coator consubstanciado na determinação de reintegração de empregado detentor de estabilidade por ocupar cargo de direção em sindicato, contra o qual se processa inquérito judicial para apuração de falta grave. A dicção do art. 494 da CLT é clara no sentido de que “o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções”, o que, de fato, veio a ocorrer quando do ajuizamento do inquérito pela impetrante. Com base nessa disciplina legal, consagrou-se no âmbito dessa Corte Superior o entendimento de que “ressalvada a hipótese do art. 494 da CLT, não fere direito líquido e certo a determinação liminar de reintegração no emprego de dirigente sindical, em face da previsão do inciso X do art. 659 da CLT” (Orientação Jurisprudencial nº 65 da SBDI-2/TST). Desse modo, não configura ilegalidade capaz de ensejar a imediata reintegração, a mera suspensão do empregado após o ajuizamento do inquérito judicial para apuração de falta grave. Contudo, isso não anula a possibilidade de que, durante o procedimento investigativo e com base nas provas ali produzidas, o magistrado se convença da probabilidade do direito defendido

pelo detentor da estabilidade provisória e, assim, determine o seu retorno ao trabalho em sede de cognição sumária. Com efeito, a prerrogativa contida no art. 494 da CLT não é infensa ao controle jurisdicional, conforme recentemente reafirmado por essa SBDI-2/TST. Realmente, mesmo no inquérito para apuração de falta grave, a concessão de tutela de urgência encontra arrimo no artigo 300 do NCPC. Com efeito, a decisão impugnada, amparada no conjunto fático probatório constante do inquérito, considerou presentes os requisitos do supratranscrito artigo, porquanto existentes a probabilidade do direito e o risco do resultado útil do processo, destacando que “em uma análise perfunctória do conjunto probatório existente nos autos até o momento, não é possível depreender o enquadramento dos atos inquinados como faltosos em nenhum dos tipos elencados no art. 482, da CLT” e que “é inequívoco que a suspensão imposta ao requerido limitará sua atuação sindical, impondo enorme prejuízo moral à categoria profissional por ele representada, além do prejuízo individual do trabalhador, que está com a própria subsistência comprometida”. A empresa impetrante, todavia, não demonstrou nos presentes autos da presente ação mandamental prova pré-constituída capaz de infirmar os fundamentos delineados pela autoridade dita coatora que preside o inquérito judicial para apuração de falta grave. Nesse caso, não está demonstrada a ilegalidade ou abusividade do ato. Precedentes específicos desta *eg.* SBDI-2. Recurso ordinário conhecido e desprovido” (TST – RO: 2451120175210000, rel. Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 20-11-2018, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: *DEJT* 23-11-2018).

DICA:

Uma boa pergunta para a prática da advocacia trabalhista: “O que acontece com o contrato de trabalho se o inquérito de apuração de falta grave for julgado improcedente?”

Nesta hipótese, temos que aplicar o art. 495 por analogia, que preceitua que a improcedência do inquérito resulta na obrigação do empregador em “readmitir” o empregado e “pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão”. Neste caso, tratar-se-ia de interrupção do contrato de trabalho, uma vez que o período afastado passa a ser remunerado com cômputo do tempo de serviço.

Por fim, o afastamento do dirigente sindical para desempenhar funções de direção ou de representação sindical considera-se como de licença não remunerada, salvo assentimento do empregador ou cláusula contratual (art. 543, § 2º, da CLT).

Desta forma, regra geral, tal afastamento é sem salários, ou seja, típica hipótese de **suspensão do contrato de trabalho**. Caso o empregador concorde em remunerar o período de afastamento ou for obrigado a fazê-lo por previsão expressa em cláusula de convenção ou acordo coletivo, o afastamento passa a ser remunerado, logo passa a **ser interrupção do contrato de trabalho**.

RECAPITULANDO...

Se o inquérito de apuração de falta grave for julgado *procedente*, o período de afastamento do dirigente sindical será considerado como **suspensão contratual**.

Se o inquérito de apuração de falta grave for julgado *improcedente*, o período de afastamento do dirigente sindical será considerado como **interrupção contratual**.

Se a licença do dirigente sindical não for remunerada, trata-se de **suspensão contratual**.

Se a licença do dirigente sindical for remunerada por liberalidade do empregador ou por força de convenção/acordo coletivo, o caso é de **interrupção contratual**.

5.5 Greve sem pagamento de salários (Lei n. 7.783/89)

A greve constitui direito fundamental de todos os trabalhadores assegurado constitucionalmente (art. 9º) e regulado pela Lei n. 7.783/89.

Por expressa previsão legal (Lei n. 7.783/89), a participação do empregado em greve enseja a **suspensão** de seu contrato de trabalho durante o período, sem qualquer direito ao cômputo como tempo de serviço: *Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a **suspensão** coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.*

(...)

*Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve **suspende** o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.*

A própria lei admite hipóteses de negociação do pagamento dos salários

através de acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Caso haja pagamento dos salários dos grevistas, o afastamento passa a ser considerado como **interrupção** do contrato de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento²⁴⁹ classifica a greve como suspensão coletiva do contrato de trabalho, uma vez que quanto ao número de empregados a greve há de ser sempre de mais de um empregado.

RECAPITULANDO...

Regra geral, o empregado não tem direito a receber seus salários durante o afastamento por motivo de greve, logo trata-se de *suspensão contratual*.

Caso haja acordo para pagamento dos dias parados (seja por negociação coletiva, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho), passa a ser considerado como **interrupção contratual**.

5.6 Afastamento por motivo de doença a partir do 16º dia (CLT, art. 476)

A doença do empregado é uma das causas mais frequentes de paralisação do contrato de trabalho. O ônus deste afastamento é dividido entre empregador e Previdência Social, uma vez que a empresa é responsável pelo pagamento dos salários nos primeiros quinze dias de afastamento (**interrupção contratual**) e a Previdência Social passa a ser responsável pelo pagamento de benefício a partir do 16º dia de afastamento (**suspensão contratual**).

Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício (art. 476 da CLT). Portanto, se o afastamento por motivo de doença durar mais de quinze dias, o contrato de trabalho será considerado suspenso.

REPITA-SE:

A partir do 16º dia de afastamento, o empregador fica desobrigado de pagar os salários do empregado, ficando tal encargo para a Previdência

Social.

Por fim, configura-se o abandono de emprego quando o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de trinta dias após a cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer.

RECAPITULANDO...

Os primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente de trabalho configuram **interrupção** do contrato de trabalho, pois são remunerados pela empresa e contam-se normalmente no tempo de serviço.

A partir do 16º dia de afastamento por motivo de doença, configura-se **suspensão** do contrato de trabalho.

No caso de afastamento por motivo de acidente do trabalho, a doutrina não é unânime sobre a natureza deste afastamento como veremos a seguir no item 6, “Casos controversos”.

5.7 Aposentadoria por invalidez (CLT, art. 475; Lei n. 8.213/91)

Segundo o art. 475 da CLT, o empregado que for aposentado por invalidez **terá suspenso** o seu contrato de trabalho: *Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.*

A aposentadoria por invalidez é um benefício de prestação continuada cujas regras para concessão foram instituídas pela *Lei n. 8.213/91*, regulamentada pelo *Decreto n. 3.048/99*.

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e sem condições de se submeter a programa de reabilitação profissional que lhe permita o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Enquanto perdurar a incapacidade para o trabalho, o empregado terá direito ao

recebimento das prestações relativas ao benefício.

Segundo o art. 47 da Lei n. 8.213/91, a aposentadoria por invalidez torna-se efetiva **após cinco anos contados da data do início** da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu, senão vejamos: *Art. 47. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:*

*I – quando a recuperação ocorrer **dentro de 5 (cinco) anos**, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:*

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;

II – quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de 50% (cinquenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.

É uma boa pergunta para a prática da advocacia trabalhista: **“O que acontece quando o empregado recupera a capacidade para o trabalho com o respectivo cancelamento do benefício?”** O § 1º do art. 475 da CLT responde a esta indagação: *Art. 475. (...)*

§ 1º Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

Antes da Lei n. 3.807/60, a aposentadoria por invalidez, ao completar cinco anos da vigência, não podia ser mais cancelada e se tornava

definitiva. Nesta época, a matéria chegou a ser sumulada pelo STF: *Súmula 217. Tem direito de retornar ao emprego, ou a ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.*

Sérgio Pinto Martins explica bem as mudanças ocorridas desde então: “Não há na lei previdenciária mais prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez. A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de modo geral, é **provisória**. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais suscetível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar”²⁵⁰.

O autor explica a situação do empregador durante tal período de afastamento que pode durar mais de cinco anos: “O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente. Durante o período em que o empregado estiver afastado pela aposentadoria por invalidez, o seu contrato de trabalho estará suspenso, não sendo necessário o depósito do FGTS, pois esse tempo não será computado na empresa. O benefício será cancelado se o empregado voltar voluntariamente ao exercício de atividade remunerada”²⁵¹.

Em relação à contratação de substituto, o art. 475, § 2º, da CLT preceitua: *Art. 475. (...)*

§ 2º Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

O TST entende da mesma forma, ou seja, que o contrato de trabalho fica suspenso por tempo indeterminado, até a recuperação do empregado,

mesmo após o prazo de cinco anos, garantindo seu retorno ao trabalho: *Súmula 160. Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.*

Portanto, cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após os cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo quanto ao pagamento das verbas rescisórias devidas.

LEMBRE-SE:

Se o empregador preferir indenizar o empregado em vez de readmiti-lo, deve, para fins de indenização por despedida sem justa causa, levar em conta as vantagens advindas à categoria daquele no período de seu afastamento. Na hipótese de o empregado ser portador de estabilidade, a indenização deverá ser paga em dobro.

Sobre o tema, veja a decisão do Tribunal Regional da 15a Região:

Vetada a rescisão do contrato de trabalhador aposentado por invalidez Por Luiz Manoel Guimarães

A 10a Câmara do TRT da 15a Região negou provimento ao recurso ordinário de uma refinaria de açúcar que pretendia rescindir o contrato de trabalho de um ex-empregado que foi aposentado por invalidez. A aposentadoria suspendeu a vigência do contrato, que pode voltar a vigorar caso o benefício concedido ao trabalhador seja extinto, na hipótese de ele tornar a reunir condições para o trabalho.

Para pleitear a rescisão, a empresa argumentou ter encerrado suas atividades na unidade de Limeira, Município em que o ex-empregado lhe prestou serviço e onde a ação teve início, na 2a Vara do Trabalho local. A relatora do acórdão no TRT, desembargadora federal do trabalho Elency Pereira Neves, ponderou, no entanto, que o pedido da empresa poderia ser acolhido somente se tivesse ocorrido o encerramento de todas as suas atividades, com a consequente extinção da pessoa jurídica, e não apenas o fim do funcionamento de uma de suas unidades.

“Com base nos arts. 2º e 475 da CLT, tem a empregadora o dever de manter a suspensão do contrato de trabalho, em respeito a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, pois permite a manutenção da vinculação a plano de saúde e de outros deveres contratuais benéficos ao trabalhador”, assinalou a relatora, em seu voto. “A suspensão do contrato pela aposentadoria por invalidez é direito do empregado como

pessoa física e deve ser preservada sempre que se vislumbre a existência de uma condição favorável, no caso, a transferência do contrato para outro estabelecimento da mesma empregadora”, lecionou. “Ainda que a empresa entenda pela eventual impossibilidade de aproveitamento do reclamante nas outras unidades da empresa, certo é que deve respeitar o art. 475 da *CLT* e aguardar possível cancelamento do benefício previdenciário, quando lhe será facultada a possibilidade de indenizar o empregado por rescisão do contrato de trabalho” (RO 0374-2008-128-15-00-2 RO, j. em 13-3-2009).

5.8 Participação em curso ou plano de qualificação profissional de dois a cinco meses, com pagamento de bolsa ao empregado (CLT, art. 476-A)

No Brasil, a Medida Provisória 2.161-41, de 24-8-2001 (ainda em vigor na forma do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001), acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 476-A, regulando a suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

A tentativa legislativa foi de estimular a oferta e a manutenção de empregos por meio de previsão legal para que o próprio empregador ofereça cursos de qualificação profissional para seus empregados.

Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “a intensa atividade legislativa do Governo Federal, no sentido de dar flexibilidade às normas de direito material e de simplificar e descentralizar do Poder Judiciário as de direito processual, repercutiu também na disciplina da suspensão executiva do contrato individual de trabalho. Como em outros aspectos das modificações, aqui será possível observar-se o interesse no fortalecimento da participação das representações sindicais na contratação do trabalho subordinado e, em contrapartida, a transferência para elas da responsabilidade pela viabilização das novas normas, o que não deixa de ser um modo de investi-las na competência normativa das relações de trabalho”²⁵².

Os autores intitulam essa forma de suspensão contratual de **suspensão negociada do contrato individual de trabalho** e explicam o motivo: “O

único denominativo capaz de associar a nova figura legal com sua *natureza e finalidade* é de *suspensão negociada do contrato individual*. Efetivamente, o que a medida provisória autoriza é um ajuste de vontades, no sentido de parar, por espaço determinado de tempo, a execução do contrato individual de emprego, proporcionando ao empregado, em troca, a participação em curso ou programa de qualificação profissional de responsabilidade do empregador”²⁵³.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, esta figura “significa suspensão temporária do trabalho. É ficar o trabalhador em disponibilidade por certo tempo, até a recuperação da empresa. Seria uma espécie de licença remunerada do trabalhador, que fica em casa e não é dispensado. A empresa não faz a dispensa, pois precisa de trabalhadores qualificados. Pode determinar que o empregado faça cursos de qualificação profissional. Nos Estados Unidos, o *lay off* é feito por meio de negociação coletiva, segundo critérios de idade, estado civil, tempo de serviço. Pode haver redução de salário e suspensão de encargos sociais”²⁵⁴.

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “o instituto em questão procura oferecer um meio de se qualificar profissionalmente os empregados e, ao mesmo tempo, disponibilizar uma forma de se enfrentar crises econômicas passageiras, evitando a cessação dos contratos de trabalho”²⁵⁵.

É importante conhecer essa nova modalidade de suspensão do contrato de trabalho, pois o art. 476 A contém uma série de detalhes que podem ser bem aproveitados para a prática da advocacia trabalhista *Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser **suspense**, por um período de **2 (dois) a 5 (cinco) meses**, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação.*

§ 1º Após a autorização concedida por intermédio de convenção ou acordo coletivo, o

empregador deverá notificar o respectivo sindicato, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da suspensão contratual.

§ 2º *O contrato de trabalho não poderá ser suspenso em conformidade com o disposto no caput deste artigo mais de uma vez no período de 16 (dezesesseis) meses.*

(...)

§ 7º *O prazo limite fixado no caput 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.*

Esta modalidade de suspensão contratual depende de **negociação coletiva** (convenção ou acordo coletivo) para ser considerada válida. É também necessária a aquiescência formal do empregado. Além disso, o empregador deverá comunicar o sindicato com antecedência de quinze dias.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk aprofundam a discussão sobre a constituição jurídica deste novo instituto abordando sua natureza dupla de vontade coletiva e individual: “Pelo art. 476-A da CLT percebe-se haver uma concorrência das vontades *coletiva e individual*, na medida em que estabelece como *condição prévia* do pacto individual de suspensão temporária a celebração do *ajuste coletivo*, sob uma das duas formas autorizadas na lei trabalhista. Note-se, ademais, que, no campo do direito individual, a *suspensão temporária* é ato necessariamente bilateral, já que a lei exige a *aquiescência do empregado* para formalizá-lo. O mecanismo é similar ao adotado pela Lei n. 9.601, de 22-1-1988, para o novo tipo de *contrato de duração determinada* acrescido ao art. 443, § 2º, da CLT, impropriamente confundido com o *contrato temporário*. O fato de a MP n. 1.726/98 aludir à *aquiescência formal* do empregado instiga a indagar se o ajuste individual para a suspensão deverá obedecer à *forma escrita*. Assim não nos parece, pois a expressão *formal* equivale ao sentido de *claro, manifesto, patente, inconfundível com escrito*”²⁵⁶.

Logo, pode ser considerada como uma forma de flexibilização autônoma, uma vez que o legislador condicionou a validade da nova figura

jurídica à participação obrigatória do sindicato. Na prática, poucos sindicatos têm se utilizado desta importante forma de combate ao desemprego.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk continuam sua análise sobre o art. 476-A e seu enquadramento dentro da classificação formal das suspensões do contrato de trabalho. Vejamos suas ilustres palavras: “Se pensarmos nas suspensões contratuais à luz de suas *causas*, iremos concluir que a *suspensão negociada* se caracteriza como *voluntária condicionada* – sendo a condição representada pela *prévia autorização sindical* mediante instrumento normativo adequado. Se refletirmos, porém, sob o prisma da sua *morfologia*, a *suspensão negociada* passa exibir *natureza híbrida*, pela conjugação na substância de que se forma de elementos de Direito Coletivo e Individual do Trabalho. Isso porque a *efetividade* do ajuste individual dessa suspensão *depende necessariamente da negociação coletiva consumada em instrumento normativo*, dependendo a própria *eficácia do negócio já autorizado* da comunicação ao sindicato profissional próprio, com antecedência de pelo menos quinze dias em relação ao início de vigência”²⁵⁷.

É importante memorizar que o período de suspensão do contrato de trabalho pode variar de **dois a cinco meses**, ou seja, não pode ser inferior a dois meses tampouco superior a cinco meses, pois estes são os limites temporais autorizados pelo legislador.

O prazo máximo de cinco meses 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.

Além disso, se o empregador desejar suspender novamente o contrato de trabalho, deverá respeitar o lapso mínimo de **dezesesseis meses** entre uma suspensão e outra.

Art. 476-A. (...)

§ 3º O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do caput deste artigo, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo.

§ 4º Durante o período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador.

O empregado com contrato suspenso para tal fim faz jus a uma bolsa de qualificação profissional, a ser custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), em conformidade com o disposto em convenção ou acordo coletivo celebrado para este fim (art. 2º-A da Lei n. 7.998/90).

Uma vez ultimados todos os pressupostos legais e convencionais, o FAT custeará a bolsa de qualificação profissional (BQP). Consoante expressa previsão da nova redação introduzida na Lei n. 7.998/90 em seu art. 3º-A, tanto a periodicidade, os valores e o cálculo do número de parcelas quanto os pré-requisitos de habilitação e os demais procedimentos operacionais de pagamento da BQP serão os mesmos adotados em relação ao benefício do seguro-desemprego (exceto quanto ao requisito da dispensa sem justa causa).

Nos termos do disposto na Lei n. 7.998/90:

Art. 3º O empregado terá direito à bolsa de qualificação profissional (BQP) quando comprovar:

I – que recebeu salários nos 6 (seis) meses anteriores ao início da suspensão;

II – ter sido empregado ou contribuído como autônomo durante 15 (quinze) meses, nos últimos 2 (dois) anos anteriores à suspensão;

III – não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, salvo auxílio-acidente, auxílio suplementar da Lei n. 6.367/76 e abono de permanência de que trata a Lei n. 5.890/73;

IV – não estar em gozo do auxílio-desemprego; e

V – não possuir renda própria para sustento seu e de sua família.

O empregador beneficiário do Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT) poderá estender o benefício aos empregados que estejam com o contrato suspenso para participação em curso ou programa de qualificação

profissional, por período de até cinco meses (art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.321/76).

Para efeitos de eventual e posterior habilitação ao seguro-desemprego, o período de suspensão contratual do art. 476-A não será considerado no cálculo dos interstícios de que tratam os incisos I e II, acima mencionados.

Do ponto de vista previdenciário, o empregado mantém sua qualidade de segurado, mesmo sem haver prestação de serviço ou percepção de salários, nem contribuição previdenciária (art. 15, II, da Lei n. 8.213/91).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk entendem que esse tipo de suspensão contratual acaba promovendo uma alimentariedade correspondente à de uma espécie de *meio-emprego*. Vejamos a brilhante explicação dos autores: “Sendo suspensão *total*, a *suspensão negociada* priva o empregado da fonte alimentar do salário. Mas, tendo sido instituída para combate ao desemprego, causa direta de privação dessa fonte ao trabalhador, é claro que Medida Provisória deveria criar mecanismos que assegurassem seu sustento no período de hibernação contratual. Isso está feito através da *bolsa de qualificação profissional*, a que tem direito o empregado enquanto, simultaneamente, está suspenso seu contrato e lhe está sendo aplicado o curso ou programa proporcionado pelo empregador. A fonte substitutiva do salário será completada pela *ajuda compensatória*, quando houver. O resultado é de alimentariedade correspondente à de uma espécie de *meio-emprego*, considerando que bolsa e ajuda não alcançarão o valor do salário auferido no pleno emprego”²⁵⁸.

Art. 476-A. (...)

§ 5º Se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos 3 (três) meses subsequentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, 100% (cem por cento) sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato.

§ 6º Se durante a suspensão do contrato não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador,

ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo.

A consequência da dispensa do empregado no curso da suspensão do contrato de trabalho, ou no período de três meses seguintes ao seu término, é a seguinte: o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor (verbas rescisórias), multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, 100% sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato.

A referida multa tem natureza de penalidade, pela conduta do empregador de dispensar o empregado durante a suspensão do contrato de trabalho, ou nos três meses subsequentes ao seu retorno ao trabalho. Não se trata de verba de natureza salarial, mas indenizatória, ainda que a base de cálculo utilizada para se chegar ao valor da multa seja a remuneração mensal do empregado.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk destacam uma importante exceção do art. 476-A em relação às demais hipóteses de suspensão do contrato de trabalho: a possibilidade de cessação do contrato de trabalho, nestes termos: “É importante considerar que, ao contrário da regra imperante para as demais formas de suspensão do contrato individual, **é possível rompê-lo unilateralmente**, mesmo estando suspenso por acordo das partes. Entretanto, se o empregador operar, *sem justa causa*, o rompimento do contrato ao longo da *suspensão negociada*, ficará sujeito a pagar *as parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor e multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo*. Trata-se, portanto, de dois efeitos. O primeiro, desencadeado *ope legis*, simplesmente dá ao contrato o tratamento dispensado ao de duração indeterminada. O segundo nasce do instrumento normativo que autorizar a própria suspensão, com o perfil de indenização tarifada do dano causado ao empregado”²⁵⁹.

RECAPITULANDO...

Objetivo: suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional.

Requisitos: negociação coletiva e concordância formal do empregado com comunicação prévia da suspensão com 15 dias.

Prazo: 2 a 5 meses, respeitado o lapso de 16 meses para nova suspensão. O prazo pode ser prorrogado mediante negociação coletiva mais aquiescência formal do empregado e com o empregador arcando com o ônus da bolsa.

Remuneração: empregado recebe bolsa paga com recursos do FAT (natureza de seguro social – tratamento igual ao do seguro-desemprego) e pode haver ajuda compensatória mensal pelo empregador com previsão na norma coletiva, mais PAT e outros benefícios voluntários.

Fraude trabalhista: para evitar fraude, deve haver efetiva participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

CessaçãO contratual: pode haver a dispensa sem justa causa, contudo, é devido o pagamento das verbas rescisórias além de multa prevista na norma coletiva de, no mínimo, 100% do valor da última remuneração e as parcelas da bolsa FAT serão descontadas do seguro-desemprego.

5.9 Ausência do empregado por motivo de prisão

PERGUNTA-SE

- 1) O que acontece com o contrato de trabalho do empregado que é preso? Fica suspenso?
- 2) Pode o empregador demitir por justa causa?

1) Quando não há prova ainda da culpa do empregado, pelo contrário, presume--se sua inocência, até que seja julgado definitivamente, o correto é suspender o contrato de trabalho enquanto perdurar a prisão.

Situação diferente é quando o empregado é condenado com aplicação de pena privativa de liberdade, pois conforme o art. 482, d, da CLT, é possível a aplicação de justa causa, vejamos sua redação: *Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:*

(...)

d) Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena.

2) Logo, a justa causa, penalidade máxima a ser imposta ao empregado, somente pode ser aplicada quando presentes dois requisitos: **a)** houver sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, quando da decisão não couber nenhum recurso; e **b)** inexistência de suspensão de execução da pena (suspensão condicional da pena – *sursis*).

Portanto, somente quando o empregado for condenado com aplicação de pena privativa da liberdade, cuja decisão transitou em julgado, será possível a demissão por justa causa.

O empregador que pretender rescindir o contrato de trabalho por justa causa com o empregado preso deverá requerer à autoridade competente uma certidão do recolhimento dele à prisão. A certidão é a prova de que o empregado não poderá comparecer mais ao serviço, uma vez que foi considerado culpado e terá que cumprir sua pena de reclusão.

Quanto à forma de comunicação da justa causa, lembramos que, dependendo do caso, se o empregado já tiver sido recolhido à prisão, impossibilitando seu comparecimento ao trabalho, o empregador deverá notificá-lo da sua rescisão contratual na prisão, através de um comunicado enviado pelo correio, com aviso de recebimento (AR), solicitando a nomeação de procurador com poderes específicos para o recebimento das verbas rescisórias.

Caso, entretanto, o empregado não constitua procurador para comparecer no ato da homologação da rescisão perante o sindicato profissional, o empregador poderá requerer a declaração do respectivo órgão de que lá esteve na data e horário marcados, sem a presença do empregado ou de seu procurador, no que possibilitará ao empregador proceder imediatamente ao depósito das verbas devidas em conta bancária do empregado, ou, se ele não possuir conta em banco, o empregador deverá ajuizar ação de consignação em pagamento perante a Justiça do

Trabalho, de forma que se proceda ao pagamento em juízo das verbas devidas ao empregado.

Situação totalmente diferente ocorre quando o empregado é acusado de um crime e é preso para investigação, ou mantido sob qualquer tipo de custódia de autoridade policial.

Nesta hipótese, o empregado não comparece ao serviço, pois está preso e sendo acusado de um crime. Não há prova ainda de sua culpa, pelo contrário, presume-se sua inocência, até que seja julgado definitivamente.

Assim, o correto é suspender o contrato de trabalho enquanto perdurar a prisão. Caso o empregado for absolvido e colocado em liberdade, ele terá o direito de reassumir a função que anteriormente ocupava na empresa.

A decisão abaixo permite uma visão bem clara da questão:

“A 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por unanimidade de votos, manteve a sentença de primeiro grau que condenou a B. – Administração e Serviços Ltda. e, subsidiariamente, o Condomínio L.S. Hotel Residence a pagarem as verbas rescisórias da demissão de empregado que foi preso durante cinco meses e inocentado. A empresa o demitiu por justa causa sob a alegação de abandono do emprego. Segundo o Juiz Braz Henriques de Oliveira, relator do processo, é evidente a inexistência de abandono de emprego, pois o afastamento do trabalho não foi causado por interesse do empregado em se desvincular da empresa, mas da sua impossibilidade de comparecer ao serviço, já que se encontrava sob custódia da autoridade policial. Tão logo em liberdade, ele compareceu ao trabalho, momento em que foi informado de sua demissão. *Segundo o relator, a prisão, por si só, não pode ser motivo para a rescisão do contrato de trabalho*, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII, consagra o princípio da inocência, pontificando que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, ou seja, até o fim do processo. Em seu entendimento, *o período de afastamento há que ser considerado suspensão do contrato do trabalho, não sendo objeto de contagem no tempo de serviço e nem para fins de recolhimento do FGTS*” (ROPS 00143-2005-011-10-00-3, TRT da 10ª R., publ. 20-7-2005).

DICA:

A polêmica da possibilidade de demissão por justa causa do famoso caso do goleiro Bruno do Flamengo pode ser um bom exemplo prático sobre este tema, vamos recordar dos fatos?

Bruno se encontrava preso de forma provisória, aguardando o término do inquérito para futura propositura de Denúncia e abertura de Ação Penal, quando o Clube Flamengo divulgou a notícia da decisão da sua demissão por justa causa transcrita abaixo: **Flamengo decide demitir goleiro Bruno por justa causa, mas não define data** Por Wanderley Filho

Bruno está preso suspeito do desaparecimento de Eliza Samudio

Após reunião realizada no sábado (31), entre a presidente do Flamengo, Patrícia Amorim, e o vice-presidente jurídico do clube, Rafael de Piro, a decisão de demitir por justa causa o goleiro Bruno, preso em Contagem (MG), foi definida.

O clube decidiu seguir a orientação de sua comissão de juristas formada para tratar do assunto. O desligamento de Bruno será concretizado, no entanto, ainda não existe data para assinar a demissão.

Apesar da convicção da presidente do Flamengo, os presidentes do conselho fiscal e administrativo do rubro-negro estão receosos com a demissão do goleiro por justa causa. Eles temem que o clube vire refém do jogador e contraia dívida milionária se nada for provado contra o ex-camisa 1.

Em 1999 o então presidente do Flamengo Edmundo Santos Silva demitiu o jogador Romário por justa causa e após uma disputa judicial, o ex-atacante venceu e hoje recebe cerca de R\$ 100 mil mensais devido ao episódio.

Para Rafael de Piro, isso não deve acontecer, pois a presidente, antes de tomar a decisão de demitir Bruno, consultou três vezes a comissão jurídica – Mário Pucheu (advogado), Theophilo Miguel (juiz federal), Marcus Faver, Siro Darlan, Walter D’Agostino, Marcelo Antero e José da Fonseca Júnior (desembargadores) – para se proteger de futuros problemas (*UOL Esporte*, 1º-8-2010).

O correto seria o seguinte: enquanto o empregado encontrar-se preso, considera-se suspenso o seu contrato de trabalho, não gerando qualquer efeito para nenhuma das partes. Foi o que o Clube Flamengo acabou fazendo, decidindo não demitir mais o atleta por justa causa e sim suspender seu contrato de trabalho: “Consoante deliberação unânime da Comissão instituída para o caso, constituída pelos juristas notáveis: Mário Pucheu, advogado, Theophilo Miguel, juiz federal, os desembargadores Marcus Faver, Siro Darlan e Walter D’Agostino, além dos desembargadores do trabalho Marcelo Antero e José da Fonseca Martins Júnior, o Clube de Regatas do Flamengo – que nenhuma relação tem com

o fato ocorrido – vem comunicar a **suspensão do contrato de trabalho** do atleta Bruno Fernandes das Dores de Souza, até que os fatos sejam inteiramente apurados. Ao ensejo, esclarece que o Dr. Michel Assef Filho não representa os interesses do **clube** nesta questão” (nota do *Globo Esporte*).

Por fim, outra hipótese bem comum também se dá quando o empregado é preso em flagrante, muitas vezes até dentro da empresa, por motivos como tráfico de entorpecentes. Veja a jurisprudência a respeito: **Semiaberto. Contrato de trabalho pode ser suspenso se empregado é preso** Preso em regime semiaberto pode ter o contrato de trabalho suspenso. O entendimento é da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que rejeitou Agravo de Instrumento de funcionário preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, que pretendia receber salário pelo período em que foi autorizado a trabalhar fora do presídio mas ficou afastado do emprego.

O empregado do Sesc — Serviço Social do Comércio do Distrito Federal, preso com 58 frascos de lança-perfumes, em janeiro de 2001, pediu para receber salários e o cálculo de verbas de rescisão do período que ficou afastado. Ele alegou que entre outubro de 2001, quando obteve autorização da Vara de Execuções, e abril de 2003 estava à disposição do Sesc, impossibilitado de manter outro vínculo empregatício e de retornar aos estudos na faculdade.

A Vara do Trabalho e o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal) negaram o pedido. Para o TRT, o período de afastamento do empregado não poderia ser considerado para qualquer efeito, pois o contrato foi suspenso por “fato alheio à vontade do empregador”, ou seja, a prisão em flagrante. Segundo o Tribunal, também não ficou comprovada a alegação de que o Sesc se recusou a recolocar o funcionário em sua função de técnico de informática.

O Sesc alegou que foi obrigado a submeter o pedido de retorno do empregado à apreciação de sua área jurídica. Como a ação penal contra o empregado ainda não havia transitado em julgado, o parecer foi de que se mantivesse o contrato em suspenso.

Em outro pedido, houve parecer favorável ao prosseguimento do contrato de trabalho, iniciado em maio de 1999. O Sesc justificou que preocupado com as questões sociais que envolviam o caso, autorizou o empregado a voltar ao trabalho em abril de 2003, já que, a princípio, o contrato poderia continuar suspenso até o trânsito em julgado da decisão criminal, quando, por “imperativo legal”, ele seria demitido por justa causa. Alegou ainda

que rescindiu o contrato a pedido do empregado, porém ele não compareceu ao sindicato para a homologação da rescisão e o recebimento de R\$ 1,6 mil.

A defesa do técnico de informática buscou a reforma da decisão do TRT, dizendo que a decisão viola o art. 474 da CLT: “A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”. O relator, juiz convocado Ronald Cavalcante Soares, disse que o TRT não tratou dessa questão, e que processualmente é incabível o exame do Recurso de Revista (j. em 10-11-2005).

6. CASOS CONTROVERSOS

A legislação trabalhista atenuou as repercussões drásticas da suspensão contratual em situações excepcionais. Nesses casos, o ônus da suspensão é distribuído com o empregador, uma vez que os fatores suspensivos são alheios à vontade do empregado.

É o que se passa com os seguintes tipos de afastamento: serviço militar, acidente de trabalho a partir do 16º dia de afastamento (após a concessão do benefício previdenciário) e licença-maternidade.

A doutrina trabalhista diverge sobre a classificação de tais hipóteses excepcionais como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho.

Vejam as razões da divergência doutrinária em cada uma dessas três situações.

6.1 Serviço militar

A Lei n. 4.375/64 dispõe sobre a natureza, obrigatoriedade e duração do serviço militar nas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica).

Todo brasileiro naturalizado ou por opção é obrigado a prestar o Serviço Militar no ano em que completar 18 (dezoito) anos de idade, apresentando-se na Junta de Alistamento Militar do Município independentemente de avisos ou notificações na época própria.

A referida obrigação em tempo de paz começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 anos.

O Comandante, Diretor ou Chefe da Organização Militar em que for incorporado ou matriculado o convocado comunicará ao empregador a pretensão do convocado em manter o emprego, ou, se for o caso, o engajamento concedido. Essas comunicações deverão ser feitas dentro de vinte dias que se seguirem à incorporação ou concessão do engajamento.

O art. 472 da CLT cuida da incorporação do empregado ao serviço militar, ou seja, de seu afastamento obrigatório do emprego: *Art. 472. O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.*

A estabilidade de emprego inicia-se com a convocação do empregado para prestar o serviço militar obrigatório, e não com o alistamento, e perdura até trinta dias contados da data em que se verificar a respectiva baixa do serviço militar, conforme o § 1º do art. 472 da CLT: *Art. 472. (...)*

§ 1º Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo a que estava obrigado.

PEGADINHA:

O simples alistamento do empregado não enseja a pretensa garantia de emprego, a qual é assegurada, tão somente, quando da efetiva prestação do serviço militar, conforme jurisprudência abaixo: “O simples alistamento não cria a estabilidade perseguida pelo ora agravante. Dessa forma, tanto as normas acima citadas quanto a cláusula normativa possuem por objetivos garantir o emprego àqueles que, em decorrência do serviço militar obrigatório, fiquem impossibilitados de comparecer ao trabalho, o que, por óbvio, não era o caso do reclamante” (ROPS 1054-2007-018-15).

“ALISTAMENTO MILITAR. AFASTAMENTO DO TRABALHO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Na forma da iterativa jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, é o afastamento do empregado de suas funções que lhe confere o direito à estabilidade provisória prevista no art. 472 da CLT. O simples alistamento, etapa obrigatória e prévia ao recrutamento, não con-siste no afastamento do trabalho e suspensão do contrato” (TRT-12 – RO: 00007494120145120010 SC 000074941.2014.5.12.0010, rel. Sonia Maria Ferreira Roberts, Secretaria da 1ª Turma, Data de Publicação: 10-10-2016).

Durante o afastamento por serviço militar, não há trabalho nem pagamento de salários, contudo o tempo de afastamento é computado para

efeito de estabilidade, segundo o art. 4º, parágrafo único, da CLT: *Art. 4º (...)*

Parágrafo único. Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

Além disso, os depósitos do FGTS são obrigatórios em caso de afastamento por motivo de serviço militar (inciso III do art. 28 do Decreto n. 99.684/90).

Quanto às férias do empregado afastado por serviço militar, *o tempo de trabalho anterior à apresentação do empregado para serviço militar obrigatório será computado no período aquisitivo, desde que ele compareça ao estabelecimento dentro de 90 (noventa) dias da data em que se verificar a respectiva baixa*, conforme previsão expressa do art. 132 da CLT.

A legislação trabalhista atenuou as repercussões drásticas da suspensão contratual em situações excepcionais. Nestes casos, o ônus da suspensão é distribuído com o empregador, uma vez que os fatores suspensivos são alheios à vontade do empregado. É o que se passa com o afastamento devido ao serviço militar.

A doutrina trabalhista diverge sobre a classificação de tal hipótese excepcional como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho. Veja a posição dos principais doutrinadores.

Alice Monteiro de Barros entende que este tipo de afastamento deve ser considerado como suspensão do contrato de trabalho, contudo, afirma que “*paira controvérsia sobre esta hipótese e da alínea j (acidente do trabalho)*”. Há quem sustente tratar-se de interrupção do contrato de trabalho, porque o tempo de serviço do empregado é computado para certos efeitos”²⁶⁰.

Maurício Godinho Delgado entende que os efeitos jurídicos são mínimos, portanto defende que se trata de hipótese de suspensão: “É que,

afinal, na situação em exame, quase todas as cláusulas contratuais ficam sustadas no período de afastamento – o que se ajusta a 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, figura suspensiva”²⁶¹.

Vólia Bomfim Cassar²⁶² e Valentin Carrion²⁶³ adotam a mesma posição de Godinho e de Alice, ou seja, que este tipo de afastamento trata-se de suspensão do contrato de trabalho.

Assim a jurisprudência dos nossos tribunais:

“RECURSO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. Alegações recursais genéricas que não desconstituem os fundamentos da sentença não justificam o provimento do apelo. GARANTIA DE EMPREGO. ALISTAMENTO MILITAR – ESTABILIDADE. NORMA CONVENCIONAL. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECUSA AO TRABALHADOR EM RETORNAR AO TRABALHO. Não havendo justo motivo para a rejeição da reconsideração da ruptura contratual e não evidenciada a má-fé do empregador, ou prática de ato discriminatório, a recusa do retorno ao emprego não justifica o direito do autor” (TRT-15 – RO: 15735220125150053 SP 048127/2013-PATR, rel. Luiz Antonio Lazarim, Data de Publicação: 14-06-2013).

“ALISTAMENTO MILITAR. GARANTIA DO RETORNO AO EMPREGO. O mero alistamento militar não gera ao empregado o direito à garantia no emprego até trinta dias que se seguirem ao licenciamento ou término de curso. Imprescindível a incorporação ou matrícula do convocado ou voluntário e desde que essa situação impeça-o de continuar a prestação de serviços em benefício do empregador (art. 60 da Lei do Serviço Militar)” (TRT-PR-00759-2007-092-09-00-6-ACO-35938-2007, 1ª T., rel. Tobias de Macedo Filho, DJPR de 7-12-2007).

6.2 Acidente de trabalho

Inicialmente, destacamos que os efeitos mínimos gerados no contrato de trabalho em caso de afastamento por motivo de acidente do trabalho (a partir do 16º dia) são os mesmos da hipótese de serviço militar estudado acima.

Há, portanto, a contagem do tempo de serviço para efeito de indenização

de estabilidade (parágrafo único do art. 4º da CLT).

Além disso, os depósitos do FGTS são obrigatórios em caso de licença decorrente de acidente de trabalho (inciso III do art. 28 do Decreto n. 99.684/90). Assim a jurisprudência: “DEPÓSITOS DE FGTS DURANTE O AFASTAMENTO POR ACIDENTE DE TRABALHO. CABIMENTO. O art. 15, § 5º, da Lei n. 8.036/90 determina a obrigação de depósitos de FGTS durante o afastamento para prestação de serviço militar e licença por acidente de trabalho. O art. 28, III, do Decreto n. 99.684/90, à sua vez, determina: ‘O depósito na conta vinculada do FGTS é obrigatório também nos casos de interrupção do contrato de trabalho prevista em lei, tais como: I – prestação de serviço militar; II – licença para tratamento de saúde até 15 (quinze) dias; III – licença por acidente de trabalho; IV – licença à gestante; e V – licença à paternidade’. Embora o INSS não tenha reconhecido a hipótese da doença profissional, o Judiciário acabou por assim declarar, tudo a evidenciar que os afastamentos sempre ocorreram em razão das circunstâncias que motivaram suspensão do contrato de trabalho, ou seja, em razão do acidente de trabalho por doença profissional. Assim, se a ré reconhece que não pagou o FGTS sob alegação de que a recorrida sempre esteve afastada por auxílio-doença previdenciário, mas a hipótese de acidente de trabalho foi reconhecida, o que se tem é que a empresa estava sim obrigada a recolher os valores correspondentes ao FGTS em conta vinculada da trabalhadora” (Acórdão n. 20100179880, RO 00172200702202004, TRT/SP).

Quanto às férias, o empregado afastado por motivo de acidente de trabalho perderá o direito de férias se tiver percebido da Previdência Social prestações por acidente de trabalho por mais de seis meses, embora descontínuos (art. 134, IV, da CLT).

A legislação trabalhista atenuou as repercussões drásticas da suspensão contratual em situações excepcionais. Nestes casos, o ônus da suspensão é distribuído com o empregador, uma vez que os fatores suspensivos são

alheios à vontade do empregado. É o que se passa com o afastamento devido a acidente do trabalho a partir do 16º dia, como vimos acima.

A doutrina trabalhista tem divergido sobre a classificação de tal hipótese excepcional como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho. Veja a posição dos principais doutrinadores.

Maurício Godinho Delgado entende novamente que os efeitos jurídicos são mínimos, portanto defende que se trata de hipótese de suspensão, e argumenta que “embora se esteja diante de uma suspensão, a lei atenua os efeitos drásticos da figura suspensiva neste caso enfocado, 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)”²⁶⁴.

Alice Monteiro de Barros entende que este tipo de afastamento deve ser considerado como suspensão do contrato de trabalho, contudo, afirma que “paira controvérsia sobre esta hipótese (serviço militar) e da alínea *j* (acidente do trabalho). Há quem sustente tratar-se de interrupção do contrato de trabalho, porque o tempo de serviço do empregado é computado para certos efeitos”²⁶⁵.

Vólia Bomfim Cassar²⁶⁶ adota a mesma posição de Godinho e de Alice, ou seja, que este tipo de afastamento se trata de suspensão do contrato de trabalho.

Por outro lado, Sérgio Pinto Martins²⁶⁷ entende que se trata de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, tendo em vista a geração de efeitos no contrato de trabalho.

6.3 Licença-maternidade

Segundo o art. 7º, XVIII, da CF, a empregada tem direito à licença-maternidade de 120 dias custeada pelo INSS. A empregada receberá o benefício previdenciário diretamente pelo empregador, enquanto perdurar o afastamento, sendo este compensado contabilmente pela empresa com o

INSS.

Durante o afastamento da empresa, não há trabalho e não há pagamento de salários pelo empregador, contudo, o período de afastamento é computado para todos os efeitos legais.

A legislação trabalhista atenuou as repercussões drásticas da suspensão contratual em situações excepcionais. Nestes casos, o ônus da suspensão é distribuído com o empregador, uma vez que os fatores suspensivos são alheios à vontade do empregado. É o que se passa com o afastamento em caso de licença-maternidade.

A doutrina trabalhista tem divergido sobre a classificação de tal hipótese excepcional como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho.

Uma vertente interpretativa defende que se trata de **suspensão** do contrato de trabalho, uma vez que a principal obrigação do empregador (pagamento dos salários) passa a ser suportada pela Previdência Social. É a posição dos seguintes juristas: Alice Monteiro de Barros²⁶⁸, Mozart Victor Russomano²⁶⁹, Amauri Mascaro Nascimento²⁷⁰, Vólia Bomfim Cassar²⁷¹, Otávio Bueno Magano²⁷², dentre outros.

Em posição oposta, outra vertente doutrinária defende que se trata de **interrupção** do contrato de trabalho, uma vez que a empregada gestante tem o seu tempo de afastamento computado para todos os efeitos legais. É a posição dos seguintes juristas: Sérgio Pinto Martins²⁷³, Valentin Carrion²⁷⁴, Maurício Godinho Delgado²⁷⁵, dentre outros.

Vejamos a posição de dois desses doutrinadores.

Maurício Godinho Delgado entende que os efeitos jurídicos são praticamente plenos, portanto, defende que se trata de hipótese de interrupção: “De fato, todos os efeitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Trata-se de um caso de interrupção contratual 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”²⁷⁶.

Alice Monteiro de Barros entende que este tipo de afastamento deve ser considerado como suspensão do contrato de trabalho e afirma que “situamos essas hipóteses como de suspensão do contrato de trabalho, porque não há salário. A retribuição é paga pelo órgão previdenciário. Essa também é a posição de José Luiz Ferreira Prunes, de Mozart Victor Russomano, entre outros, mas a matéria é polêmica, havendo autores que a incluem entre as hipóteses de interrupção”²⁷⁷.

O direito ao salário-maternidade em caso de adoção de criança vem estatuído no art. 393-A da CLT.

RECAPITULANDO...

Hipóteses de interrupção	Hipóteses de suspensão
Férias, repouso semanal remunerado (RSR) e feriados (art. 129 da CLT e Lei n. 605/49)	
Licença-paternidade (art. 7º, XIX, da CF)	
Licença-maternidade (<i>controvertido</i>) e o período em que a trabalhadora tem para descansar (duas semanas – art. 395 da CLT), em face de aborto não criminoso	
	Diretor Estatutário (Súmula 269 do TST)
	Aposentadoria por invalidez (art. 475 da CLT)
	Serviço militar (art. 472 da CLT)
Faltas legais (art. 473 da CLT) e faltas justificadas	Faltas injustificadas e suspensão disciplinar

Doença (os 15 primeiros dias pagos pelo empregador)	a partir do 16º dia do auxílio-doença previdenciário
Acidente (os 15 primeiros dias pagos pelo empregador)	a partir do 16º dia do auxílio-doença acidentário previdenciário (<i>controverso</i>)
Greve, somente se a empresa pagar os dias parados e <i>lock-out</i> (art. 17 da Lei n. 7.783/89)	greves, desde que o empregador não tenha pagado salários pelos dias parados (art. 7º da Lei n. 7.783/89)
Dirigente sindical, se o inquérito judicial for julgado improcedente e for determinado o pagamento de salários relativos ao período da suspensão do trabalhador (art. 543, § 2º, da CLT)	Dirigente sindical, quando o inquérito judicial for julgado procedente ou quando, julgado improcedente, não houver condenação de pagamento dos dias relativos à suspensão
Licença remunerada	Licença não remunerada
	Afastamento para participar em curso de qualificação profissional (art. 476-A da CLT)
Afastamento por 90 dias para inquérito por motivo de segurança nacional (§§ 3º e 5º do art. 472 da CLT)	Após os 90 dias de afastamento para inquérito (§§ 3º e 5º do art. 472 da CLT), por motivo de segurança nacional
Afastamento por 90 dias para inquérito por motivo de segurança nacional (§§ 3º e 5º do art. 472 da CLT)	
Paralisação total ou parcial empresarial (art. 133, III, da CLT)	
Conselho Curador do FGTS (art. 65, § 6º, do Decreto n. 9.9684/90)	
Membro de CCP (art. 625-B, § 2º, da CLT)	
	Encargos públicos civis (art. 472 da CLT)

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Estudaremos a extinção do contrato de trabalho e suas diversas formas. O tema é importante tanto para a advocacia consultiva como contenciosa, tendo em vista a grande rotatividade de empregados na atualidade. A Reforma Trabalhista alterou diversos assuntos relacionados à extinção do contrato que serão estudados aqui com mais cuidado, tendo em vista a sua importância e atualidade.

2. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Na legislação trabalhista brasileira, o tema jornada de trabalho é regulamentado no Capítulo II intitulado “*Da duração de trabalho*”, precisamente nos arts. 58 a 65 da CLT.

O tema “extinção do contrato de trabalho” é regulamentado na CLT no Capítulo V – da Rescisão nos arts. 477 e seguintes.

No campo jurisprudencial, recomendamos a leitura e estudo das seguintes súmulas abaixo: **Súmula n. 13 do TST**

MORA

O só pagamento dos salários atrasados em audiência não ilide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho.

Súmula n. 14 do TST

CULPA RECÍPROCA

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.

Súmula n. 32 do TST

ABANDONO DE EMPREGO

Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

Súmula n. 54 do TST

OPTANTE

Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.

Súmula n. 62 do TST

ABANDONO DE EMPREGO

O prazo de decadência do direito do empregador de ajuizar inquérito em face do empregado que incorre em abandono de emprego é contado a partir do momento em que o empregado pretendeu seu retorno ao serviço.

Súmula n. 73 do TST

DESPEDIDA. JUSTA CAUSA (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21-11-2003
A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória.

Súmula n. 182

AVISO PRÉVIO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA.

O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional prevista no art. 9º da Lei n. 6.708, de 30-10-79.

Súmula n. 230 do TST

AVISO PRÉVIO. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO

É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

Súmula n. 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA I – *O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).*

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – 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.

Súmula n. 276 do TST

AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego .

Súmula n. 330 do TST

QUITAÇÃO. VALIDADE

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e,

consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Súmula n. 338 do TST

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA *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 n. 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 20-6-2001)

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 11-8-2003)

Súmula n. 339 do TST

CIPA. SUPLENTE. GARANTIA DE EMPREGO. CF/1988

I – O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, “a”, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. (ex-Súmula n. 339 – Res. 39/1994, DJ 22-12-1994 – e ex-OJ n. 25 da SBDI-1 – inserida em 29-3-1996)

II – A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável. (ex-OJ n. 329 da SBDI-1 – DJ 9-12-2003)

Súmula n. 369 do TST

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA *I – 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.*

II – 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.

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Súmula n. 371 do TST

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTA

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nºs 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28-11-1995 e 27-11-1998)

Súmula n. 378 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI N. 8.213/91. (inserido item III)

I – É constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213/91 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ n. 105 da SBDI-1 – inserida em 1-10-97)

II – 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. (primeira parte – ex-OJ n. 230 da SBDI-1 – inserida em 20-6-2001)

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no n no art. 118 da Lei n. 8.213/91.

Súmula n. 379 do TST

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 114 da SBDI-1)

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT. (ex-OJ n. 114 da SBDI-1 – inserida em 20-11-97)

Súmula n. 380 do TST

AVISO PRÉVIO. INÍCIO DA CONTAGEM. ART. 132 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Aplica-se a regra prevista no “caput” do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento.

Súmula n. 388 do TST

MASSA FALIDA. ARTS. 467 E 477 DA CLT. INAPLICABILIDADE

A Massa Falida não se sujeita à penalidade do art. 467 e nem à multa do § 8º do art. 477, ambos da CLT.

Súmula n. 441 do TST

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei n. 12.506, em 13 de outubro de 2011.

Súmula n. 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO
– Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27-9-2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

OJ – TST – SDI-I

14. AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO.

Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.

82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

238. MULTA. ART. 477 DA CLT. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL *Submete-se 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.*

253. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA. LEI N. 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE. NÃO ASSEGURADA *O art. 55 da Lei n. 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.*

365. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA *Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à*

estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT).

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/88, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

SÚMULAS DO STF:

Súmula n. 403

É de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável.

Súmula n. 676

A garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, a, do ADCT, também se aplica ao suplente do cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA).

3. FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

O estudo da extinção do contrato de trabalho é de grande importância para o Direito do Trabalho, em face do seu evidente conflito com o princípio da continuidade da relação de emprego.

O contrato de trabalho nasce em certo momento, sofre alterações ao longo do tempo e, por fim, extingue-se.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a terminologia adequada à extinção do contrato de trabalho?
- 2) Quais as modalidades de extinção do contrato de trabalho?
- 3) Quais as verbas rescisórias devidas em cada modalidade de extinção do contrato de trabalho?

1) O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha usa o termo **extinção** do contrato de trabalho em qualquer caso. A legislação portuguesa fala em **cessação** do contrato de trabalho como gênero. A CLT trata a extinção do contrato de trabalho como **rescisão** ao intitular o Capítulo V – Da Rescisão.

Maurício Godinho Delgado faz interessante observação a respeito: “É curioso perceber que a CLT e a própria cultura cotidiana trabalhista se utilizam da expressão rescisão para tratar, indistintamente, de todas as modalidades de ruptura contratual trabalhista”²⁷⁸.

Evaristo de Moraes Filho²⁷⁹ e Octávio Bueno Magano²⁸⁰ adotam o termo **cessação** do contrato de trabalho em qualquer caso.

Orlando Gomes²⁸¹ utiliza os termos civilistas **resolução**, **resilição** ou **rescisão** para a dissolução dos contratos em geral.

Délio Maranhão²⁸² emprega a palavra **dissolução** para especificar os casos em que o contrato chega a seu fim por uma via que não seja normal, comportando as subespécies resilição, resolução, revogação e rescisão.

Maurício Godinho Delgado²⁸³ adota a classificação civilista proposta por Délio Maranhão, explicando cada uma das suas tipologias.

RECAPITULANDO...

A **resilição** contratual corresponde a todas as modalidades de ruptura do contrato de trabalho por exercício lícito da vontade das partes, como, por exemplo: pedido de demissão, dispensa sem justa causa e o distrato.

A **resolução** contratual corresponderia a todas as modalidades de ruptura do contrato de trabalho por descumprimento faltoso de qualquer das partes, como por exemplo, despedida por justa causa e despedida indireta.

A **rescisão** contratual corresponderia a todas as modalidades de ruptura do contrato de trabalho em face de nulidade, como por exemplo, contratos de trabalho cujo objetivo é proibido ou ilícito.

2) Contudo, esta classificação civilista não engloba outras hipóteses de extinção do contrato de trabalho, como, por exemplo: *extinção do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea do empregado, por extinção da empresa, por força maior, por morte do empregador ou do empregado*, dentre outras.

A doutrina trabalhista adota também esta forma de classificar a extinção do contrato de trabalho: **1.** por iniciativa do empregador (dispensa com ou sem justa causa); **2.** por iniciativa do empregado (pedido de demissão, dispensa indireta e aposentadoria espontânea); **3.** por iniciativa de ambas as partes (culpa recíproca ou acordo de comum acordo entre as partes); **4.** por desaparecimento de uma das partes (morte do empregado, morte do empregador ou extinção da empresa); **5.** pela expiração do contrato por prazo determinado; e **6.** por força maior.

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) criou uma nova modalidade de rescisão contratual: acordo comum entre empregado e empregador (art. 484-A da CLT). Estudaremos em mais detalhes esta nova modalidade no **item 8.1.** deste capítulo.

3) Cada modalidade de rescisão do contrato de trabalho implica o pagamento específico de certas verbas rescisórias. Em todas as hipóteses de rescisão contratual de contrato por prazo indeterminado serão devidos os seguintes pagamentos: saldo salarial e férias vencidas.

Sobre verbas rescisórias em caso de contrato por **prazo determinado** *vide* Capítulo 2, subitem 6.1.

Verbas rescisórias devidas em caso de contrato por **prazo indeterminado**:

Modalidade de extinção	Verbas rescisórias
Despedida sem justa causa	Saldo de salário, aviso prévio; férias vencidas e proporcionais com 1/3; gratificação natalina proporcional, FGTS com indenização de 40% e liberação das guias de levantamento do FGTS e do seguro-desemprego.
Pedido de demissão	Saldo salarial, férias vencidas e proporcionais com 1/3 e gratificação natalina proporcional. O empregado deverá conceder o aviso prévio ao empregador para recebê-lo.
Comum acordo entre empregado e empregador (art. 484-A, introduzido pela Lei n. 13.467/2017)	<ul style="list-style-type: none"> • saldo salarial; • férias vencidas; • férias proporcionais com 1/3; e • gratificação natalina proporcional. <p>O empregado tem direito a metade do aviso prévio e do FGTS, com indenização de 40%. Pode movimentar 80% do saldo do FGTS, mas não tem direito ao seguro desemprego.</p>
Justa causa	Nenhum direito rescisório. O empregado terá direito a receber saldo salarial e férias vencidas, se houver.
Despedida indireta	Os mesmos pagamentos rescisórios devidos na rescisão sem justa causa, inclusive aviso prévio.
Culpa recíproca	50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do 13º

	salário e das férias proporcionais. O empregado terá direito a receber saldo salarial e férias vencidas de forma integral, se houver. Além disso, tem direito à metade da multa do FGTS (20%).
Extinção da empresa ou do estabelecimento	Os mesmos pagamentos rescisórios devidos na rescisão sem justa causa, inclusive aviso prévio.
Morte do empregado	Somente saldo salarial, férias vencidas e proporcionais com 1/3 e gratificação natalina proporcional. Não cabe aviso prévio. Os depósitos do FGTS são liberados para os dependentes previdenciários do falecido.
Morte do empregador pessoa física ou empresa individual com extinção da empresa	Os mesmos pagamentos rescisórios devidos na rescisão sem justa causa, inclusive aviso prévio.
Morte do empregador pessoa física ou empresa individual com continuidade da empresa pelos sucessores	Saldo salarial, férias vencidas e proporcionais com 1/3 e gratificação natalina proporcional. O empregado tem direito ao saque do FGTS, mas sem a multa de 40%. Não tem obrigação de cumprir aviso prévio.

Por fim, vale lembrar que o empregado pode ter direito a indenização adicional estipulada na Lei n. 7.238/84 a título de verbas rescisórias.

A instituição da indenização adicional teve como objetivo impedir ou tornar mais onerosa a dispensa do empregado demitido nos trinta dias que antecedem a data-base da sua categoria profissional (art. 9º da Lei n. 6.708/79, reproduzido pela Lei n. 7.238/84). O empregado faria jus à indenização equivalente a um salário, desde que fosse demitido sem justa causa dentro dos trinta dias que antecedem a sua data-base.

4. FORMALIDADES RESCISÓRIAS DO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

A legislação trabalhista previa uma série de formalidades para ser efetivada a extinção do contrato de trabalho. Algumas destas formalidades foram, no entanto, modificadas pela Reforma Trabalhista, tornando a ruptura do contrato de trabalho menos burocrática, mas também menos assistida para o empregado.

Por exemplo, não há mais a obrigação de homologação do término do contrato de trabalho, necessidade antigamente prevista nos §§ 1º e 2º do art. 477 da CLT. Ambos os parágrafos foram expressamente revogados pela Lei n. 13.467/2017 e, com suas revogações, foi também revogado o parágrafo 7º, que tratava da assistência sindical gratuita durante a homologação.

Após a Reforma Trabalhista, o empregador deverá seguir somente os seguintes procedimentos para dar efetividade à extinção do contrato de trabalho: *Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.*

(...)

§ 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social 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.

Alguns doutrinadores aplaudiram a mudança legislativa, argumentando que a homologação era um procedimento burocrático e ultrapassado para a realidade atual do País.

Já outros doutrinadores criticaram tais mudanças, afirmando que, se o empregado quiser conferir o pagamento das verbas rescisórias efetuado

pelo empregador, terá de contratar um advogado e arcará com custos para tal serviço, a não ser que procure o sindicato e que ali seja ainda oferecida tal assistência de forma gratuita.

LEMBRETE:

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) revogou também o § 7º do art. 477 da CLT que tratava do direito do empregado à assistência gratuita durante a homologação, portanto, alguns sindicatos têm reivindicado o direito de cobrança por tais atos de assistência caso negociados em convenção ou acordo coletivo. Quanto à forma de descrição das verbas rescisórias no termo de rescisão do contrato de trabalho (TRCT), não houve nenhuma alteração pela Reforma Trabalhista, persistindo a obrigação do empregador de discriminar os valores e a natureza jurídica das verbas rescisórias, conforme previsão do § 2º do art. 477 da CLT: *Art. 477. (...)*

§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

Desta forma, o recibo de pagamento de verbas rescisórias não pode ser genérico, deve ter especificados cada uma das parcelas e os valores pagos ao empregado a título de verbas rescisórias, sob pena de ser considerado não quitado.

A quitação é apenas parcial e não total, concedendo ao empregador eficácia liberatória somente quanto às parcelas discriminadas no termo de quitação, conforme a Súmula 330 do TST: *Súmula n. 330. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.*

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

IMPORTANTE:

NOVIDADE DA REFORMA TRABALHISTA – QUITAÇÃO EM PDV/PDI A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), buscando pacificar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre os efeitos da quitação nos planos de demissão voluntária ou incentivada, acrescentou a CLT o art. 477-B com a seguinte redação: *Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.*

A intenção do legislador reformista foi dar validade de quitação total às verbas pagas decorrentes de adesão ao Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada quando negociado pelo sindicato dos trabalhadores. Essa mudança está em consonância com recente decisão do STF (RE 590.415) sobre o assunto.

Devemos esclarecer, no entanto, que tal entendimento somente se aplica a programas (PDV ou PDI), quando houver negociação coletiva com o sindicato profissional. Dessa forma, se o empregador implementar um programa sem participação do sindicato da categoria, não se aplicará o art. 477-B, e sim o § 2º do art. 477 da CLT.

IMPORTANTE:

NOVIDADE DA REFORMA: TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Com o argumento de modernização das leis trabalhistas, a Reforma

Trabalhista trouxe mais uma novidade: o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas (art. 507-B). Vejamos: *Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.*

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

A celebração do termo anual de obrigações trabalhistas é uma faculdade, e não uma obrigação, e está vinculada à anuência do sindicato dos trabalhadores. Nesse sentido, o sindicato terá papel essencial após a Reforma Trabalhista: assistir os empregados na tomada de decisão de assinar ou não o referido termo anual e fiscalizar eventuais tentativas de fraude a direitos trabalhistas.

Quanto à forma de pagamento, a Lei n. 13.467/2017 fez alterações na redação do artigo 477, § 4º, da CLT. Vejamos a antiga redação: *Art. 477. (...)*

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo se o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro.

A nova redação passou a prever mais uma forma de pagamento: o depósito bancário, inclusive para o empregado analfabeto, como descrito a seguir: *§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado:*

*I – em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou
II – em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.”*

CUIDADO:

Em caso de necessidade de compensação no pagamento das verbas rescisórias, deve ser obedecido o limite de um mês de remuneração do empregado, previsto no art. 477, § 5º, da CLT.

4.1 Prazo para pagamento das verbas rescisórias e das multas previsto nos arts. 477 e 467 da CLT

Quanto ao prazo para pagamento das verbas rescisórias, o § 6º do art. 477 da CLT sofreu alterações na Reforma Trabalhista. Vejamos a sua antiga redação: *Art. 477. (...)*

§ 6º O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou

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.

Com a Reforma Trabalhista, o prazo para pagamento das verbas rescisórias passa a ser único: de 10 (dias), independentemente da modalidade de extinção do contrato de trabalho. Vejamos a nova redação § 6º: *§ 6º 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 dez dias contados a partir do término do contrato.*

Vale esclarecermos, neste ponto, que a doutrina tem considerado que o prazo de 10 dias é contado a partir da notificação do término do contrato para não prejudicar o direito alimentar do empregado de receber suas verbas rescisórias, embora o texto legal se refira a “dez dias contados a partir do término do contrato”.

DICA:

Este último prazo é corrido. Se o último dia cair em dia não útil, o empregador deverá antecipar o seu pagamento. Portanto, se recair o pagamento no sábado, deverá o empregador efetuar o pagamento antecipado na sexta-feira.

O TST tem entendido que o prazo para pagamento das verbas rescisórias em caso de aviso prévio cumprido em casa é o mesmo do aviso prévio

indenizado, de acordo com a OJ 14 da SDI-I: *OJ 14. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.*

Será devida multa equivalente a um salário do empregado, sempre que o empregador não pagar as verbas rescisórias no prazo legal, consoante o art. 477, § 8º, da CLT: *Art. 477. (...)*

§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

Portanto, o desrespeito ao prazo de pagamento das verbas rescisórias sujeita o empregador ao pagamento de duas multas: **multa administrativa** em caso de fiscalização pelo Ministério do Trabalho e Emprego e **multa em favor do próprio empregado** no valor de uma remuneração.

É pacífico na jurisprudência trabalhista que a multa do art. 477 da CLT se aplica também à pessoa jurídica de direito público, consoante se comprova pelo teor da OJ 238 da SDI-I do TST: *OJ 238. Submete-se 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.*

Quanto à multa do art. 467 da CLT, mister ressaltar que a redação antiga do artigo obrigava o empregador a pagar, após a rescisão contratual, a parte incontroversa dos salários, sob pena de pagá-la em dobro. Já a nova redação do dispositivo, introduzida pela Lei n. 10.272, de 6-9-2001, em vez de falar em salários, usa o termo “verbas rescisórias” e diminui a multa para 50% do valor incontroverso: *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 50% (cinquenta por cento).

A jurisprudência trabalhista dominante é no sentido de se considerar inaplicável a multa dos arts. 467 e 477 da CLT à empresa que se encontra em processo de falência, em face de sua indisponibilidade financeira para efetuar o pagamento das verbas rescisórias fora do Juízo Falimentar, nos termos da Súmula 388 do TST: *Súmula 388. A Massa Falida não se sujeita à penalidade do art. 467 e nem à multa do § 8º do art. 477, ambos da CLT.*

CUIDADO:

A falência tem que ter sido decretada no momento do pagamento das verbas rescisórias, caso contrário não se aplica a Súmula 388 do TST.

Nesse sentido a seguinte decisão do tribunal da 4ª Região: “MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. SÚMULA 388 DO TST. FALÊNCIA DECRETADA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. A Súmula 388 do TST obsta a cobrança das multas dos artigos 467 e 477 da CLT quando o caso trata de massa falida. Tal entendimento se aplica quando a decretação da falência é antecedente à extinção contratual. Caso em que a decretação da falência ocorreu em data posterior à extinção do contrato de trabalho. Por outro lado, no caso dos autos, não é devida a multa do art. 467 da CLT, considerando que a audiência inicial ocorreu em data posterior à decretação da falência. Devido o pagamento da multa do artigo 477, § 8º, da CLT. Recurso da reclamante a que se dá parcial provimento” (TRT-4 – RO: 00201819020185040022, Data de Julgamento: 22-07-2019, 10ª Turma).

5. DO AVISO PRÉVIO

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a origem do aviso prévio?
- 2) Qual é o conceito de aviso prévio?
- 3) Qual é a natureza jurídica do aviso prévio?
- 4) Em quais hipóteses é cabível o aviso prévio?

1) A origem do aviso prévio é do Direito Civil e Comercial. Foi regulamentado pela Lei n. 62/35 como direito unilateral do empregado de comunicar a sua intenção de rescindir o contrato de trabalho. Em 1943, o aviso prévio foi regulamentado na CLT como direito recíproco das partes, nos arts. 487 e 490.

Posteriormente, o aviso prévio de no mínimo trinta dias foi elencado como direito dos trabalhadores no art. 7º, XXI, da CF. Recentemente, a Lei n. 12.506, de 11-10-2011, publicada no *DOU* de 13-10-2011, regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

2) Alice Monteiro de Barros conceitua o aviso prévio como “comunicação que uma parte faz a outra, avisando-lhe que pretende proceder a dissolução do contrato de trabalho por prazo indeterminado. É um instituto jurídico bilateral, podendo ser concedido tanto pelo empregado como pelo empregador, dependendo de quem toma a iniciativa da ruptura do contrato”²⁸⁴.

Maurício Godinho Delgado traz o seguinte conceito jurídico: “O aviso prévio, no Direito do Trabalho, é um instituto multidimensional, que cumpre a função 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”²⁸⁵.

3) Amauri Mascaro Nascimento²⁸⁶ destaca o caráter tríplice do aviso prévio: *comunicação, tempo e pagamento*.

O instituto do aviso prévio atende, portanto, a tripla finalidade: a) de pré-aviso da intenção de romper o pacto; b) fixa o prazo para término do contrato de trabalho; e c) gera o direito ao pagamento do salário do respectivo período.

Como regra geral, o aviso prévio é cabível nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, já que a característica principal dos contratos por prazo determinado é a prefixação do seu término.

PEGADINHA:

Como exceção, o aviso prévio é utilizado no contrato por prazo determinado quando houver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão (art. 481 da CLT).

4) O aviso prévio é cabível nas seguintes hipóteses: *despedida sem justa causa, despedida indireta, pedido de demissão, despedida por comum acordo entre empregado e empregador e na despedida do empregado em face da extinção do estabelecimento*. É devido pela metade em caso de despedida por culpa recíproca. Não é devido em caso de justa causa.

DICA:

Não há incidência no cálculo do aviso prévio de gorjetas (Súmula 354 do TST) e gratificações semestrais (Súmula 253 do TST).

5.1 Prazo do aviso prévio

Segundo o art. 487 da CLT, o aviso prévio é de no mínimo trinta dias para ambas as partes, ou seja, empregado e empregador: *Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:*

(...)

II – 30 (trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12

(doze) meses de serviço na empresa.

PEGADINHA:

O aviso prévio indenizado integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais, computando-se para efeito de aferição do direito.

Nesse sentido a Súmula 182 do TST:

Súmula 182. O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional prevista no art. 9º da Lei n. 6.708, de 30-10-1979.

Em 1988, a Constituição Federal elencou, como direito do trabalhador urbano e rural, a concessão de *aviso prévio proporcional ao seu tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei* (art. 7º, XXI).

Diante da falta de regulamentação legislativa do assunto, o TST tinha o seguinte entendimento: *OJ 84 da SDI-1 – AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é autoaplicável.*

Contudo, esta falta de regulamentação do direito dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço motivou a impetração de pelo menos quatro Mandados de Injunção (MI) no STF (MI 943, 1011, 1074 e 1090) com o objetivo de suprir a lacuna deixada pelo legislador ordinário.

Em junho de 2011, no julgamento do processo MI 943 no STF, o ministro relator do processo declarou em seu voto que entendia procedente o mandado, mas que sugeria a suspensão do julgamento para melhor exame das hipóteses possíveis.

Logo após o Congresso Nacional agilizou a aprovação da Lei n. 12.506. A referida lei foi aprovada em 11 de outubro de 2011, regulamentando o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço previsto no art. 7º, XXI, da CF.

Dispõe o seu art. 1º:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. 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.

Em 14-7-2012, o Tribunal Pleno e o Órgão Especial do TST se reuniram para pacificar 43 controvérsias jurídico-trabalhistas, dentre elas, cancelaram a OJ 84 da SDI-1 e aprovaram a nova Súmula 441 do TST a seguir: *Súmula 441. Aviso prévio. Proporcionalidade (Resolução n. 185/2012, DeJT de 25-9-2012) O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei n. 12.506, em 13 de outubro de 2011.*

IMPORTANTE:

A maioria da doutrina trabalhista entende que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito somente do empregado, uma vez que previsto expressamente no art. 7º da CF. Portanto, caso a iniciativa de extinção do contrato de trabalho seja do empregado, ele continuaria somente obrigado a cumprir o aviso prévio mínimo de trinta dias, independentemente do seu tempo de serviço.

O Ministério do Trabalho se manifestou acerca das lacunas trazidas pela Lei n. 12.506/2011 por meio da Circular n. 10/2011. O entendimento contido nesta circular foi rerratificado pelo MTE por intermédio da **nota técnica CGRT/SRT/MTE n. 184/2012**.

A retificação de entendimento é relativa ao acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, que computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa; o entendimento anterior era de que o acréscimo de 3 dias seria

devido a partir do momento em que a relação contratual com o mesmo empregador completasse 2 anos.

Os demais aspectos tratados na Nota Técnica, e que foram objetos da retificação do MTE são os seguintes: 1) a lei não poderá retroagir para alcançar a situação de aviso prévio já iniciado; 2) a proporcionalidade de que trata o parágrafo único do art. 1º da norma sob comento aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado; 3) o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa; 4) a jornada reduzida ou a faculdade de ausência no trabalho, durante o aviso prévio, previstas no art. 488 da CLT, não foram alteradas pela Lei n. 12.506/2011; 5) a projeção do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins legais; 6) recaindo o término do aviso prévio proporcional nos 30 (trinta) dias que antecedem a data base, faz jus o empregado despedido à indenização prevista na Lei n. 7.238/84; e 7) as cláusulas pactuadas em acordo ou convenção coletiva que tratam do aviso prévio proporcional deverão ser observadas, desde que respeitada a proporcionalidade mínima prevista na Lei n. 12.506/2011.

Enfim, segue abaixo tabela de dias de aviso prévio por anos completos de serviço apresentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego na referida nota técnica:

Anos completos de serviço	N. de dias do Aviso Prévio Proporcional	Anos completos de serviço	N. de dias do Aviso Prévio Proporcional	Anos completos de serviço	N. de dias do Aviso Prévio Proporcional
0	30	7	51	14	72
1	33	8	54	15	75
2	36	9	57	16	78

3	39	10	60	17	81
4	42	11	63	18	84
5	45	12	66	19	87
6	48	13	69	20	90

Fonte: *site* do Ministério do Trabalho e Emprego.

Por fim, em relação à contagem do prazo do aviso prévio, deve-se excluir o dia do começo e incluir o dia do seu término. Nesse sentido a Súmula 380 do TST: *Súmula 380. Aplica-se a regra prevista no caput do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento.*

5.2 Tipos de aviso prévio

Em caso de despedida sem justa causa, o empregador poderá optar em conceder aviso prévio trabalhado ou aviso prévio indenizado.

Maurício Godinho Delgado explica o conceito de aviso prévio indenizado: “corresponde àquele que não é cumprido mediante labor do obreiro, sendo pago em espécie pelo empregador. Trata-se do meio mais comum de dação de pré-aviso, uma vez que evita os desgastes de relacionamento, que podem ocorrer após a comunicação empresarial sobre a ruptura do contrato”²⁸⁷.

DICA:

É importante ressaltar que a modalidade aviso prévio cumprido em casa não tem sustentação legal, podendo ser considerado nulo. O que temos na prática é um desvirtuamento da natureza jurídica do instituto.

Maurício Godinho Delgado explica a origem do aviso prévio cumprido em casa: “Não existe um terceiro tipo de aviso prévio regulado pela CLT. Entretanto, a prática cotidiana empresarial tentou gerar uma modalidade

de cumprimento alternativo do instituto jurídico, com o intuito de dilatar o prazo para pagamento das verbas rescisórias: trata-se do suposto aviso prévio cumprido em casa. Ou seja, o pré-aviso não era laborado, sequer indenizado, ficando o trabalhador em sua residência à disposição do empregador”²⁸⁸.

O TST tem entendido que o prazo para pagamento das verbas rescisórias é o mesmo do aviso prévio indenizado: *OJ 14. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.*

E decisão nesse sentido:

Aviso prévio cumprido em casa é nulo, confirma TST

Aviso prévio cumprido em casa não tem validade. O entendimento é da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Os ministros mantiveram decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas), que condenou a empresa B. Indústria de Borracha a pagar pelo período que um ex-empregado ficou em casa cumprindo aviso sem receber.

No recurso, a empresa alegou que se baseou em norma coletiva para manter o empregado em casa durante o período de aviso, com possibilidade de sua convocação quando necessário. Os argumentos não foram aceitos. O relator, Ministro Horácio Senna Pires, considerou a inexistência da norma coletiva nos autos.

O TRT considerou “desvirtuado e, por isso, nulo” o aviso prévio cumprido em casa, com possibilidade de convocação para atividades consideradas necessárias pelo empregador. O Tribunal aplicou ao caso os arts. 4º e 9º da CLT. O primeiro dispositivo considera serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. O segundo considera “nulos de pleno direito” os atos praticados para desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da CLT.

Horácio Senna Pires afirmou que, em princípio, é possível a validade de aviso prévio cumprido em casa, desde que, nessa hipótese, as verbas rescisórias sejam pagas no prazo de dez dias de sua notificação. O entendimento faz parte da OJ 14 da Seção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I) do TST. Mas concluiu que “por todos os ângulos em que a controvérsia é analisada vê-se que é impossível o processamento do Recurso de Revista, porque os arestos colacionados não abordam a mesma hipótese destes autos com emissão de tese em sentido contrário” (AIRR 1.009/2005-003-15-40.2, Revista *Consultor Jurídico*, de 24-4-2007).

O aviso prévio indenizado tem os mesmos efeitos que o aviso prévio

trabalhado, ou seja, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais, inclusive para fins de baixa na CTPS do empregado. Nesse sentido a OJ 82 da SDI-I do TST: *OJ 82. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.*

A integração do período do aviso prévio, seja trabalhado ou indenizado, no contrato de trabalho traz inúmeras consequências, dentre elas, o direito do empregado ao reajuste do dissídio coletivo da categoria, conforme art. 487, § 6º, da CLT: *Art. 487. (...)*

§ 6º O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

LEMBRETE:

O TST tem aplicado o mesmo entendimento em caso de elastecimento do prazo por norma coletiva, vejamos a OJ 367 da SDI-I do TST: *OJ 367 da SDI-I. AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS (DEJT divulgado em 3, 4 e 5-12-2008)* O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.

Na despedida sem justa causa, em caso do aviso prévio trabalhado, o empregado poderá optar por reduzir seu horário em duas horas diárias ou faltar ao serviço sete dias corridos.

Art. 488. O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único. É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na

hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação.

PEGADINHA:

O art. 488 da CLT aplica-se somente aos casos de despedida sem justa causa pelo empregador. Não se aplica na hipótese de pedido de demissão pelo empregado.

Não é válida a substituição das duas horas diárias previstas no art. 488 da CLT pelo pagamento como horas extras pelo empregador. Nesse sentido a Súmula 230 do TST: *Súmula 230. É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.*

No curso do período do aviso prévio haverá possibilidade de reconsideração deste, sempre que a outra parte concordar, continuando o contrato a vigor normalmente (art. 489 da CLT). O pedido de reconsideração poderá ser expresso ou tácito.

Art. 489. Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único. Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso não tivesse sido dado.

Portanto, o aviso prévio não extingue o contrato, apenas fixa o prazo para o término deste, logo é possível haver reconsideração durante a sua fruição.

No curso do aviso prévio, poderá o empregado ser demitido por justa causa, segundo os arts. 490 e 491 da CLT, e da Súmula 73 do TST: *Art. 490. O empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato, sujeita-se ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização que for devida.*

Art. 491. O empregado que, durante o prazo do aviso prévio, cometer qualquer das faltas consideradas pela lei com justas para a rescisão, perde o direito ao restante do respectivo

prazo.

Súmula 73. *A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória.*

Francisco Antônio de Oliveira ressalta que “bem agiu o julgador, já que o abandono do emprego constitui falta sem o poder e a intensidade de desdizer o aviso prévio já concedido. E em verdade não abandona o emprego, cujo contrato já estava se rescindindo, dependendo do decurso do aviso prévio. Abandona apenas o período do pré-aviso”²⁸⁹.

É pacífica na jurisprudência a possibilidade de se aplicar justa causa no curso do aviso prévio.

Quanto à consequência da não concessão do aviso prévio, prevê o art. 487, §§ 1º e 2º, da CLT: *Art. 487. (...)*

§ 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

Em caso de despedida sem justa causa, a concessão do aviso prévio é obrigatória, não podendo ser afastado por pedido de liberação do seu cumprimento pelo empregado.

A concordância pelo empregador de liberação do cumprimento do aviso prévio não afasta o direito do empregado de receber o pagamento deste como aviso prévio indenizado, salvo se o empregado tiver obtido novo emprego, nos termos do art. 487, § 1º, e da Súmula 276 do TST: *Súmula 276. O pedido de dispensa do seu cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.*

Por outro lado, em caso de pedido de demissão, o empregado tem o dever de conceder o aviso prévio de no mínimo trinta dias, sob pena de poder o empregador descontar o respectivo valor das suas verbas

rescisórias, nos termos do art. 487, § 2º, da CLT.

A concordância do empregador com o pedido de liberação do aviso prévio do empregado isenta-o desta obrigação.

Maurício Godinho Delgado entende que “neste caso específico, a liberação do cumprimento do aviso prévio 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 do TST aplica-se basicamente às despedidas pelo empregador, mas não aos pedidos de demissão pelo empregado²⁹⁰”.

Em caso de doença do empregado no curso do aviso prévio, a doutrina e jurisprudência trabalhista entendem que o contrato de trabalho deve ser suspenso e os efeitos da dispensa somente se concretizarão depois de expirado o benefício previdenciário, nos termos da Súmula 371 do TST: *Súmula 371. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.*

Alice Monteiro de Barros explica que o raciocínio está em consonância com a finalidade do aviso prévio: “(...) *pois se o empregado se encontra em gozo de auxílio-doença não poderá procurar novo emprego. Logo, cessado o benefício previdenciário, o prazo restante do aviso prévio recomeça a fluir, permitindo ao empregado a procura de um novo emprego*”²⁹¹.

ATUALIZE-SE:

Em vigor a partir de 16-5-2013, a Lei n. 12.812/2013 garantiu estabilidade à gestante que tiver a gravidez confirmada no curso do aviso

prévio, trabalhado ou indenizado.

A Lei n. 12.812/2013 acrescentou o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, vejamos sua redação: “Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

A Lei n. 12.812/2013 não foi novidade para a jurisprudência trabalhista, pois o TST já vinha adotando este entendimento, veja o seguinte precedente: “EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N. 11.496/2007. GRAVIDEZ. GARANTIA DE EMPREGO. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO. O art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao vedar a dispensa arbitrária da empregada gestante, o fez de forma objetiva. Esta Corte, interpretando o referido dispositivo, editou a Súmula n. 244, item I, do TST, segundo a qual “o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT)”. Logo, é condição essencial, para que seja assegurada a estabilidade à reclamante, o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho. No caso, extrai-se do acórdão recorrido que a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, no curso do aviso prévio trabalhado. Na esteira da Orientação Jurisprudencial n. 82 da SBDI-1 desta Corte, ‘a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado’ e, nos termos do art. 487, § 1º, da CLT, o aviso prévio, seja trabalhado ou indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos. Logo, a gravidez ocorrida nesse período não afasta o direito da reclamante à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT. Aliás, esse é o entendimento já firmado nesta Subseção I Especializada em Dissídios

Individuais segundo os precedentes ns. E-RR-3656600-96.2002.5.06.0900, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing e E-ED-RR-249100-26.2007.5.12.0004, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Recurso de embargos conhecido e desprovido” (TST-E-ED-RR-72700-18.2008.5.04.0305, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, *DEJT* 18-11-2011).

6. ESTABILIDADE E GARANTIAS PROVISÓRIAS DE EMPREGO

PERGUNTA-SE

- 1) Estabilidade e garantia de emprego são conceitos diferentes?
- 2) Qual é a diferença entre o conceito de estabilidade permanente (no emprego) e estabilidade provisória?
- 3) Quando surgiu a estabilidade permanente no emprego no Brasil?

1) A maior parte da doutrina trabalhista entende que estabilidade e garantia de emprego são conceitos diferentes. **Estabilidade** é a impossibilidade de dispensa do empregado, salvo por motivo de falta grave, enquanto **garantia de emprego** compreende um continente maior no qual, além da estabilidade, estão inseridas as medidas para assegurar a manutenção do empregado em seu posto e a inserção de determinada faixa de trabalhador ao mercado de trabalho.

Por exemplo: As cláusulas através das quais uma empresa compromete-se a não promover a demissão em massa, ou não efetuar a despedida arbitrária, são apenas garantias de emprego, não se reportam, portanto, à estabilidade, de modo que será possível a dispensa quando houver falta grave praticada pelo empregado ou quando existirem razões técnicas e ou econômicas para a dispensa.

2) Maurício Godinho Delgado entende, contudo, não haver diferença entre **estabilidade permanente** (garantia de emprego) e **estabilidade provisória**: “Garantia de emprego 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 vêm se

consagrando)''²⁹².

3) A estabilidade no emprego surgiu com a Lei Eloy Chaves em 1923, que previa a garantia para os ferroviários que completassem dez anos de serviço no mesmo empregador. A CLT disciplinou a estabilidade decenal nos arts. 492 a 500.

Em 1º de janeiro de 1967 entrou em vigor a Lei n. 5.107/66, que instituiu, de modo opcional pelo empregado, o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A partir da referida lei, o empregado que optasse pelo regime do FGTS estava excluído do regime da estabilidade prevista na CLT.

O antigo regime da indenização celetista passou a coexistir junto com o FGTS a partir de 1967. Com o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o antigo regime celetista foi extinto, o sistema do FGTS se tornou compulsório para todos os empregados, por força do art. 7º, III, não tendo sido recepcionado pela norma constitucional o antigo regime da estabilidade, preservados os direitos adquiridos.

As chamadas garantias provisórias de emprego ou as estabilidades provisórias ou temporárias surgiram com a Constituição Federal de 1988.

6.1 Estabilidade decenal

Maurício Godinho Delgado explica a diferença entre o conceito de estabilidade permanente e estabilidade provisória: “não obstante a proximidade entre as duas figuras, elas não se confundem. A estabilidade é, sem rodeios, permanente, criando uma quase propriedade do emprego pelo trabalhador. Em contrapartida, a estabilidade provisória é de extensão apenas temporária, durante o restrito período de sua vigência estipulado pela ordem jurídica’’²⁹³.

O antigo sistema da estabilidade decenal era uma espécie de restrição ao direito de rescisão do empregador, pois caso o empregado contasse com mais de dez anos de “casa”, somente poderia ser dispensado por falta

grave ou força maior devidamente provadas.

De fato, a CLT, em seu art. 492, fixou que o empregado com mais de dez anos de serviço na mesma empresa não podia ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas, com o ajuizamento de inquérito para apuração da falta do empregado estável (CLT, art. 853).

Alice Monteiro de Barros²⁹⁴ adverte que estavam excluídos da estabilidade decenal os seguintes trabalhadores: dirigentes contratados para cargos de confiança (art. 499 da CLT) e os trabalhadores de escritório ou consultórios de profissionais liberais (art. 507 da CLT).

Para alguns, a antiga estabilidade decenal amenizava-se com a preservação do emprego, afinando-se com os princípios tutelares do Direito do Trabalho, procurando o empregado a Justiça do Trabalho quando o contrato ainda estava vigente, tendo esse quadro sido substituído quando do advento do regime FGTS pela Lei n. 8.036/90, uma vez que agora o empregado procura a Justiça após ser dispensado.

Para outros, o fim do sistema da antiga estabilidade foi benéfico, sobretudo com a tendência de flexibilização, desregulamentação, até mesmo pela preservação da empresa e do emprego, uma vez que o empregado estável muitas vezes significava um óbice à produção, sendo um empecilho ao crescimento da empresa.

De modo geral, esse tipo de estabilidade foi muito criticado pela doutrina trabalhista que entendia ser ela uma forma de proteção aos maus empregadores, que poderiam fraudá-la com o objetivo de dispensar o empregado que estava na iminência de completar os dez anos necessários à aquisição de tal garantia.

A antiga estabilidade absoluta, por força da já cancelada Súmula 26 do TST, presumia obstativa a dispensa do empregado que contasse com mais de nove anos de contrato de trabalho, sendo ônus do empregador a prova

do motivo da dispensa (art. 818 da CLT c/c o art. 333, II, do antigo CPC e art. 373 do novo CPC).

Ficou conhecida nos tribunais como “*despedida obstativa de estabilidade*”, a qual passou a autorizar não a reintegração, mas o pagamento da indenização em dobro.

A CLT traz uma série de regras protecionistas do estável decenal, como, por exemplo, proteção em casos de extinção da empresa, de pedido de demissão do estável, dentre outras.

Segundo o seu art. 497, extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável decenal despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

A indenização em dobro não era devida em algumas raras exceções: extinção do contrato por morte do empregado, pedido de demissão e aposentadoria por idade requerida pelo empregado.

O pedido de demissão do empregado estável decenal só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante a autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Emprego ou da Justiça do Trabalho.

Em caso de transação do contrato de trabalho do empregado estável optante do FGTS, a indenização correspondente ao tempo de serviço anterior ao ingresso no regime do FGTS deva observar o limite mínimo de 60% da indenização em dobro, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei n. 8.036/90 e na Súmula 54 do TST, que estabelece: *Súmula 54. Rescindido por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite.*

O empregado estável decenal somente podia ser despedido por meio de ação trabalhista de inquérito de apuração de falta grave, em que fosse constatada a procedência da acusação de falta grave.

Constitui falta grave a prática de qualquer das hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

O empregado acusado de falta grave pode ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito em que se verificar a procedência da acusação, nos termos do art. 494 da CLT.

Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão, segundo o art. 495 da CLT.

Caso não reconhecida a falta grave, o contrato de trabalho é considerado extinto, sem direito a nenhuma indenização.

A Lei n. 8.036/90, que hoje regula o FGTS, consagra o seguinte entendimento: *Art. 14. Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição da República de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT.*

Assim, hoje, em raros casos, como uma espécie em extinção, são portadores de estabilidade celetista, decenal ou absoluta, os empregados que contavam com mais de dez anos de serviço na mesma empresa até 5 de outubro de 1988, desde que não tivessem optado pelo regime do FGTS.

Alice Monteiro de Barros ressalta que é mais fácil encontrar atualmente estáveis decenais no meio rural, “pois até a CF de 1988, o FGTS não existia no meio rural, já para os empregados urbanos o FGTS embora optativo já existia desde 1967”²⁹⁵.

Por fim, nosso ordenamento, com o fim da estabilidade absoluta, ainda

preservou, segundo a doutrina, as estabilidades relativas, a seguir explicitadas.

6.2 Convenção n. 158 da OIT e a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental

O constituinte brasileiro procurou proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa no art. 7º, I, da CF, contudo, condicionou a sua regulamentação à edição de lei complementar: *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.

De fato, o texto constitucional prevê, há mais de vinte anos, a necessidade de ser editada lei complementar para regulamentar, dentre outros direitos, a indenização compensatória para reparar a violação sofrida pelo empregado na proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) buscou tratar desse tema: *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.*

A maioria da doutrina trabalhista entende que o art. 477-A é inconstitucional. Em primeiro lugar pelo fato da Lei n. 13.467/2017 ser uma lei ordinária e não uma lei complementar conforme exigido pelo artigo 7, inciso I, da CF.

No mesmo sentido, Homero Batista Mateus da Silva²⁹⁶ defende a inconstitucionalidade desse dispositivo: “Haverá enorme discussão sobre a constitucionalidade deste dispositivo. Medidas restritivas às dispensas em

massa surgiram a partir da interpretação do art. 7º, I, da CF, conquanto ainda não regulamentado por lei complementar, bem assim da constatação de que o corte coletivo impacta muito além dos contratos de trabalho individualmente considerados, espalhando seus efeitos sobre a sociedade, a cadeia de fornecedores, clientes e prestadores de serviços e também a arrecadação dos impostos locais e nacionais, sobre a renda e o consumo dos trabalhadores afetados”.

Em segundo lugar, por tratar de forma igual os diversos tipos de despedida (individual, plúrima e coletiva), ferindo o art. 7º, inciso I, da CF. O Brasil perdeu sim uma grande oportunidade histórica de regulamentar adequadamente o referido dispositivo constitucional.

Homero Batista Mateus da Silva²⁹⁷ também lamenta a posição do legislador reformista: “A reforma perdeu uma oportunidade preciosa de diferenciar a dispensa arbitrária – normalmente associada com atos de retaliação, caprichosas ou fruto de má administração empresarial – das modalidades de dispensa sem justa causa – mundialmente admitidas para os casos de crise financeira e econômica, bem como alteração de técnica ou de tecnologia e inadequação do empregado ao posto de trabalho ou à habilidade esperada. Essa bifurcação aparece com ênfase no art. 7º, I, da CF, e poderia desatar vários nós no ordenamento brasileiro, apenando de modo mais severo a arbitrariedade e suavizando o impacto indenizatório para as dispensas socialmente justificadas – expressão utilizada em outros países para representar a rescisão inevitável e imprevisível”.

Na mesma linha de pensamento foi o entendimento da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas em sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual: *Inconstitucionalidade DISPENSA COLETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconvenção, pois viola os arts. 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, caput, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o art. 4º da Convenção n. 98, o art. 5º*

da Convenção n. 154 e o art. 13 da Convenção n. 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa. (Enunciado Aglutinado n. 1 da Comissão 5)

CONVENÇÃO 158 DA OIT:

A Convenção n. 158 da OIT, aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho de 1982, visa à manutenção e à proteção das relações de trabalho contra a despedida arbitrária ou sem justa causa promovidas pelo empregador.

Essa foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68, sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 1995 e promulgada em 1996, através do Decreto n. 1.855, de 10-4-1996.

A Confederação Nacional do Transporte (CNT) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.480), contestando a aplicabilidade da referida Convenção no ordenamento jurídico pátrio, alegando que a Convenção n. 158 da OIT contraria o inciso I do art. 7º da Constituição, que determina que somente através de lei complementar poder-se-ia regulamentar a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Em análise da ADI 1.480, o Supremo Tribunal Federal concedeu a liminar, em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a fim de estabelecer a inconstitucionalidade dos arts. 4º a 10 da Convenção n. 158 da OIT.

Porém, o Governo brasileiro, antes mesmo da decisão judicial, denunciou a ratificação da convenção através do Decreto n. 2.100 do mesmo ano, anunciando que tal dispositivo deixaria de vigorar em nosso

ordenamento jurídico a partir de 20 de novembro de 1997.

Contrária a tal medida, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) ajuizou outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.625), que está sendo analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade contesta a validade jurídica da denúncia realizada pelo governo brasileiro, pois teria havido o decurso do prazo de doze meses, a contar do depósito da ratificação na Repartição Internacional do Trabalho (RIT), da OIT, realizado em 5 de janeiro de 1995, uma vez que o Decreto n. 2.100 foi publicado somente em 23 de novembro de 1996.

Há atualmente nova vertente doutrinária defendendo a possibilidade da ratificação da Convenção n. 158 da OIT como lei complementar por se tratar de direito humano e, portanto, direito fundamental social.

Nesse sentido, Renato Ruy de Almeida esclarece: “A Constituição brasileira de 1988 consagrou os direitos humanos como direitos fundamentais, como o fizeram anteriormente a Constituição alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978. Portanto, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é, no texto constitucional, um direito fundamental social”²⁹⁸.

Segundo ele, não existe mais o direito potestativo do empregador de demitir sem justa causa ou de forma arbitrária: “A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa catalogada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental implica dizer que conceitualmente o empregador não mais possui o direito potestativo de despedir”.

O autor explica o conceito de despedida arbitrária no Brasil: “É preciso dizer que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária

refere-se à hipótese da despedida coletiva (conhecida no Brasil também como despedida em massa), que seria justificada quando houver uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ao passo que a proteção contra a despedida sem justa causa refere-se à hipótese da despedida individual, que seria justificada quando o empregado praticar falta disciplinar ou contratual”.

O uso do direito de despedir como direito potestativo pelo empregador implica abuso de direito nas palavras do autor: “Ainda em relação à proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, poderá ocorrer abuso de direito do empregador, nos termos dos artigos 187 e 422 do Código Civil, quando, na hipótese de alegação de justa causa, não for assegurado ao empregado, antes da consumação da despedida, o direito à informação do motivo alegado, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o trabalhador goza do direito da cidadania da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988), mesmo na relação de emprego”.

Em 2008, dois casos sobre despedida em massa ou coletiva julgados na Justiça do Trabalho trouxeram esta polêmica para o campo dos tribunais.

A. M. Fundação e Equipamentos Ferroviários “DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. GREVE DECLARADA LEGAL E NÃO ABUSIVA.

Da greve. Legalidade.

A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas a exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletivo. Aplicáveis no caso os princípios da solução pacífica das controvérsias, preâmbulo da CF; bem como o art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação 163 da OIT, diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato.

Da despedida em massa. Nulidade. Necessidade de proceduralização.

1. No ordenamento jurídico nacional, a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e, assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as

verbas rescisórias.

2. Quanto à despedida coletiva é fato coletivo regido por princípios e regras do direito coletivo do trabalho, material e processual.

3. O direito coletivo do trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos, e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos.

4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constantes de Tratados e Convenções Internacionais, que, embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional, como é o caso da OIT. Aplicáveis na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias previsto no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos arts. 1º, III e IV, e 170, *caput* e inciso III, da CF; da democracia na relação trabalho capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI, 10 e 11 da CF, bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, ns. 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação 163 da OIT e no art. 5º, XIV, da CF.

5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º) abertura de PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA; 2º) remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º) redução de jornada e de salário; 4º, suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º) e por último mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detêm menores encargos familiares” (TRT/SP, SDC n. 20281.2008.000.02.00-1 – Dissídio Coletivo de Greve).

Caso Embraer

“CRISE ECONÔMICA. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que

criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo – liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador –, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Diretiva 98/59), Argentina (Lei n. 24.013/91), Espanha (Lei do Estatuto dos Trabalhadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n. 223/91), México (Lei Federal do Trabalho de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no *DOF* de 17-1-2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, *etc.* No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta *eg.* Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente” (TRT/Campinas, 15ª R., DC 00309-2009-000-15-00-4 – Dissídio Coletivo Jurídico).

Renato Rua de Almeida parabenizou a decisão proferida no caso Embraer: “Por esses fundamentos, a decisão de mérito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas) no caso da Embraer houve por bem entender que a despedida em massa ocorrida foi abusiva, por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, em especial pelo descumprimento do dever de informar e comprovar aos trabalhadores e seus representantes a causa objetiva de ordem econômico-conjuntural da despedida em massa e de negociar com eles as suas consequências,

condenando a empresa ao pagamento indenizatório, sendo essa a forma mais eficaz encontrada no direito brasileiro para a proteção do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”²⁹⁹.

No Tribunal Superior do Trabalho, a decisão do TRT da 15ª Região do caso Embraer sofreu alguns ajustes, vejamos: **Dispensa coletiva – TST decide que demissão na Embraer não foi abusiva** Depois de quatro horas de discussão, foi encerrado o julgamento da Embraer sobre as demissões dos mais de 4 mil trabalhadores que aconteceram em fevereiro deste ano. O relator do caso, Ministro Maurício Godinho Delgado, afastou qualquer possibilidade de reintegração dos demitidos ao emprego. Foi mantido o pagamento de uma indenização adicional pela dispensa proporcional ao tempo de serviço de cada empregado.

De acordo com o TST, o debate foi longo por se tratar de um caso novo. Além da decisão referente à Embraer, os ministros decidiram ainda, por maioria de votos (5 a 4), que daqui em diante há necessidade de negociação com os sindicatos antes da efetivação de dispensas em massa de trabalhadores. Porém, a maioria também afastou a abusividade da dispensa justamente pela falta desta negociação no caso da Embraer.

A empresa já havia garantido benefícios não previstos em lei, como a prorrogação do plano de saúde dos trabalhadores por um ano a contar da dispensa e uma indenização adicional de acordo com o tempo de casa de cada trabalhador. Por outro lado, foi afastada a prorrogação dos contratos de trabalho até 13 de março de 2009, data da primeira audiência de conciliação no TRT-15, quando as partes sentaram-se à mesa de negociação, como propunha o relator do recurso.

Na defesa, os advogados do sindicato sustentaram que a demissão está diretamente ligada às perdas sofridas pela empresa na especulação financeira para “turbinar” seus lucros numa arriscada e desastrosa operação na Bolsa de Mercadorias e Futuros. Os advogados afirmaram que, após a dispensa, a Embraer está submetendo seus empregados a jornadas de trabalho extenuantes, o que demonstra que não houve queda no faturamento nem redução nas encomendas de aviões. O advogado da Embraer sustentou que as compensações pela dispensa já foram cumpridas pela empresa espontaneamente. Além disso, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação à dispensa coletiva imotivada (**RODC 309/2009-000-15-00.4**, Revista *Consultor Jurídico*, de 10-8-2009).

Após a decisão do caso Embraer, houve outros casos de demissão em

massa, nos quais os tribunais mantiveram o posicionamento no sentido de ser exigida boa-fé objetiva do empregador ao negociar a despedida previamente com o Sindicato dos Trabalhadores.

Podemos citar como casos importantes para estudo: da despedida dos empregados da Webjet após a compra da empresa pela Gol e o caso da Novelis transcritos abaixo: **“TST suspende multa de R\$ 4,6 milhões à Gol por demissão em massa na Webjet A Gol demitiu 850 aeronautas e mecânicos da Webjet em novembro do ano passado, quando assumiu o controle da empresa**

SÃO PAULO – O TST (Tribunal Superior do Trabalho) acatou uma liminar apresentada pela Gol para suspender a multa de R\$ 4,6 milhões por demissão de 850 aeronautas e mecânicos da Webjet em novembro do ano passado, quando a Gol assumiu o controle da empresa.

A multa foi aplicada em ação civil pública, na qual o MPT (Ministério Público do Trabalho) alegou a impossibilidade de dispensa coletiva sem negociação prévia. A 23ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro declarou a nulidade das dispensas sem justa causa e determinou a reintegração a partir de 23 de novembro de 2012 na Gol e impôs uma multa diária de R\$ 1 mil por trabalhador no caso de descumprimento.

Decisão

Ao deferir a liminar, o ministro Ives Gandra Filho disse que a impossibilidade de demissão em massa sem negociação prévia é altamente discutível, uma vez que a Gol apresentou documentação no sentido de que a Webjet só efetivou a dispensa depois de dez reuniões de negociação coletiva que não resultaram em acordo”.

“Novelis pagará R\$ 2 milhões por demissão em massa Multinacional já tinha sido condenada pelo TST em 2012 pelo mesmo motivo, mas voltou a dispensar sem negociar

Belo Horizonte – A Novelis do Brasil terá que pagar um abono salarial fixo de R\$ 3 mil a R\$ 7 mil aos 127 trabalhadores demitidos pelo fechamento de unidade da empresa em Ouro Preto (MG). A determinação é resultado de acordo judicial homologado na Vara do Trabalho da cidade, entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) em Belo Horizonte, representantes da Companhia e o Sindicato dos Metalúrgicos de São Julião.

O valor dos abonos será calculado pelo tempo de serviço prestado e deverá ser acrescido de meio salário mínimo por ano de trabalho, limitado a 25 anos. Estima-se que R\$ 2 milhões serão destinados à quitação total destas indenizações aos trabalhadores, como forma de amenizar os impactos da demissão em massa naquela cidade, especialmente porque vários empregados tinham mais de 20 anos de trabalho na empresa, afirma a procuradora do Trabalho Adriana Souza, que atuou no caso.

O acordo, homologado pela juíza Graça Maria de Freitas, prevê também que benefícios como planos de saúde, odontológico e seguro de vida sejam mantidos aos trabalhadores pelo período de um ano. A Novelis também deve manter em funcionamento um Centro de Orientação de Carreiras, até 31 de julho.

A Novelis anunciou as demissões em 1º de abril deste ano, por conta do fechamento da área de redução da fábrica. Liminar concedida pela Justiça ao MPT, em março, determinou a suspensão das demissões e a reintegração dos 160 empregados dispensados desde janeiro, além da abertura de negociação prévia com o sindicato da categoria, conforme prevê jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em casos de demissão em massa.

Reincidência – Em dezembro de 2012, o TST já havia condenado a multinacional por demissão em massa sem negociar. No caso, a empresa dispensou 400 metalúrgicos da fábrica de Aratu (BA). O julgamento se deu em recurso da Novelis contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA), que fora favorável aos funcionários, determinando a ineficácia das rescisões dos contratos trabalhistas, a manutenção dos planos de saúde e o pagamento aos empregados de indenização compensatória.

No entendimento do TST, a negociação coletiva prévia se fazia ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com consequências graves para os trabalhadores e para a comunidade local.

A Novelis, com sede em Geórgia (Estados Unidos), é especializada na produção de chapas de alumínio para a fabricação de latas, com fábricas em 11 países e 12 mil funcionários. No Brasil, a empresa tem cerca de 2 mil empregados e instalações em São Paulo (Pindamonhangaba e Santo André) e Minas Gerais (Ouro Preto). No ano fiscal de 2012, a receita da multinacional alcançou US\$ 11,1 bilhões.

Processo no TRT: ACP-0000668-95.2013.5.03.0069

ATUALIZE-SE:

Recentemente, mesmo após a inclusão do art. 477-A na CLT, a jurisprudência continuou mantendo seu entendimento no sentido de não ser possível a demissão em massa sem negociação sindical, conforme pode-se perceber do caso noticiado abaixo: “**Jurisprudência em disputa**

Juíza impede demissão em massa de professores universitários

11 de janeiro de 2018, 15h05 – CONJUR³⁰⁰

Apesar das mudanças promovidas pela reforma trabalhista e da decisão do presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, as demissões em massa sem negociação continuam no território da disputa. A Justiça do Trabalho da 2ª Região, por exemplo, deferiu liminar em favor do Sindicato dos Professores do ABC (Sinpro-ABC)

para suspender o desligamento de 66 docentes do Instituto Metodista de Ensino Superior (IMS). O motivo foi a dispensa em massa, sem intermediação do sindicato, de 50 professores do ensino superior e 16 da educação básica.

A decisão foi proferida nesta terça-feira (9/1) pela juíza Valeria Pedroso de Moraes, da 8ª Vara do Trabalho de São Bernardo do Campo (SP). A liminar é resultado de uma ação civil pública ajuizada pelo Sinpro-ABC. Segundo o sindicato, a instituição dispensou professores com maior tempo de atuação e maiores salários, em razão das titulações de mestre e doutor.

De acordo com a liminar, a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) prevê, no art. 477-A da CLT, que as dispensas imotivadas coletivas não necessitam de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. No entanto, segundo a decisão, ‘a ordem constitucional e infraconstitucional não permite o manejo unilateral e potestativo das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s)’.

A magistrada suspendeu as dispensas feitas pela Metodista, mas não determinou a reintegração imediata dos empregados. Todavia, a instituição deverá se abster de fazer novos cortes sem prévia negociação sindical, sob pena de multa de R\$ 10 mil por empregado. Além disso, terá de informar, em cinco dias, quais docentes já foram desligados, quais contam com dispensa prevista, bem como o motivo das demissões.

Uma audiência entre o Sinpro-ABC e a Metodista será marcada em breve pela Vara do Trabalho.

Caso Estácio

A disputa entorno das demissões em massa de professores universitários começou em dezembro do ano passado, com o caso da Estácio. A universidade anunciou que iria demitir 1.200 professores. A 21ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro concedeu liminar proibindo. Porém, o desembargador José Geraldo da Fonseca, do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ) derrubou a sentença.” **Fonte: Processo 1002688-94.2017.05.02.0468.**

6.3 Estabilidade provisória

Como estudado acima, enquanto não for editada lei complementar regulamentando a proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da CF), o constituinte criou proteção especial para algumas categorias de trabalhadores: a estabilidade provisória.

As principais formas de estabilidade provisória previstas no nosso ordenamento jurídico (seja na CF ou em normas infraconstitucionais) são:

dirigente sindical, gestante, cipeiro e trabalhador acidentado.

Há também outras estabilidades especiais, tais como: o membro da Comissão de Conciliação Prévia (CCP), empregado eleito diretor de sociedade cooperativa, membro do Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS) e membro do Conselho Curador do FGTS.

6.3.1 Gestante

O fundamento da garantia de emprego conferida à gestante é exatamente assegurar ao nascituro e também à mãe os meios necessários à subsistência digna, tanto durante o período de gestação quanto durante os primeiros meses de vida do bebê.

A empregada gestante urbana e rural tem estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, *b*).

A Lei n. 11.324/2006 conferiu à empregada gestante doméstica o direito à estabilidade provisória também.

CUIDADO:

A Lei n. 12.421/2002 acrescentou a alínea *a* ao art. 392 da CLT estendendo à mãe adotiva licença e salário-maternidade, contudo, esta lei não conferiu estabilidade provisória à mãe adotiva.

A Lei n. 13.509, de 22-11-2017, com início de vigência na data de sua publicação (art. 6º), ocorrida no Diário Oficial da União de 23-11-2017, alterou a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estender garantias trabalhistas aos adotantes, dentre outros assuntos.

Conforme o art. 391-A da CLT, acrescentado pela Lei n. 12.812/2013, a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias.

O disposto no art. 391-A da CLT aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção (art. 391-A, parágrafo único, da CLT, incluído pela Lei n. 13.509/2017).

Desse modo, a estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também se aplica ao empregado adotante a quem tiver sido concedida guarda provisória para fins de adoção, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado.

PERGUNTA-SE

- 1) É garantida estabilidade provisória para a gestante mesmo que o empregador não tenha conhecimento do seu estado gravídico?
- 2) A gestante tem direito à reintegração no emprego ou à indenização do período estabilitário?
- 3) Subsiste a estabilidade provisória da gestante se ela ajuizar a ação trabalhista após o fim do período estabilitário mas dentro do prazo prescricional de dois anos?
- 4) A empregada tem direito à estabilidade provisória se engravidar durante o contrato de experiência?
- 5) A empregada tem direito à estabilidade se engravidar durante o aviso prévio, mesmo que indenizado?
- 6) É necessário o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave em caso de demissão da gestante por prática de ato faltoso tipificado como falta grave?

ATUALIZE-SE:

A LC n. 146/2014 trouxe nova regra sobre a estabilidade provisória da gestante no caso do seu falecimento: *agora, a estabilidade provisória da gestante, nos casos em que ocorrer o seu falecimento, será assegurada a quem detiver a guarda do seu filho.*

A doutrina trabalhista destaca duas teorias sobre a responsabilidade da empregada gestante: a *objetiva* e a *subjativa*.

1) A teoria da responsabilidade **subjetiva** considera que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador, através do atestado médico ou exame laboratorial a fim de ter garantido seu direito à estabilidade provisória. Portanto, o empregador não pode ser penalizado se não tinha conhecimento do estado gravídico da empregada.

A teoria da responsabilidade **objetiva** entende que a estabilidade no emprego não depende da comprovação da gravidez perante o empregador. O importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e a proteção ao nascituro.

A teoria da responsabilidade objetiva foi acolhida pelo TST na Súmula 244: *I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.*

Nesse sentido, a jurisprudência trabalhista dos nossos tribunais: “RECURSO ORDINÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. A ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada não é elemento essencial à configuração do direito à manutenção do emprego ou à indenização correspondente. Entretanto, o direito que a lei confere é à permanência no emprego contra a dispensa arbitrária, e não ao pagamento de salários, razão por que entende este Juízo que houve renúncia tácita do direito à garantia de emprego prevista no artigo 10. II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na medida em que a reclamante permaneceu inerte desde a data da confirmação da gravidez até um ano, quatro meses e dezesseis dias após o nascimento de sua filha. Recurso patronal a que se dá provimento” (Processo: RO – 0000832-72.2017.5.06.0413, red. Paulo Alcantara, Data de julgamento: 04-04-2018).

Portanto, de acordo com a jurisprudência sumulada no TST e dos tribunais, é desnecessário o conhecimento do empregador acerca da gravidez da empregada para a incidência da vedação da dispensa arbitrária

ou sem justa causa. E sendo a concepção anterior à contratação não prejudica a garantia de emprego, pois não há distinção pelo legislador quanto à concepção antes ou durante o contrato de trabalho.

ATUALIZE-SE:

Em sessão plenária do dia 10-10-2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao recurso de uma empresa da área de serviços e assentou que o desconhecimento da gravidez de empregada quando da demissão não afasta a responsabilidade do empregador pelo pagamento da indenização por estabilidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 629.053, com repercussão geral reconhecida, o colegiado seguiu o voto do Min. Alexandre de Moraes, segundo o qual o relevante é a data biológica de existência da gravidez, e não sua comunicação ao empregador.

Segundo o voto do Min. Alexandre de Moraes, que abriu a divergência em relação ao voto do Min. Marco Aurélio (relator), a comunicação formal ou informal ao empregador não é necessária, uma vez que se trata de um direito instrumental para a proteção à maternidade e contra a dispensa da gestante e que tem como titulares a empregada e a criança. *“O que o texto constitucional coloca como termo inicial é a gravidez. Constatado que esta ocorreu antes da dispensa arbitrária, incide a estabilidade”*, afirmou.

Segundo ele, a comprovação pode ser posterior, mas o que importa é se a empregada estava ou não grávida antes da dispensa para que incida a proteção e a efetividade máxima do direito à maternidade. O desconhecimento por parte da trabalhadora ou a ausência de comunicação, destacou o Ministro, não pode prejudicar a gestante, uma vez que a proteção à maternidade, como direito individual, é irrenunciável. Ele ressaltou que, no caso dos autos, não se discute que houve a gravidez anterior à dispensa, mas sim que era desconhecida também da gestante e

que foi avisada ao empregador após a dispensa.

Ficou vencido o relator, Min. Marco Aurélio, para quem a estabilidade era válida desde que o empregador tivesse ciência da gravidez em momento anterior ao da dispensa imotivada.

A tese de repercussão geral proposta pelo Min. Alexandre de Moraes e aprovada pelo Plenário foi a seguinte: *“A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.”*

Alice Monteiro de Barros discorre sobre a responsabilidade objetiva do empregador em caso de dispensa de empregada grávida, mesmo que não seja do seu conhecimento a gravidez: *“A dispensa injusta ou arbitrária da empregada nessas circunstâncias é nula. A responsabilidade do empregador é objetiva. São suficientes a prova da gravidez e da despedida injustificada. A consequência dessa dispensa é a reintegração. Se esta não for possível por fato alheio à vontade da trabalhadora, ela fará jus à retribuição global relativa ao período”³⁰¹.*

Vólia Bomfim Cassar entende também que a responsabilidade do empregador é objetiva: *“A gestação é fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade. A comunicação é mero requisito da prova do ato e não de substância. Sendo assim, o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade é objetiva”³⁰².*

CUIDADO:

O empregador não pode exigir que a empregada se submeta a exame médico para investigar seu estado gravídico e tampouco pode obrigá-la a se submeter a procedimento de esterilização, pois são proibidas tais práticas pelo art. 373-A, IV, da CLT, além de ser considerado crime, segundo o art. 2º da Lei n. 9.029/95.

Quanto aos direitos assegurados à gestante, o TST foi claro ao dispor no inciso II da Súmula 244: *II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.*

2) O efeito natural da dispensa imotivada no curso de garantia de emprego é a reintegração da empregada, e não a indenização, tendo em vista que a garantia é de emprego e não econômica. Entretanto, caso não seja possível ou não seja recomendável a reintegração, converte-se a obrigação do empregador em indenização.

Vejam os um **exemplo**: A empregada teve confirmada a sua gravidez em 20 de janeiro de 2011, tendo sido demitida sem justa causa pelo empregador em 2 de fevereiro de 2011. O parto ocorreu em 10 de setembro de 2011. Neste caso, a empregada teria direito a reintegração até 10 de fevereiro de 2012, ou seja, até cinco meses após o parto. Caso a empregada ajuizasse a reclamação trabalhista durante o período estável (até 10 de fevereiro de 2012), caberia direito a reintegração ao emprego, cumulada com o direito ao recebimento dos salários e demais direitos devidos desde a dispensa até a data da reintegração. Entretanto, se a empregada ajuizar a ação em 11 de fevereiro de 2012, caberia somente direito à indenização, pois o período estável teria expirado.

Parte da doutrina trabalhista defendia a impossibilidade de ajuizamento da ação trabalhista após expirado o período estável, pois haveria abuso do direito. Neste sentido, por exemplo, Sérgio Pinto Martins e Alice Monteiro de Barros.

3) O TST recentemente decidiu esta polêmica: a gestante pode ajuizar ação trabalhista depois de exaurido o prazo da estabilidade, desde que dentro do prazo prescricional de dois anos, nos termos da OJ 399 da SDI-I: *OJ 399. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de*

garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

PEGADINHA:

O antigo entendimento do TST era no sentido de que nos contratos por prazo determinado (dentre eles o contrato de experiência) a empregada gestante não teria direito de estabilidade provisória, veja a antiga redação do inciso III da Súmula 244 do TST: *Súmula 244. Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.*

4) Em 14-7-2012, o Tribunal Pleno e o Órgão Especial do TST se reuniram para pacificar 43 controvérsias jurídico-trabalhistas, dentre elas, aprovaram a nova redação do inciso III da referida súmula, apresentada a seguir: *III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (Redação do item III alterada pela Resolução n. 185/2012, DeJT de 25-9-2012).*

A justificativa do TST era a de que a extinção da relação de emprego se dava em razão do término do prazo contratual, não constituindo dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Percebe-se que o TST alterou seu entendimento anterior, que priorizava a natureza jurídica interrupta típica do contrato por prazo determinado, para valorizar o direito fundamental da gestante ao pleno emprego, independentemente da forma de pactuação do termo da contratação.

Vejamos a própria justificativa do TST:

“O cancelamento do item proposto pela comissão de jurisprudência do Tribunal Superior

do Trabalho deu-se em razão de entendimento de que as garantias à gestante não devem ser limitadas em razão da natureza da modalidade contratual. Um dos fundamentos que orientou a alteração foi o de que o alvo da proteção conferida pela Constituição da República é também o nascituro. Os princípios da isonomia, da garantia na dignidade da pessoa humana e de proteção à maternidade também foram considerados na proposição” (*site* do TST).

ATENÇÃO:

O nascimento da criança com vida não é requisito para adquirir a estabilidade provisória, vejamos jurisprudência nesse sentido: “RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. DIREITO AO PERÍODO INTEGRAL. Segundo a diretriz fixada na Súmula nº 437, I, do TST, após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. Recurso de revista conhecido e provido, no tópico. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O requisito objetivo para a aquisição da referida estabilidade é a concepção na vigência do curso do contrato de trabalho, não estando o direito condicionado ao nascimento com vida da criança. Logo, ainda que nascido o filho sem vida (natimorto), a empregada faz jus à estabilidade provisória conferida à gestante. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. fls. PROCESSO Nº TST-RR-4139-32.2010.5.12.0051” (TST – RR: 41393220105120051, Data de Julgamento: 24-10-2018, Data de Publicação: *DEJT* 26-10-2018).

PEGADINHA:

É considerado aborto a gestação que for interrompida até a 23ª semana (fundamento na IN n. 971/2009 do INSS), portanto, nesta hipótese, a empregada não tem direito a estabilidade provisória e sim ao afastamento remunerado de duas semanas previsto no art. 395 da CLT, caso seja o aborto não criminoso.

5) Em vigor a partir de 16-5-2013, a Lei n. 12.812/2013 garantiu estabilidade provisória à gestante que tiver a gravidez confirmada no curso do aviso prévio, trabalhado ou indenizado.

A Lei n. 12.812/2013 acrescentou o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, vejamos a redação do referido artigo: “Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, *ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado*, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Este posicionamento já vinha sendo reiterado na jurisprudência do TST, vejamos notícia sobre o tema no *site* do TST: **Lei que garante estabilidade provisória da gestante reflete jurisprudência do TST**

A extensão do direito à estabilidade à gestante em aviso prévio reflete jurisprudência já consolidada do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a concepção no durante o curso do aviso prévio assegurará a estabilidade provisória da empregada gestante. Ou seja, a condição essencial para assegurar a estabilidade à empregada grávida é o fato de a gravidez ter ocorrido durante o contrato de trabalho, independentemente do conhecimento do fato pelo empregador.

A justificativa legal decorre do fato de que a relação de emprego ainda se encontra em vigência, já que o aviso prévio, cumprido ou não, o integra o contrato de trabalho para todos os efeitos (art. 487, § 1º, da CLT).

Outro fundamento jurídico adotado nas decisões do TST é o mesmo utilizado na nova lei, ou seja, atende à determinação contida no art. 10 do ADTC, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O empregador que desrespeitar tal garantia irá arcar com a indenização pelo período

integral da estabilidade prevista na Constituição Federal. Fonte: site do TST – veja o link abaixo³⁰³: Conclui-se que atualmente a tendência da jurisprudência e da legislação trabalhista é dar a mais ampla abrangência à proteção prevista no art. 10, II, *b*, do ADCT, para assegurar a tutela da gestação, da maternidade e, por extensão, do nascituro.

6) Por fim, a Carta Magna é expressa no sentido de que a vedação de despedida é somente em relação à dispensa *arbitrária* ou *sem justa causa*. Em outros tipos de estabilidades, como o caso do dirigente sindical, a Carta Magna veda expressamente a dispensa em caso de *falta grave*. Logo, no caso da gestante, entende-se que não é necessário o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave.

6.3.2 Cipeiro

A maioria dos estabelecimentos com mais de 19 empregados é obrigada a constituir uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) prevista na NR 5 e no art. 163 da CLT.

O constituinte garantiu ao empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes estabilidade provisória desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato (ADCT, art. 10, II, *a*).

A CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) tem por finalidade incentivar a participação dos empregados na política de segurança do trabalho das empresas, de forma a prevenir, conscientizar e diminuir os riscos de acidente do trabalho e doenças profissionais no ambiente laboral.

A CIPA é composta de empregados eleitos por seus pares (representantes dos empregados) e por empregados indicados pelo empregador (representantes do empregador).

O Presidente da CIPA é representante do empregador e o Vice-Presidente é representante eleito pelos empregados, portanto, somente este último tem estabilidade provisória. O presidente e os demais

representantes do empregador na CIPA não têm estabilidade provisória, uma vez que não são eleitos, mas apenas “designados” pelo empregador.

Veja a redação do art. 164 da CLT:

Art. 164. Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios que vierem a ser adotados na regulamentação de que trata o parágrafo único do artigo anterior.

§ 1º Os representantes dos empregadores, titulares e suplentes, serão por ele designados.

§ 2º Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos em escrutínio secreto do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados.

§ 3º O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplicará ao membro suplente que, durante o seu mandato, tenha participado de menos da metade do número de reuniões da CIPA.

§ 5º O empregador designará, anualmente, dentre os seus representantes, o Presidente da CIPA e os empregados elegerão, dentre eles, o Vice-Presidente.

PEGADINHA:

O mandato é de um ano, permitida uma reeleição, logo, o cipeiro que for reeleito mais de uma vez não adquirirá estabilidade provisória após a primeira reeleição.

Parte da doutrina trabalhista defendia que a estabilidade do cipeiro prevista na Constituição Federal era dirigida apenas ao empregado eleito dirigente da CIPA e não ao suplente, uma vez que o suplente não é eleito para dirigir a CIPA, mas apenas para substituir o titular nas ausências ou impedimentos deste. Contudo, não foi esse o entendimento que prevaleceu no Tribunal Superior do Trabalho, segundo a redação do item I da Súmula 339: *I – O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, a, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.*

O Supremo Tribunal Federal também confirmou que o suplente da CIPA goza da estabilidade no emprego prevista na Constituição Federal por meio da Súmula 676: *A garantia da estabilidade provisória prevista no*

art. 10, II, a, do ADCT, também se aplica ao suplente do cargo de direção de CIPA (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes).

A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Logo, não subsiste a estabilidade provisória do cipeiro em caso de extinção do estabelecimento, nos termos do inciso II da Súmula 339 do TST: *II – A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável.*

6.3.3 Trabalhador acidentado

O art. 118 da Lei n. 8.213/91 garante ao segurado da Previdência Social que sofreu acidente de trabalho a manutenção do seu contrato na empresa pelo prazo mínimo de um ano após o término do recebimento do auxílio-doença.

Parte da doutrina trabalhista entendia que o art. 118 da Lei n. 8.213/91, que prevê a estabilidade provisória do acidentado, não era constitucional, porém o TST pacificou a controvérsia no inciso I da Súmula 378: *I – É constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213/91 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.*

O TST tem adotado o entendimento de que a garantia provisória no emprego tem como pressupostos o afastamento do trabalho por prazo superior a quinze dias e a consequente percepção do auxílio-doença-acidentário: *Súmula 378. (...)*

II – 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.

Conforme a Resolução n. 185/2012, *DeJT* de 25-9-2012, a Súmula 378 ganhou um novo inciso com objetivo de assegurar a garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, também ao indivíduo submetido a contrato de trabalho por tempo determinado. Confira a nova redação a seguir: *III – 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.*

O TST apresentou as seguintes justificativas para a inclusão do item III da Súmula 378: A inclusão do inciso III na referida Súmula foi amparada na Convenção n. 168, que trata do respeito à proteção dos trabalhadores doentes. Considerou-se, também, a precária segurança do trabalhador no Brasil, no qual o elevado índice de acidentes de trabalho “cria um exército de inválidos ou semi inválidos, que merecem, à luz da política pública do pleno emprego, lugar no mercado” e, ainda, o fato de a Lei n. 8.213/91 não diferenciar a modalidade contratual a que se vincula o trabalhador, para concessão de tal garantia (site do TST).

6.3.4 Dirigente sindical

A CLT já previa estabilidade provisória ao dirigente sindical: “Art. 543. (...)

§ 3º Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

O referido dispositivo foi elevado a nível constitucional:

Art. 8º (...)

É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até 1 (um ano) após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Cargo de direção ou representação sindical é aquele cuja ocupação decorre de eleição prevista em lei (presidente, secretário, tesoureiro etc.). Empregado nomeado ou designado para o cargo de dirigente sindical ou de delegado sindical não tem direito à estabilidade provisória, veja o entendimento do TST abaixo: *OJ 369 da SDI-I do TST. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DELEGADO SINDICAL. INAPLICÁVEL (DEJT divulgado em 3, 4 e 5-12-2008).*

O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/88, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exerçam ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo.

A estabilidade provisória constitucional aplica-se somente aos membros do Conselho de Administração e não aos membros do Conselho Fiscal, nos termos da OJ 365 da SDI-I do TST: *OJ 365. Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/88, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT).*

Em caso de dirigente sindical eleito para sindicato de categoria diferenciada, o empregado somente terá estabilidade provisória se exercer de fato a função típica da categoria diferenciada, nos termos do inciso III da Súmula 369 do TST.

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

Por exemplo: João exerce a função de motorista da GM e é eleito dirigente sindical do sindicato dos motoristas do ABC.

A CLT limita em sete o número de dirigentes sindicais:

*Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de **sete** e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembleia Geral.*

O TST tem entendido que esta limitação do art. 522 da CLT para fins de

estabilidade provisória foi recepcionada pela Constituição Federal, de acordo com o contido no inciso II da Súmula 369: *II – 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.*

Desta forma, é garantida estabilidade provisória somente para os sete primeiros dirigentes sindicais eleitos e seus respectivos sete suplentes.

Quanto ao prazo do mandato do dirigente sindical, nem a lei ordinária (art. 543, § 3º, da CLT) nem a Constituição da República (art. 8º, III) definiram o tempo do mandato, só há previsão de que a proteção se estenderá até um ano após o término deste.

A CLT prevê que a entidade sindical notifique o empregador no prazo de vinte e quatro horas, caso algum de seus empregados tenha registrado candidatura para cargo de dirigente sindical, ou tenha sido eleito, ou tenha tomado posse: *Art. 543. (...)*

§ 5º Para os fins deste artigo, a entidade sindical comunicará por escrito à empresa, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o dia e a hora do registro da candidatura do seu empregado e, em igual prazo, sua eleição e posse, fornecendo, outrossim, a este, comprovante no mesmo sentido. O Ministério do Trabalho fará no mesmo prazo a comunicação no caso da designação referida no final do § 4º.

O TST entendia que esta comunicação no prazo de vinte e quatro horas era indispensável para garantia da estabilidade provisória do dirigente sindical, vejamos a antiga redação do inciso I da Súmula 369: *I – É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT.*

Houve recente alteração da redação do item I da Súmula 369 do TST, durante sessão do Tribunal Pleno, realizada em 14-9-2012, pela Resolução n. 185/2012, *DeJT* de 25-9-2012, confira a seguir: *I – 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.

Percebe-se claramente que o objetivo do TST foi evitar que o apego ao formalismo do § 5º do art. 543 da CLT prejudicasse o direito fundamental de proteção do dirigente sindical contra atos antissindicais praticados pelo empregador.

O objetivo do legislador não foi garantir um direito individual ao dirigente sindical e sim garantir à categoria profissional uma proteção legal do seu representante. Portanto, em caso de extinção da empresa, o dirigente sindical perde seu direito à estabilidade, nos termos do inciso IV da Súmula 369 do TST: *IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.*

Da mesma forma, entende o TST que o registro da candidatura durante o aviso prévio, ainda que indenizado, não garante estabilidade provisória para o dirigente sindical, nos termos do inciso V da Súmula 369 do TST: *V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.*

CUIDADO:

No caso da gestante, o entendimento é diverso, pois a Lei n. 12.812/2013 acrescentou o art. 391-A à CLT, afirmando expressamente que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

O dirigente sindical acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o ajuizamento de ação trabalhista de inquérito de apuração de falta grave, em que seja

constatada a procedência da acusação nos dizeres da Súmula 379 do TST: *Súmula 379. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT.*

Por fim, a suspensão do dirigente sindical perdurará até a decisão final do processo. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

6.3.5 Dirigente de Cooperativa de Empregados

O art. 55 da Lei n. 5.764/71 estabelece que os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT.

Desta forma, a sua dispensa somente pode ocorrer se comprovada falta grave mediante inquérito judicial.

O entendimento dominante é o de que essa garantia provisória de emprego se destina apenas aos diretores de cooperativas criadas pelos empregados, não alcançando os suplentes nem os membros do Conselho Fiscal.

Isto porque o texto do art. 543, § 3º, da CLT, aplicável diante da remissão feita pelo art. 55 da Lei n. 5.764/71, é norma que deve ser interpretada restritivamente. Neste sentido a OJ 253 da SBDI-1 do TST: *OJ 253. O art. 55 da Lei n. 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.*

Segundo o art. 21, V, da Lei n. 5.764/71, o prazo do mandato do dirigente da cooperativa será previsto no estatuto da entidade, mas não podendo ser superior a quatro anos (art. 47 da mesma lei).

A Lei n. 5.764/71 não previu o número mínimo e máximo de diretores,

portanto cabe tal definição para o estatuto da cooperativa. Assim, parte da doutrina trabalhista entende que a restrição prevista no art. 522 da CLT também não se aplica aos diretores de cooperativas, gozando todos os diretores eleitos da estabilidade provisória, contudo há posições em sentido contrário.

6.3.6 Membro de Comissão de Conciliação Prévia

A Lei n. 9.958/2000 estabeleceu a faculdade de as empresas e os sindicatos instituírem Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária por representantes dos empregados e empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Nessa linha, o art. 625-B, § 1º, da CLT estabelece que é vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o término do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

Desta forma, a sua dispensa somente pode ocorrer se comprovada falta grave mediante inquérito judicial.

6.3.7 Membro do Conselho Curador do FGTS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS é regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto de representação de trabalhadores, empregados e órgãos e entidades governamentais.

A Lei n. 8.036/90, que rege o FGTS, estabelece, em seu art. 3º, § 9º, que, aos membros do Conselho Curador do FGTS, representantes dos trabalhadores, efetivos ou suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação.

Não é exigido ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave, pois a lei somente se referiu a inquérito sindical.

6.3.8 Membro do Conselho de Previdência Social

O Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) é composto de representantes do governo federal, dos aposentados e pensionistas, dos trabalhadores em atividade e dos empregadores.

O art. 3º, § 7º, da Lei n. 8.213/91 estabelece que os membros do CNPS representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, têm estabilidade no emprego desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada por meio de processo judicial.

Desta forma, a sua dispensa somente pode ocorrer se comprovada falta grave mediante inquérito judicial.

RECAPITULANDO...

Tipo de estabilidade provisória	Prazo	Exigência de inquérito de apuração de falta grave
Gestante (ADCT, art. 10, II, <i>b</i>)	desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto	Não
Cipeiro (ADCT, art. 10, II, <i>a</i>)	desde o registro de sua candidatura até 1 (um) ano após o final de seu mandato.	Não
Acidentado	1 (um) ano após o término do recebimento do auxílio-doença	Não
Dirigente sindical (art. 8º, VIII, da CF)	desde o registro de sua candidatura até 1 (um) ano após o final de seu mandato	Sim
Dirigente de cooperativa de empregados (art. 55 da Lei n.	desde o registro de sua candidatura até 1 (um) ano após o final de seu	Sim

5.764/71)	mandato	
CCP (art. 625-A, § 1º, da CLT)	até um ano após o término do mandato.	Sim
Conselho Curador do FGTS (art. 3º, § 9º, da Lei n. 8.036/90)	desde a nomeação até 1 (um) ano após o término do mandato de representação	Não
CNPS (art. 3º, § 7º, da Lei n. 8.213/91)	desde a nomeação até 1 (um) ano após o término do mandato de representação	Sim

7. JUSTA CAUSA

PERGUNTA-SE

- 1) As expressões “justa causa” e “falta grave” são sinônimas?
- 2) Quais são os requisitos para aplicação da justa causa?
- 3) As hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT são taxativas?

Wagner D. Giglio escreveu um livro clássico sobre a despedida por justa causa em que traz importante crítica sobre o termo **justa causa**: “justa causa sempre nos pareceu uma expressão infeliz, porque causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá vir a ser a consequência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo ou causa. Assim, a justa causa não seria nem justa, nem causa, e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos seguindo o exemplo da lei como motivo da rescisão”³⁰⁴.

Com relação à expressão **falta grave**, Wagner D. Giglio também apresenta sua crítica: “Não menos infeliz é a expressão falta grave, onde o primeiro termo não significa ausência, carência ou escassez e sim engano, falha, defeito ou infração. E grave no sentido de importante, intensa ou grande, deve ser toda e qualquer infração, pois as veniais não se caracterizam sequer justa causa, como se verá. Via de consequência, afirmar-se que alguém cometeu uma falta grave não teria, a rigor, o sentido técnico pretendido, ensejando dúvidas”³⁰⁵.

Wagner D. Giglio conceitua **justa causa** como “todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autoriza a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante”³⁰⁶.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros ensina que “a justa causa é uma circunstância peculiar ao pacto laboral. Ela consiste na prática de ato doloso ou culposamente grave por uma das partes e pode ser o motivo

determinante da resolução do contrato”³⁰⁷.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua justa causa como “ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico”³⁰⁸.

1) Alguns autores consideram sinônimos os termos “justa causa” e “falta grave”, entre eles, Wagner D. Giglio, Délio Maranhão e Eduardo Gabriel Saad. Outros defendem que a expressão “falta grave” deve ser somente utilizada quando o ato for praticado por empregado estável.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado defende: “Parece claro que a falta grave corresponde à justa causa que tenha sido apurada formalisticamente, por meio de ação judicial de inquérito, nos moldes do art. 494, *caput*, e arts. 853 a 855 da CLT. Pelo menos, do ponto de vista formal, 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 aqueles empregados que tenham estabilidade provisórias mais acentuadas, cuja resolução contratual somente possa ser feita por meio de inquérito judicial, em que se apure seu comportamento culposos, como se passa com o dirigente das entidades sindicais”³⁰⁹.

O art. 482 da CLT somente enumera as hipóteses de justa causa, portanto a CLT é silente quanto aos requisitos configuradores da justa causa. Coube à doutrina trabalhista desenvolver a teoria sobre justa causa.

2) Amauri Mascaro Nascimento³¹⁰ defende como requisitos configuradores da justa causa: 1) atualidade; 2) gravidade e 3) causalidade.

Alice Monteiro de Barros³¹¹ entende como elementos caracterizadores da justa causa: 1) previsão legal; 2) caráter determinante da falta; 3) imediatidade da falta; e 4) proporcionalidade da falta e da punição.

Segundo Sérgio Pinto Martins³¹², os elementos da justa causa podem ser descritos como objetivos ou subjetivos.

Elementos subjetivos: é a vontade do empregador, e pode ser verificado se agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou com dolo, se o obreiro teve a intenção de fazer certo ato. Outros elementos são a personalidade do agente, seus antecedentes, seu grau de instrução ou de cultura, sua motivação *etc.*

Elementos objetivos: são vários. O primeiro é que a justa causa seja tipificada em lei, ou seja, não haverá justa causa se não houver determinação da lei. O segundo elemento vem a ser a gravidade do ato praticado pelo empregado, de modo a abalar a fidúcia (confiança) que deve existir na relação de emprego. O terceiro diz respeito ao nexo de causa e efeito entre a falta praticada e a dispensa. O empregado não pode ser dispensado pelo fato de ter cometido uma falta anterior. Por exemplo: o empregado falta seguidamente ao serviço e o empregador o despede pelo fato de ter sido apanhado dormindo no serviço há quase um mês. Não existe nexo de causa e efeito no exemplo mencionado. Deve haver proporcionalidade no ato faltoso e a punição. O poder de aplicar penalidade ao empregado é decorrente do poder disciplinar do empregador, seja advertindo verbalmente, por escrito, ou o suspendendo e dispensando quando necessário.

Maurício Godinho Delgado³¹³ defende que há três grupos de requisitos:

a) Requisitos objetivos: tipicidade da falta obreira e gravidade da conduta do trabalhador.

b) Requisitos subjetivos: a autoria obreira e a prática de dolo ou culpa do ato faltoso.

c) Requisitos circunstanciais: nexo causal entre a falta e penalidade, adequação entre a falta e a pena, proporcionalidade entre a falta e a pena, imediatidade da punição, ausência de perdão tácito, singularidade da punição (*no bis in idem*), inalterabilidade da punição, ausência de discriminação e caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar com a correspondente gradação de penalidades.

Apesar de cada doutrinador apresentar o seu conjunto de requisitos

configuradores da justa causa, podemos elencar como requisitos universais: **1) taxatividade; 2) imediatidade; 3) proporcionalidade da pena; 4) análise do histórico laboral do empregado.**

1) *Taxatividade*

No direito comparado, podemos encontrar três sistemas em relação à justa causa: **a) o sistema genérico:** quando a legislação do país autoriza o despedimento do trabalhador sem especificar a hipótese em que se configura a justa causa; **b) o sistema taxativo:** quando a legislação do país define quais as hipóteses em que se figura a justa causa, não permitindo que as normas coletivas, os regulamentos de empresa e o contrato de trabalho tratem do tema; **c) o sistema misto:** compreende uma combinação entre o sistema taxativo e o genérico. A lei determina taxativamente as hipóteses de justa causa, porém, em algumas dessas hipóteses, o tipo legal fica bastante amplo, genérico, permitindo o enquadramento de diversas situações em certas especificações da lei.

3) O Brasil adotou o sistema taxativo das faltas, logo a legislação trabalhista enumera exaustivamente as hipóteses de justa causa, portanto, no nosso sistema somente a lei é a fonte formal típica da justa causa.

A CLT traz as hipóteses de justa causa elencadas no art. 482. Além deste artigo, há situações especiais ensejadoras de justa causa, como: a) recusa injustificada do empregado em utilizar o equipamento de proteção individual (art. 158); b) recusa injustificada do ferroviário na execução de serviço extraordinário em situações de urgência ou acidente na linha férrea (art. 240, parágrafo único); c) desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz ou sua ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo (incisos I e III do art. 433). Vale lembrar que a justa causa específica do bancário prevista no art. 508 da CLT foi revogada pela Lei n. 12.347/2010).

Maurício Godinho Delgado explica o sistema taxativo de justa causa:

“Aplica-se como visto ao ramo juslaboralista do nosso 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”³¹⁴.

Amauri Mascaro Nascimento traz importante crítica sobre nosso sistema taxativo de justa causa: “Argumenta-se que este sistema dispensa maior proteção ao trabalhador, porque restringe as hipóteses faltosas, e permite às partes e aos tribunais do trabalho um critério mais rigoroso e seguro de apreciação de casos concretos. Ao julgar pela experiência brasileira, pouca ou nenhuma diferença haveria entre o sistema genérico e o taxativo, tão amplas são as causas previstas em nossa lei, de modo a ser possível enquadrar sempre um ato eticamente reprovado”³¹⁵.

Com razão o autor, pois algumas das hipóteses previstas no art. 482 da CLT são relativamente amplas e comportam a tipificação de diversos atos faltosos, por exemplo, mau procedimento, indisciplina, insubordinação, dentre outras.

Em relação à plasticidade das hipóteses de justa causa celetistas a situações modernas, Maurício Godinho Delgado comenta que “a plasticidade dessa tipificação 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, quando praticado por um empregado em face de sua colega de trabalho, que pode se enquadrar perfeitamente como incontinência de conduta alinhada no art. 482, *b*, da CLT”³¹⁶.

Sérgio Pinto Martins³¹⁷ ensina que há na jurisprudência duas correntes para tentar justificar a tipificação da justa causa pelo empregador: a ortodoxa e a heterodoxa.

A **ortodoxa** não aceita que o empregador classifique erroneamente na

defesa a tipificação da justa causa. Caso o faça, não se caracteriza a falta. A **heterodoxa** aceita os fatos narrados na defesa para justificar o despedimento por justa causa, cabendo ao julgador tipificar o caso concreto na hipótese legal.

O autor defende que o importante é que a defesa indique qual foi o ato faltoso praticado pelo empregador, cabendo ao juiz, na sentença, estabelecer a associação entre o ato faltoso e a previsão legal.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“JUSTA CAUSA. DESNECESSIDADE DE APONTAMENTO PELO EMPREGADOR DE INCISO DO ART. 482 DA CLT. PRESCINDIBILIDADE. Trata-se, o apontamento de inciso do art. 482 da CLT, de procedimento perfeitamente dispensável à regularidade da justa causa atribuída pelo empregador. Tal como no Direito Penal, aqui a parte defende-se do fato, e não da fundamentação legal que eventualmente lhe seja atribuída. Se nem naquela seara a incorreta tipificação pela parte acusatória causa a nulidade/invalidade do processo, quem dirá aqui, no processo do trabalho, que nem mesmo exige fundamentação jurídica do pedido/defesa. Acresce inexistir, no ordenamento, norma obrigando a ré a proceder conforme pretendido pelo autor, de tal sorte que a ausência da tipificação pudesse ocasionar-lhe algum prejuízo. E, se a ninguém é dado fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), a conduta da empregadora encontra-se revestida, pois, de plena legalidade. Ademais, o contrato de trabalho classifica-se como contrato não solene, não exigindo, portanto, forma específica para sua entabulação, nem para sua dissolução. Por outro lado, considerando-se que a parte se defende a partir da narrativa fática trazida pela ré, o julgador encontra-se plenamente habilitado a proceder ao julgamento do caso. Eis, então, o último dos argumentos que revelam a prescindibilidade do apontamento do dispositivo celetário pela ré: é que cabe ao juiz, e não à parte, a devida subsunção dos fatos à lei – esta, aliás, é, precipuamente, a sua função (*da mihi factum dabo tu jus*) (TRT/PR-02459-2005-65209-00-0-ACO-22112-2008, 4ª T., rel. Sueli Gil El-Rafihí, DJPR de 27-6-2008).

2) *Imediatidade*

A doutrina e a jurisprudência são unânimes na necessidade de imediatidade na aplicação da justa causa.

Sérgio Pinto Martins ensina que “o requisito objetivo fundamental é imediação na aplicação da sanção ao empregado. A pena deve ser aplicada o mais rápido possível ou logo após o empregador ter conhecimento da

falta para não descaracterizá-la. A partir do momento que o empregador toma conhecimento da causa, deve ser aplicada a punição, sob pena de ocorrência do perdão tácito”³¹⁸.

Amauri Mascaro Nascimento lembra que “a justa causa invocada para o despedimento do empregado deve ser atual, praticada na mesma ocasião a que se segue a rescisão contratual, perdendo a eficácia uma falta pretérita, ocorrida muito tempo antes”³¹⁹.

Wagner D. Giglio ensina que a falta de imediatidade configura perdão tácito: “Haveria inconvenientes para a estabilidade das relações trabalhistas a inobservância do princípio da atualidade, pois o empregado viveria, neste regime, sob constante ameaça, coagido e impotente, entregue de mãos atadas à vontade discricionária do patrão. No momento, que melhor conviesse à empresa, por ocasião dos aumentos coletivos, por exemplo, romperia o contrato, desenterrando do fundo do arquivo uma falta antiga, cometida pelo assalariado, para justificar a dispensa”³²⁰.

Alice Monteiro de Barros explica o conceito de perdão tácito: “Configura-se renúncia ou perdão tácito quando o empregador toma ciência do comportamento faltoso do empregado e mesmo assim permite que ele trabalhe por um lapso de tempo relativamente longo, não comprovando estivesse nesse período aguardando investigação contínua, cautelosa e criteriosa, a fim de, depois, romper o ajuste”³²¹.

Quanto ao prazo exigido para configurar a imediatidade, a CLT é silente a respeito e o parâmetro fixado pela jurisprudência tem sido de até no máximo trinta dias.

LEMBRETE:

Este prazo deve ser contado a partir do conhecimento pelo empregador do ato faltoso e não necessariamente da data do fato ocorrido.

Maurício Godinho Delgado explica esta polêmica questão: “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 do STF) colocado ao empregador para ajuizamento de ação de inquérito para apuração de falta grave de estável (art. 853 da CLT; Súmula 62 do TST). Observe-se, porém, que tal prazo de 30 dias somente seria aplicável quando houvesse necessidade de alguma diligência averiguatória acerca dos fatos referentes a infração”³²².

A jurisprudência reconhece amplamente a imediatidade ou atualidade como critério para validade da justa causa. Vejamos esta decisão: **Falta não punida imediatamente impede demissão por justa causa** Quando o empregador não pune imediatamente falta cometida pelo empregado, não pode, tempos depois, dispensá-lo por justa causa com base nesse mesmo incidente. Esta foi a posição adotada pela 6ª Turma do TRT/MG (Tribunal Regional do Trabalho), ao negar provimento a recurso ordinário de um condomínio que não concordava em pagar ao reclamante verbas rescisórias, alegando que foi este quem abandonou o emprego.

Segundo o entendimento dos magistrados, no lapso de tempo entre a falta e a punição fica configurado o perdão tácito, ou seja, a renúncia do empregador em punir o empregado.

O Desembargador Antônio Fernando Guimarães, relator do recurso, disse que, como o reclamante cometeu uma falta grave, competia à reclamada desligá-lo imediatamente do emprego: “Não tendo tomado esta providência, consentiu com a continuidade do contrato até que o reclamante viesse a juízo alegando ter sido dispensado. Pela sua incúria, deverá pagar as verbas rescisórias cominadas em sentença, decorrentes da dispensa injusta”.

A defesa alegou que o próprio reclamante teria confessado que se apropriou de quantias pagas por condôminos, tendo levado duas advertências, o que já seria o bastante para a dispensa justa. Além disso, o autor deixou de comparecer ao trabalho, ajuizando a ação trabalhista catorze dias após ter abandonado o emprego. Mas, como salientou o desembargador, a inércia da reclamada, que permaneceu aguardando que o reclamante aparecesse para dispensá-lo, implica perdão tácito que prejudica o reconhecimento da justa causa ou do abandono de emprego.

Por isso, a Turma manteve a sentença que condenou o reclamado a pagar todas as verbas rescisórias devidas em caso de dispensa sem justa causa, como FGTS, 40%, aviso prévio, 13º e férias integrais e proporcionais (site: *Última Instância*).

3) *Proporcionalidade da falta*

A aplicação da justa causa é a pena máxima aplicável ao empregado. Nem todas as faltas comportam aplicação de justa causa de imediato, há faltas leves que comportam punições mais leves. É o respeito ao princípio da proporcionalidade da falta.

Alice Monteiro de Barros explica o princípio da proporcionalidade da falta: “Há faltas que não assumem de imediato uma gravidade capaz de ensejar a despedida. Elas só autorizam a resolução quando se repetem, isto é, tornam-se crônicas, como acontece em geral com a desídia. Quando a falta é leve ou levíssima, devem-se aplicar sanções mais brandas (advertência ou suspensão) com o objetivo de recuperar o trabalhador para o caminho da exaçaõ funcional. É o princípio da proporcionalidade da falta”³²³.

Maurício Godinho Delgado ensina que a gradação das penalidades é importante mecanismo de realização do caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar do empregador: “De fato, a adoção de medidas punitivas em escala crescente transmite ao obreiro a clara noção do desajuste de seu comportamento, permitindo melhor alcance de sua ressocialização laborativa. A gradação favorece, pois, em geral, o sentido didático do exercício punitivo”³²⁴.

A doutrina trabalhista recomenda a seguinte gradação da pena: advertência verbal, advertência escrita, suspensão e, por fim, aplicação da pena máxima: justa causa.

A jurisprudência do TST, contudo, tem dispensado a gradação completa e tem entendido suficiente a aplicação de advertência seguida de despedida por justa causa.

Vale lembrar que o empregador não pode aplicar dupla punição pelo mesmo ato faltoso, pois tal prática configuraria *bis in idem*. Desta forma, se o empregador aplicar uma punição, por exemplo, uma advertência escrita, não pode se arrepender e aplicar mais uma punição, por exemplo,

suspensão. É o respeito ao princípio do *non bis in idem*.

Amauri Mascaro Nascimento explica o conceito de *non bis in idem*: “Inspirando-se no direito penal, o direito trabalhista adota o princípio do *non bis in idem*. Significa que a mesma falta do empregado não pode ser duplamente punida. Punir duplamente a mesma transgressão quer dizer aplicar uma penalidade pela segunda vez ao mesmo empregado sem que nada tenha feito além do que já fez”³²⁵.

Veja esta decisão bem ilustrativa a respeito do princípio do *non bis in idem*:

TST anula demissão por justa causa de empresa que puniu triplamente trabalhador A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, entendendo haver excesso nas penalidades por parte da empresa, não conheceu de seu recurso, e determinou a reversão da demissão da justa causa atribuída ao trabalhador. O entendimento manteve a decisão do Regional.

Caso – Um auxiliar de produção de computadores ajuizou ação reclusória em face da empresa M. Industrial Ltda. almejando a reversão de sua dispensa por justa causa. Segundo os autos, o obreiro teria sido demitido por negligência, sendo já anteriormente advertido e suspenso por ausências injustificadas, bem como havendo mais uma advertência por brincar com carrinho de transporte de materiais.

A reclamada, em sua defesa, juntou documentação, de que o obreiro teria faltado injustificadamente de 13 a 17-10-2009 e em 20-10-2009, recebendo advertência em 19-10-2009 e 21-10-2009, respectivamente. Tendo nova advertência em 5-11-2009, por ter se atrasado no retorno do horário de intervalo do jantar, e mais uma em 19-1-2010, por falta em 16-1-2010.

A dispensa teria ocorrido por comportamento inadequado e perigoso, na utilização indevida dos carrinhos, estando o mesmo brincando com outro colega, gerando nova advertência, em 19-3-2010, e aplicação de justa causa, em 22-3-2010.

A 15ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (MG) reconheceu a justa causa, considerando negligente o comportamento do empregado, entretanto, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3/MG) reformou a sentença, pontuando que a ocorrência de dupla ou tripla punição bastava para justificar o afastamento da justa causa.

O TRT-3, ao considerar imotivada a dispensa, salientou que, na tentativa de caracterizar a aplicação gradativa das penas, a empresa “excedeu-se e exagerou, punindo o reclamante pelos mesmos fatos mais de uma vez”.

Segundo o Regional, tendo em vista haver uma advertência, sem a existência de outra falta após essa advertência, às ausências anteriores eram insuficientes para caracterizar a desídia, ponderando ainda que a atitude descuidada com o carrinho também já havia sido punida

com advertência, e desta forma, seu entendimento foi de que a empresa “valeu-se de fatos pretéritos, devidamente punidos, para justificar o ato da dispensa, o que não é permitido, por configurar a dupla (ou tripla) punição”.

A M. recorreu ao TST, alegando que a demissão por justa causa ficou caracterizada no comportamento descuidado e faltoso do reclamante, sendo que as penalidades foram proporcionais e corretamente aplicadas.

Na decisão, o TST manteve o entendimento anterior, não sendo reconhecida a justa causa, devendo assim a reclamada pagar ao obreiro os valores atinentes ao aviso prévio indenizado, férias proporcionais acrescidas de um terço, 13º salário proporcional, adicional de 40% sobre o saldo do FGTS e liberação do FGTS.

Decisão – O ministro relator do recurso de revista, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, afirmou que “embora legítima, a atuação disciplinar do empregador sujeita-se a limites, entre os quais a inalterabilidade e a singularidade da punição”.

Segundo o magistrado, diante do contexto, não havia como entender caracterizada a negligência para a dispensa, já que os fundamentos “não revelam a existência de gradação de penalidades, mas sim a ocorrência de dupla, e até tripla punição pelos mesmos fatos”.

Alice Monteiro de Barros defende que em caso de comportamentos dolosos, não há que se aplicar proporcionalidade da pena, logo, cabe imediatamente aplicação da pena máxima: justa causa³²⁶. Por exemplo, atos de improbidade e ofensas físicas. Portanto, o critério pedagógico da gradação não é absoluto.

Maurício Godinho Delgado tem o mesmo entendimento: “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)”³²⁷.

Segue jurisprudência do TST, que não reconheceu a validade da aplicação da justa causa devido ao não respeito ao princípio da proporcionalidade da falta: **Vida funcional – TST considera pena excessiva a empregado demitido** O empregado nunca advertido por

indisciplina durante sua vida funcional não pode ser demitido por justa causa. O entendimento é da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Os ministros entenderam que o tipo de indisciplina apontado para justificar a demissão de um empregado era conduta habitualmente tolerada pela empresa e que a penalidade era excessiva. A decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Amazonas de anular a demissão foi mantida.

O Regional destacou, em sua decisão, que mesmo tendo instaurada uma comissão de sindicância para apuração de denúncias contra o empregado — envolvimento em quadrilha de extravio de cartões de crédito —, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não conseguiu comprovar o envolvimento dele e, por isso, procurou outro motivo que justificasse sua demissão. Esse outro motivo, segundo a empresa, foi um ato de flagrante indisciplina consistente na falsificação de assinatura dos clientes nas listas de entrega (LOEC), configurando um ato de violação das normas internas, no caso um manual interno da ECT.

Para o Tribunal, o motivo alegado não foi suficientemente grave para ensejar a dispensa por justa causa. Com esse entendimento, determinou que o ato de demissão fosse anulado. Inconformada, a ECT interpôs Agravo de Instrumento contra o despacho que denegou seguimento ao seu recurso.

O Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, relator do caso, ressaltou que, conforme extraído do acórdão regional, o tipo de indisciplina apontado para justificar a demissão do empregado é uma conduta que tem sido habitualmente tolerada pela empresa. Outra informação destacada é no sentido de o empregado nunca ter sido sequer advertido por fato semelhante durante sua vida funcional.

Por fim, considerou o relator, o TRT aplicou corretamente os princípios da gradação da pena e da proporcionalidade ao entender que, no caso, a penalidade máxima era excessiva. Portanto, “não há falar em configuração de ato de indisciplina grave a ponto de justificar uma dispensa por justa causa”, concluiu.

A 8ª Turma, em decisão unânime, negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela ECT (AIRR 36.540(29.2008.5.11.0004), Revista *Consultor Jurídico*, de 14-2-2011).

4) *Análise do histórico laboral*

O empregador deve considerar o histórico laboral do empregado a fim de tomar a decisão de aplicar a justa causa.

Por exemplo: empregado que tem 10 (dez) anos de tempo de serviço e que nunca teve nenhuma penalidade disciplinar, não é razoável aplicar justa causa por uma falta leve como atraso de 15 minutos numa reunião.

Por outro lado, empregado que tem seis meses de tempo de serviço e que reiteradamente chega ao trabalho atrasado, de cujo prontuário laboral constam três punições diferentes, desde advertência verbal até suspensão disciplinar, justificaria a aplicação de justa causa caso houvesse novo atraso.

Alice Monteiro de Barros concorda que a análise do histórico laboral e outras informações subjetivas devem ser levadas em conta pelo empregador no momento de decidir aplicar a penalidade máxima: justa causa. Nesse sentido, a autora discorre: “Aspectos subjetivos devem ser sopesados na avaliação da justa causa, entre os quais o passado funcional do empregado, o tempo de serviço prestado à empresa, o seu nível educacional, a personalidade do faltoso, as condições emocionais em que a falta foi cometida, a forma como agiu o empregador com relação a comportamentos da mesma natureza praticados em circunstâncias semelhantes. A esses aspectos, deverão ser também acrescentados outros, de ordem objetiva, como a função exercida pelo empregado na empresa e o ambiente de trabalho. Assim, o empregado pedreiro que se utiliza de palavrão em obra de construção civil, entre homens habituados com essa prática, comete falta de pouca relevância, se confrontada com o mesmo ato praticado por empregado em um ambiente de cortesia habitual”³²⁸.

7.1 Hipóteses de justa causa (art. 482 da CLT)

Como já estudado, o empregador poderá demitir o empregado por justa causa, desde que o ato esteja previsto em alguma das hipóteses do art. 482 da CLT, uma vez que o nosso sistema trabalhista de justa causa é taxativo e não exemplificativo.

Há algumas outras faltas consideradas como justa causa pela legislação trabalhista: a recusa de uso do equipamento de proteção individual pelo empregado: *Art. 158. Cabe aos empregados:*

I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único. Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada.

Analisaremos a seguir cada uma das hipóteses de justa causa elencadas no referido artigo celetista.

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

“Ímproba” é uma pessoa que não é honrada. A improbidade revela mau caráter, perversidade, maldade, desonestidade.

Por exemplo: Furto, roubo, apropriação indébita de materiais da empresa, apropriação indébita de dinheiro do caixa da empresa, falsificação de atestados médicos, entre outros.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua improbidade como “ação ou omissão desonesta do empregado para lesar o patrimônio do empregador ou de terceiros”³²⁹.

Maurício Godinho Delgado conceitua improbidade: “Trata-se de conduta faltosa obreira que provoca 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”³³⁰.

Nesse sentido a jurisprudência:

“JUSTA CAUSA. Para a configuração de justa causa há necessidade de prova segura e robusta da falta grave, presença da culpa ou dolo do empregado e prejuízo para o empregador. Na aferição da dispensa motivada, há que se levar em conta o histórico funcional do envolvido, tempo de serviço, natureza e consequência da falta, bem como posição do trabalhador, para que possa mensurar a punição e obedecer ao princípio da gradação de penalidades que norteia o direito laboral. Só se justifica a dispensa abrupta calcada em fato único, quando esta decorre de improbidade, que não comporta graus e destrói a célula mater do contrato laboral, que é a fúducia” (RO 1004-00, TRT 3ª R., 4ª T., rel. Juiz Paulo Chaves Corrêa Filho, *DJMG* de 3-2-2001).

Quanto ao boletim de ocorrência como prova para a caracterização da falta, Alice Monteiro de Barros ressalta que “simples ocorrência registrada em delegacia de polícia com o objetivo de apurar desvio de numerário pertencente ao empregador não constitui prova de justa causa. Já o inquérito policial em que o autor confessa prática de crime de roubo qualificado, com uso de arma, vem sendo aceito como prova de improbidade”³³¹.

Veja esta interessante decisão de justa causa por improbidade que foi revertida de empregado que tinha dezesseis anos de tempo de serviço e prontuário limpo, por entender o julgador que a punição não foi proporcional ao ato faltoso: **Furto de quatro pilhas usadas não dá demissão por justa causa** O Tribunal Superior do Trabalho anulou a demissão por justa causa de um trabalhador acusado de furtar quatro pilhas usadas. A 1ª Turma manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP) ao rejeitar Agravo de Instrumento interposto pela Usina S. M.

A usina de cana do interior paulista caracterizou a conduta do ex-empregado (mantenedor de embarque de açúcar) como ato de improbidade e o demitiu por justa causa.

“Não se pode cogitar de ato de improbidade se a conduta imputada ao empregado sequer configura ato ilícito, qualquer que seja o prisma sob o qual enfocado — o do Direito Penal, ou o do Direito do Trabalho”, observou o relator no TST, Ministro Lélío Bentes Corrêa.

Segundo os autos, o trabalhador reutilizou quatro pilhas usadas numa lanterna particular. O empregado foi revistado no ônibus da empresa e as pilhas encontradas numa sacola com roupas sujas. Três dias depois, ele recebeu a comunicação de sua demissão por justa causa, enquadrado na letra *a* do art. 482 da CLT – ato de improbidade.

O ex-empregado entrou com ação para reverter a demissão. Alegou que trabalhou durante dezesseis anos sem sofrer qualquer advertência ou suspensão. A Vara do Trabalho de Jaboicabal descaracterizou a justa causa por verificar a “ausência de proporcionalidade na aplicação da pena”. A usina foi condenada a pagar as diferenças de horas extras e seus reflexos, aviso prévio, 13º salário, férias e multa de 40% do FGTS.

O Tribunal Regional do Trabalho de Campinas confirmou a decisão, alterando detalhes das verbas rescisórias. A empresa recorreu ao TST, alegando que houve violação da legislação trabalhista e que a Justiça deveria considerar a prática de ato ilícito e não o valor do bem furtado.

A 1ª Turma do TST não acolheu o argumento. “A subtração de quatro pilhas usadas, sem qualquer valor econômico, não pode servir ao empregador de pretexto para pôr termo a contrato de trabalho, sem registro de qualquer deslize por parte do empregado” (Revista *Consultor Jurídico*, de 25-10-2005).

b) *Incontinência de conduta ou mau procedimento;*

A incontinência de conduta está ligada a comportamentos faltosos de natureza sexual. Por exemplo: práticas de atos de *strip tease*, masturbação, conjunção carnal, dentre outras no ambiente de trabalho.

Alice Monteiro de Barros define incontinência de conduta como “ato faltoso que se caracteriza pela ausência de pudor. Exterioriza-se pela prática em serviço de gestos, palavras e atos obscenos contra qualquer pessoa”³³².

Maurício Godinho Delgado acrescenta: “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 a conduta sexual imoderada, desregrada, ou até mesmo inadequada, que afete o contrato de trabalho ou o ambiente laborativo”³³³.

Veja decisão jurisprudencial ilustrativa deste tipo de ato faltoso:

Mantida justa causa do empregado por incontinência de conduta Por unanimidade, a 1ª Turma do TRT de Goiás negou provimento a recurso de empregado **demitido por justa causa**. De acordo com os autos (RO-01004-2007-053-18-00-7), o recorrente foi dispensado por incontinência de conduta, hipótese prevista no art. 482, *b*, da CLT. O empregado entrou no vestiário masculino enquanto a faxineira fazia a limpeza e lhe mostrou o órgão genital.

A empresa promoveu sindicância interna para apurar o fato, que confirmou a presença do

reclamante no banheiro no momento da limpeza.

A relatora do processo, Juíza Convocada Marilda Jungmann, afastou o argumento do empregado de que o depoimento da única testemunha do suposto ato delituoso, a própria vítima, não poderia ser considerado como prova pelo juiz de primeiro grau. “Sendo o Juízo *a quo* livre na formação de seu convencimento, entendeu que a testemunha era, em razão de sua participação no caso, peça de grande importância para a solução da lide”, assinalou. Marilda Jungmann citou o § 4º do art. 405 do antigo CPC e art. 447 do novo CPC, que diz que sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas e lhes atribuirá o valor que possam merecer.

A julgadora ressaltou que a referida falta grave, incontinência de conduta, está ligada ao desregramento do empregado no que tange à sua vida sexual a ponto de atingir a moral e prejudicar o ambiente de trabalho ou suas obrigações contratuais.

“É notório que as provas que envolvem situações de conotação sexual, seja o ato obsceno, o assédio sexual, a libertinagem, a pornografia, ou qualquer outra, são, na maioria das vezes, difíceis de ser produzidas, por ocorrerem em ambientes fechados e longe da presença de outras pessoas”, ponderou a relatora. Ela acredita que a pena imposta ao reclamante se justifica não somente com as declarações da vítima, que é testemunha-chave por ter presenciado o ato, mas também com a análise dos demais depoimentos e provas produzidos durante a instrução.

Por fim, a relatora concluiu que “o juiz, usufruindo de plenas condições para o exame detido de cada depoimento, proporcionado pelo contato próximo com as partes envolvidas, pode, de perto, auscultar com propriedade seus pensamentos e emoções, avaliando com maior exatidão o valor real das provas” (TRT/GO, j. em 17-3-2008).

Já o mau procedimento caracteriza-se pela prática de comportamentos inadequados pelo empregado no ambiente de trabalho, excluídos os comportamentos de conotação sexual. É todo ato faltoso que não pode ser enquadrado nas demais alíneas do art. 482 da CLT.

Alice Monteiro de Barros assim define mau procedimento: “Caracteriza-se quando evidenciado comportamento incorreto do empregado, traduzido pela prática de atos que firam a descrição pessoal, as regras do bom viver, o respeito, o decoro, dentre outras. O traço distintivo do mau procedimento em relação a outras justas causas é a sua amplitude, pois pode abranger outras faltas”³³⁴.

Maurício Godinho Delgado comenta também sobre a amplitude deste tipo faltoso celetista: “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 veículo sem habilitação, utilizar-se de tóxico na empresa ou ali traficá-lo, pichar paredes do estabelecimento, danificar equipamentos empresariais etc.”³³⁵.

Segue jurisprudência ilustrativa a respeito:

“Recurso de revista. Justa causa. Motorista de transporte coletivo. Desrespeito ao código de trânsito brasileiro. Mau procedimento e indisciplina no exercício da profissão. Alíneas b e h do art. 482 da CLT. A circunstância do reclamante, sendo motorista de ônibus, ver-se flagrado sem o uso obrigatório de cinto de segurança e falando ao telefone celular, no efetivo exercício da profissão, confirmam violação e inobservância de regra de conduta tipificadas no Código de Trânsito Brasileiro, de que resulta possível lesão do direito alheio, qual seja, a segurança pública. Tais procedimentos consistem em infrações severas previstas na Lei n. 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, puníveis com multa e pontos na carteira de habilitação, justificando a dispensa com justa causa, por mau procedimento e indisciplina, a que alude as alíneas b e h do art. 482 da CLT” (RR 360400-80.2005.5.12.0030, TST, 1ª T., rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, em 14-12-2011, DJ de 3-2-2012).

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;

Há dois tipos de falta nesta alínea: a) a prática de ato de concorrência desleal pelo empregado sem permissão do empregador e b) mesmo quando não for ato de concorrência ao empregador se for prejudicial ao serviço.

Na primeira hipótese, o trabalho concorrente é proibido pela lei. Nada impede que empregado exerça mais de uma atividade, mas essa outra atividade não poderá ser exercida em concorrência desleal à empresa. **Por exemplo:** uma vendedora do Boticário que vende ao mesmo tempo produtos da Natura, sem permissão do empregador.

Maurício Godinho Delgado destaca que “o primeiro tipo legal corresponde à concorrência desleal do empregado ao seu patrão. Entretanto, para que se seja desleal a concorrência 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 ... É o que se passaria com um técnico de manutenção de aparelhagem da clientela empresarial que pactua à parte com os respectivos clientes e por um preço módico, a prestação pessoal do mesmo serviço que deveria a eles prestar em nome da empresa”³³⁶.

Na segunda hipótese, embora o trabalho não seja concorrente, ele é prejudicial ao serviço. **Por exemplo**, vendedora do Boticário que durante o horário de trabalho vende doces para as colegas de trabalho, prejudicando a sua produtividade de vendas.

Maurício Godinho Delgado destaca: “Aqui, na verdade, o centro do tipo jurídico não é o negócio feito ou tentado, mas o distúrbio que causa a sua tentativa ou realização no ambiente laborativo. Em princípio, se não houver prejuízo ao serviço, não há a infração mencionada”³³⁷.

Assim a jurisprudência:

TRT mantém justa causa para trabalhador que pratica concorrência desleal O trabalhador que fizer negociação de produtos ou serviços por conta própria sem permissão do empregador, de modo a resultar em ato de concorrência à empresa para a qual trabalha ou prejuízos ao serviço, pode ser dispensado por justa causa. Com base neste entendimento, o Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso do Sul, na sessão de julgamento realizada em 4 de agosto de 2004, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário interposto pelo vendedor de livros P. R. F.

Segundo consta dos autos, o trabalhador foi dispensado porque, durante o período em que trabalhava para a Livraria R. Livro Ltda., sediada em Campo Grande, passou a fazer vendas paralelas de livros de outras editoras sem a autorização e conhecimento da empresa. Juntamente com outro empregado, montou um esquema de venda com objetivo de ingressar no mercado, inclusive com a abertura de uma empresa, conforme certidão expedida pela Junta Comercial.

Em abril deste ano, o trabalhador ingressou com reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho visando reverter a dispensa por justa causa que lhe foi imposta pela R. Livros Ltda., onde trabalhou de novembro de 2002 até março de 2004. Na ação, alegou que a dispensa, efetivada com fundamento na legislação trabalhista, aplicada pelo empregador, por conta da comercialização paralela de livros, não podia ser aceita. E justificou afirmando que as vendas paralelas só foram feitas por ele nos últimos dias do seu contrato de trabalho

e, por este motivo, não aconteceram de forma efetiva e habitual.

Além de questionar a justa causa, o trabalhador pleiteou ainda o pagamento de aviso prévio, saldo de salários de fevereiro e março de 2004, que alega ter recebido a menos, como também as demais verbas a que teria direito, como o seguro--desemprego e FGTS, caso fosse aceita a reversão da justa causa.

Na sentença de primeira instância, o juiz da 4ª Vara do Trabalho de Campo Grande, Orlandi Guedes de Oliveira, entendeu que existiu a justa causa para a rescisão do contrato de Trabalho, visto que ficou provado, pelas testemunhas ouvidas, que o reclamante vinha desempenhando atividades paralelas de compra e venda de livros. No entanto, ficou constatado que a empresa reclamada deixou de pagar a totalidade dos salários ao trabalhador, motivo pelo qual essa diferença salarial, bem como a dos recolhimentos previdenciários e do FGTS, foi deferida pelo juiz. O magistrado ainda condenou a empresa ao pagamento de férias vencidas e proporcionais, além de custas processuais, julgando parcialmente procedentes os pedidos do reclamante.

Recurso – Pretendendo ver sua dispensa por justa causa declarada como ilegal, o empregado recorreu da decisão de primeira instância junto ao Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso do Sul, reafirmando que a comercialização de livros que realizou, aconteceu somente na última semana que trabalhou.

De acordo com o relator do processo, Juiz Márcio Vasques Thibau de Almeida, não há nada a ser reparado na decisão de primeira instância. Em seu voto, observou que ficou demonstrada a concorrência desleal, decorrente das vendas externas de livros sem autorização da empresa, o que caracteriza a quebra da confiança que deve existir na relação entre empregador e empregado. “Agindo assim, o empregado aproveitou-se da estrutura da ré e dos caminhos por ela abertos, para lucrar com a venda externa, em trabalho concorrente com a empregadora e omitindo-lhe o fato”, ressaltou.

Observou ainda o relator que a intenção do trabalhador não era a de proceder uma venda isolada, mas a de solidificar-se no ramo de vendas de livro, tanto que, dias após a sua dispensa, abriu sua própria livraria. “Cabe ressaltar que, com a concretização do empreendimento, o autor tão somente formalizou a concorrência que vinha sendo praticada, de antiga data, contra a empregadora, e com início no curso do pacto de trabalho, já que ninguém se aventura a abrir uma empresa de um dia para o outro”, concluiu.

Com esses fundamentos, o relator negou provimento ao recurso, sendo acompanhado, na ocasião, pelos juízes do Tribunal Pleno Nicanor de Araújo Lima, Abdalla Jallad, André Luís Moraes de Oliveira, Amaury Rodrigues Pinto Júnior e Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (TRT da 24ª R., j. em 7-3-2008).

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

Para ser configurada a justa causa é preciso que o empregado seja

condenado criminalmente com sentença transitada em julgado. Se a sentença ainda estiver em fase recursal, não se caracteriza a justa causa.

Além disso, é preciso que a sentença criminal transitada em julgado não tenha concedido a suspensão da execução da pena, ou seja, inexistam *sursis* (suspensão condicional da pena). Havendo o *sursis*, o empregado poderá trabalhar normalmente e não estará caracterizada a justa causa.

Segundo Antônio Lamarca, “não se trata de falta, do ponto de vista trabalhista, pois o empregado não viola cláusula contratual nem dever jurídico imposto por norma de direito do trabalho, mas sim de causa legalmente prevista para que o empregador resolva o contrato pela impossibilidade de sua execução”³³⁸.

Russomano adverte: “Só servem como justas causas as condenações criminais que impedem a continuidade física da prestação do trabalho”³³⁹.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. ressalta que “a pena privativa da liberdade, aplicada a réu semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP), que necessita de especial tratamento curativo, poderá ser substituída por medida de internação em estabelecimento psiquiátrico ou pela sujeição a tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos. Se a medida recomendada for a internação, a substituição em nada alterará o efeito resolutivo da sentença condenatória, pois permanecerá o obstáculo para a continuidade no emprego. Contudo, se a pena de prisão vier a ser substituída por medida de segurança de sujeição a tratamento ambulatorial, quando o condenado apenas deverá se deslocar em certos horários ao lugar indicado para submeter-se ao tratamento, desaparece a causa para a dissolução do contrato, se possível conciliar a prestação do trabalho com a sujeição ao tratamento”³⁴⁰.

Desta forma, para ser tipificada a justa causa é necessário que a sentença criminal seja definitiva (transitada em julgado), logo, em caso de prisão provisória ou preventiva em investigação criminal, não cabe justa causa,

mas tão somente suspensão do contrato de trabalho.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. coaduna da mesma opinião: “A prisão provisória, resultante de prisão em flagrante, prisão preventiva ou pronúncia, não é decretada através de sentença condenatória, daí por que não pode motivar resolução com base no art. 482. Sentença condenatória é apenas aquela que, reconhecendo a culpabilidade do réu que praticou ação típica e antijurídica, impõe-lhe uma sanção penal”³⁴¹.

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

O empregado labora com desídia no desempenho de suas funções quando o faz com negligência, preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, relaxamento.

Maurício Godinho Delgado assim conceitua desídia: “Trata-se de tipo jurídico que remete a ideia de trabalhador negligente, relapso, culposamente improdutivo. A desídia é a desatenção reiterada, o desinteresse contínuo, o desleixo contumaz com as obrigações contratuais”³⁴².

Em geral, as faltas que configuram desídia são faltas leves que somente justificam a aplicação da justa causa após a sua repetição, logo comportam gradação da pena pelo empregador. Contudo, como exceção, poderá haver faltas graves que comportem justa causa imediata.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros ressalta: “Conquanto, em geral, seja necessária, para a sua caracterização uma certa repetição, ela poderá configurar-se pela prática de uma só falta, como uma negligência ocasional, suficientemente grave pela suas consequências, capaz de autorizar a quebra da confiança, além de servir de mau exemplo e perigoso precedente para a estrutura disciplinar da empresa”³⁴³.

A doutrina trabalhista não é unânime a respeito da caracterização de desídia do empregado que comete faltas injustificadas ao trabalho. É que alguns autores entendem que a desídia se caracteriza por falta de cuidado

no desempenho da função e no caso das faltas injustificadas, não há prestação de serviço.

Amauri Mascaro Nascimento defende que as faltas injustificadas não podem configurar indisciplina: “Sustentam alguns autores que a desídia é justa causa que se perfaz no desempenho das funções, o que não ocorre quando o empregado não comparece para trabalhar. Porém, as faltas ao serviço não podem configurar indisciplina, porque esta é o descumprimento de ordens gerais de serviço, e as faltas constituem inadimplemento da obrigação de trabalhar”³⁴⁴.

Veja jurisprudência trabalhista a respeito da desídia:

“JUSTA CAUSA. DESÍDIA. CONFIGURAÇÃO. Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a justa causa para a dispensa deve ser provada de forma robusta. No caso, a conduta assumida pela autora correspondeu a irregularidade suficiente para caracterizar falta grave apta a fragilizar a fidúcia necessária à manutenção da relação empregatícia, porquanto demonstrou desinteresse no cumprimento dos deveres decorrentes do vínculo” (TRT-10 00012057420165100010 DE, Data de Julgamento: 12-12-2018, Data de Publicação: 18-12-2018.) f) *embriaguez habitual ou em serviço*;

Há nesta alínea dois tipos de justa causa: a **embriaguez habitual** (sem relação com o serviço) e a **embriaguez em serviço**. A doutrina trabalhista tem interpretado de forma analógica para outras substâncias tóxicas, inclusive entorpecentes.

A embriaguez em serviço é amplamente reconhecida como motivo para justa causa. A falta se torna mais grave quando, pelo tipo de função exercida, o empregado coloca terceiros em risco. **Por exemplo:** motorista que retorna do almoço embriagado.

Maurício Godinho Delgado destaca que “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 a coletividade em risco, o que tende a ensejar a imediata despedida por justa causa. Noutros casos, dependendo da atividade do empregado, a

afetação pode ser menor, propiciando o gradativo exercício do poder disciplinar, com intuitos de ressocialização do obreiro”³⁴⁵.

Alice Monteiro de Barros discorre sobre a prova da embriaguez: “A jurisprudência admite a prova do estado etílico por testemunhas, pelo teste do bafômetro, pelo laudo de dosagem alcoólica feita por exame clínico ou laboratorial, por meio de sangue ou urina, elaborado pelo médico-legal ou outros meios capazes de revelar a graduação alcoólica na corrente sanguínea e evidentemente pela própria confissão do autor”³⁴⁶.

Veja este julgado bem ilustrativo da justa causa por embriaguez em serviço:

TST confirma justa causa por embriaguez em serviço uma única vez A pena de demissão por justa causa prevista no art. 482 da CLT para os casos de embriaguez em serviço é passível de ser aplicada mesmo quando o fato ocorre uma única vez ao longo do contrato de trabalho. Como o dispositivo da CLT refere-se a “embriaguez habitual ou em serviço”, um ex-empregado da R. Industrial S/A recorreu ao TST na esperança de ver afastada a justa causa que lhe foi aplicada pelo fato de ele ter comparecido embriagado uma única vez ao serviço em mais de dez anos na empresa. Segundo o trabalhador, a pena foi severa demais e não levou em conta sua história funcional. Seu recurso foi rejeitado.

De acordo com o Ministro Emmanoel Pereira, relator do recurso, o dispositivo da CLT é claro ao dispor que para autorizar a dispensa por justa causa, a embriaguez não precisa ser, necessariamente, habitual. O relator, entretanto, afirmou que quando o fato ocorre uma única vez, o juiz do trabalho deve avaliar as circunstâncias e antecedentes do trabalhador na empresa. No caso, afirmou o ministro, isso não foi possível porque o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (2ª Região) julgou a demissão justa, apesar de a embriaguez em serviço ter ocorrido uma única vez.

O caso ocorreu no dia 4 de dezembro de 1997. Ao voltar do intervalo do almoço, o empregado estava completamente embriagado e foi impedido por seguranças de reassumir seu posto de trabalho. Levado ao vestiário, foi aconselhado a ir para casa e só retornar no dia seguinte, já que não tinha condições de trabalhar daquele jeito. Segundo testemunhas, o empregado estava “cambaleante, não falava coisa com coisa e mal se equilibrava em pé”. No dia seguinte, assim que chegou à empresa, foi chamado ao Departamento de Recursos Humanos para se explicar.

De acordo com a empresa, ele não apresentou qualquer motivo que justificasse seu comportamento, nenhum desgosto ou qualquer fato grave que houvesse ocorrido. Simplesmente informou que não se recordava do que havia ocorrido na véspera, não restando à empresa outra alternativa que não a demissão por justa causa. Segundo a

empresa, há algum tempo o empregado apresentava alterações de comportamento após o almoço, em razão da ingestão de bebida alcoólica. Tanto que foi chamado à atenção pelo seu superior. A R. Industrial S/A fabrica engrenagens e conjuntos de coroa e pinhão para caminhões e tratores e o empregado trabalhava como líder de manutenção (RR 12990/2002-900-02-00.1).

Já a embriaguez habitual é controvertida na jurisprudência e na doutrina.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, tanto o alcoolismo como a toxicomania são reconhecidos como doenças, contudo a CLT incluiu a embriaguez habitual como hipótese de justa causa.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista se dividem em duas vertentes de interpretação do art. 482, *f*.

A primeira corrente defende que como a embriaguez habitual é doença degenerativa e fatal o empregado não pode ser demitido por justa causa, na verdade, deve ser encaminhado à Previdência Social para tratamento e enquanto isso seu contrato de trabalho deve ser suspenso.

A segunda corrente, por outro lado, argumenta que não cabe ao empregador assumir a responsabilidade do empregado alcoólatra e sim ao Estado, portanto o empregador tem o direito de demitir o empregado por justa causa a fim de evitar riscos futuros no ambiente de trabalho.

A primeira corrente é predominante na jurisprudência e na doutrina. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado destaca: “Registre-se a tendência contemporânea de considerar-se o alcoolismo uma doença, que deve ensejar o respectivo tratamento medicinal e não, simplesmente, o exercício do poder disciplinar do empregador”³⁴⁷.

Atente-se para esta decisão do TST que entendeu que o empregado deveria ser reintegrado, pois o alcoolismo foi reconhecido como doença profissional: **JT manda reintegrar trabalhador que sofre de alcoolismo crônico** Desde 1967, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera o alcoolismo uma doença e recomenda que o assunto seja tratado como problema de saúde pública pelos governos. No Brasil, de acordo com

dados do Ministério do Trabalho e Emprego, o álcool contribui para 50% das faltas ao serviço e é responsável por 40% dos acidentes de trabalho. Especialistas explicam que o consumo de bebida alcoólica muitas vezes ajuda o trabalhador a enfrentar situações de perigo e tensão no emprego, no entanto, esse comportamento, além de ocasionar outras enfermidades, também provoca danos socioeconômicos para ele e a família.

No caso que chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, um eletricitário que sofria de alcoolismo crônico perdeu o emprego depois de trabalhar 27 anos em atividades de risco na E. S. Centrais Elétricas S.A. (E.). A reintegração do trabalhador aos quadros da empresa foi determinada pela 4ª Vara do Trabalho de Vitória e confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES). A expectativa da E. era reverter esse entendimento no TST, mas não conseguiu. A 6ª Turma do TST rejeitou (não conheceu) recurso da empresa nesse tópico e manteve a reintegração.

A E. alegou no TST que o TRT/ES teria violado artigos da Lei n. 8.213/91 (que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social) ao estabelecer a reintegração do trabalhador. Segundo a E., a legislação fala que as empresas devem criar condições para auxiliar o trabalho da Previdência Social na proteção do empregado vitimado em serviço ou do cidadão deficiente físico – situações diferentes da existente no processo. Disse ainda que o empregado não possuía estabilidade no emprego nem era portador de doença profissional, uma vez que o alcoolismo adquirido não decorreria do trabalho desenvolvido para a empresa.

Na opinião do relator e presidente da 6ª Turma, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, a tese elaborada pelo Regional, equiparando o alcoolismo a uma doença profissional, foi fundamentada em laudo pericial que demonstrou o nexo de causalidade entre o alcoolismo crônico adquirido pelo trabalhador e a atividade por ele exercida, ou seja, de risco, em rede elétrica de alta-tensão. Sendo assim, o ministro não tinha condições de reavaliar a relação estabelecida entre o alcoolismo e a atividade profissional atestada pela perícia.

O relator ainda concordou com a avaliação do TRT/ES de que a expectativa de perda de emprego, durante o processo de privatização da companhia, teria contribuído para o quadro de alcoolismo do trabalhador. Sem falar que o empregado foi demitido antes de ter sido encaminhado para tratamento médico ou amparado pela Previdência Social. Por todas essas razões, o relator concluiu que faltou responsabilidade social à empresa, ao dispensar o trabalhador com 27 anos de serviço no momento em que ele se encontrava doente. A decisão de não conhecer do recurso da empresa e manter a reintegração do eletricitário foi acompanhada pelos demais ministros da 6ª Turma do TST (RR – 60/1998-004-17-00.8, j. em 13-8-2009).

Por fim, Maurício Godinho Delgado faz importante advertência sobre o

alcoolismo como causa de extinção do contrato de trabalho: “Mesmo que habitual o estado etílico do empregado, se restrito ao período posterior à prestação laborativa, sem repercussões no contrato, não pode ser considerado como causa de resolução do vínculo de emprego, sob pena de estar-se admitindo interferência abusiva do empregador na vida pessoal, familiar e comunitária do indivíduo. Esta hipótese trazida pela CLT (embriaguez habitual) somente apta a propiciar a 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”³⁴⁸.

g) *violação de segredo da empresa;*

A CLT prevê como hipótese de justa causa a violação de segredo da empresa, contudo não traz o alcance do conceito de *segredo de empresa*.

Wagner D. Giglio define o alcance da expressão violação de segredo da empresa: “Segredo de empresa é tudo que, sendo referente a produção ou negócio e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade dos seus detentores, ser violado. A revelação de segredo particular, feito pelo empregador, de cunho estritamente pessoal, isto é, sem qualquer vínculo com o contrato de trabalho, não pode se configurar como fundamento para a dispensa por justa causa. Assim, segredos da pessoa física do empregador, sem ligação com o contrato, não se comparam com segredos de empresa; o empregado poderá ter conhecimento de segredo em razão da função que exerce, o que, também, poderá ocorrer de modo ocasional. A questão é se há, ou não, divulgação do segredo. Deve haver intenção do detentor do segredo em não o divulgar. Violação não se confunde com revelação, tal que pode existir violação do segredo para proveito próprio do empregado”³⁴⁹.

Alice Monteiro de Barros explica que a violação de segredo da empresa está estritamente ligada ao dever de fidelidade do empregado: “A demissão, nesse caso, é calcada na infringência do dever de fidelidade e

poderá configurar-se quando o empregado violar patentes de invenção, métodos de trabalho, segredos de fabricação ou informações comerciais. O comportamento assume maior gravidade quando os beneficiários da infidelidade forem concorrentes do empregador. Incorre na prática desse ato faltoso, por exemplo, o empregado que desenvolvia *software* para uso do empregador e o passava para outra empresa”³⁵⁰.

Nesse sentido a jurisprudência:

“JUSTA CAUSA. VIOLAÇÃO DE SIGILO DA EMPRESA. CONFIGURAÇÃO. Configura, indubitavelmente, falta grave a ensejar a dispensa por justa causa a violação de segredos da empresa pelo trabalhador” (TRT-1 – RO: 00010625020125010051, rel. Flavio Ernesto Rodrigues Silva, Data de Julgamento: 16-11-2016, Décima Turma, Data de Publicação: 02-12-2016).

“JUSTA CAUSA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DADOS SIGILOSOS PARA FAVORECIMENTO PRÓPRIO E DA CONCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE EMPRESA. MAU PROCEDIMENTO CONFIGURADO. Postas as premissas de que o emprego é a fonte essencial de subsistência do trabalhador e que a continuidade do contrato de trabalho se presume, é forçoso concluir que a irregularidade de conduta, pondo em risco a manutenção do emprego, do qual o trabalhador necessita para seu sustento, contraria a ordem natural do sistema de relações do trabalho e, assim, deve ser cabalmente provada. *In casu*, ficou constatado que o autor apoderou-se de um bem incorpóreo e sigiloso da reclamada, qual seja, a lista de clientes e potenciais clientes constante do banco de dados da ré, e a utilizou com a nítida intenção de captar clientes para sua nova empregadora, caracterizando violação de segredo. Configurado, ainda, o mau procedimento, em virtude da desleal atitude do empregado, ao trair a confiança e a fidelidade necessárias na prestação de serviços em prol da reclamada. Desse modo, logrou êxito a ré em demonstrar um quadro comportamental de mau procedimento por parte do demandante, bem como a violação de segredo de empresa, e que a punição aplicada não se revelou excessivamente rigorosa. Acolhe-se, portanto, a alegação de falta grave atribuída ao demandante, sendo, pois, de rigor, o reconhecimento do despedimento motivado. Recurso do autor ao qual se nega provimento” (TRT-2 – RO: 00030748620135020079 SP 00030748620135020079 A28, rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Data de Julgamento: 09-12-2014, 4ª Turma, Data de Publicação: 09-01-2015).

h) *ato de indisciplina ou de insubordinação*;

Enquanto a **indisciplina** é o descumprimento de ordens gerais do empregador, a **insubordinação** é o descumprimento de ordens pessoais do empregador. As ordens devem ser lícitas, não abusivas, para configurar a

falta.

Alice Monteiro de Barros discorre sobre a diferença da justa causa por indisciplina e por insubordinação: “O Direito do Trabalho distingue as duas figuras faltosas. A indisciplina caracteriza-se pela desobediência às normas de caráter geral e a insubordinação pelo desrespeito deliberado a uma ordem específica dirigida a um determinado empregado. Em ambos os casos, a ordem deverá ser lícita e emanada do empregador ou de seus prepostos, pois o empregado não está obrigado a acatar ordens ilícitas, ao contrário, deverá denunciá-las ao empregador ou à autoridade competente, desde que verdadeiras, dadas as consequências que poderão resultar de sua omissão ou de uma acusação injusta”³⁵¹.

Amauri Mascaro Nascimento, de forma sucinta, também aborda a diferença entre os conceitos: “Indisciplina é o descumprimento de ordens gerais de serviço e insubordinação é o descumprimento de ordens diretas e pessoais”³⁵².

Maurício Godinho Delgado adverte que o empregado pode cometer ambas as faltas ao mesmo tempo: “As duas figuras, é claro, podem configurar-se em um mesmo ato: o trabalhador começa a fumar em local proibido, não obstante a placa orientadora (ato de indisciplina) e logo em seguida, recebe ordem direta de sua chefia para parar de fazê-lo, insistindo, porém, em seu descumprimento (ato de insubordinação)”³⁵³.

Assim a jurisprudência:

“RECURSO ORDINÁRIO. JUSTA CAUSA. ATO DE INDISCIPLINA. Constitui ato de indisciplina o descumprimento de normas do regulamento interno e do código de ética da empresa, consubstanciado em práticas proibidas, a bordo de uma embarcação, a despeito da ciência do risco de acidentes, sendo evidente a quebra da fidúcia a amparar a imediata ruptura do contrato de trabalho por falta grave, nos termos do art. 482, h, da CLT. Recurso improvido” (TRT-1 – RO: 01025731720165010483 RJ, rel. Antonio Cesar Coutinho Daiha, Data de Julgamento: 10-12-2018, Gabinete do Desembargador Antonio Cesar Coutinho Daiha, Data de Publicação: 14-12-2018).

i) *abandono de emprego*

Abandonar o emprego significa largar o posto de trabalho. O empregado opta por não continuar trabalhando para o empregador, contudo deixa de comunicá-lo da sua intenção.

Há dois elementos que devem estar presentes para configurar o abandono de emprego: **elemento objetivo** (faltas ininterruptas dentro de determinado período) e **elemento subjetivo** (comprovada a intenção do empregado de abandonar o emprego).

Para a caracterização do abandono de emprego são necessárias faltas ininterruptas dentro de determinado período. Se as faltas forem alternadas, não caracterizam o chamado abandono de emprego, mas sim a desídia.

O empregador deve comprovar a intenção do empregado de não mais comparecer ao serviço. Por outro lado, nada impede o empregado de produzir provas em sentido contrário, ou seja, demonstrar que nunca teve a intenção de abandonar o emprego, como, por exemplo, que foi sequestrado, estava internado no hospital, dentre outras.

Um exemplo de intenção tácita de abandono de emprego seria o empregado fixar residência em outro Estado ou país.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua abandono de emprego como “a renúncia intencional do emprego, configurando-se com o elemento objetivo, que é ausência prolongada e o elemento subjetivo, que é a intenção de não mais continuar a relação de emprego”³⁵⁴.

Alice Monteiro de Barros adverte também que é necessária a comprovação dos dois elementos (objetivo e subjetivo): “O abandono de emprego é uma falta que pressupõe a existência de dois elementos: elemento subjetivo – que se caracteriza pela intenção do empregado de não retornar mais ao serviço e elemento objetivo – que se configura pela ausência injustificada e prolongada por mais de 30 dias”³⁵⁵.

Quanto ao número de faltas injustificadas para configurar abandono de emprego, a orientação jurisprudencial tem sido no sentido de que o

período a ser considerado para a caracterização do abandono de emprego dever ser de pelo menos trinta dias.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado destaca: “O elemento objetivo tem sido fixado pela jurisprudência em 30 dias, ao teor da Súmula 32 do TST e do art. 472, § 1º, da CLT. Contudo, pode esse prazo ser significadamente reduzido caso outras circunstâncias concretas evidenciem de imediato a ocorrência do segundo elemento (intenção de romper o pacto), é que se verificaria, ilustrativamente, com a comprovação de que o obreiro ingressou em novo emprego, em horário incompatível com o do antigo contrato”³⁵⁶.

Quanto à prova do elemento subjetivo, vale destacar que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que *a comunicação publicada em jornal ou outro veículo da imprensa convocando o empregado para retornar ao trabalho não possui qualquer valor probatório*, pois o empregado não tem obrigação de acompanhar tais veículos de comunicação.

A jurisprudência tem aceitado comprovação do abandono de emprego por meio de carta registrada ou telegrama, informando que o empregado deve retornar imediatamente ao serviço ou que ele justifique sua ausência, sob pena de ser caracterizada a justa causa.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros esclarece: “É comum o empregador pretender comprovar em juízo o abandono de emprego, juntando aos autos convocação de retorno ao trabalho, publicada na imprensa e dirigida ao empregado. Entendemos que a convocação por este meio é medida extrema e só servirá como prova quando dirigida a trabalhadores com endereço incerto e indeterminado, desconhecido pelo empregador, em ainda assim, deverá ser ratificada por prova testemunhal, tendo em vista o caráter unilateral do documento”³⁵⁷.

Por fim, é comum o empregado não retornar ao serviço após o término da licença previdenciária, alegando o seu estado de saúde. Nesses casos, o

TST entende que o não retorno ao serviço no prazo de trinta dias da cessação do benefício presume abandono de emprego: *Súmula 32. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.*

Assim a jurisprudência:

Ex-gerente se isenta de justa causa por abandono de emprego Mesmo com mais de trinta dias de faltas seguidas ao serviço, um ex-gerente de um banco conseguiu na Justiça do Trabalho não ser punido com **demissão por justa causa** devida a abandono de emprego.

No último julgamento, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu recurso do banco e manteve as decisões de primeira e segunda instâncias favoráveis ao ex-empregado.

Antes das faltas ao trabalho, o empregado, com mais de vinte anos de serviços prestados ao banco, comunicou à empresa que queria rescindir o contrato e ajuizou pedido de **rescisão indireta** na Justiça do Trabalho (processo pelo qual o trabalhador busca rescindir o contrato de trabalho por culpa da empresa, sem perder o direito a todas as **verbas rescisórias**).

Alegou que o banco estaria agindo de forma incorreta em relação a ele, com “falsas promessas” e rebaixamento funcional. Além disso, teria ignorado doença psicológica adquirida “por culpa do estresse no trabalho”.

A Vara do Trabalho e o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT/MG) não reconheceram a rescisão indireta, como queria o trabalhador, nem o abandono de emprego pretendido pelo banco devido às **faltas ao trabalho**. No final, a questão ficou configurada como pedido de demissão por parte do trabalhador, com direito apenas às verbas trabalhistas devidas no caso, como as férias proporcionais.

O TRT/MG ressaltou, em sua decisão, que o trabalhador, que ocupou cargos de relevância, como o de gerente-geral de agência, solicitou ao seu superior a rescisão imediata e teria sido orientado a pensar melhor sobre o assunto, por ter uma longa carreira na empresa.

Assim, o fato de ele não comparecer ao emprego por mais de trinta dias não justificaria a demissão por abandono de emprego. O TRT destacou ainda que o § 3º do art. 483 da CLT assegura ao empregado pedir a rescisão indireta do contrato permanecendo ou não no serviço até a decisão final do processo.

Ao recorrer ao TST, o banco insistiu no argumento do abandono de emprego.

Mas o Ministro Emmanoel Pereira, relator do processo, concordou com os termos do julgamento do Tribunal Regional. “Pelo histórico de vida funcional do autor, o abandono de emprego deveria ter sido cabalmente demonstrado, ônus do qual o banco não se desvencilhou”, concluiu (RR 51700-74.2009.5.03.0136).

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 ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

É o caso de injúria, calúnia ou difamação, bem como agressão física praticada contra colegas de trabalho ou terceiros, no ambiente laboral (letra *j*), e, também, contra o empregador e superiores hierárquicos (letra *k*). A legítima defesa, em ambas as hipóteses, deve ser exercida de forma proporcional.

Maurício Godinho Delgado explica a diferença entre as alíneas (letra *j*) e (letra *k*): “A não exigência do aspecto circunstancial (praticado no serviço) enfatizado na alínea (letra *j*) justifica-se uma vez que as ofensas e agressões ao empregador e suas chefias contaminarem, obviamente, o contrato de trabalho, repercutindo, direta ou indiretamente, no ambiente laborativo, ainda que praticadas longe dele”³⁵⁸.

Alice Monteiro de Barros explica a diferença entre honra objetiva e subjetiva: “A honra é subdivida em duas espécies: *subjetiva*, que é o juízo que a pessoa faz de si mesma, e *objetiva*, que é o juízo que outras pessoas fazem de nós. O escopo protetivo da honra é considerado pelo Código Penal na tipificação dos crimes de calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Assim, *calúnia* e *difamação* ofendem a reputação social, exigindo, portanto, comunicação do fato a terceiro. A *injúria* pressupõe violação da honra subjetiva, isto é, ofensa à dignidade que a pessoa tem de si mesma. Como não há na lei termos inúteis ou redundantes, evidente que o legislador diferenciou, tanto na letra *j* quanto na *k*, honra e boa fama, porque se trata de espécies diversas. No entanto, a diferenciação é coincidente com a tipificação prevista no Direito Penal: a ofensa à honra configura crime de injúria, a ofensa à boa fama o crime de difamação”³⁵⁹.

No mesmo sentido, defende Wagner D. Giglio: “Honra é o respeito próprio, o decoro e a dignidade pessoal; a boa fama é a estima social, o respeito de terceiros, o conceito ou a reputação. No campo penal, a ofensa à honra pode configurar o crime de injúria, e a ofensa à boa fama, o de difamação. Não há como confundir, porém, falta trabalhista com ilícito penal, pois os requisitos da caracterização de uma e outro são bem diversos”³⁶⁰.

Alice Monteiro de Barros adverte: “Não configura justa causa a agressão do empregado contra colega fora do local de trabalho, por motivo exclusivamente pessoal, sem repercussão na empresa”³⁶¹.

A jurisprudência a seguir é bem ilustrativa:

“RESCISÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. CONDUTA DESRESPEITOSA E INVASIVA A COLEGA DE TRABALHO: Demonstrado pela prova dos autos que o reclamante adotou atitude imprópria em relação a colega de trabalho, dirigindo-lhe, ainda, gracejos maliciosos, configura-se a rescisão contratual motivada, *ex vi* da letra *j* do art. 482 da CLT. Recurso ordinário do obreiro a que se nega provimento” (Acórdão 20080771313, 11ª T., Processo 20070804049, rel. Dora Vaz Treviño, j. em 2-9-2008).

“JUSTA CAUSA. AGRESSÃO VERBAL E DESOBEDIÊNCIA AO EMPREGADOR. ART. 482, *H e K*, da CLT. CARACTERIZAÇÃO. O autor reconheceu na inicial que desobedeceu à ordem de trabalhar na serraria, justificando na sua inexperiência e no risco de lesão; argumentou que sofria assédio moral do preposto, além de ter sido agredido e ameaçado por este, verbalmente, na dispensa. Entretanto, não há prova de que a ordem era para trabalhar na serraria. Por outro lado, o autor assinou sem ressalva o comunicado de dispensa por justa causa; a testemunha da ré presenciou os fatos e confirmou que a agressão verbal partiu do autor, após ter desobedecido às ordens de auxiliar outros trabalhadores, afirmou que o reclamante lhe teria dito que desejava ser mandado embora; fosse pouco, a própria testemunha do autor negou o assédio moral, esclarecendo, ainda, que o preposto era de boa índole. Nesse quadro, evidente que o reclamante faltou com a verdade e que provocou a dispensa. Justa causa provada” (Acórdão 20070961829, 6ª T., Processo 20060512657, rel. Ivani Contini Bramante, j. em 30-10-2007).

l) *prática constante de jogos de azar*.

Wagner D. Giglio explica o dever de fidelidade que motivou o legislador ao incluir esta alínea *l* como justa causa: “Para efeitos específicos do contrato de trabalho, a prática constante de jogos de azar, enquanto motivo

para a dispensa sem ônus para o empregador, caracteriza-se pela violação da obrigação geral de conduta do empregado. Há, portanto, quebra de fideducias, porque a prática desse tipo de jogo desmoraliza o homem, causando perda da confiança por parte do empregador”³⁶².

O Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) assim define jogos de azar:

Art. 50. (...)

§ 3º Consideram-se jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependam exclusiva ou principalmente da sorte;*
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;*
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.*

A CLT não traz o conceito de “jogos de azar” e a doutrina trabalhista diverge sobre o alcance dessa expressão.

Para a primeira vertente doutrinária, jogos de azar seriam somente *os descritos na legislação contravencional brasileira*; já para a segunda vertente, o alcance da expressão seria mais amplo, ou seja, todos os jogos de aposta com intuito de lucro.

Em outras palavras, jogo de azar seria aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente de sorte. Para que o jogo de azar constitua justa causa, é imprescindível que o jogador tenha intuito de lucro, de ganhar um bem economicamente apreciável.

Wagner D. Giglio integra a segunda vertente doutrinária e explica o conceito de jogos de azar: “Bem andou mesmo o legislador, ao estabelecer que são jogos de azar não só aqueles cujo resultado depende exclusivamente da sorte, mas, também, aqueles cujo resultado depende principalmente desse fator”³⁶³.

Amauri Mascaro Nascimento integra a primeira vertente doutrinária e defende um conceito mais restrito de jogos de azar: “São jogos de azar apenas os descritos na legislação contravencional brasileira, como, por

exemplo, o jogo de bicho, rifas não autorizadas, apostas de corridas de cavalos fora do local autorizado, etc.”³⁶⁴.

A CLT não menciona se a prática constante de “jogos de azar” deve ocorrer dentro ou fora do ambiente de trabalho e a doutrina trabalhista diverge a respeito.

Wagner Giglio defende que, mesmo se a prática de tais jogos ocorrer fora do ambiente de trabalho, estará configurada a falta e, portanto, a justa causa, isto porque pode ocorrer perda de confiança do empregador com seu empregado³⁶⁵.

Renato Saraiva³⁶⁶ defende que só se configura a justa causa se a prática constante de jogos de azar ocorrer dentro do ambiente de trabalho, durante a jornada, importunando e prejudicando o trabalho, como no caso de empregados que jogam dominó apostando dinheiro. Quando for realizado fora do ambiente de trabalho sem acarretar prejuízo ou qualquer consequência, não há de se falar em justa causa.

Maurício Godinho Delgado também defende que a prática constante de jogos de azar deve ocorrer dentro do ambiente de trabalho: “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”³⁶⁷.

Alice Monteiro de Barros critica a generalização deste tipo de justa causa: “Ocorre que a generalização desta justa causa carece de fundamento, pois há empregos em que o fator confiança é relevante, mas isto não ocorre sempre. Há trabalhos, como os exclusivamente braçais, em que a prática constante de jogos de azar não traz qualquer dano à empresa”³⁶⁸.

Wagner D. Giglio traz importante observação quanto à expressão “constante” deste ato faltoso: “Obviamente, não se poderá classificar de jogador constante quem é encontrado, dois ou três domingos seguidos, a fazer apostas no hipódromo. É necessário que seja um jogador contumaz, inveterado. Mas, só o juiz, no exame de caso por caso, poderá dizer se a prática do jogo é constante, ou apenas eventual, pois não é possível determinar, *a priori*, um número certo de vezes, para a configuração da habitualidade do jogo. Ao Direito, como já dissemos mais de uma vez, repugnam as fórmulas matemáticas rígidas. Como a tipificação da justa causa, em questão, exige a prática ‘constante’, se o empregado adotar, no ambiente de trabalho, a prática eventual do jogo, lícito ou ilícito, poderá ensejar a despedida por justa causa diversa: desídia, indisciplina ou mau procedimento”³⁶⁹.

Por fim, José Augusto Rodrigues Pinto adverte sobre a hipótese do jogo como patologia: “Urge ressaltar, todavia, que a ciência tem caminhado para identificar, na hipótese, comportamento patológico, tal como ocorre com inúmeros outros vícios (álcool, drogas nocivas, etc.). É um novo ângulo da visão científica do problema com todo potencial para influir em mudança de orientação jurisprudencial, para aplicação da lei e, mais adiante, para sua própria modificação, como já está ocorrendo com a chamada embriaguez habitual”³⁷⁰.

*Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a **segurança nacional**.*

Maurício Godinho Delgado entende que este dispositivo não foi recebido pela CF, vejamos: “O dispositivo, entretanto, encontra-se revogado pela Constituição da República (não recebido), uma vez que esta não autoriza prisões ou condenações de pessoas humanas pelo caminho meramente administrativo, ainda mais por razões político-ideológicas”³⁷¹.

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

A justificativa do projeto de lei que deu origem à redação da Lei n. 13.467/2017 quanto à alínea “m” foi a seguinte: “a inclusão de uma nova hipótese de justa causa ao art. 482 é para permitir que o empregado que perdeu a habilitação profissional, que é requisito imprescindível para o exercício de suas funções, possa ser demitido por justa causa. É o caso, por exemplo, de um médico que teve o seu registro profissional cassado ou o de um motorista que perdeu a sua habilitação para conduzir veículo.”

A alteração legislativa tem sido aceita pela doutrina trabalhista por ser situação recorrente em alguns tipos de profissão como motoristas e profissionais liberais. A única dúvida se refere ao alcance que será dado na jurisprudência à expressão “*conduta dolosa do empregado*”.

Na próxima unidade, estudaremos a modalidade culpa recíproca e acordo comum entre empregado e empregador, sendo que este último tema foi introduzido pela Reforma Trabalhista.

8. TÉRMINO POR ACORDO COMUM ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR E DESPEDIDA POR CULPA RECÍPROCA

8.1 Acordo comum entre empregado e empregador (art. 484-A da CLT)

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) criou uma nova modalidade de rescisão contratual: o acordo comum entre empregado e empregador (art. 484-A da CLT).

Essa mudança foi proposta com o objetivo de evitar a famosa “demissão sem justa causa simulada” ou o chamado “acordo para ser demitido”, que eram recorrentes no Brasil, motivados por situações nas quais o empregado não desejava mais trabalhar para o empregador e solicitava a sua demissão sem justa causa, ao invés de solicitar o seu pedido de demissão.

Esse conluio era acordado entre empregado e empregador no momento da saída, e, muitas vezes, o empregado se comprometia a devolver a indenização dos 40% do FGTS caso o empregador concordasse em demiti-lo sem justa causa.

Quanto ao seguro-desemprego, era comum o empregado efetuar o seu saque normalmente. Essa prática era considerada não só imoral, mas também punível criminalmente como crime de estelionato.

Vejamos jurisprudência a respeito deste tipo de fraude e suas consequências jurídicas:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DE INSTITUTO DE ECONOMIA POPULAR. SIMULAÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. CONLUIO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR. SAQUE DE SEGURO-DESEMPREGO. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. MOTIVO, PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALOR DO DIA-MULTA. CAPACIDADE ECONÔMICA DO RÉU. I – Configura crime de estelionato, em detrimento de instituto de economia popular (art. 171, § 3º, do CP), o artifício fraudulento praticado em conluio entre

empregado e empregador, consistente na simulação de rescisão de contrato de trabalho, induzindo a erro a CEF, visando ao saque ilícito do Seguro-Desemprego. II – Restando evidente a apropriação das parcelas do Seguro-Desemprego pelo Réu-empregado, não é necessária a comprovação de que o Réu-empregador também tenha se beneficiado economicamente para fins de sua responsabilização pela prática do estelionato, bastando a evidência de sua coautoria dolosa na fraude que visava causar prejuízo patrimonial à CEF. (...) X – Recursos da defesa improvidos e Recurso do MPF parcialmente provido” (TRF-2ª R., ACR: 200550010098555 RJ 2005.50.01.0098555, rel. Des. Federal Maria Helena Cisne, j. 18-11-2009, 1ª T. Especializada, DJU 7-12-2009, p. 51).

Na nova modalidade proposta pela Lei n. 13.467/2017, quando o acordo entre empregado e empregador quanto ao término do contrato de trabalho é reconhecido, expressamente, entre as partes, não é necessária nenhuma simulação.

Nesse caso, o empregado não terá os mesmos direitos rescisórios da modalidade de despedida sem justa causa. No entanto, os novos direitos rescisórios previstos na modalidade de despedida por comum acordo são mais vantajosos do que no caso de pedido de demissão. Vejamos a redação do novo art. 484-A da CLT: *Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:*

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

A eficácia de tal inovação somente poderá ser avaliada com o tempo, uma vez que não há como prever como as partes (empregado e empregador) irão recepcioná-la ou se a prática irá incentivar novas

modalidades de fraudes trabalhistas.

8.2 Culpa recíproca

A culpa recíproca é também uma das causas motivadoras da rescisão do contrato de trabalho prevista no art. 484 da CLT: *Art. 484. Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão de contrato de trabalho, o Tribunal do Trabalho reduzirá a indenização que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade.*

Por exemplo: troca de ofensas entre o empregado e seu superior hierárquico, agressão física mútua entre empregado e seu superior hierárquico *etc.*

Maurício Godinho Delgado assim conceitua culpa recíproca: “A presente modalidade de resolução contratual supõe uma concorrência de culpa das partes contratuais. Ambas praticam, com simultaneidade, infrações trabalhistas. 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 desponha 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”³⁷².

Quanto aos requisitos da culpa recíproca, a doutrina trabalhista destaca os seguintes: (1) mesmo grau de equivalência de culpa das partes, (2) concomitância, (3) contemporaneidade e (4) nexos causal.

Lamarca destaca que “a culpa recíproca só se configura quando há equivalência de atitudes ou atos praticados pelas partes para o desfecho da rescisão contratual. Não havendo concomitância ou reciprocidade, não há como aplicar o artigo 484 da Consolidação das Leis do Trabalho”³⁷³.

Quanto ao pagamento das verbas rescisórias, receberá o empregado apenas a metade das que teria direito. Nesse sentido a Súmula 14 do TST: *Súmula 14. 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.

CUIDADO:

O empregado tem direito ao saldo de salário, férias vencidas, um terço sobre as férias, depósitos do FGTS de forma integral. A indenização por tempo de serviço e o acréscimo indenizatório do FGTS devem ser pela metade, portanto, é devido no percentual de 20% (art. 18, § 2º, da Lei n. 8.036/90 e art. 9º, §§ 2º e 3º, do Decreto n. 99.684/90).

9. RESCISÃO INDIRETA

Agora que já estudamos a despedida por justa causa por motivo ilícito praticado pelo empregado, vamos analisar a despedida indireta por motivo ilícito **praticado pelo empregador**, também conhecida como *rescisão indireta do contrato de trabalho*.

PERGUNTA-SE

- 1) O que configura a despedida indireta?
- 2) Os requisitos para aplicação da justa causa são os mesmos para a despedida indireta?
- 3) As hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho previstas no art. 483 da CLT são taxativas?
- 4) Cabe rescisão indireta nos casos de assédio moral e assédio sexual?
- 5) Aplica-se o critério da imediatidade à despedida indireta?

1) Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “a despedida indireta é a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado, tendo em vista justa causa praticada pelo empregador. Como dificilmente o empregador admitirá a justa causa de que é acusado pelo empregado, a despedida indireta é seguida de processo judicial em que este pede o seu reconhecimento e a condenação daquele aos pagamentos devidos”³⁷⁴.

Alice Monteiro de Barros conceitua despedida indireta como “uma causa de cessação dos contratos em face de atos faltosos praticados pelo empregador, conforme elenco constante do art. 483 da CLT. A rigor, a hipótese é de resolução contratual (falta cometida pelo empregador), embora a prática a intitule rescisão indireta”³⁷⁵.

Se o empregado tiver reconhecida a despedida indireta na Justiça do Trabalho, ele terá direito às mesmas verbas da hipótese de despedida sem justa causa, ou seja: *aviso prévio indenizado, saldo de salários, gratificação natalina proporcional, férias indenizadas, já adquiridas e ainda não gozadas ou proporcionais*.

O empregado tem ainda o direito de sacar os valores depositados pelo empregador na sua conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, percebendo do empregador indenização correspondente a 40% do montante atualizado dos referidos valores, e de habilitar-se ao seguro-desemprego.

2) No tópico anterior sobre despedida por justa causa, estudamos os requisitos recomendados pela doutrina trabalhista para reconhecimento da justa causa. Tais requisitos se aplicariam também à despedida indireta?

Maurício Godinho Delgado é um dos poucos autores que comentam a respeito desta indagação: “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”³⁷⁶.

3) Quanto ao aspecto da taxatividade, a doutrina trabalhista é majoritária no sentido de que se aplica também à despedida indireta.

A taxatividade consiste em analisar se a atitude do empregador se encaixa dentro das hipóteses legais previstas no art. 483 da CLT que autorizam a rescisão indireta do contrato de trabalho.

4) Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “na rescisão indireta também se aplica a tipicidade da conduta faltosa, ou seja, o critério penalista da prévia tipificação legal da conduta censurada, embora, é claro, se saiba ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista. Esta plasticidade tem permitido a adequação de tipos jurídicos tradicionais como o assédio sexual e o assédio moral”³⁷⁷.

5) Quanto ao aspecto temporal, ou seja, a imediatidade, a doutrina trabalhista não é unânime a respeito.

A primeira corrente doutrinária defende que a demora do empregado em

alegar a rescisão indireta tem influência direta na configuração da justa causa empresarial, pois evidencia que o fato não era tão grave a ponto de tornar insuportável a relação de trabalho. Para esta corrente, é imprescindível que o empregado se oponha imediatamente perante a falta do empregador no prazo de trinta dias do conhecimento do fato, sob pena de perdão tácito.

Veja julgado nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. RESCISÃO INDIRETA. MORA CONTUMAZ. CARACTERIZAÇÃO. Na linha do moderno posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, donde se pode extrair um propósito, também, de desestímulo ao descumprimento de obrigações trabalhistas, prevalece o entendimento de que a mora salarial contumaz, se reiterada e considerável, enquadra a conduta patronal no quanto disposto no art. 483, alínea *d*, da CLT, a ensejar rescisão indireta do contrato de emprego com todos os consectários desta modalidade de ruptura contratual. Acresça-se a isso o fato de a primeira reclamada, além do atraso no pagamento dos salários do reclamante, não efetuou, regularmente, o depósito do FGTS, o que reforça a tese de descumprimento, pela empregadora, das obrigações inerentes ao contrato de trabalho. MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT. RESCISÃO INDIRETA RECONHECIDA EM JUÍZO. DEFERIMENTO. MANUTENÇÃO. A multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT é devida quando o empregador deixa de cumprir o prazo para o pagamento das verbas rescisórias previsto no § 6º do art. 477 da CLT, exceto se o trabalhador der causa à mora. Portanto, essa multa está relacionada à pontualidade no pagamento, conforme o prazo legal, e não à forma de dissolução do contrato de trabalho. Ausente a comprovação da quitação das verbas rescisórias em tempo hábil, torna-se cabível a cominação da multa supra” (TRT-14 – RO: 00004103220175140007 RO-AC 000041032.2017.5.14.0007, rel. Carlos Augusto Gomes Lobo, Segunda Turma, Data de Publicação: 14-06-2018).

Para a segunda corrente, a imediatidade deve sofrer restrições nos casos de rescisão indireta e ser analisada sob a ótica da hipossuficiência do trabalhador. Justifica-se pelo fato de o empregado, como parte lesada, não raras vezes, ter de se submeter às ordens abusivas e ilícitas do empregador, em face de não possuir outros meios de subsistência e precisar do emprego.

Maurício Godinho Delgado é um dos defensores da segunda corrente: “Os requisitos da imediatidade da insurgência obreira e do perdão tácito

devem merecer adequações na rescisão indireta. 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. A imediatidade deve ser claramente atenuada na rescisão indireta, 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”³⁷⁸.

Também é nesse sentido que o doutrinador tem se posicionado como relator em suas decisões no TST: “RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. CRITÉRIO DA IMEDIATIDADE. No caso de ser o empregado a parte lesada, em virtude de infrações cometidas pelo empregador, o requisito da imediatidade deve ser analisado considerando-se a hipossuficiência do trabalhador que, não raras vezes, tem de se submeter a irregularidades perpetradas por não possuir outros meios de subsistência. Assim, é comum que apenas o transcurso do tempo imprima à falta patronal uma dimensão insuportável, inviabilizando a manutenção do vínculo empregatício pelo obreiro. Não se há falar, portanto, na imprescindibilidade do referido critério para o reconhecimento da justa causa patronal quando o ato resolutorio do empregado é perpetrado nessas condições” (RO 00612-2006-017-03-00-1, 1ª T., rel. Maurício José Godinho Delgado, publ. 29-6-2007).

No julgado a seguir, o TST entendeu também que o princípio da imediatidade não se aplica aos casos de despedida indireta, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador: **Pagamento POR FORA viabiliza rescisão indireta**

Mesmo sem reclamar imediatamente de pagamento “por fora” e de redução de carga horária, uma professora do Paraná conseguiu, na 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o reconhecimento da rescisão indireta pleiteada. Por ter trabalhado por anos, sob essas condições, sem reagir, as instâncias anteriores da Justiça do Trabalho negaram-lhe o pedido, porque sua reclamação não apresentava imediatidade.

A trabalhadora persistiu e levou a contenda até o TST alegando justa causa patronal. Argumentou, ainda, a desnecessidade de imediatidade entre a falta e a rescisão do contrato. Ela recebia pagamento de quantia “por fora” desde que foi admitida, mas foi somente ao ver reduzida sua carga horária de doze para quatro horas-aula no segundo semestre de 2001 que, no início de 2002, ela deu por rescindido seu contrato de trabalho.

Em suas razões recursais, a professora destacou que a lei descarta a necessidade de o empregado reagir imediatamente à inobservância das normas legais e contratuais por parte do empregador. Alegou, ainda, a impossibilidade de, no período da relação empregatícia, apresentar testemunhas que sofriam os mesmos abusos praticados pela instituição de ensino.

No TST, ao analisar o recurso de revista do qual é relatora, a Ministra Maria de Assis Calsing concluiu de forma diversa do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR). Para a ministra, o princípio da imediatidade não deve ser aplicado nos casos de rescisão indireta do contrato de emprego. A razão para isso, segundo a relatora, é que “a inércia do trabalhador em ajuizar demanda logo após o cometimento de falta por parte do empregador não pode ser interpretado como um perdão tácito”.

A ministra ressaltou, sobretudo, a posição economicamente mais fraca do trabalhador na relação empregatícia, “na qual tem de se submeter a situações prejudiciais como forma de manutenção do emprego para sustento próprio e de sua família”. A relatora citou, inclusive, diversos precedentes do TST seguindo esse entendimento. Além disso, a Ministra Calsing considerou que a ocorrência continuada de pagamentos por fora, durante a relação empregatícia, “é motivo suficiente para ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho com fundamento no art. 483, *d*, da CLT”.

A 4ª Turma seguiu o voto da relatora e, por unanimidade, julgou o ato do empregador como “faltoso”, autorizando o rompimento contratual. Consequentemente, deferiu o pagamento de parcelas rescisórias decorrentes do reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho. A professora, então, receberá verbas rescisórias, FGTS e o valor correspondente à multa de 40% (*site* do TST, de 27-3-2012).

Quanto à gravidade do ato faltoso, é pacífico na doutrina trabalhista que para se configurar a justa causa empresarial é necessário que o ato do empregador seja suficientemente grave a ponto de tornar impossível a manutenção do vínculo empregatício. Nesse sentido a jurisprudência: “RESCISÃO INDIRETA. EVIDÊNCIA E GRAVIDADE DA FALTA. O descumprimento das obrigações contratuais por parte do empregador, para fins do que preceitua o art. 483, *d*, da CLT, deve ter gravidade suficiente a ponto de tornar impossível a manutenção do vínculo, já que este se rege pelos princípios da continuidade e da boa-fé. A ruptura do contrato de

trabalho só deve ser declarada quando não houver alternativa que favoreça a permanência do obreiro no emprego” (RO 00267-2006-016-03-00-0, 6ª T., rel. Convocado João Bosco Pinto Lara, publ. 14-9-2006).

Maurício Godinho Delgado ressalta que “em se tratando de conduta tipificada, porém, inquestionavelmente leve, não é possível a 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 a rescisão indireta. É o que se tem visto, por exemplo, com respeito à omissão relativa aos depósitos do FGTS – os quais não podem ser sacados de imediato pelo obreiro, regra geral”³⁷⁹.

Quanto à polêmica dos depósitos do FGTS, a jurisprudência não é pacífica, veja esta decisão em sentido contrário: **Direitos trabalhistas – se empresa não paga FGTS, empregado se demite com direitos** Se empresa atrasa o recolhimento do FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o empregado pode se demitir e receber todos os direitos trabalhistas. O entendimento é da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo).

Os juízes decretaram a rescisão indireta do contrato de trabalho da uma empregada da LBV — Legião da Boa Vontade. Com isso, a entidade terá de pagar o saldo de salário, férias mais um terço vencidas e proporcionais, 13º salário integral e proporcional, aviso prévio indenizado, FGTS mais 40%, entre outras verbas.

A trabalhadora entrou com processo na 73ª Vara do Trabalho de São Paulo pedindo que fosse decretada a rescisão indireta de seu contrato de trabalho. Ela apontou como razão o descumprimento de obrigações contratuais por parte da LBV, como atraso no pagamento de salários, o não recolhimento do FGTS e a “pressão exercida para que solicitasse demissão”, aplicando-lhe “advertências sem motivo”.

Para se defender, a LBV reconheceu enfrentar dificuldades financeiras, mas apontou que “age com ‘transparência’, pois informa o empregado, já na entrevista para a contratação, que está com problemas, razão do atraso de salários”, e que os funcionários “concordam em laborar dessa forma”.

A entidade também apresentou duas advertências, por ausências injustificadas, feitas à trabalhadora por escrito. A primeira instância acolheu os argumentos da LBV. Inconformada, a trabalhadora recorreu ao TRT paulista.

A Juíza Sônia Aparecida Gindro, relatora do Recurso Ordinário no tribunal, esclareceu que

a LBV “não tem recolhido o FGTS de seus empregados, tanto que firmou com a Caixa Econômica Federal um ‘Termo de Confissão de Dívida e Compromisso de Pagamento para com o FGTS’, identificando-se como devedora de nada menos que R\$ 11.015.545,12 para ser amortizado em 140 parcelas mensais”.

Segundo a relatora, “o que prevalece nestes autos à luz do que apresentou a ré, é o efetivo descumprimento de obrigação contratual, uma delas que nem foi questionada na inicial, ou seja, a mora na quitação dos salários mensais, e outra que disse respeito ao não recolhimento do FGTS devido junto à conta vinculada”.

Para a juíza, o descumprimento foi grave, “em face das consequências que produz”, ainda que o trabalhador na vigência do contrato de trabalho não possa movimentar a conta vinculada, “na medida em que o alija da garantia do tempo de serviço” (*site* do Conjur – data: 16-2-2006).

Por fim, os requisitos da gradação da pena, caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar e singularidade da pena (*non bis in idem*), sofrem também limitações na despedida indireta. É que a situação do empregado na relação de emprego é de subordinação ao empregador, portanto ele não detém poder disciplinar, logo não poderá aplicar penalidades como advertência, suspensão, dentre outras.

Maurício Godinho Delgado se posiciona neste sentido: “Alguns dos requisitos ligados à modulação do poder empresarial não se aplicam logicamente à rescisão indireta. Ilustrativamente, é o que se passa como a inalterabilidade da punição, singularidade e outros requisitos circunstanciais como o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar e a gradação de penalidades que lhe é inerente”³⁸⁰.

9.1 Hipóteses taxativas de despedida indireta

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

Vamos analisar cada uma das hipóteses de despedida indireta elencadas na alínea *a*: **Serviços superiores às suas forças**: incorre em despedida indireta o empregador que exige uso de forças musculares do empregado superiores a 60 kg (no caso de homens) e 25 kg (no caso das mulheres e

menores), sem a utilização de aparelhos mecânicos. Veja arts. 198 e 390 da CLT sobre parâmetros de peso para cada sexo.

A doutrina majoritária trabalhista entende que o termo “forças” utilizado nesta alínea não se refere somente à força física, mas também à intelectual e até à moral do empregado.

Nesse sentido, defende Luciano R. Salem: “Entende-se que a palavra força, usada no dispositivo em estudo, não se refere apenas à força física, muscular. Compreende-se dentro do termo também a força intelectual, a capacidade para o desempenho do serviço, aptidão para a tarefa *etc.* O sentido é amplo. Assim, serviços superiores às forças do empregado são aqueles que exigem dotes físicos, intelectuais ou de aptidão que vão além daqueles possuídos pelo empregado”³⁸¹.

Wagner Giglio também tem a mesma posição de Salem: “Força, no texto, foi empregada no sentido de energia, compreendendo tanto a muscular, física, quanto a da inteligência, ou intelectual, pois não parece impróprio considerar-se a capacidade do trabalhador sob dois aspectos”³⁸².

Alice Monteiro de Barros também defende uma interpretação ampla do termo “força”: “Se a lei não distingue quais os tipos de força, não fazendo menção à energia muscular, entendemos possível incluir no preceito legal em exame também as forças intelectuais ou mentais”³⁸³.

Na mesma linha, Maurício Godinho Delgado: “A regra tem sido interpretada de maneira ampla, não se restringindo a meras forças físicas, mas também intelectuais e, até mesmo, emocionais”³⁸⁴.

Por outro lado, Antônio Lamarca defende posição restritiva do conceito de forças físicas: “A lei não tinha que distinguir, porquanto não é de bom vernáculo falar-se em forças intelectuais ou morais, quando se diz que alguém tem força, quer-se referir à sua força física, não intelectual”³⁸⁵.

Luciano R. Salem exemplifica esta hipótese de despedida indireta: “Dá-se quando um empregado que exerce a função de servente, prestando

serviços pesados como carregar carrinhas de massa de cimento, de tijolos, sente num certo dia fortes dores em suas costas. Após determinados exames, conclui-se que as fortes dores foram oriundas da prestação de serviços pesados, e com isso, retornando ao trabalho, cabe ao empregador exigir apenas serviços leves condizentes com sua capacidade física, do contrário estaria a empresa infringindo o disposto no art. 483, alínea *a*, da CLT, facultando ao empregado sua rescisão indireta”³⁸⁶.

Dorval de Lacerda explica que, para configurar a despedida indireta, não é necessária a execução da atividade superior às forças do empregado, mas somente a sua exigência: “Não é essencial, pois, que os serviços se realizem (e poderiam como podem, ser realizados, pois a lei não fala em serviços de impossível realização, mas também de realização possível, porém, superiores às forças normais do prestador). Basta que sejam exigidos, isto é, determinados, ordenados, comandados. Daí poder-se, com justeza, afirmar que o trabalhador não é obrigado a empregar em favor do empregador todas as suas energias intelectuais ou físicas, razoável, isto é, possível. Ao que é obrigado é a prestar o seu trabalho com diligência normal”³⁸⁷.

Serviços defesos por lei: incorre em despedida indireta o empregador que exige que seu empregado pratique serviços proibidos pela lei.

Maurício Godinho Delgado explica a amplitude deste tipo de ato faltoso: “São 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”³⁸⁸.

Luciano R. Salem discorre a respeito do conceito legal de serviços defesos por lei: “Serviços defesos por lei são aqueles proibidos por lei ou então aqueles que oferecem risco à vida do trabalhador ou do próximo. Se, por exemplo, a empresa obriga o empregado a exercer trabalho em

ambiente insalubre, sem as cautelas e medidas de segurança, está infringindo a CLT. É um serviço defeso por lei”³⁸⁹.

Wagner Giglio defende critério restritivo ligado ao Direito Penal: “Os serviços defesos em lei devem ser assim interpretados como proibidos por lei penal, ou seja, que os serviços cuja exigência caracteriza a justa causa em estudo são apenas aqueles que podem configurar crime ou contravenção penal”³⁹⁰.

Alice Monteiro de Barros exemplifica como serviço defeso por lei: *vendedor que realiza vendas sem nota fiscal*³⁹¹.

Entretanto, Antônio Lamarca faz importante ressalva sobre serviços aparentemente lícitos: “O joalheiro, seu empregador, lhe determina que substitua uma pedra preciosa por uma falsa joia que lhe fora confiada por um freguês: não só pode recusar a prestação, como lhe é facultado denunciar o contrato. Outros exemplos nos acodem: o lojista, que ordena ao seu balconista que proceda a uma venda sem nota fiscal, em fraude ao tesouro; o importador de azeite para cozer, que manda o seu empregado misturar óleo nacional, de inferior qualidade; ou o negociante de vinhos, que determina a seus subordinados a mistura de água ou outras substâncias químicas”³⁹².

Serviços contrários aos bons costumes: incorre em despedida indireta empregador que exige que seu empregado pratique atos contrários aos bons costumes, ou seja, que ofendam o padrão de moralidade da sociedade.

Luciano R. Salem explica o conceito de serviços contrários aos bons costumes: “São aqueles acatados pela moralidade média da sociedade, não a moral individual de cada um, esta depende da educação e formação familiar e pessoal”³⁹³.

Alice Monteiro de Barros exemplifica como serviço contrário aos bons costumes: *empregador que exige que sua empregada se prostitua*³⁹⁴.

Antônio Lamarca traz interessante exemplo também: “O do empregador, que ordene a seu empregado, dentro de suas funções, que mantenha conjunção carnal com o presidente de um banco, que seja pederasta passivo, com a finalidade de obter um empréstimo, financiamento etc., é decididamente contrário aos bons costumes uma prática dessa e a recusa do empregado é legítima”³⁹⁵.

Wagner Giglio lembra que não afronta os bons costumes trabalhar em casas de tolerância se a função é desvirtuada desta: “Nas casas de tolerância, as mulheres que ali exercem a prostituição afrontam os bons costumes, mas as serventes, os porteiros, cozinheiros e garçons que ali prestam serviços, não. Justa causa, para estes últimos elementos, existiria se uma servente de hotel recebesse ordem para exercer o comércio amoroso com um dos hóspedes”³⁹⁶.

Serviços alheios ao contrato: incorre em despedida indireta o empregador que exige que sua vendedora faça faxina da loja no final do expediente. A função contratada era de vender roupas e não fazer serviços gerais, tipificando exigência de serviço alheio ao contrato.

Alice Monteiro de Barros lembra que: “este tipo faltoso traduz um corolário da inalterabilidade das condições contratuais consagradas no art. 468 da CLT. A falta funda-se na inadimplência do empregador”³⁹⁷.

Maurício Godinho Delgado ressalta que o parâmetro é o próprio contrato de trabalho: “Cabe ao empregador respeitar a função contratada ao trabalhador, não exigindo serviços estranhos ao pacto estabelecido ... há que se respeitar a qualificação que fora essencial à contratação obreira, a menos que a mudança se faça ainda mais favorável”³⁹⁸.

Segue mais uma ementa ilustrativa deste tipo faltoso:

“RESCISÃO INDIRETA. *JUS VARIANDI*. LIMITES. O poder diretivo, regulamentador e o *jus variandi* do empregador pode redirecionar os ofícios de seus empregados, desde que as novas atividades sejam compatíveis com aquelas já exercidas e que a alteração não atinja de modo substancial o objeto do contrato. Assim, contratada a reclamante para o

desempenho da função de fisioterapeuta e imposto pelo reclamado, no curso do contrato, o dever de ministrar aulas a alunos residentes, encontra-se transmudado o objeto do contrato, o que acarreta em falta grave a permitir a sua rescisão indireta. Trata-se de exigência imposta ao empregado na execução de serviços alheios ao contrato firmado, nos termos da alínea *a* do art. 483 da CLT” (TRT, 3ª R., Processo 857/2009-020-03-00.4, 7ª T., rel. Des. Paulo Roberto de Castro, *DEJMG* de 27-7-2010).

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

Incorre em despedida indireta empregador que proíbe empregado de utilizar o banheiro durante o horário de trabalho, pois trata-se de comportamento rigoroso e desumano.

Maurício Godinho Delgado explica o ato faltoso celetista: “Este tipo legal, no fundo, trata do descumprimento do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que deve reger as ações de todo aquele que detém fatias consideráveis de poder perante alguém. Enquadra-se neste tipo jurídico o comportamento diretivo, fiscalizatório e punitivo do empregador que traduza exercício irregular de tais prerrogativas”³⁹⁹.

A doutrina trabalhista diverge se há a ocorrência de despedida indireta no tratamento com rigor ou somente com excesso de rigor.

Wagner Giglio destaca que o ato faltoso é somente punível quando o rigor for excessivo: “O empresário e superiores hierárquicos do empregado podem, e, em certas situações, até devem, tratar seus subordinados com rigor, para o bom andamento da produção, que depende da boa ordem disciplinar interna da empresa, o que não significa, entretanto, que possam tratá-los com brutalidade, descortesia ou falta de urbanidade, pois, se o fizerem, praticarão excessos do poder de comando que lhes cabe, incidindo na infração caracterizadora da justa causa por rigor excessivo”⁴⁰⁰.

Antônio Lamarca discorda de Giglio: “A adjetivação da palavra rigor poderia dar a entender que a lei proibiria apenas o excessivo, logo lícito seria que o empregador ou seus prepostos tratassem os trabalhadores com rigor. Empregadores e trabalhadores devem tratar-se com cortesia: o poder

de direção ou poder hierárquico, que é reconhecido como legítimo, em virtude da situação de subordinação em que se coloca o prestar de trabalho, deve ser exercido, e isso sem que cause prejuízo algum ao bom andamento dos trabalhos, com cortesia e urbanidade”⁴⁰¹.

Luciana R. Salem tem a mesma posição de Lamarca: “O próprio rigor já é excesso por si só, já é abuso de poder. Não é o excesso de rigor que é proibido, mas o próprio rigor”⁴⁰².

Alice Monteiro de Barros ressalta a importância do respeito da dignidade do trabalhador: “O comportamento faltoso em exame pressupõe rigidez incomensurável, capaz de ferir a dignidade do empregado. Incorre nessa falta, por exemplo, o empregador que, abusando do seu poder disciplinar, aplica ao empregado uma sanção severa (suspensão de 5 dias), desproporcional à falta praticada (atraso de poucos minutos), considerada injusta e cancelada pela Justiça do Trabalho”⁴⁰³.

Maurício Godinho Delgado ressalta que este tipo faltoso é bem comum em ações de assédio moral: “Registre-se que, entre todos os dispositivos que podem incidir sobre o denominado assédio moral (alíneas *a*, *b*, *d* e *f* do art. 483 da CLT), este é, certamente, de maneira geral, o mais apropriado”⁴⁰⁴.

Veja julgado ilustrativo abaixo:

Empregador limitou o uso do banheiro

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Minas Gerais, analisou na semana passada um caso de rescisão indireta no qual a empregada solicitou o direito por “rigor excessivo”. Segundo o processo, o empregador restringiu a utilização do banheiro e cronometrou o tempo de uso pelo trabalhador. O TRT deu ganho de causa à funcionária.

O juiz mineiro e professor de direito trabalhista Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, de Belo Horizonte, citou que cada caso é analisado com “proporcionalidade e razoabilidade”. “Por exemplo, um certo controle sobre o empregado, a empresa pode ter. Mas não pode ser abusivo”, comentou.

Segundo ele, os pedidos de rescisão indireta são cada vez mais comuns na Justiça trabalhista. “Já foi um tipo de ação rara, mas hoje está muito comum. Parece que o dano moral e a rescisão indireta viraram moda.”

De acordo com o presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul), o Desembargador João Ghisleni Filho, a interpretação do que pode ser considerado como irregularidade do empregador é subjetiva.

“É uma questão ampla e vai depender da interpretação do juiz em cada caso”, explica. Segundo o desembargador, os casos mais comuns se referem a atrasos no salário. “Entra na alínea *d* (do art. 483 da CLT) porque descumpre o contrato ao não pagar no prazo previsto.”

Ghisleni Filho diz ainda que a Justiça analisa os casos “com parcimônia” para evitar que trabalhadores que tentam ser mandados embora se aproveitem do direito.

“Às vezes [os trabalhadores] querem sair do emprego e o empregador não quer despedir. O empregado não quer prejuízo porque não pode movimentar o Fundo de Garantia e vem a juízo tentar a rescisão.”

As ações sobre rescisão indireta não são prioritárias na Justiça do Trabalho e podem levar cerca de seis meses para serem analisadas, dependendo da região do país (*site* do TRT/MG).

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

Incorre em despedida indireta empregador que obriga empregado a trabalhar em edifício interdito por risco de desabamento.

Maurício Godinho Delgado explica o conceito de correr perigo manifesto de mal considerável: “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 EPI, por exemplo)”⁴⁰⁵.

Dorival de Lacerda exemplifica as situações em que pode ocorrer o perigo de mal considerável: “Ele pode acontecer em quatro ocasiões, a saber: quando próprio da profissão, ou seja, um risco ao qual implicitamente, com a celebração do contrato, o empregado assumiu (por exemplo, uma indústria em que se trabalha), e com perigo em todas as demais empresas do ramo; quando o perigo é da empresa e não das demais empresas congêneres da mesma região e ramo de atividade; quando o perigo é tipicamente contratual, próprio da profissão, contra o qual não há meio regular e normal de defesa; e finalmente quando ocorrer perigo em virtude do não cumprimento, por parte da empresa, das normas legais

sobre higiene e segurança do trabalho”⁴⁰⁶.

Wagner Giglio adverte que não se pode confundir este tipo faltoso com atividades que por si sós trazem riscos inerentes e habituais: “Em algumas atividades, o perigo manifesto de mal considerável é inevitável, porque inerente a seu exercício. Assim ocorre com as profissões de escafandrista, mineiros de subsolo, trabalhadores da construção civil, eletricitas, pintores das partes externas de grandes prédios. Nessas atividades, o perigo normal não caracteriza a justa causa, como é obvio. O risco anormal, acrescido, entretanto, poderá caracterizá-la se não forem oferecidas luvas e material isolante ao eletricitista”⁴⁰⁷.

Antônio Lamarca destaca a responsabilidade do empregador por manter o ambiente de trabalho livre de quaisquer riscos à segurança e saúde dos empregados: “O empregador deve tornar concretas todas as medidas indicadas por lei (em sentido amplo, abrangendo também as portarias ministeriais, incluídas as recomendações de CIPAs), no sentido de favorecer a segurança do trabalho; se não o faz, expondo assim, a perigo manifesto o obreiro, caracterizada a justa causa”⁴⁰⁸.

Por fim, Wagner Giglio alerta que não é necessário o empregado enfrentar o perigo para ter caracterizada esta falta: “Não é necessário enfrentar o perigo, e pouco importa se este resulta das instalações, do próprio serviço ou da maneira de executá-lo. Mas o perigo deve ser objetivo, indiscutível, e não subjetivo, do estado de espírito amedrontado do trabalhador. O perigo deve constituir ameaça direta à integridade física do empregado, e não indireta, à sua saúde. E o mal deve ser considerável, ou seja, relevante, de vulto”⁴⁰⁹.

Assim a jurisprudência:

“DESPEDIDA INDIRETA. PERIGO MANIFESTO DE MAL CONSIDERÁVEL. Tendo a trabalhadora adquirido resistência aos produtos químicos utilizadas no processo de produção da empresa, o que lhe causava reações alérgicas intensas, deveria a empregadora ter alterado a sua função ou tê-la despedido sem justa causa. A insistência de que a autora continuasse a trabalhar em contato com os alérgenos implica falta grave da empresa

autorizadora da despedida indireta” (MS 123200100524000, RO 00123-2001-005-24-00-0, 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS, rel. João Marcelo Balsanelli, j. em 29-4-2003, *DOMS* n. 6.007, de 29-5-2003).

d) *não cumprir o empregador as obrigações do contrato;*

Incorre em despedida indireta empregador que atrasa o pagamento do salário do empregado por mais de seis meses. Este é o exemplo mais comum de descumprimento contratual: **a mora salarial**.

Há, contudo, outros exemplos: não pagamento de vale-transporte, não depósito de FGTS, não fornecimento de equipamento de proteção individual, a transferência de local de trabalho abusiva, a inatividade forçada, dentre outros.

Quanto ao alcance da expressão “não cumprir as obrigações do contrato”, Lacerda questiona e explica: “As obrigações criadas pelas partes diretamente ou também aquelas instituídas pelos organismos de regulamentação coletiva e destinadas a vigorar sempre que e onde exista um contrato individual de trabalho? Parecem-me que ambas, pois a lei não distingue e porquê de fato, como de direito, são ambas obrigações do contrato. Realmente, umas não foram pactuadas diretamente pelas partes, não constituíram objeto de debate pré-contratual, mas, ao celebrar o contrato, sabiam elas, sem sombra de dúvida, que também estas se integrariam compulsória e definitivamente no contrato em causa”⁴¹⁰.

Portanto, a doutrina trabalhista majoritária entende que o alcance da expressão deve ser amplo, englobando não somente as normas de natureza imperativa, mas também as de caráter dispositivo.

Nesse sentido, defende Alice Monteiro de Barros: “Filiamo-nos à corrente doutrinária que atribui ao preceito legal em exame interpretação mais ampla, pois muitas cláusulas contratuais são impostas por lei ou normas coletivas, sendo restrito o campo deixado para a autonomia da vontade das partes para fixação das condições de trabalho”⁴¹¹.

Quanto ao fato de o descumprimento contratual ser total ou parcial,

Luciano Salem assim esclarece: “A falta de pagamento pode ser total, isto é, quando o empregador deixa de pagar salários; parcial, quando executa a obrigação em parte; ou pode resultar de uma simples impontualidade no pagamento, isto é, não cumprimento da obrigação no dia aprazado pelo contrato ou pela lei. É obvio que, juridicamente e de fato, em qualquer dessas três hipóteses, dá-se o não cumprimento das obrigações do contrato”⁴¹².

Por fim, cabe destacar o que dispõe a Súmula 13 do TST:

Súmula 13. O só pagamento dos salários atrasados em audiência não ilide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho.

O art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 368, de 19-12-1968, estabelece: *Art. 2º (...)*

§ 1º Considera-se mora contumaz o atraso ou sonegação de salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a 3 (três) meses, sem motivo grave relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento.

O referido decreto foi instituído para justificar as sanções de caráter penal e fazendário, contudo, tem sido utilizado na Justiça do Trabalho.

O prazo para caracterização da mora do empregador capaz de ensejar rescisão indireta tem causado polêmica na doutrina trabalhista.

Eduardo Gabriel Saad sustenta que “a mora contumaz, relativamente a salários, só se configura quando o atraso no pagamento for igual ou superior a 3 meses”⁴¹³.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado discorda e defende que “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 ter o salário natureza alimentar, e o retardo em seu pagamento, sendo demorado e repetido, constitui, sem dúvida, infração de intensidade”⁴¹⁴.

A jurisprudência trabalhista majoritária tem sido no sentido de que não

é necessário aguardar o atraso salarial por mais de três meses para pleitear a rescisão indireta, segundo recente decisão do TST: **O atraso no pagamento de salários por dois meses possibilita a rescisão indireta do contrato de trabalho por culpa do empregador** Esse foi o entendimento da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao julgar o recurso de revista de um empregado da G. Ltda. Ele parou de comparecer ao serviço e ajuizou ação trabalhista depois de ficar dois meses sem pagamento e saber que o INSS e o FGTS não estavam sendo recolhidos.

O trabalhador recorreu ao TST após o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (PE) ter considerado que o caso era de demissão voluntária, e não de rescisão indireta ou abandono de emprego. Com essa decisão, o autor da reclamação não teria direito à indenização prevista no art. 483, *d*, da CLT, que garante a rescisão indireta quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato. Para o Regional, a inobservância de regularidade no pagamento dos salários no período indicado pelo trabalhador não podia ser, efetivamente, causa para o fim do contrato.

Para essa decisão, o TRT se baseou no prazo de três meses estipulado no § 1º do art. 2º do Decreto-Lei n. 368/68, que considera como mora contumaz “o atraso ou sonegação de salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a três meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento”.

No TST, porém, o entendimento foi diverso. Segundo o relator do recurso de revista, Ministro João Batista Brito Pereira, o conceito de mora contumaz aplicado pelo TRT/PE destina-se apenas a orientar procedimentos de natureza fiscal, “não interferindo nos regramentos do Direito do Trabalho relativos à rescisão do contrato de trabalho”.

Na avaliação do Ministro Brito Pereira, não é necessário que o atraso se dê por três meses para que se justifique rescisão indireta do contrato de trabalho. O relator citou diversos precedentes com esse posicionamento, nos quais, além de se destacar que o prazo estabelecido pelo Decreto-Lei n. 368/68 repercute apenas na esfera fiscal, o período de três meses é considerado extremamente longo diante da natureza alimentar do salário.

Em um dos precedentes, o Ministro Lelio Bentes Corrêa, da 1ª Turma, afirmou não ser crível que um empregado “tenha que aguardar pacificamente mais de noventa dias para receber a contraprestação pecuniária pelo trabalho já realizado”. Para o Ministro Lelio Bentes, o atraso, desde que não seja meramente eventual, caracteriza inadimplemento das obrigações contratuais e justifica o fim do contrato por ato culposo do empregador.

Já o Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus, da 7ª Turma, considera que, se o salário tem natureza alimentar, “não é razoável exigir do empregado que suporte três meses de trabalho sem a competente paga, para, só depois, pleitear em juízo a rescisão do contrato, por justa causa do empregador”. Para o Ministro Manus, o atraso de apenas um mês já é

suficiente para causar transtornos ao trabalhador – privado de sua única ou principal fonte de renda e, conseqüentemente, impedido de prover o próprio sustento e de seus familiares e de honrar seus compromissos financeiros.

Ao tratar do mesmo tema, em outro precedente em que o trabalhador deixou de receber pagamento também por dois meses, o Ministro Horácio Senna Pires, à época na 6ª Turma, ressaltou não apenas a natureza alimentar do salário, mas também o princípio da proporcionalidade. Ele lembrou que, de acordo com as leis e a jurisprudência trabalhistas, o descumprimento da obrigação do empregado de comparecer ao serviço por período de apenas trinta dias – metade do prazo em que o empregador, no caso, descumpriu seu dever de pagar os salários – já é suficiente para caracterização da justa causa por abandono de emprego (RR 13000-94.2007.5.06.0401, publ. 27-5-2011).

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama e;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

É o caso de injúria, calúnia ou difamação praticada contra o empregado ou pessoas de sua família, no ambiente laboral (letra *e*), e, também, ofensas físicas praticadas pelo empregador ou seus prepostos (letra *f*), salvo legítima defesa, exercida de forma proporcional.

Vide mais comentários no item 6 “Justa causa”.

Sobre o tema, a jurisprudência:

“AGRESSÃO FÍSICA E MORAL. RESCISÃO INDIRETA. VERBAS RESCISÓRIAS. Caracterizada a ocorrência de agressão física e moral do empregado por preposto da empresa, ocorrida no ambiente do trabalho, é lícito o trabalhador considerar como rescindido o contrato de trabalho, conforme dispõe a alínea *f* do art. 483 da CLT. Reconhecida judicialmente a rescisão indireta, tem-se por devidas as parcelas rescisórias e indenizatórias típicas da despedida imotivada.

“Rescisão indireta. Ato ilícito praticado pelo empregador. Prova. Ausência. Tal como a despedida por justa causa, a rescisão indireta do contrato de trabalho prevista no art. 483 da CLT exige, pela sua gravidade, prova robusta das faltas imputadas ao empregador. Por ser fato constitutivo de direito, cabia à reclamante a prova das faltas indicadas, ônus do qual não se desincumbiu (CLT, art. 818; art. 333, I do antigo CPC e art. 473 do novo CPC). O pedido de rescisão indireta está assentado em três causas de pedir: doença ocupacional adquirida no trabalho, ausência de observação do programa de reabilitação e tratamento humilhante e degradante dispensado nos retornos ao trabalho. É fato incontroverso que a reclamante afastou-se do trabalho, em licença previdenciária, em razão de tendinite, mas tal

ocorreu em 1999. A reclamante foi submetida a processo de reabilitação, plenamente cumprido pela reclamada. O reenquadramento nas funções de auxiliar de escritório estava de acordo com o programa de reabilitação, conforme constatou o perito judicial. Além disso, a reclamada fez prova de que tratou a reclamante com respeito e urbanidade, que havia mesa, cadeira e armário para a guarda de pertences, e que os serviços de auxiliar de escritório eram compatíveis com suas limitações físicas. Não há, assim, prova das faltas imputadas à reclamada. Outrossim, em 17-5-2005, após o indeferimento de pedido de tutela antecipada para a cessação da prestação de serviço, a reclamante peticionou ao juízo informando que não mais iria trabalhar. Não concordando com a atitude, a reclamada solicitou o imediato retorno da reclamante ao serviço, sob pena de caracterização do abandono de emprego. Sem retornar ao serviço desde então, a reclamante assumiu o risco da justa causa. Desse modo, não há falar-se em apenação da reclamada ao pagamento das verbas resilitórias típicas da dispensa imotivada, mesmo porque isso implicaria, na prática, e pela via oblíqua, em acolhimento da pretensão de direito material deduzida sob o fundamento de rescisão indireta. Está correta a sentença, que mantenho.

“LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (CONTRARRAZÕES). Rejeito. Não pode ser considerado litigante de má-fé aquele que se socorre do Poder Judiciário para a proteção de seus direitos, ainda que se conclua, no final, que o postulante não tem razão. Portanto, inviável o enquadramento da recorrente no art. 17 do antigo CPC e art. 80 do novo CPC e aplicação das sanções pleiteadas nas contrarrazões” (1949200520202008 SP 01949-2005-202-02-00-8, 10ª T., rel. Marta Casadei Momezzo, j. em 5-7-2010, publ. 16-7-2010, *undefined*).

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

O trabalho realizado por peça ou tarefa é aquele no qual o empregado presta serviços por unidade e ganha seu salário de acordo com o número de unidades que produz em certo lapso de tempo. **Por exemplo:** costureira que ganha R\$ 1,00 por peça de roupa.

Incorre em despedida indireta empregador que reduz as quantidades de peças de roupa de forma abrupta de 100 peças por mês para 10 peças por mês, afetando de forma significativa o salário da costureira.

Wagner Giglio explica o sentido da palavra “peça” e “tarefa”: “A palavra peça ganhou o sentido, mais abrangente, de unidade de produção e o vocábulo tarefa, o de serviço ou qualquer outra unidade, diversa do tempo, utilizada para cálculo da remuneração. A rigor, o número de batidas do tear, o de quilômetros percorridos, o de mudas de árvores

vendas, o de clientes visitados ou entretidos, assim como o de aulas dadas e as comissões por negócios fechados, não poderiam ser classificados como peça, ou tarefa, estrito senso, mas a jurisprudência acolhe esses dados como compreendidos na noção dos termos analisados”⁴¹⁵.

Alice Monteiro de Barros destaca o fundamento desta falta: “Consiste na circunstância de competir ao empregador propiciar serviço ao empregado. Se ele reduz o serviço de forma a afetar sensivelmente o ganho do trabalhador, essa falta se delineia. É o que ocorre quando salário do comissionista é reduzido por falta de produto no mercado. Outra será a falta se o empregador reduzir o percentual de comissão do empregado. Nesse caso é alteração ilícita do contrato de trabalho”⁴¹⁶.

Wagner Giglio explica a relação entre trabalho por tarefa e a redução da oferta: “A percepção de salário, se este é calculado com base nas peças produzidas ou nas tarefas executadas, depende da oferta, pelo empregador, dos trabalhos a serem realizados pelo empregado. Se essa oferta é reduzida, isto é, diminuída, o salário do trabalhador também diminui. E, se essa diminuição for sensível, de forma a causar prejuízo ponderável ao empregado, pode este denunciar o contrato com justa causa”⁴¹⁷.

Maurício Godinho Delgado alerta que pequenas oscilações de oferta não tipificam o ato: “A presente falta abrange empregados que 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. 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”⁴¹⁸.

Luciano R. Salem destaca que o pagamento de salário mínimo não

impede a rescisão indireta: “Supondo-se que um tarefeiro faça um certo número de peças por mês, ganhe três ou quatro salários mínimos e que não tenha salário normativo e o patrão venha a reduzir-lhes os serviços. Ora, se o patrão pagar-lhe um salário mínimo, não pode ser descartado do ato faltoso em estudo mesmo que o serviço dado não atinja para pagamento de um salário mínimo. Apesar de receber um salário mínimo legal, o salário do empregado foi sensivelmente afetado. Para que o caso não se enquadre na rescisão indireta, ao diminuir o serviço do empregado, o patrão tem que continuar pagando o que o empregado ganhava antes da diminuição”⁴¹⁹.

Art. 483. (...)

§ 1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

Quanto à possibilidade de o empregado continuar trabalhando, a doutrina trabalhista se divide em duas correntes.

Para a corrente minoritária da doutrina, somente nas hipóteses previstas nas alíneas *d* e *g* é que o empregado poderia deixar o seu serviço, nas demais hipóteses, o empregado deveria continuar trabalhando e ajuizar a ação trabalhista. Logo, somente após o trânsito em julgado da sentença é que o empregado poderia deixar o serviço.

Nesse sentido o seguinte julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA. ÔNUS DA PROVA. Não tendo o reclamante se desincumbido do ônus que lhe cabia, no sentido de demonstrar a ocorrência de fatos que dessem ensejo à despedida indireta, a teor dos artigos 818 da CLT c/c o art. 373, inciso I, do Código Processual Civil/2015, a manutenção da sentença é medida que se impõe” (TRT-20 00005409120165200006, rel. Mara das Graças Monteiro Melo, Data de Publicação: 08/06/2017).

Para a corrente majoritária da doutrina, permanecer ou não no serviço trabalhando é uma faculdade do empregado.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado destaca: “... portanto, o

trabalhador que alegue a prática de justa causa 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”⁴²⁰.

Nesse sentido a decisão do TST:

“RECURSO DE REVISTA. 1. PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA AJUIZADO EM AÇÃO ANTERIOR. RECUSA INJUSTIFICADA DO EMPREGADOR EM ADMITIR A CONTINUAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CURSO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ART. 483, § 3º, DA CLT. DESISTÊNCIA DA AÇÃO PRETÉRITA E AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA PLEITEANDO RESCISÃO DIRETA POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADOR. A interpretação conferida pelo Regional ao preceito do art. 483, § 3º, da CLT, no sentido de que o direito à permanência no emprego não se adstringe às alíneas *d* e *g* do preceito consolidado, revela-se consentânea com o princípio protetivo do trabalhador e os direitos constitucionais de petição e de ação (art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal), não sendo razoável concluir que há incompatibilidade incontornável na continuação da relação de emprego pelo só fato do ajuizamento de reclamação trabalhista com fundamento em existência de justa causa para a rescisão indireta, até porque o próprio legislador, atento a essa realidade, declarou o direito à permanência no emprego até decisão final, exatamente por ser mais vantajoso ao obreiro, a seu critério, a manutenção do vínculo, evitando-se que a eventual improcedência do pleito judicial de rescisão indireta converta-se automaticamente em pedido de demissão. Não conhecido. 2. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. A causa da aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT nestes autos é o reconhecimento judicial da ruptura do contrato de trabalho por dispensa patronal sem justa causa, e não o pedido de rescisão indireta que foi veiculado como causa de pedir de reclamação trabalhista pretérita, na qual houve pedido de desistência. Logo, restando configurada a hipótese de culpa patronal no atraso do pagamento das verbas rescisórias, é consectário lógico da condenação a imposição da multa em epígrafe. Precedentes desta Corte. Não conhecido. 3. COMISSÕES DO MÊS DE JULHO DE 2012. O Regional foi categórico ao afirmar que houve efetiva comprovação das diferenças pleiteadas em juízo, revelando que a pretensão recursal da reclamada restringe-se ao reexame de fatos e provas, vedado a esta Corte por meio da Súmula nº 126 do TST. Não conhecido. 4. SALÁRIO ‘POR FORA’. DIREITO AO DESCONTO DO VALE-TRANSPORTE. INEXISTÊNCIA. A existência de fraude caracterizada pelo pagamento de salário ‘por fora’ retira o direito do empregador de deduzir o percentual de 6% relativo ao custeio do vale-transporte, porquanto caracterizada hipótese de abuso de direito, na modalidade *tu quoque*, sendo manifestamente vedado no ordenamento jurídico pátrio que o agente se beneficie de sua própria torpeza para auferir vantagem posterior, consistente, na hipótese, no beneplácito legal. Não conhecido. 5. DESCONTOS INDEVIDOS.

RESTITUIÇÃO. Restando comprovado o fato constitutivo do direito alegado pelo autor (descontos salariais indevidos), o fato modificativo ou restritivo do direito, alegado em defesa, relativo ao *quantum* efetivamente devido, é ônus do empregador, que detém toda a documentação da contabilidade de seus ativos e passivos, razão pela qual, pelo princípio da aptidão para a prova, correta a distribuição operada pelo Regional, não havendo ofensa ao disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC/1973. Não conhecido. 6. COMISSÕES SOBRE SERVIÇOS. TAXAS DE INSTALAÇÃO PRÊMIO. ESTOURO DE BALÕES. A prova, tal como examinada pelo Regional, aponta de forma inequívoca a existência das diferenças pleiteadas em juízo, razão pela qual a pretensão recursal não encontra amparo. Incólumes, pois, os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC/1973 . Não conhecido. 7. REFLEXOS DAS COMISSÕES SOBRE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. A decisão do Regional encontra-se em consonância com a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior (Súmula nº 27 do TST), razão pela qual o recurso de revista, no específico, encontra óbice intransponível na Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido” (TST – RR: 15781220125030020, rel. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 24-06-2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01-07-2015).

10. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO DIREITO DO TRABALHO

O estudo da teoria dos direitos fundamentais deve ser prioridade para aquele que busca uma visão constitucionalizada do Direito do Trabalho, principalmente após a Reforma Trabalhista.

10.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais

No estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, é primordial apontar de forma breve a evolução histórica dos direitos fundamentais e sua diferenciação terminológica com os direitos humanos.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a origem história dos direitos humanos?**
- 2) Qual país foi seu berço?**
- 3) Quais documentos podemos citar que são fruto da constitucionalização dos direitos humanos?**
- 4) Qual país foi o precursor da constitucionalização dos direitos fundamentais?**

Os direitos fundamentais e os direitos humanos são direitos históricos, portanto, para estudá-los, é imprescindível revisitar sua evolução histórica.

Nesse sentido, Bobbio afirma que:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁴²¹.

1) A origem histórica mais remota dos direitos humanos pode ser encontrada na cultura greco-romana. Posteriormente, a doutrina social cristã teve importante papel na defesa dos direitos humanos a partir da divulgação da ideia de que “o homem é a imagem e semelhança de Deus e,

portanto, todos somos iguais”⁴²².

2) A Inglaterra é o berço da constitucionalização dos direitos do povo e liberdades dos cidadãos. Podem ser citados os seguintes documentos: a *Magna Charta Libertatum* de 1215 – Constituição de João Sem Terra; *Petition of Rights* de 1628; *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689⁴²³.

3) É possível citar como outros documentos de constitucionalização dos direitos humanos, fruto da influência da Inglaterra em suas colônias nos Estados Unidos: a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 4 de julho de 1776, redigida por Thomas Jefferson⁴²⁴.

Na França, a Revolução Francesa de 1789 destaca-se como importante movimento revolucionário, dado o seu caráter abrangente de defesa não somente dos direitos individuais, mas de todo o gênero humano. Em 3 de setembro de 1791 adveio a Constituição Francesa que aboliu diversas instituições que eram potenciais agressoras da liberdade e igualdade de direitos dos homens⁴²⁵. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 é considerada o principal documento jurídico de reconhecimento dos direitos de liberdade e dignidade da pessoa, como direitos inerentes ao homem, tendo como destinatário o gênero humano e não uma classe social ou uma sociedade específica⁴²⁶.

Em 15 de dezembro de 1791 a *Bill of Rights* Norte-Americana ou Constituição dos Estados Unidos da América, formada por dez emendas, reconhece diversos direitos aos cidadãos, como: liberdade religiosa, a liberdade de expressão, o direito de reunião, o direito de petição, o direito de portar armas para sua própria segurança, a inviolabilidade do domicílio, a instituição do Tribunal do Júri, o reconhecimento do princípio do juiz natural, o direito de permanecer em silêncio em juízo criminal, o devido processo legal, a imparcialidade do órgão julgador, a proibição de penas

cruéis ou aviltantes, entre outros⁴²⁷.

No México e na Alemanha, destacam-se as Constituições de 1917 e 1919, respectivamente, que demonstram claramente a passagem do constitucionalismo liberal – deixando de lado aquela visão segundo a qual havia a preocupação da autonomia do indivíduo perante o poder do Estado –, para um constitucionalismo social, demonstrando a afirmação do Estado com fim de solidariedade e justiça social⁴²⁸.

É importante salientar que a doutrina neoconstitucionalista é majoritária em reconhecer que tais países tiveram papel importante na fundamentalização dos direitos humanos, mas não se pode falar ainda, nesse momento histórico, de uma verdadeira constitucionalização dos direitos fundamentais e do reconhecimento da força normativa da Constituição.

4) O país precursor da constitucionalização dos direitos fundamentais foi a Alemanha, pois foi o primeiro a utilizar a expressão “direitos fundamentais” na Constituição de 1848 (artigo IV, § 25, da CF que trata dos direitos fundamentais do povo alemão)⁴²⁹.

Posteriormente, no século XX, sem dúvida, o documento mais importante na tutela dos direitos fundamentais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

ATUALIZE-SE:

O Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018 (publicado no DOU de 22-11-2018), estabelece as Diretrizes Nacionais Sobre Empresas e Direitos Humanos, direcionadas a todas as empresas brasileiras (pequenas, médias e grandes), bem como às empresas transnacionais em atividade no território nacional; sendo que as microempresas e as de pequeno porte poderão cumprir as novas diretrizes “na medida de suas capacidades”.

O cumprimento das Diretrizes Nacionais de Direitos Humanos será voluntário (não obrigatório) para as empresas; contudo, as que vierem a

implementá-las serão certificadas com o Selo “Empresas e Direitos Humanos”.

10.2 A questão terminológica: direitos humanos ou direitos fundamentais?

Neste tópico será abordada a polêmica da diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais.

PERGUNTA-SE

- 1) O termo jurídico “direitos fundamentais” é sinônimo de direitos humanos?
- 2) O que são direitos humanos?
- 3) O que são direitos fundamentais?
- 4) Qual a diferença conceitual entre eles?
- 5) Qual foi o caso precursor na Alemanha de aplicação da teoria dos direitos fundamentais?

1) O termo jurídico “direitos fundamentais” foi costumeiramente utilizado como sinônimo de diversas outras expressões, tais como: direitos humanos, direitos naturais, direitos morais, direitos das pessoas, entre outros, merecendo destaque técnico de definição jurídica e, em especial, de distinção da expressão direitos humanos.

A designação “direitos humanos” é mais empregada na doutrina anglo-saxônica e latina, enquanto a expressão “direitos fundamentais” tem presença mais constante na doutrina alemã⁴³⁰.

2) Robles afirma que Direitos Humanos não são verdadeiros direitos, mas servem de critérios norteadores à boa convivência dos indivíduos, e os direitos fundamentais são direitos humanos que positivados passam a adquirir a categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente no âmbito de determinado ordenamento jurídico.

3) Assim, os direitos fundamentais são uma espécie de positivação dos direitos humanos na constituição de cada país⁴³¹.

4) Canotilho destaca que os direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos de caráter inviolável, atemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista), e direitos fundamentais são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e temporalmente vigentes numa ordem jurídico-concreta⁴³².

Luño afirma existir uma propensão doutrinária de se utilizar a expressão “direitos fundamentais” para designar direitos positivados no ordenamento jurídico interno, e “direitos humanos” para designar direitos naturais constantes das declarações e convenções internacionais⁴³³.

5) A maioria dos constitucionalistas germanófilos considera que o Caso Lüth foi o primeiro e o mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra e em 1948 revolucionou o Direito como um todo, não apenas o Direito Constitucional.

De acordo com Alexy, a decisão do Caso Lüth é importante por inovar em três pontos o Direito Constitucional Alemão da época: *A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”. Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, a “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (unbiquitous). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser*

*resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”*⁴³⁴.

O importante não é somente o respeito aos direitos fundamentais do trabalho, mas sua efetiva concretização dentro do ambiente do trabalho. Na linha de Hannah Arendt é “o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos”⁴³⁵.

10.2.1 Das contribuições de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin é jusfilósofo norte-americano e defensor da corrente juspolítica liberal e não utilitarista⁴³⁶ e escreveu diversos livros, entre eles: “*O Império do Direito, Levando os direitos a sério e Uma questão de princípio*”.

Faleceu recentemente, em 14 de fevereiro de 2013, e as últimas posições acadêmicas por ele ocupadas foram a de professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law⁴³⁷.

A importância da contribuição teórica formulada por Dworkin advém de sua tentativa de unir a Teoria do Direito à Filosofia, buscando o encontro do Direito com a Moral e do Direito Positivo com o Direito Natural e a defesa da teoria do Direito como integridade, comunidade e fraternidade⁴³⁸.

Dworkin foi pioneiro nos Estados Unidos ao criticar o positivismo jurídico de seu antecessor Harbert H. L. Hart, principalmente quanto ao seu principal dogma: texto de lei como a fonte primordial do Direito.

O autor entende que não basta somente a lei para solucionar os problemas jurídicos trazidos pela sociedade: “não podem existir respostas certas para questões jurídicas polêmicas (*hard cases*), mas apenas respostas diferentes”⁴³⁹.

Dworkin propõe o resgate da Moral para auxiliar na solução de conflitos e fundamenta que: “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”⁴⁴⁰.

Dworkin defende a aproximação do Direito com a comunidade, e seu compromisso é fundir Direito e Moral, defendendo que as regras morais devem legitimar a norma jurídica: “o mau juiz é o juiz rígido e mecânico, que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou ineficiência que se seguem. O bom juiz prefere a justiça à lei”⁴⁴¹.

Enfim, o ineditismo do autor é que ele propugna uma Teoria de Justiça pautada pela inafastável comunhão entre o Direito e Justiça como condição *sine qua non* para que o Estado se desincumba de sua tarefa de resguardar a efetividade dos direitos morais de seus cidadãos⁴⁴².

A sua maior contribuição, sem dúvida, foi para a atual compreensão da Teoria da Constituição, especialmente no que tange à teorização dos princípios. O Direito, na visão dworkiana, é tido por um sistema lógico de regras e princípios⁴⁴³.

Segundo Branco: “na teoria de Dworkin, a expressão norma é utilizada como um mero sinônimo de regra e, no que concerne à sua aplicabilidade, esta transposição só será possível na hipótese de ter validade e de prever os fatos atinentes ao caso concreto”⁴⁴⁴.

O ineditismo de Dworkin está na definição de princípios como sendo padrões (*standards*) não formulados com a estrutura típica das regras divididos em: **a)** princípio – subdivisão em duas categorias, as quais remetem a uma dinâmica de fundo moral: diretrizes e princípios propriamente ditos e; **b)** diretriz (*policy*) – é uma espécie de padrão (princípio) vinculado a um propósito político, que clama por um fim a ser

atingido em prol da sociedade, seja ele econômico ou social⁴⁴⁵.

O autor propõe a distinção entre as regras e os princípios quanto à forma de solução de seus conflitos: **a)** no conflito de normas, tidas como regras – estabelece-se uma lógica do “tudo ou nada”, através da qual haverá a suplantação de uma regra em detrimento de outra, ante sua maior validade na regulação de dado comportamento, não obstante ambas tenham sido constituídas de modo formalmente válido e; **b)** no conflito entre princípios – não se aplica a simples subsunção jurídica, como, no caso das regras, eventual conflito há de ser solucionado de acordo com o “peso” ou força de cada um dos princípios⁴⁴⁶.

A solução para os casos considerados difíceis (*hard cases*) está na teoria da dimensão de peso ou importância proposta por Dworkin⁴⁴⁷: os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles [...]. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida⁴⁴⁸.

A principal crítica à teoria do sopesamento de Dworkin é que essa nova visão de julgar do juiz poderia levar à insegurança jurídica e a um “Estado de juízes”.

A seguir, serão apresentadas as contribuições de Robert Alexy à nova visão pós-positivista do Direito.

10.2.2 Das contribuições de Robert Alexy

Robert Alexy, nascido em Oldenburg, Alemanha, em 9 de setembro de 1945, é um dos mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo.

Graduou-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação “Uma Teoria da Argumentação Jurídica”, e a habilitação em 1984, com a “Teoria dos Direitos Fundamentais” – dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito⁴⁴⁹.

Bonavides explica que a grande contribuição de Alexy à teoria desenvolvida por Dworkin se refere à definição do conceito de norma⁴⁵⁰.

Alexy contribui para os significados das expressões “direitos fundamentais”, “norma de direito fundamental” e “enunciado/disposição de direito fundamental”⁴⁵¹.

Para Alexy, os princípios são tidos como uma categoria deontológica. As categorias da deontologia diferem da axiologia e da antropologia.

A deontologia contém mandados de proibição, permissão e obrigação (deve ser). Já a axiologia é ligada ao valor, ou seja, o que é bom, seguro, econômico, democrático, liberal, próprio do Estado de Direito. Por último, a antropologia se refere aos interesses, necessidades, decisão e ação dos homens.

Partindo dessas definições, Alexy relata que é possível constatar facilmente a diferença entre o conceito de princípio e valor: “os princípios são mandados de um determinado tipo, é dizer, mandados de otimização. Os mandados pertencem ao âmbito deontológico do dever ser. Ao invés, os valores devem ser incluídos ao nível axiológico”⁴⁵².

Quanto à distinção de regras e de princípios, Alexy parte da consideração de que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível – respeitadas as realidades jurídicas e reais existentes –, sendo eles caracterizados como mandados de otimização, cujo cumprimento dar-se-á num maior ou menor grau, em proporção à existência ou não de colisão com outros princípios⁴⁵³.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais têm *status* de princípios ao assumirem a forma de

enunciados normativos, deduz-se que sempre que os direitos fundamentais forem alçados ao grau de princípios poderá haver colisão entre eles⁴⁵⁴.

Considerando a premissa de que, ao se relacionarem, os princípios podem se tornar incompatíveis entre si, Alexy cria uma Lei de Colisão destinada a resolver eventual embate através de uma ponderação de precedências e pesos dos princípios em colisão, não obstante leciona que eles estão sempre no mesmo nível hierárquico, possuindo, tão somente no caso concreto, diferentes pesos⁴⁵⁵.

Alexy propõe que na análise da precedência sejam verificadas as consequências fáticas e jurídicas que a aplicação de cada princípio acarretará no caso em exame e, para tanto, apresenta como ferramenta analítica o Critério da Proporcionalidade que se compõe de três fases distintas: 1) adequação; 2) necessidade e 3) proporcionalidade⁴⁵⁶, explicadas a seguir: **1)** adequação – ao analisar as possibilidades fáticas que envolvem dada colisão, não deve haver desvio da real finalidade de cada um dos princípios em exame; **2)** necessidade – em seguida, propõe que se indague se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o meio empregado foi mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo; **3)** proporcionalidade – por fim, em permanecendo a colisão, ela há de ser resolvida através de duas “leis de ponderação”, sendo que: – a primeira lei de ponderação é atinente à relação custo-benefício – diagnosticando-se qual é a mais razoavelmente importante para o caso concreto; – a segunda lei de ponderação é baseada na análise da dimensão de intervenção em um direito fundamental, que quanto maior for, maior também deverão ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da Colisão⁴⁵⁷.

10.3 A aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho: eficácia horizontal ou diagonal

- 1) O que é eficácia vertical dos direitos fundamentais?
- 2) A eficácia vertical pode ser negativa ou positiva? Ou ambas?
- 3) O que é eficácia horizontal dos direitos fundamentais?
- 4) A eficácia dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho é horizontal ou vertical?
- 5) **A eficácia dos direitos trabalhistas poderia ser classificada como diagonal?**

Antes de adentrar no estudo da aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho, é importante estudar brevemente a eficácia dos direitos fundamentais ligados à verificação dos sujeitos vinculados à categoria de direitos: a eficácia horizontal e a eficácia vertical.

1) A eficácia vertical refere-se à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Não há controvérsia acerca de sua incidência nas relações de natureza jurídico-públicas. Assim, os meios de defesa do cidadão perante o Estado identificam este como o maior ameaçador dos direitos e liberdades dos indivíduos⁴⁵⁸.

Desse modo, o cidadão não apenas deve possuir segurança de que o Estado não invadirá a esfera de liberdade individual (vinculação negativa dos poderes públicos aos direitos fundamentais), mas, além disso, e sobretudo, o indivíduo deve ter a certeza de que haverá intervenção do Estado para a plena realização dos direitos (vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais)⁴⁵⁹.

2) Os direitos fundamentais perante o Estado devem ser vistos sob uma perspectiva dupla: negativa e positiva. A eficácia negativa significa que o Estado deve respeitar os direitos fundamentais. Na eficácia positiva, o Estado deve promovê-los.

Romita explica com mais minúcia esta perspectiva dupla: negativa e positiva:

No tocante à posição do Estado em face dos direitos fundamentais, estes podem ser visualizados em dupla perspectiva: como direitos de defesa e como garantias à proteção do

Estado contra a agressão de terceiros. Na primeira visão, os direitos fundamentais obrigam o Estado a respeitar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do próprio Poder Público: atuam como direitos de defesa (*Abwehrrechte*). Na outra perspectiva, o Estado se obriga a garantir os direitos de qualquer pessoa contra a agressão perpetrada por terceiros, quando invocado o seu dever de proteção (*Schutzpflicht des Staats*)⁴⁶⁰.

3) A eficácia dos direitos fundamentais no campo das relações privadas teve origem na doutrina alemã, utilizando-se a expressão *Drittwirkung der Grundrechte*, com a finalidade de se referir aos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros.

4) Logo, a eficácia horizontal refere-se à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, como, por exemplo, a relação de trabalho.

Amaral ressalta que a própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito do Trabalho⁴⁶¹.

Moreira defende que há uma naturalidade de aplicação dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho, uma vez que a empresa é detentora de uma estrutura de poder e, portanto, pode ofender diversos direitos fundamentais dos trabalhadores⁴⁶².

Ramalho⁴⁶³ ressalta que: “o elemento organizacional contribui para acentuar o envolvimento pessoal integral do trabalhador no contrato e, nessa medida, aumenta os perigos que do contrato podem advir para a sua personalidade ou para a sua vida privada”.

Nesse contexto, costuma-se afirmar que os direitos fundamentais compõem a estrutura básica do Direito do Trabalho, levando-se em conta as características especiais dessa relação jurídica, em que o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no campo privado, não deixa de ser um poder social com relevância jurídica⁴⁶⁴.

5) Gamonal C. defende que a eficácia dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho não deve ser entendida como “horizontal”, e sim

como “diagonal”, uma vez que a relação de emprego não é uma relação entre iguais, e a empresa, muitas vezes, demonstra poderes desproporcionais aos dos trabalhadores no contrato de trabalho⁴⁶⁵.

Gutiérrez defende a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho: “a Constituição não poderia ficar às portas da fábrica, mas pelo contrário, haveria de estar presente também nas relações entre empresários e trabalhadores”⁴⁶⁶.

Amaral destaca com propriedade que:

o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho tem por finalidade evitar que o homem-trabalhador seja tratado como mercadoria ou coisa, pondo em relevo a pessoa que trabalha, dispensando-lhe o mesmo tratamento constitucional quanto aos demais sujeitos, não como um trabalhador, mas como cidadão⁴⁶⁷.

Concorda-se com a doutrina trabalhista brasileira e estrangeira acima, defendendo-se que o trabalhador é antes de tudo cidadão, muito antes de vestir a “roupagem” de empregado dentro da empresa.

O seu estado de subordinação trabalhista não implica renúncia aos seus direitos fundamentais como pessoa humana, muito menos sujeição aos seus direitos de personalidade.

No contexto trabalhista, não é admissível que o empregado se sujeite psicologicamente ao empregador (fato conhecido por alguns como subordinação subjetiva) em troca de valor financeiro nenhum (salários ínfimos ou não). A troca que se espera no ambiente de trabalho é de respeito à dignidade humana do trabalhador e a concretização constitucional do verdadeiro valor social do trabalho (e não puramente econômico).

10.4 Os direitos trabalhistas inespecíficos: o reconhecimento dos direitos de personalidade do trabalhador para a efetiva cidadania na empresa

- 1) Como podem ser classificados os direitos fundamentais?
- 2) O que são direitos trabalhistas específicos e inespecíficos?
- 3) Os direitos de personalidade do trabalhador são específicos ou inespecíficos?
- 4) Qual é o papel da empresa nesta nova ótica dos direitos inespecíficos do trabalhador?
- 5) Cite um exemplo de aplicação de direitos inespecíficos do trabalhador reconhecido pelo STF.

1) De início, é importante recordar que os direitos fundamentais são classificados pela doutrina neoconstitucionalista como direitos de: a) primeira geração ou dimensão (direitos de liberdade), b) de segunda geração ou dimensão (direitos econômicos, sociais e trabalhistas), c) de terceira geração ou dimensão (direitos da solidariedade e da fraternidade).

2) Na atualidade, ganha importância a diferenciação entre os direitos trabalhistas específicos e os direitos trabalhistas inespecíficos dos trabalhadores no ambiente de trabalho, principalmente quanto à efetividade deste último.

Almeida explica que os direitos trabalhistas específicos – conhecidos tradicionalmente no Direito do Trabalho – são direitos de segunda geração ou dimensão. Já os direitos inespecíficos são direitos relativos ao exercício da cidadania dos trabalhadores na empresa, portanto classificados como direitos de primeira geração ou dimensão⁴⁶⁸.

Almeida lembra que: “é atribuída a Palomeque Lopez a feliz expressão de que os direitos da cidadania são também direitos do **cidadão-trabalhador**, que os exerce como **trabalhador-cidadão**”⁴⁶⁹ (grifo nosso).

Almeida ressalta a importância da conscientização da efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores não só na sociedade, mas dentro da empresa: Ora, essa consagração dos direitos da cidadania como direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão despertou a ideia de que sua efetivação, no que tange aos trabalhadores, não deve ser perseguida apenas no contexto da sociedade política, mas também no âmbito das

relações de trabalho⁴⁷⁰.

3) Almeida⁴⁷¹ ensina que a efetivação dos direitos inespecíficos dos trabalhadores no Brasil deve-se pautar nos direitos de personalidade: embora no Brasil os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores não tenham ainda, na maioria das hipóteses, uma regulamentação infraconstitucional adequada, no entanto, a irradiação dos direitos fundamentais no âmbito da legislação comum, em especial no tocante ao Código Civil de 2002 constitucionalizado, isto é, impregnado da eficácia dos direitos fundamentais, faz com que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores na esfera das relações de trabalho encontrem suporte no capítulo sobre direitos da personalidade, notadamente no artigo 21, que trata da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, bem como nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e deveres anexos e da função social do contrato, encontradas nos artigos 187, 421 e 422 do diploma civil.

Os direitos de personalidade são aqueles que dizem respeito aos atributos que definem e individualizam a pessoa, protegendo-a em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade.

4) Pacheco⁴⁷² ensina que a pessoa humana está no centro do ordenamento jurídico e que a empresa tem um novo papel na sociedade contemporânea: “a empresa deve ser entendida, não como uma mera conjugação de fatores de produção, mas, sim, como um espaço produtivo que privilegia as ‘relações entre pessoas portadoras dos seus direitos’, liberdades e garantias”.

A aplicação da teoria dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho significa reconhecer a necessidade de concretude da proteção de direitos individuais do empregado, principalmente quanto às limitações ao poder de atuação patronal, buscando como resultado um equilíbrio digno nos conflitos de interesse existentes na relação capital e trabalho.

IMPORTANTE:

5) Título exemplificativo de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, o STF do Brasil julgou o Recurso Extraordinário 161.243/DF, em 29 de dezembro de 1996, no qual determinou a incidência do princípio da igualdade nas relações trabalhistas.

A decisão era pertinente ao processo em que trabalhador brasileiro que trabalhava em empresa francesa não recebia determinados direitos trabalhistas em razão de esses serem restritos aos trabalhadores de nacionalidade francesa.

Apesar de ter sido reconhecida a possibilidade de tratamento diferenciado para trabalhadores da mesma empresa, naquele caso, não havia fundamento para tal diferenciação.

Referida decisão conclui mencionando que “porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à República”⁴⁷³.

Logo, a perspectiva positiva dos direitos fundamentais é plenamente aplicável nas relações de trabalho, uma vez que não cabe somente ao Estado garantir o respeito à dignidade humana do trabalhador, mas, antes e acima de tudo: o Estado deve proteger o trabalhador quando sua dignidade humana estiver em risco de ser afetada pelo uso abusivo do poder diretivo do empregador no local de trabalho.

11. DANO MATERIAL, DANO MORAL, DANO EXISTENCIAL E DANO ESTÉTICO

PERGUNTA-SE

- 1) O que são os danos?
- 2) O que são danos materiais?
- 3) Como se classificam os danos materiais?
- 4) O que é dano moral?
- 5) **A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) trouxe alguma novidade em relação aos danos morais?**
- 6) Como se deve fixar o valor dos danos morais? A Reforma Trabalhista implementou o sistema tarifário no Direito do Trabalho?
- 7) O que é dano estético?
- 8) É possível cumular dano moral, material e estético?
- 9) O que é dano existencial?
- 10) Quais os critérios definidores do dano existencial?

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) utilizou a expressão “dano extrapatrimonial” para se referir ao dano moral, contudo, nesta obra continuaremos a utilizar a expressão danos morais, uma vez que é o termo utilizado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos V e X).

11.1 Dano material

1) O conceito de dano advém do latim *danum* que significa prejuízo ou estrago. Dano pode ser conceituado como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade *etc.*

Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

2) O dano material é a violação ou lesão concreta de bens materiais,

corpóreos, incorpóreos de um terceiro, sujeitos à apreciação econômica. Em outras palavras, é aquele que incide sobre interesses de natureza material ou econômica e, portanto, reflete-se no patrimônio do lesado.

Podemos afirmar, então, que nos danos patrimoniais, também chamados de danos materiais, o fato danoso representa a lesão de interesses de ordem material. Todavia o dano deve ser certo, não se justificando a reparação do dano hipotético.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁷⁴ lembra que a noção de dano não é totalmente alheia à CLT: “o art. 480 da CLT permite ao empregador cobrar um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato a termo”.

Para a reparação do dano material mostra-se imprescindível demonstrar-se o nexo de causalidade (relação de causa e efeito entre o comportamento do autor e o efetivo dano patrimonial da vítima).

3) Os danos materiais geralmente são divididos em duas espécies: os danos emergentes e os lucros cessantes, consoante art. 402 do Código Civil: *Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*

a) dano emergente: gastos reais que a vítima teve e que deverão ser ressarcidos pelo autor do dano; **b) lucros cessantes:** são as vantagens financeiras que a vítima deixou de ganhar durante certo período em razão da prática ilícita do autor do dano.

O dano emergente é representado pela diminuição patrimonial, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo. Em outros dizeres, o dano emergente compreende a perda ou diminuição de valores já existentes no patrimônio do lesado. Ele é de fácil constatação bastando confrontar a diferença do valor do patrimônio da vítima não fosse a ocorrência do dano.

O lucro cessante, por sua vez, é a frustração da expectativa de ganho, ou seja, refere-se aos benefícios que o lesado deixou de obter em

consequência da lesão, isto é, ao acréscimo patrimonial frustrado.

Podemos dizer, portanto, que o lucro cessante pressupõe que o lesado tinha no momento da lesão a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a um ganho.

DICA:

Danos em ricochete ou reflexos:

A doutrina tradicional classifica os danos em *danos diretos*, que são os efeitos imediatos do fato ilícito e danos indiretos que são as consequências mediatas ou remotas do *dano direto*.

O dano sofrido por pessoa que é vítima de um ato ilícito pode repercutir em um terceiro, ou seja, em pessoa direta ou indiretamente ligada à vítima. É o chamado dano reflexo ou indireto, também conhecido como “dano em ricochete”. A sua repercussão pode ser tanto de ordem material quanto (e/ou) na esfera moral.

No caso apreciado pelo juiz Glauco Rodrigues Becho, na Vara do Trabalho de Congonhas, uma mãe que perdeu o filho em acidente de trabalho teve reconhecido o seu direito de receber da empregadora dele uma indenização por dano moral. A decisão considerou que o enorme abalo emocional e a dor avassaladora gerada pela morte do filho em acidente ocorrido por culpa da empregadora, justificavam o deferimento da reparação por dano moral (Processo n. 02379-2011-054-03-00-9 – AIRR).

11.2 Dano moral

4) A Constituição Federal positivou os direitos de personalidade no seu art. 5º, *caput*, incisos V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra das pessoas, assegurando o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

A Lei n. 13.467/2017 somente se referiu aos danos extrapatrimoniais, alguns doutrinadores argumentam que talvez tenha sido essa a intenção do legislador reformista, incluir nesta categoria nova (danos extrapatrimoniais) todos os demais danos que não sejam materiais, do tipo: danos morais, danos estéticos e danos existenciais.

O dano moral trata de uma violação dos direitos da personalidade de uma pessoa (vítima), sendo que ela pode, com base nos arts. 948, 952 e 954 do Código Civil de 2002, levar o autor do dano a ser condenado a compensar tal prática ilícita.

O dano moral compreende violação do direito da personalidade, podendo causar, entre outros problemas, enfermidades mentais, traumas psicológicos, vários tipos de complexos, depressão, síndromes das mais variadas, esgotamento da saúde mental *etc.*

Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁷⁵ conceitua dano moral como: “lesão que emerge da violação de determinados interesses não materiais, inerentes à pessoa humana”.

Os danos morais podem ocorrer na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho e após o seu término.

A pessoa que se sentir ofendida em sua moral, poderá entrar com uma ação na justiça, pedindo reparação de danos, na qual solicitará uma indenização contra o autor do dano pela prática do dano moral.

5) A Reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) introduziu o Título II-A a CLT para tratar dos danos extrapatrimoniais também conhecidos como danos morais, vejamos: *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.

§ 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.

OBSERVAÇÃO:

A Medida Provisória n. 808/2017 alterou alguns dispositivos desse tema, contudo, como sua vigência foi curta (de 14-11-2017 a 23-4-2018), por este motivo não iremos estudar neste manual tais modificações para não confundir o leitor.

O art. 223-A busca limitar as regras que regem os danos extrapatrimoniais ou danos morais às previstas na CLT nesse título II-A, contudo, não é possível tal limitação interpretativa, uma vez que os danos morais são regulamentados na Carta Magna e em outros ramos do Direito (por exemplo, Código Civil).

Nesse mesmo sentido caminhou a 2ª Jornada de Direito Material e Processual da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra⁴⁷⁶), vejamos:

11.3 Danos extrapatrimoniais

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na

ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CRFB/88). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, todas da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado n. 5 da Comissão 2)

O **art. 223-B** reconhece como sujeitos de uma reparação de danos morais tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica.

Quanto à pessoa jurídica, assim já é reconhecida a doutrina e até a jurisprudência sumulada no Supremo Tribunal de Justiça (STJ 227: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”).

A doutrina vem criticando essa limitação da redação do art. 223-B, pois o dispositivo não inclui por exemplo os danos morais sofridos por terceiros (dano em ricochete) e os danos morais coletivos.

Nesse sentido, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual da Associação dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) assim se posicionou: *DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES E OUTROS ASPECTOS O art. 223-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei n. 7.437/1985 e no título III do Código de Defesa do Consumidor. (Enunciado Aglutinado n. 7 da Comissão 2)*

Outra questão polêmica é delimitar os tipos de danos morais que as pessoas jurídicas podem sofrer.

Os direitos da personalidade são “*imanescentes*” à *pessoa humana*, podendo ser *em certas situações* extensíveis às pessoas jurídicas, *mas nunca aqueles direitos cuja própria existência esteja direta e indissociavelmente ligada à personalidade humana*.

Por exemplo, em caso de *honra*, não é a pessoa jurídica titular de “*honra*”

subjetiva”, mas sim de “*honra objetiva*”, que é *distinta* da *honra subjetiva* dos indivíduos que a compõem (sócios).

Aqueles danos que podem ser causados exclusivamente à *honra subjetiva* “**não**” podem ser experimentados pela pessoa jurídica, tais como, angústia, dor, sofrimento, abalos psíquicos, dignidade, humilhação, autoestima, *etc.*

O motivo é simples: a pessoa jurídica “nãõ” é titular de *corpo* ou *psiquismo*, não sendo capaz, portanto, de experimentar *dor* ou *emoção* (= sofrimento físico ou sofrimento psíquico ou emocional).

O **art. 223-C** traz uma lista de bens da pessoa física passíveis de violação por danos morais. A interpretação dessa lista deve ser conforme a Carta Magna, logo não pode ser entendida como taxativa e sim exemplificativa.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva⁴⁷⁷ comunga da mesma opinião: “Quem poderá afirmar que o rol do art. 223-C é taxativo? Ele se esforçou ao compilar nove grandes temas da hostilidade ao ser humano, mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados e recorrentes no ambiente de trabalho, como a dispensa de pessoas por idade avançada – aliás, nem tão avançada assim, pois há empresas com políticas de cortes aos 45 ou aos 50 anos de idade –, a discriminação de gênero – assim entendida tanto a misoginia quanto a preterição por orientação sexual – e os assuntos ligados à nacionalidade do empregado – numa época em que o Brasil volta a ser ponto de convergência de rotas migratórias significativas. Mas bastaria uma única palavra para demonstrar a fraqueza do art. 223-C e sua completa falta de credibilidade para servir de norte para a fixação das indenizações por danos morais: no país que foi o último a abolir a escravidão no Ocidente, o legislador se esqueceu do racismo como foco de constantes tensões trabalhistas”.

No mesmo sentido caminhou a 2ª Jornada de Direito Material e

Processual da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra), vejamos: *DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (arts. 1º, III; 3º, IV, 5º, caput, e § 2º). (Enunciado Aglutinado n. 6 da Comissão 2)*

O art. 223-D exemplifica bens da pessoa jurídica passíveis de violação por danos morais. A doutrina trabalhista tem entendido que tal lista não é taxativa também e nem poderia sê-lo, tendo em vista que a proteção dos danos morais é constitucional.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva⁴⁷⁸ afirma que: “o art. 223-D arrolou cinco hipóteses de danos morais para a pessoa jurídica, mas, em consonância com o que expusemos sobre a pessoa física, acreditamos ser uma lista exemplificativa; por exemplo, o tema da nacionalidade também pode afetar a pessoa jurídica, vítima de preconceito por sua origem”.

IMPORTANTE:

A Reforma Trabalhista se esqueceu de prever que também podem sofrer danos morais os entes despersonalizados, como os condomínios, as famílias e outras sociedades de fato, logo a melhor interpretação é no sentido de que tal lista do art. 223-B é exemplificativa.

O art. 223-E traz responsabilidade solidária entre aqueles que concorreram para a lesão. Essa regra vale para empresas integrantes do mesmo grupo econômico, empresas que celebraram contratos de terceirização, dentre outros casos.

Regra semelhante é trazida no Código Civil (art. 942, parágrafo único).

O art. 223-F se ateu a prever que os danos materiais são cumuláveis com os danos morais, mas nada previu sobre a possibilidade de cumulação

dos danos morais com o dano estético.

Perdeu uma boa oportunidade jurídica o legislador reformista, uma vez que já é pacífico na jurisprudência que tanto o dano material como o dano estético são passíveis de cumulação com os danos morais, conforme Súmulas 37 e 387 do STF.

6) A fixação do valor dos danos sempre foi tratada na doutrina civil e trabalhista como uma valoração subjetiva (“sistema de compensação da dor”).

A fixação da compensação monetária alusiva ao dano moral sempre resultou do arbitramento do juiz, após analisar vários fatores, tais como: a gravidade da falta; a repercussão da ofensa; o comportamento e a personalidade do autor do dano; o comportamento e a personalidade da vítima; as condições sociais psicológicas do autor do dano e da vítima; dentre outros.

Embora fossem levados em conta tais fatores, o sistema brasileiro trabalhista sempre foi do tipo aberto com determinação dos valores dos danos morais por arbitramento do juiz.

Contrariando tal tendência doutrinária e jurisprudência tanto na área civil e trabalhista, a Reforma Trabalhista acrescentou o artigo 223 -G a CLT, vejamos sua redação: *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.

Nota-se que o legislador tarifou, limitou e classificou as ofensas de cunho moral que as vítimas da relação de trabalho podem sofrer em: natureza leve, média, grave e gravíssima. Além disso, utilizou como parâmetro o salário contratual do ofendido.

Este art. 223-G tem sido um dos mais criticados da Reforma Trabalhista, tendo em vista sua flagrante inconstitucionalidade por ter introduzido no Direito do Trabalho o sistema tarifário de fixação dos danos morais, além de utilizar critério discriminatório de parâmetro do valor (o salário do ofendido).

Na prática, a indenização decorrente de um mesmo dano moral a um servente ou ao diretor da mesma empresa não seria a mesma, já que o art. 223-G utilizou como parâmetro o salário do ofendido.

Na verdade, tentou o legislador elevar o novo diploma legal a um patamar normativo supra hierárquico e exclusivo; acima da Constituição da República, dos tratados internacionais e não dialogando com outras leis de mesma natureza hierárquica, como o Código Civil.

Patente que a Reforma Trabalhista faltou neste aspecto pela falta de técnica e coerência do sistema. Mais ainda: tentou construir um verdadeiro

regime jurídico de exceção ao mundo do trabalho ao tentar excluir a incidência de outras normas do ordenamento jurídico, inclusive de natureza hierárquica superior, repise-se, a exemplo da Constituição da República.

Inacreditável que o legislador da Reforma Trabalhista tenha optado por uma tentativa de tarifação que já fora inserida anteriormente, por exemplo, na Lei n. 5.250/67 (Lei de imprensa) e que posteriormente foi objeto da Súmula 281, do STJ, expressamente assinalando que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

O próprio STF, através da ADPF 130/09, já se pronunciou no sentido da Lei de Imprensa não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e não por critérios puramente formais, mas inclusive materiais, entre eles, a questão relativa à tarifação por danos morais, que era prevista nos arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67.

Nesse sentido, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.870, com pedido de medida cautelar, contra os incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT.

11.4 Dano estético

7) O dano estético é uma alteração morfológica (de forma, morfos em grego) permanente, que causa um afeamento à vítima. São exemplos de dano estético a perda de partes do corpo como mãos e braços, ou mesmo cicatrizes e deformações, em razão de acidentes do trabalho.

O dano estético, além de causar uma deformidade física, que afeta a harmonia corporal do indivíduo, também poderá causar graves prejuízos psicológicos.

O dano estético é compensável pela anomalia que a vítima passou a ostentar, pois ela viola a harmonia física da pessoa, provocando também um impacto sobre a percepção da própria vítima, afetada com a quebra da

sua harmonia corporal.

A Reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) perdeu uma oportunidade histórica de também tratar do dano estético. Não há nenhuma referência a este tipo de dano.

A Lei n. 13.467/2017 somente se referiu aos danos extrapatrimoniais, alguns argumentam que tal tenha sido essa a intenção do legislador reformista, incluir nesta categoria nova (danos extrapatrimoniais) todos os demais danos que não sejam materiais, do tipo: danos morais, danos estéticos e danos existenciais.

11.5 Possibilidade de cumulação de dano moral, dano material e dano estético

8) Nada impede a cumulação do pedido de indenização pelo dano material suportado com o pedido de indenização por eventuais danos morais ou à imagem que derivaram do mesmo fato ilícito.

A jurisprudência dos tribunais aceita a cumulação de pedidos (dano moral + material), conforme Súmula 37 do STJ. Vejamos: **STJ – Súmula 37 – DJ 17-3-1992**

Danos – Material e Moral – Mesmo Fato – Cumulação

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

A Reforma Trabalhista acrescentou o art. 223-F para disciplinar sobre o assunto, vejamos: *Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.*

Quanto à cumulação do dano moral com o dano estético, a Reforma Trabalhista não disciplinou o assunto, mas com base neste entendimento do STJ, também são cumuláveis o dano moral e o dano estético, desde que ambos sejam derivados do mesmo fato ilícito, conforme Súmula 387 do STJ.

A III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, traz no Enunciado n. 192 o seguinte entendimento: Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.

11.6 Dano moral existencial

9) O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador⁴⁷⁹.

O dano existencial decorre da conduta patronal (empregador) que impossibilita o trabalhador de se relacionar e de conviver em sociedade.

Em razão do trabalho (jornada ou trabalho excessivo, viver para o trabalho, sobrejornada excessiva etc.), o trabalhador obsta o empregado de exercer as suas atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, principalmente junto aos seus familiares.

Neste tipo de dano, o trabalhador é privado de exercer o seu tempo livre e de lazer junto aos seus familiares, já que ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana (princípios protegidos pela Constituição Federal).

Portanto o dano existencial pode causar sérios prejuízos para a saúde física e mental do trabalhador que acaba tendo os seus projetos pessoais, principalmente a vida no seio de sua família, afetados pelo comportamento excessivo (e agressivo) do empregador exigido no ambiente de trabalho.

10) Do ponto de vista jurídico, o dano existencial se subdivide no *dano*

ao projeto de vida e no dano à vida de relações.

De um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por intermédio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaçotemporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

O *dano ao projeto de vida* refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo.

O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdades de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.

Caso pioneiro sobre dano existencial em 2013

A Primeira Turma do TST condenou a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems a indenizar em R\$ 25 mil uma economista que estava há nove anos sem conseguir tirar férias.

A Turma considerou que a supressão do direito mencionado prejudicou as relações sociais e os projetos de vida da trabalhadora, configurando o chamado dano existencial.

Processo: TST – RR 727-76.2011.5.24.0002

12. DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO

PERGUNTA-SE

- 1) Qual o fundamento legal do combate à discriminação no ambiente de trabalho no Brasil?
- 2) Qual é a posição do TST sobre a validade da despedida discriminatória de empregado portador de HIV ou doente de Aids?

1) A discriminação no trabalho é coibida no Brasil pela Constituição Federal Brasileira, pela Convenção 111 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e, mais especificamente, pela Lei n. 9.029/95, que impede qualquer discriminação como base para admissão ou manutenção do vínculo de emprego. Todos contêm regras contra a discriminação.

A CF estabelece em vários artigos proibições à discriminação à raça (art. 3º, IV, da CF); à religião (art. 5º, VIII, da CF); violação à intimidade e à vida privada – normalmente nas entrevistas (art. 5º, X, da CF); ao sexo (art. 5º, I e art. 7º, XXX, da CF); à origem – estrangeiros (*caput* do art. 5º, da CF); à cor (art. 7º, XXX, da CF); à idade (art. 7º, XXX, da CF); estado civil (art. 7º, XXX, da CF); admissão de trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, da CF); ao trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, da CF); a sindicalizados (art. 5º, XIII, XVII, XX e XLI, da CF); a homossexuais (art. 7º, XXX, da CF).

O Brasil é, ainda, signatário da Convenção 111 da OIT que estabelece as hipóteses em que ocorre discriminação em matéria de emprego e profissão, delimita o campo de incidência dos termos “emprego” e “profissão”, estabelece as obrigações dos Estados-membros, enumera hipóteses que não serão consideradas discriminatórias e fixa as regras de sua ratificação, vigência e denúncia.

Para os fins da Convenção 111 da OIT, discriminação significa (art. 1º):

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados (Ratificada pelo Decreto n. 62.150, de 19-1-68).

A lei ordinária que trata do assunto é a Lei n. 9.029/95, que proíbe qualquer forma de discriminação especificamente para as relações de trabalho. Dentre suas normas criminaliza qualquer ato do empregador para verificação se a empregada ou candidata está grávida.

Além disso, o art. 373-A da CLT veda a revista íntima de mulheres. O TST vem aplicando tal vedação para os homens também. Já a revista pessoal em pertences do empregado não tem sido entendida como discriminatória, desde que efetuada por pessoas do mesmo sexo.

2) Em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula 443 que veda a dispensa discriminatória de portadores de HIV ou AIDS e quaisquer outras doenças que provoquem estigma.

A Súmula 443 do TST não versa sobre o pagamento de indenização nesses casos. Ao contrário, institui a invalidade da dispensa e a imediata reintegração do empregado, com todos os direitos inerentes, devendo o empregador pagar os salários compreendidos entre a dispensa e a reintegração, computando-se, para todos os efeitos legais, o período de afastamento, posto que é tempo de serviço.

A pena de reintegração do empregado será aplicada ao empregador sempre que o magistrado do caso concreto entender ser a doença do

obreiro causadora de estigma ou preconceito.

A Súmula 443 determina que, sendo o obreiro portador do vírus HIV ou outra doença grave causadora de preconceito, presume-se discriminatória a despedida, impondo-se ao empregador a reintegração.

A Súmula permite a inversão do ônus da prova, sempre que o pedido contemplar reintegração de empregado gravemente doente.

CUIDADO:

O Ministério do Trabalho e Emprego proíbe que os empregadores realizem exame de HIV em seus empregados, seja por ocasião de admissão, demissão, ou qualquer outro motivo relacionado ao vínculo empregatício (Portaria n. 1.246/2010 do MTE).

ATUALIZE-SE:

Em 2014, foi aprovada a Lei n. 12.984 que determinou ser crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da 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 do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI – recusar ou retardar atendimento de saúde.

13. ASSÉDIO SEXUAL

PERGUNTA-SE

- 1) O que é assédio sexual?
- 2) Como pode ser classificado o assédio sexual?
- 3) O que é o assédio sexual ambiental e quais seus principais elementos?
- 4) O que é o assédio sexual por chantagem?
- 5) Qual é a visão do direito penal sobre o assédio sexual?

1) Aloysio Santos define o crime de assédio sexual como: “o praticado por um superior, geralmente, mas nem sempre, um homem, de exigir de um subordinado, geralmente, porém nem sempre, uma mulher, favores em contrapartida de certas vantagens profissionais”⁴⁸⁰.

2) O assédio sexual pode ser classificado em: assédio sexual por intimidação ou assédio sexual por chantagem.

3) **Assédio sexual por intimidação ou assédio ambiental:** o assédio sexual por intimidação é um comportamento de natureza sexual de qualquer tipo que tem como consequência produzir um contexto laboral negativo – intimidatório, hostil, ofensivo ou humilhante – para o trabalhador, impedindo-o de desenvolver seu trabalho em um ambiente minimamente adequado.

A casuística desta modalidade de assédio sexual (também conhecida, na área laboral, como assédio sexual “clima de trabalho” ou “clima de trabalho envenenado”) é a mais ampla possível.

Apontam-se, como caracterizadores, os seguintes atos: abuso verbal ou comentários sexistas sobre a aparência física do empregado; frases ofensivas ou de duplo sentido e alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas; perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador; separá-lo dos âmbitos próprios de trabalho para maior intimidade das

conversas; condutas “sexistas” generalizadas, destacando persistentemente a sexualidade em todos os contextos; insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas; solicitação de relações íntimas, mesmo sem exigência do coito.

Nesta espécie, o elemento “poder” é irrelevante, sendo o caso típico de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica na empresa.

Importante destacar, contudo, que embora esta espécie de assédio sexual não esteja tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua ilicitude – enquanto forma de violação à liberdade sexual – é evidente, devendo ser combatida e reparada nas esferas civil e trabalhista.

4) Assédio sexual por chantagem (“assédio sexual *quid pro quo*”): esta é a espécie em que, de forma mais comum, se visualiza o problema do assédio sexual, sendo a única a ser tratada de forma expressa no Direito brasileiro, para efeito de tipificação penal, **ainda que limitada às relações de trabalho.**

5) O Direito Penal entende que o assédio sexual por chantagem é crime. Vejamos o art. 216-A do CP, introduzido pela Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001: *Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter **vantagem ou favorecimento sexual**, prevalecendo-se o agente da sua condição de **superior hierárquico ou ascendência** inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Consuma-se o assédio sexual com a conduta de constranger (delito formal), independentemente de obter ou não o autor os favores sexuais pretendidos. A conduta da vítima não é exigida (crime formal).

Dependendo do caso concreto, a tentativa é admissível. É o que ocorre, por exemplo, no caso em que o assédio tenha sido tentado por meio escrito, chegando a correspondência, em face de extravio, nas mãos de terceira pessoa. Quando empregado meio verbal ou gestos, a tentativa é

inadmissível.

São **sujeitos do crime**: qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser sujeito ativo do crime de assédio sexual, o mesmo ocorrendo em relação ao sujeito passivo. Assim, o fato pode ser praticado entre dois homens, duas mulheres ou um homem e uma mulher. A lei exige, entretanto, uma condição especial dos sujeitos do crime (crime próprio). No caso do autor, deve estar em condição de superioridade hierárquica ou de ascendência em relação à vítima, decorrente do exercício de cargo, emprego ou função (plano vertical, de cima para baixo). A vítima deve encontrar-se em situação de subalternidade em relação ao autor.

De fato, é até mesmo sintomático que algumas legislações alienígenas somente considerem esta espécie de assédio sexual, tratando-a como uma questão de abuso de poder. E é disso mesmo que se trata o abuso sexual por **chantagem**, pois, por ele, o agente exige da vítima a prática (e/ou a aceitação) de uma determinada conduta de natureza sexual, não desejada, **sob a ameaça da perda de um determinado benefício**.

Da mesma forma, enquadra-se também nesta espécie a aplicação do raciocínio *a contrario sensu*, ou seja, a hipótese em que o assediador pretende que a vítima pratique determinado ato de natureza sexual, não com a ameaça, mas sim com a **promessa de ganho de algum benefício**, cuja concessão dependa da anuência ou recomendação do agente.

CURIOSIDADE:

Justamente em função desta “barganha” de natureza sexual é que esta forma de instigamento é conhecida como assédio sexual *quid pro quo*, que quer dizer, literalmente, “isto por aquilo”.

O assédio sexual *quid pro quo* é, portanto, uma consequência direta do abuso de uma posição de poder, de que o agente é detentor. Por isso mesmo, a sua verificação se dá, potencialmente, em todas as formas de relações sociais em que há uma discrepância de poder.

IMPORTANTE:

O certo é que esta forma de assédio sexual potencialmente ocorre com muito maior frequência nas relações de trabalho – tanto que esta é a única forma tipificada no Brasil – em que o empregado é dependente hierárquico do empregador, motivo pelo qual este último é tradicionalmente o sujeito ativo do assédio sexual.

14. ASSÉDIO MORAL INTERPESSOAL

PERGUNTA-SE

- 1) O assédio moral é um fenômeno novo no mundo jurídico?
- 2) Como surgiu o estudo do assédio moral?
- 3) Qual o conceito de assédio moral?
- 4) Qual foi o “leading case” de assédio moral na jurisprudência brasileira?
- 5) Como se classifica o assédio moral?
- 6) Como se classifica o assédio moral interpessoal?
- 7) Citar algumas condutas que já foram reconhecidas como assédio moral pela jurisprudência trabalhista brasileira.
- 8) Quais foram as novidades trazidas pela Convenção 190 da OIT sobre violência e assédio em 2019?

1) A jurista cubana Lydia Guevara Ramírez⁴⁸¹ pronunciou várias conferências e participou de inúmeros debates sobre a atual conjuntura relativa ao mundo do trabalho latino-americano. Na sua opinião, “o assédio moral é um problema de recente reconhecimento no âmbito das relações de trabalho e tem-se expandido notavelmente nos últimos 10 anos, influenciando no meio ambiente de trabalho, com consequências pós-traumáticas ao trabalhador assediado, quando a situação é habitual e inerente às condições de trabalho e o ambiente de trabalho é hostil, intimidatório e humilhante”⁴⁸².

Márcia Novaes Guedes, juíza do trabalho brasileira, analisando o assédio moral como fenômeno jurídico de reconhecimento recente no Brasil, concorda com a jurista cubana: “Muito embora o assédio moral no trabalho seja definido como a pior forma de estresse social, somente nos últimos 10 anos do século XX é que foi identificado como fenômeno destruidor do ambiente de trabalho”⁴⁸³.

Não há como negar que a violência no ambiente do trabalho, seja física

ou psicológica, é tão antiga quanto o próprio trabalho humano, mas o que preocupa os estudiosos é o aumento galopante da violência psicológica no ambiente do trabalho nos últimos anos.

Hilda Maria Rodrigues Alevato, psiquiatra carioca, alerta sobre o sombrio futuro cenário trabalhista no Brasil: “É possível afirmar, com alguma segurança, que estamos enfrentando – nesses tempos de globalização imposta e crise abrangente, inclusive pela redefinição do binômio empregabilidade/sobrevivência – um significativo aumento percentual de indivíduos padecendo de alguma forma de sofrimento psíquico relacionado ao trabalho”⁴⁸⁴.

Ramírez alerta para o fato de que “ainda que a violência em geral, tanto intrafamiliar, na comunidade e no trabalho seja um fenômeno antigo, há que se analisar por que na atualidade produziu-se um aumento destes casos”.

A estudiosa aponta algumas razões para tal aumento: “Pode ser o resultado de uma difícil situação socioeconômica nos países, tanto nos países desenvolvidos como nos países subdesenvolvidos, incidindo notável e decisivamente a globalização neoliberal de fim de século”.

A Professora Lydia Guevara Ramírez discorre sobre a gravidade deste problema para as futuras gerações: “As consequências tanto para o indivíduo como para o grupo de trabalho podem ser consideradas iguais aos custos para os indivíduos, para a empresa e para a sociedade em geral, que se justificam como Custos da Violência no Trabalho”⁴⁸⁵.

2) Segundo Márcia Novaes Guedes⁴⁸⁶, os estudos primitivos acerca das agressões psicológicas no ambiente de trabalho no mundo são atribuídos ao psicólogo Heinz Leymann – pesquisador alemão, radicado na Suécia – que publicou em 1984 o resultado de uma longa pesquisa sobre as consequências da exposição do trabalhador a comportamentos degradantes no ambiente do trabalho.

Heinz Leymann introduziu o conceito de *mobbing* para descrever as formas cruéis de assédio dentro das organizações empresariais. Foi a partir da divulgação das suas pesquisas que surgiram as primeiras estatísticas a respeito da violência psicológica no ambiente de trabalho europeu.

Em 1988, foi realizada uma pesquisa sobre a violência psicológica no ambiente de trabalho e se constatou que pelo menos 8,1% dos empregados sofriam algum tipo de agressão psicológica.

Harald Ege, pesquisador alemão residente na Itália, começou os estudos sobre *mobbing* neste país. Em 1996 foi publicada a primeira obra difundindo o fenômeno social em língua italiana.

Harald Ege fundou a Associação Italiana Contra o *Mobbing e Stress Psicológico* – PRIMA, entidade sem fins lucrativos que se destina a divulgar, prestar assistência e intervir nos casos de assédio moral em todos os níveis⁴⁸⁷.

Divisor de águas no que se refere ao estudo do assédio moral foi a pesquisa realizada pela psicóloga e vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen. Por meio da obra *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*, publicada em 2000, a autora divulga e denuncia o fenômeno ao mundo.

Conforme ressalva Márcia Guedes⁴⁸⁸, o impacto de tal obra foi considerável, a ponto de trabalhadores deflagrarem greve em diversas empresas para exigir respeito à dignidade contra o assédio moral. Após dois anos Hirigoyen publica *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*, obra cujo objetivo era aprofundar a análise à luz de tudo o que assimilamos desde o livro precedente.

A psicóloga e vitimóloga promove assistência terapêutica às vítimas do *mobbing*, além de contribuir para o intercâmbio de informações sobre o assédio moral, participando de palestras e conferências em diversos países.

Em nosso país a imprensa escrita tem divulgado o tema objeto de estudo por meio de reportagens em jornais e revistas. Todavia, trabalho pioneiro no campo da Medicina foi elaborado pela médica Margarida Maria Silveira Barreto em sua tese de doutorado⁴⁸⁹.

A médica entrevistou mais de 2.000 trabalhadores de 97 empresas durante um período de quatro anos, sendo que, do número total de entrevistados, 870 pessoas apresentaram histórias de humilhações no trabalho em razão de terem sofrido acidente do trabalho ou simplesmente por terem adoecido⁴⁹⁰. Sem dúvida, o seu trabalho médico foi pioneiro no Brasil e contribuiu muito para o estudo do tema assédio moral em nosso país.

3) Na expressão de Heinz Leymann, reproduzida por Menezes, encontramos o conceito de assédio moral: “A deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição, por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega(s) contra um indivíduo que apresenta, como reação de um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura”⁴⁹¹.

Hirigoyen apresenta o seguinte conceito: “O assédio moral no trabalho é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”⁴⁹².

São palavras de Cláudio Armando Couce de Menezes: “Destarte, assediar é submeter alguém sem trégua, a ataques repetidos. O assédio moral, requer, portanto, a insistência, ou seja, condutas que se repetem no bojo de um procedimento destinado a atentar contra a dignidade, a saúde e o equilíbrio psíquico da vítima”⁴⁹³.

Maria Barreto assim propõe a caracterização do assédio moral:

“Caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o ‘pacto da tolerância e do silêncio’ no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, ‘perdendo’ sua autoestima”⁴⁹⁴.

Márcia Novaes Guedes chega a comparar o assédio moral com o nazismo: “O *mobbing* visa dominar e destruir psicologicamente a vítima, afastando-a do mundo do trabalho. Nesse sentido é um projeto individual de destruição microscópica, mas que guarda profunda semelhança com o genocídio. Quando um sujeito perverso está decidido a destruir a vítima, retira-lhe o direito de conviver com os demais colegas. A vítima é afastada do local onde normalmente desempenhava suas funções, colocada para trabalhar em local em condição inferior e obrigada a desempenhar tarefas sem importância, incompatíveis com sua qualificação técnica profissional, ou é condenada à mais humilhante ociosidade. À semelhança do nazismo, o *mobbing* ataca a espontaneidade”⁴⁹⁵.

4) A doutrina trabalhista aponta como *leading case* de assédio moral no Brasil uma ação trabalhista julgada em 2002.

O Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo (17ª Região) foi pioneiro em reconhecer que o assédio moral no trabalho viola a dignidade humana e condenar a empresa à indenização por dano moral. Vejamos a ementa abaixo: “ASSÉDIO MORAL – CONTRATO DE INAÇÃO –

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – A tortura psicológica, destinada a golpear a autoestima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e, por consequência, descumprindo a sua principal obrigação, que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado” (RO 1315.2000.00.17.00.1, Ac. 2276/2001, rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio, j. 20-8-2002, *Revista LTr* 66-10/1237).

5) O assédio moral pode ser estudado de forma subjetivista (assédio moral interpessoal) ou objetivista (assédio moral institucional).

No assédio moral interpessoal há sempre envolvidas pelo menos duas partes, ou seja, o agressor (assediador) e a vítima (assediado). Os assediadores podem ser múltiplos (por exemplo: equipe contra o chefe) ou os assediados podem ser múltiplos (por exemplo: o chefe contra a equipe toda).

Já no assédio moral institucional, não é dirigida nenhuma tarefa para um indivíduo específico, por isso se trata de uma forma **despersonalizada de assédio**.

6) O assédio moral interpessoal pode ser classificado em: assédio vertical descendente, assédio vertical ascendente, assédio moral horizontal e assédio moral misto.

Assédio vertical descendente (proveniente da hierarquia), ou seja, procedimentos abusivos de um **superior para com um subordinado**. A subordinação hierárquica pode induzir o superior a tirar partido do seu

poder abusando dele e tendo prazer em submeter o subordinado à sua vontade.

Assédio horizontal (proveniente de colegas). Este tipo de assédio é frequente quando **dois colegas** disputam um lugar ou uma promoção.

Assédio vertical ascendente (proveniente de um ou mais subordinados que assediam um superior). O assédio vertical descendente é aquele que ocorre com maior frequência e do qual decorrem consequências mais graves, quer físicas, quer psicológicas, para o assediado. Isto porque é uma situação que se desenrola entre um subordinado e um superior hierárquico, o que aponta para uma relação de desigualdade. Daí resulta que o subordinado se sinta isolado e tenha dificuldades em encontrar recursos para resistir ao assédio.

Assédio misto (um assédio horizontal que passa a assédio vertical descendente). O assédio horizontal prolongado e sem interferência da hierarquia, que desta forma se torna cúmplice, passa a ser um assédio vertical descendente.

Marie-France Hirigoyen entende que o assédio moral vertical descendente é a pior espécie de assédio moral, pois “a experiência mostra que o assédio moral vindo de um superior hierárquico tem consequências muito mais graves sobre a saúde do que o assédio horizontal, pois a vítima se sente ainda mais isolada e tem mais dificuldade para achar a solução do problema”⁴⁹⁶.

7) Podemos citar como condutas de assédio moral interpessoal reconhecido na jurisprudência trabalhista brasileira: **a.** impor tarefas inúteis ou impossíveis de se realizar; **b.** rigor excessivo, críticas e xingamentos públicos; **c.** ameaças;

d. isolamento;

e. inatividade;

f. exposição ao ridículo em reuniões;

g. divulgação de problemas pessoais ou de doenças, informações da vida íntima do empregado,

- h. ironias, sarcasmos, coações públicas;
- i. difamações;
- j. exposição ao ridículo *etc.*

8) Em 2019, ano em que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) completou 100 anos de existência, na 108ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em junho, comemorando seu centenário de fundação, os membros tripartites da OIT, depois de quatro anos de debates sobre o tema, aprovaram a **Convenção 190, sobre violência e assédio no trabalho**.

A Convenção foi acompanhada pela aprovação da **Recomendação nº 206**, que trata da forma como a convenção pode ser aplicada por cada Estado Membro, indicando, por exemplo, quais medidas devem ser adotadas para que sua finalidade seja atingida.

O texto da Convenção nº 190 foi aprovado por 439 votos a favor e sete contra, sendo os países que votaram contra seu texto: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Malásia, República Dominicana e Singapura.

Estes números são relevantes e demonstram o consenso da maioria dos países membros da importância que esta convenção conseguiu obter na OIT e no mundo.

Lamentavelmente, o Brasil, como Estado, absteve-se da votação da Convenção e da Recomendação. Houve 30 abstenções da votação da Convenção, incluindo de um representante empresarial brasileiro, o presidente da Federação Brasileira dos Bancos – Febraban.

A OIT já havia publicado importantes convenções relativas a direitos fundamentais, tais como sobre questões de discriminação (a Convenção nº 111, em 1965, ratificada pelo Brasil em 1968, relativa à discriminação em matéria de emprego e profissão) e questões de gênero (a Convenção nº 100 em 1951, ratificada pelo Brasil em 1957, relativa ao princípio de igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por trabalho de igual valor, e a Convenção nº 156, que trata da igualdade

de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores e trabalhadoras com encargos de família, nunca ratificada pelo Brasil), contudo, até 2019 não havia sido publicada nenhuma convenção específica sobre violência e assédio.

A Convenção nº 155 sobre segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente, ratificada pelo Brasil em 1992, prevê em seu artigo 3º que “saúde” no trabalho abrange não só a ausência de afecção ou doenças, mas também os elementos físicos e mentais diretamente relacionados ao meio ambiente do trabalho.

Nesse contexto, se o assédio nada mais é do que uma violência psicológica dos trabalhadores, a nova Convenção nº 190, antes de mais nada, atinge os propósitos de garantir o direito fundamental à saúde pregado pela Convenção nº 155.

Embora o movimento #MeToo, criado por Tarana Burke em 1996, e os assustadores números de morte por excesso de trabalho (*karoshi*) no Japão tenham influenciado o texto na Convenção nº 190 da OIT, não podemos afirmar que o seu teor seja um produto exclusivo de proteção de tais grupos.

Na verdade, o texto da Convenção nº 190 da OIT foi proposto, de forma mais ampla, protegendo diversos outros grupos atingidos nos locais de trabalho (negros e negras, comunidade LGBTQI, dentre outros).

É importante destacar o conteúdo do primeiro artigo da Convenção nº 190 da OIT, que define o conceito de violência e assédio conforme transcrito a seguir: **1. Para os efeitos da presente Convenção:**

a) a expressão “violência e assédio” no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças de tais comportamentos e práticas, ainda que se manifeste de uma vez só ou de maneira repetitiva, que tenham por objeto, que causem ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual o econômico, e inclui a violência e o assédio em razão de gênero e

b) a expressão “violência y assédio por razão de género” designa a violência e o assédio que sejam dirigidos contra as pessoas em razão de seu sexo ou gênero, o que afetem de

maneira desproporcionada a personas de um sexo ou gênero determinado, e inclui o assédio sexual.

Da análise da redação do artigo acima é possível concluir que a proteção preconizada pela OIT é extremamente ampla, não se limitando a tratar somente das formas de assédio (sexual e moral), pois inclui também uma grande preocupação com a violência e assédio em razão de gênero, que abrange as práticas que são dirigidas a pessoas em razão do sexo ou gênero ou que afetam de maneira desproporcional as pessoas de um sexo ou gênero determinado.

Portanto, assédio para OIT não é conceito único para a Convenção nº 190, pelo contrário, é amplo e inclui atos de violência e discriminação, muito embora o artigo 2º da convenção admita que as legislações nacionais poderão definir conceitos separados de assédio moral.

A escolha por um conceito amplo pela OIT teve por objetivo atender as definições distintas de vários países sobre o tema, já que não existe um padrão linguístico e semântico universal do assédio⁴⁹⁷.

Apesar das diferenças entre os países, houve um consenso pelos Estados Membros que a violência e o assédio no mundo do trabalho incluem aspectos não somente físicos, mas psicológicos e sexuais⁴⁹⁸.

No Brasil, a tradição doutrinária e jurisprudencial é desenvolver conceitos separados de discriminação, assédio moral e assédio sexual, como podemos perceber abaixo com esta breve retrospectiva legal no campo penal e trabalhista.

No âmbito penal, o Código Penal, no art. 216-A, trata do crime de assédio sexual. Quanto ao assédio moral, está em trâmite no Senado o Projeto de Lei de crime de assédio moral n. 4.742/2001.

No âmbito trabalhista, não há legislação específica sobre assédio sexual nem tampouco assédio moral, contudo, há a Lei n. 9.029/1995, que trata da proibição da discriminação no ambiente do trabalho.

A fim de combater o *bullying* nas escolas, foram aprovadas duas leis (Lei n. 13.663/2018 e Lei n. 13.185/2015).

Em 16 de junho de 2009, a Medida Provisória n. 453/2008 foi convertida na Lei n. 11.948/2009, que versa sobre a constituição de fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e dá outras providências.

Dentre estas, nota-se a disposição contida no seu art. 4º, que veda “*a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente*”.

Desta forma, entendemos que a tendência brasileira será continuar adotando conceitos separados de discriminação, assédio moral, assédio sexual e outros tipos de violência no ambiente de trabalho, com base na permissão do artigo 2º da Convenção, já citado acima.

Além disso, como pode se perceber, a proteção da OIT não se limita a danos repetidos e continuados, pois afirma textualmente “*ainda que se manifeste de uma vez só*”.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência trabalhista majoritária têm entendido que para se configurar assédio moral o ato de violência psicológica deve ser continuado e repetitivo, portanto, não se configuraria assédio moral o ato isolado de perseguição no ambiente de trabalho (agressão moral).

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento⁴⁹⁹ dispõe o seguinte: A diferença entre agressão moral e assédio moral está na reiteração da prática que configura esta última e no ato instantâneo que caracteriza aquela. É uma forma de violência no trabalho que pode configurar-se de diversos modos (ex. o isolamento intencional para forçar o trabalhador a deixar o emprego, também chamado, no direito do trabalho, de

disponibilidade remunerada, o desprezo do chefe sobre tudo o que o empregado faz alardeando perante os demais colegas deixando-o em uma posição de constrangimento moral, a atribuição seguida de tarefas cuja realização é sabidamente impossível exatamente para deixar a vítima em situação desigual à dos demais colegas).

Desta forma, ao nosso ver, se o Brasil ratificar a referida Convenção, será necessária uma adaptação da doutrina e jurisprudência trabalhista quanto a este aspecto da exigência de repetição ou continuidade para caracterização do assédio moral, já que o artigo 1º da Convenção não deixa dúvidas de que ainda que seja um ato isolado deverá haver proteção do Estado.

Quanto ao âmbito de aplicação, a Convenção n. 190 da OIT é um novo instrumento jurídico internacional aplicável a todas as categorias de trabalhadores, independentemente de seu *status* contratual, inclusive pessoas em formação, como aprendizes e estagiários, assim como aqueles cujos contratos de trabalho terminaram, voluntários e pessoas que procuram emprego.

Além disso, se aplica a todos os setores, público ou privado, da economia, tanto formal como informal, em zonas urbanas ou rurais. Consoante o art. 2º da Convenção transcrito a seguir: **1. A presente Convenção protege os trabalhadores e outros no mundo do trabalho, incluindo os trabalhadores assalariados, tal como definidos no direito e na prática nacionais, bem como as pessoas que trabalham, independentemente da sua situação pessoas em formação, incluindo estagiários e aprendizes, trabalhadores demitidos, voluntários, pessoas que procuram emprego e candidatos a emprego, e indivíduos que exercem autoridade, deveres ou responsabilidades do empregador.**

2. A presente Convenção aplica-se a todos os sectores, públicos ou privados, da economia formal e informal nas zonas urbanas ou rurais.

O art. 3º da convenção reconhece que as violências podem ocorrer fora

do espaço físico do ambiente do trabalho, como, por exemplo: instalações sanitárias, lugares nos quais o trabalhador ou trabalhadora fazem pausa, refeições, treinamentos ou viajam, sendo verificadas até mesmo por meio da tecnologia da informação e comunicação, em rede sociais e aplicativos. Vejamos seu teor na íntegra a seguir: **Art. 3º: Esta Convenção aplica-se à violência e ao assédio no mundo do trabalho que ocorrem durante o trabalho, ou como resultado do trabalho:**

- a) no local de trabalho, incluindo em espaços públicos e privados, quando se trata de um local de trabalho;
- b) nos locais onde o trabalhador é pago, quando o trabalhador toma o seu descanso ou onde come, ou onde utiliza instalações sanitárias ou de higiene e em vestiários;
- c) em viagens, eventos ou atividades sociais ou de formação relacionadas com o trabalho;
- d) no contexto das comunicações relacionadas com o trabalho, incluindo as realizadas através de tecnologias da informação e da comunicação;
- e) no alojamento prestado pelo empregador e
- f) em viagens entre a casa e o local de trabalho.

Como se pode perceber, não houve nenhuma exclusão, o âmbito de aplicação é extremamente amplo, inclusive aplicável à Administração Pública, e possui caráter muito inclusivo, buscando tutelar todas as formas de violência e assédio que podem ocorrer nas relações de trabalho e emprego em qualquer setor da economia.

Apesar de todo o avanço trazido pela Convenção n. 190 da OIT na proteção e prevenção da violência e assédio no trabalho, o seu texto legal não tratou do assédio ligado ao trabalho (“work related bullying”). Lamentavelmente, a Convenção n. 190 da OIT deixa esta lacuna jurídica, talvez até pelo desafio do estudo do tema em cada país.

Por fim, a convenção busca, sem dúvida, ampliar os horizontes da percepção das práticas de assédio e violência no ambiente de trabalho, contudo, talvez o passo mais importante tomado pela OIT tenha sido reconhecer que a violência e o assédio no mundo do trabalho levam à

violação ou abuso dos direitos humanos e são ameaça à igualdade de oportunidades e, por isso, incompatíveis com o trabalho decente.

15. O ASSÉDIO MORAL INSTITUCIONAL

PERGUNTA-SE

- 1) O que é o assédio moral institucional ou organizacional?
- 2) Qual é o fundamento legal do assédio moral institucional no Brasil?
- 3) O assédio moral institucional é sinônimo de assédio moral corporativo? Organizacional? Coletivo?
- 4) Quais as diferenças entre o conceito de assédio moral interpessoal e o assédio moral institucional?
- 5) Quais são os elementos tipificadores do assédio moral institucional?

1) Gosdal e Soboll definem o assédio moral organizacional como: “um processo contínuo de hostilidades, estruturado via política organizacional ou gerencial, que tem objetivo imediato aumentar o lucro da empresa”.

A Ambev – Companhia Brasileira de Bebidas foi pioneira no Brasil ao ser condenada a pagar um milhão de reais de indenização por assédio moral coletivo pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (Rio Grande do Norte).

2) O assédio moral institucional não é regulamentado na legislação trabalhista brasileira infraconstitucional. Portanto, numa visão positivista, não haveria regulamentação legal no Brasil.

Numa visão pós-positivista, o assédio moral institucional poderia ser fundamentado nos princípios constitucionais permeados pela Carta Magna brasileira de 1988, em especial o direito fundamental à saúde mental.

3) Não há uma terminologia única adotada pelos tribunais brasileiros, há utilização dos epítetos: institucional, organizacional, corporativo, coletivo, difuso ou *straining*. Portanto, todas elas são sinônimas de assédio moral institucional.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o termo utilizado para definir o

assédio moral institucional é *institutional bullying* e nesses países há definições de vários tipos de assédio: *pressure bullying, organizational bullying, corporate bullying, client bullying, serial bullying*, dentre outros⁵⁰⁰.

4) Vamos estudar a seguir as principais diferenças conceituais entre assédio moral interpessoal e institucional.

Em primeiro lugar, pode-se apontar como critério diferenciador o autor do ato de assédio moral. No assédio moral interpessoal, como o próprio nome já explica, o agressor é uma pessoa natural – indivíduo ou grupo.

No assédio moral institucional, o agressor é a própria pessoa jurídica (acionistas) que, por meio de seus administradores (conselheiros e diretores), utiliza-se de uma política de gestão desumana para aumentar os seus lucros, criando uma verdadeira cultura institucional de assédio.

Em 2003, Einarsen *et al.*⁵⁰¹ publicaram uma obra sobre a visão europeia do assédio moral e apresentaram uma importante distinção entre o conceito de *bullying* interpessoal e *bullying* institucional (termos utilizados pelos autores: *work related bullying versus person related bullying*).

Gosdal e Soboll, com fundamento na obra coletiva acima, explicam que a expressão “assédio moral interpessoal” foi usada por tais autores somente para diferenciar do assédio moral institucional chamado pelos autores de organizacional: o assédio moral interpessoal normalmente tem como alvo pessoas, ou pequenos grupos de indivíduos específicos. Já o assédio moral organizacional, orienta-se a alvos que não são específicos, mas são determináveis, podendo alcançar grande parte dos trabalhadores da empresa⁵⁰².

Einarsen, Hoel, Zapf e Cooper chegam a afirmar que “no assédio moral institucional não é dirigida nenhuma tarefa para um indivíduo específico, por isso se trata de uma forma **despersonalizada de assédio**”⁵⁰³ (grifo

nosso).

Nessa linha de pensamento, Gosdal e Soboll ressaltam que no assédio moral organizacional as interações são indiretas: Há situações em que os administradores, individual ou coletivamente, executam estruturas e procedimentos organizacionais que podem atormentar, abusar ou até mesmo explorar os empregados. Portanto, *bullying*, nesses casos, não se refere estritamente a interações interpessoais, mas antes a interações indiretas entre o indivíduo e a administração da empresa⁵⁰⁴.

Gosdal e Soboll destacam algumas peculiaridades que distinguem o assédio moral interpessoal do assédio moral organizacional: A primeira delas é quem pratica o assédio moral. O agressor, nos casos de assédio moral organizacional, será quase sempre a empresa, por meio dos seus prepostos, ou pessoas que tenham poderes hierárquicos e de organização na empresa. Já o assédio moral interpessoal pode ser desencadeado por um superior hierárquico ou preposto da empresa, mas também pode ocorrer entre colegas da mesma hierarquia⁵⁰⁵.

Conclui-se que não há como deixar de reconhecer a existência do assédio moral institucional como espécie distinta do assédio moral interpessoal, como a face despersonalizada do assédio.

5) Em minha tese de doutorado sobre o tema da saúde mental e o assédio moral institucional⁵⁰⁶, propus enumerar os requisitos para configuração de assédio moral institucional da seguinte forma: **a.** ofensa ao direito fundamental à saúde no ambiente de trabalho – não é necessária a prova do dano psíquico coletivo, mas este pode ser facilmente identificado por psicólogos e psiquiatras como síndrome loco-neurótica (SLN) ou síndrome do assédio moral institucional; **b.** atos inseridos dentro da política institucional da empresa – os atos de ofensa à dignidade humana dos trabalhadores são inseridos na política institucional da empresa por meio de diversos modelos de gestão: administração por

estresse, administração por injúria, *bossing*, *straining*, dentre outros.

- c. presença do caráter despersonalizado do assédio – os atos não serão dirigidos a pessoas ou grupo específicos, mas sim à coletividade dos trabalhadores de um setor da empresa ou de toda a empresa. Portanto, não há presença de alvos específicos, embora determináveis e; **d.** o agressor é a empresa – o agressor é a própria pessoa jurídica (acionistas) que por meio de seus administradores (conselheiros e diretores) se utiliza de uma política de gestão desumana para atingir objetivos, em geral de fins econômicos, não sendo necessária a prova da intenção dolosa na prática do ato, uma vez que faz parte de uma estratégia de administração da empresa.

JORNADA DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

O tema deste capítulo é muito importante para o Direito do Trabalho, pois faz parte do conteúdo do contrato de trabalho, além de ser um direito fundamental do trabalhador o direito ao lazer.

Nesta unidade estudaremos sua origem histórica, sua classificação e suas formas de controle. Além disso, serão analisados temas correlatos importantes tais como horas de deslocamento, horas de prontidão e horas de sobreaviso.

2. ORIGEM HISTÓRICA

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a origem histórica do instituto da “jornada de trabalho”?
- 2) O que significa etimologicamente “jornada”?
- 3) Qual é a diferença entre o termo “jornada de trabalho” e “horário de trabalho”?

1) Em 1800, as jornadas eram de 12 a 16 horas por dia, principalmente entre mulheres e menores, na maioria dos países do continente europeu. Nos Estados Unidos, era entre 11 e 13 horas por dia. O primeiro país a limitar a jornada de trabalho em 10 horas diárias foi a Inglaterra em 1847.

A primeira convenção da OIT ao estabelecer que os países contratantes deveriam adotar jornada de 8 horas diárias e 48 horas semanais foi em 1919.

No Brasil, o primeiro Decreto limitando a jornada de trabalho no comércio em 8 horas diárias foi em 1932. Seguiram-se, também, com limitação de 8 horas, a indústria, as farmácias, os transportes terrestres, frigoríficos, hotéis e restaurantes.

A CF de 1937 foi pioneira em prever *dia de trabalho de 8 horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei* (art. 137).

A CF de 1988 avançou em relação às Constituições anteriores, estabelecendo no seu art. 7º, XIII, *duração de trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*.

2) A palavra “jornada” tem origem no termo em italiano *giorno* que significa “dia”. A “**duração do trabalho**” é gênero que inclui as espécies “**horário de trabalho**” e “**jornada de trabalho**”.

Amauri Mascaro Nascimento explica a origem do epíteto jornada: “O vocábulo *giornatta*, que em italiano significa dia, tem diversos sentidos, próximos, mas não coincidentes, em seu núcleo, sempre indicando uma relação de tempo que pode ser examinada sob diversos aspectos, como a medida da duração desse tempo, a sua distribuição em módulos de repartição diário, a contagem desse tempo para distinguir o que é incluído ou excluído dela, o horário de começo e fim desse tempo, a classificação dos tipos como noturno, diurno, normal, extraordinário, sobreaviso e assim por diante”¹.

A **duração do trabalho** engloba todo o tempo relativo ao contrato de trabalho (domingos, feriados, férias, dentre outros).

3) Já a **jornada de trabalho** engloba somente o tempo do trabalhador à disposição do empregador, portanto o correto seria dizer que a minha jornada de trabalho é das 8 às 12 horas e das 13 às 17 horas.

O **horário de trabalho**, por sua vez, engloba o início e o término da jornada de trabalho, com delimitação dos horários de intervalo, portanto o correto seria dizer que o meu horário de trabalho é das 8 às 17 horas, com intervalo de uma hora para refeição e descanso das 12 às 13 horas.

Alice Monteiro de Barros aborda a distinção entre jornada e horário de trabalho: “Cumprir, de início, distinguir jornada e horário de trabalho. Jornada é o período, durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens. Já o horário de trabalho abrange o período que vai do início ao término da jornada, como também os intervalos que existem durante seu cumprimento”².

Maurício Godinho Delgado explica esta distinção em detalhes: “Por duração do trabalho a doutrina, em geral, compreende todo o período decorrente do contrato de trabalho, inclusive lapsos temporais relativos a repouso semanal, feriados e até mesmo férias. A expressão, portanto, tem sentido amplo, não se restringindo estritamente ao período de

disponibilidade do trabalhador perante seu empregador, em virtude do contrato pactuado. A expressão jornada de trabalho tem sentido mais restrito que o anterior, compreendendo o tempo 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 período delimitado. Originalmente o período considerado pelo conceito de jornada seria o lapso temporal diário (jornada diária), em face de a expressão primitivamente referir-se ao dia (*giornata-giorno*). Hoje, contudo, confere-se à expressão, na órbita juslaboral, a flexibilidade necessária para abranger, além da ideia de jornada diária, as noções de jornada semanal e mesmo jornada mensal. Já a expressão “horário de trabalho” traduz o espaço temporal entre o termo inicial e o termo final de uma jornada diária. O horário corresponde, assim, à delimitação do início e fim da jornada e respectivos intervalos”³.

3. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No campo jurisprudencial, o TST editou as seguintes Súmulas: 15, 27, 60, 85, 90, 110, 112, 113, 118, 146, 172, 178, 199, 225, 229, 265, 282, 287, 320, 338, 351, 360, 366, 391, 423 e 428.

A seguir, transcreveremos as principais súmulas:

Súmula n. 15 do TST

ATESTADO MÉDICO (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.

Súmula n. 27 do TST

COMMISSIONISTA (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista.

Súmula n. 60 do TST

ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 6 da SBDI-1) I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula n. 60 – RA 105/1974, *DJ* 24-10-74) II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ n. 6 da SBDI-1 – inserida em 25-11-96) **Súmula n. 85 do TST**

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) – Res. n. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03-06-2016 I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula n. 85 – primeira parte – alterada pela Res. n. 121/2003, *DJ* 21-11-2003) II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ n. 182 da SBDI-1 – inserida em 08-11-2000) III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula n. 85 – segunda parte – alterada pela Res. n. 121/2003, *DJ* 21-11-2003) IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ n. 220 da SBDI-1 –

inserida em 20-06-2001) V – As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva. 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.

Súmula n. 90 do TST

HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas ns. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais ns. 50 e 236 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25-04-2005 I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 – RA 80/1978, *DJ* 10-11-78) II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere” (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 – inserida em 01-02-95) III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. (ex-Súmula n. 324 – Res. n. 16/1993, *DJ* 21-12-93) IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 – Res. n. 17/1993, *DJ* 21-12-93) V – Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 – inserida em 20-06-2001) **Súmula n. 110 do TST**

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

Súmula n. 112 do TST

TRABALHO NOTURNO. PETRÓLEO (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

O trabalho noturno dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação do petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados, por meio de dutos, é regulado pela Lei n. 5.811, de 11-10-1972, não se lhe aplicando a hora reduzida de 52 minutos e 30 segundos prevista no art. 73, § 1º, da CLT.

Súmula n. 113 do TST

BANCÁRIO. SÁBADO. DIA ÚTIL (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003
O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe

a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.

Súmula n. 118 do TST

JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

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.

Súmula n. 146 do TST

TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 93 da SBDI-1) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

Súmula n. 172 do TST

REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado n. 52).

Súmula n. 178 do TST

TELEFONISTA. ART. 227, E PARÁGRAFOS, DA CLT. APLICABILIDADE (mantida) – Res. n. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

É aplicável à telefonista de mesa de empresa que não explora o serviço de telefonia o disposto no art. 227, e seus parágrafos, da CLT (ex-Prejulgado n. 59).

Súmula n. 199 do TST

BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 48 e 63 da SBDI-1) I – A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula n. 199 – alterada pela Res. n. 41/1995, *DJ* 21-2-95 – e ex-OJ n. 48 da SBDI-1 – inserida em 25-11-96) II – Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ n. 63 da SBDI-1 – inserida em 14-3-94)

Súmula n. 291 do TST

HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou

parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Súmula n. 338 do TST

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 234 e 306 da SBDI-1) 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 n. 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 20-6-2001) 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* 11-8-2003) **Súmula n. 376 do TST**

HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 89 e 117 da SBDI-1) I – A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ n. 117 da SBDI-1 – inserida em 20-11-1997) II – O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no “caput” do art. 59 da CLT. (ex-OJ n. 89 da SBDI-1 – inserida em 28-4-1997)

4. JORNADA DE TRABALHO (TEMPO INTEGRAL, TEMPO PARCIAL E INTERMITENTE)

Inicialmente, vamos abordar a importância do tema para o Direito do Trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento destaca o direito ao descanso como direito fundamental: “o tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem o convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social”⁴.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “o tema da jornada – em conjunto com o referente ao salário – ocupa posição de prevalência 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 do ramo juslaboral especializado do direito. Essa relevância combinada 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”⁵.

Alice Monteiro de Barros tem a mesma opinião: “as normas sobre duração do trabalho tem por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Daí as sucessivas reivindicações de redução da carga horária de trabalho e alongamento dos descansos”⁶.

PERGUNTA-SE

- 1) Quais são os critérios para determinar o conceito de jornada de trabalho?**
- 2) Qual é o limite máximo da jornada de trabalho permitido pela legislação trabalhista?**

3) Qual é a jornada de trabalho diurna do trabalhador urbano? E a jornada noturna de trabalho?

1) O conceito moderno de jornada de trabalho é polêmico na doutrina trabalhista. Vamos adotar para fins didáticos a posição de Maurício Godinho Delgado a seguir: “São três os critérios básicos de cálculo da extensão da jornada de trabalho que se encontram na evolução do Direito do Trabalho. Tais critérios podem ser ordenados sequencialmente, de acordo com a crescente amplitude que conferem à noção de jornada. São eles: critério do tempo efetivamente laborado; critério do tempo à disposição no centro de trabalho; critério do tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência (além do somatório anterior). Ao lado desses critérios básicos, há ainda dois critérios especiais, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras: o critério do tempo-prontidão (ou horas-prontidão) e o critério do tempo-sobreaviso (horas-sobreaviso)”⁷.

Em resumo, para o autor, a jornada de trabalho pode ser entendida por cinco critérios: **1.** tempo efetivamente laborado; **2.** tempo à disposição no centro de trabalho; **3.** tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência; **4.** tempo-prontidão (ou horas-prontidão) e **5.** tempo-sobreaviso (horas-sobreaviso).

O autor explica o fundamento do primeiro critério: **tempo efetivamente laborado**: “O primeiro critério considera como componente da jornada apenas o tempo efetivamente trabalhado pelo obreiro. Por esse critério excluem-se do cômputo da jornada eventual, ilustrativamente, 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, todo e qualquer lapso temporal que não consista em direta transferência da força de trabalho em benefício do empregador. O primeiro critério tende a

ser rejeitado pelas modernas ordens justralhistas. No Brasil, o fato de a CLT considerar tempo de serviço também o período em que o empregado estiver simplesmente ‘à disposição do empregador, aguardando... ordens’ (art. 4º) 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”⁸.

Com relação ao segundo critério, complementa: “A CLT considera como componente da jornada o tempo à disposição do empregador no centro de trabalho, independentemente da efetiva prestação de serviços. Amplia-se, portanto, a composição da jornada, em contraponto com o critério anterior”⁹.

O Direito do Trabalho adota o critério do tempo à disposição como regra padrão de cômputo da jornada de trabalho no país (art. 4º da CLT). Em outras palavras, regra geral a jornada de trabalho engloba o tempo efetivamente trabalhado mais o tempo à disposição do trabalhador ao empregador.

Iremos estudar os demais critérios nos tópicos a seguir. Neste momento, vamos focar o estudo da jornada de trabalho como tempo efetivamente trabalhado.

2) O limite da jornada legal prevista na Constituição Federal é de 8 horas diárias e 44 horas semanais, com fundamento no art. 7º, XIII, da CF e no art. 58 da CLT: *Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.*

3) A jornada diurna do trabalhador urbano é aquela trabalhada pelo trabalhador urbano, das 5:00 às 22:00 horas. A jornada noturna é aquela trabalhada pelo trabalhador urbano, das 22:00 às 5:00 horas.

Lembre-se de que a jornada noturna de trabalho do empregado rural é diferente. **De olho nas jornadas especiais:**

Há determinadas categorias profissionais que possuem jornadas especiais, tais como: os bancários, não exercentes de cargos de confiança ou de chefia (6 horas diárias – art. 224 da CLT); telefonistas (6 horas diárias – art. 227 da CLT); jornalistas (5 horas diárias – arts. 303 e 304 da CLT), entre outras.

Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

§ 1º A duração normal do trabalho estabelecida neste artigo ficará compreendida entre 7 (sete) e 22 (vinte e duas) horas, assegurando-se ao empregado, no horário diário, um intervalo de 15 (quinze) minutos para alimentação.

(...)

Art. 227. Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de 6 (seis) horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

(...)

Art. 303. A duração normal do trabalho dos empregados compreendidos nesta Seção não deverá exceder de 5 (cinco) horas, tanto de dia como à noite.

Art. 304. Poderá a duração normal do trabalho ser elevada a 7 (sete) horas, mediante acordo escrito, em que se estipule aumento de ordenado, correspondente ao excesso do tempo de trabalho, em que se fixe um intervalo destinado a repouso ou a refeição.

IMPORTANTE:

Em 15-3-2013, foi publicada a Lei n. 12.790/2013, regulamentando o exercício da profissão de comerciário, que deverá ter sua categoria especial anotada na CTPS, além de outros direitos, tais como: Dia do Comerciário (30 de outubro); jornada não superior a 8 horas e 44 horas semanais, salvo negociação coletiva; direito a piso salarial fixado em negociação coletiva.

Maurício Godinho Delgado discorre em detalhes sobre esses trabalhadores especiais: “Tais jornadas especiais – estabelecidas por norma jurídica, evidentemente – podem extrapolar o padrão diário fixado para o mercado de trabalho no país (8 horas ao dia), mantendo-se válidas

desde que respeitado o padrão mensal básico fixado pela ordem constitucional (220 horas ao mês). É o que se passa com umas poucas 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 mensal, repita-se). São exemplos significativos dessas categorias que têm jornadas diárias eventualmente superiores a 8 horas ao dia *os aeronautas; os trabalhadores nos setores de petróleo, petroquímica e indústria de xisto; os eletricitários; os ferroviários*”¹⁰.

O autor continua abordando o tema, destacando a peculiaridade de que estes profissionais têm jornada de trabalho inferior ao padrão constitucional: “O que é mais usual, entretanto, no caso das jornadas especiais de determinadas categorias, é que consistam em lapsos temporais diários (e, conseqüentemente, semanais) inferiores ao padrão constitucional mencionado. Observem-se alguns exemplos expressivos: empregados em frigoríficos; telegrafistas e telefonistas com horários variáveis; radialistas do setor de cenografia e caracterização (todos com jornada diária de 7 horas e conseqüente jornada semanal reduzida). Outro bloco de expressivos exemplos: cabineiros de elevador; artistas; bancários e economistas; telegrafistas e telefonistas; operadores cinematográficos; telegrafista ferroviário; revisores; aeroviário em pista; professores; atividades em minas de subsolo (todos com jornada diária de 6 horas e conseqüente jornada 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 diária de 5 horas e o parâmetro semanal equivalente)”¹¹.

IMPORTANTE:

Sancionada pela Presidente da República em 2 de março de 2015, a Lei n. 13.103/2015 rege as relações dos motoristas profissionais nas atividades de transporte rodoviário de cargas e de passageiros.

Esta lei revogou parte da Lei n. 12.619/2012, inclui novas disposições na lei que trata do Transportador Autônomo de Carga (Lei n. 11.442), assim como regulamenta dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro.

Célio Pereira Oliveira Neto¹² explica que: “A Lei 12.619 se aplicava somente aos motoristas profissionais que atuavam nas atividades de transporte de passageiros ou de cargas, somente quando mantivessem vínculo de emprego, ao passo que a Lei 13.103 não exige a relação de emprego, estendendo benefícios aos autônomos quanto à formação profissional, além de atendimento profilático, terapêutico, reabilitador principalmente quanto a doenças profissionais, bem como proteção do Estado contra ações criminosas e atendimento especializado de medicina ocupacional”.

Quanto à jornada de trabalho, Célio Pereira faz as seguintes observações: **a) Jornada de trabalho:** Nos termos do § 13 do art. 235-C da CLT, quando não prevista em contrato, não há jornada de trabalho fixa para o motorista de carga e transporte de passageiros.

b) Na mesma linha da Súmula 444 do TST, a Lei n. 12.619, por meio do art. 235-F, já previa o cumprimento da jornada 12336, desde que em razão da especificidade do transporte, da sazonalidade ou outra característica que a justificasse. Todavia, de modo diverso à matéria sumulada, a nova redação do artigo em referência, dada pela Lei n. 13.103, não mais exige a existência de razão que justifique a jornada 12336, bastando que seja fixada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

c) Horas extras: A Lei n. 13.103, nos termos da nova redação do art. 235-C da CLT, permite, mediante competente ajuste coletivo, a prorrogação da jornada diária dos motoristas profissionais, podendo-se chegar a 4h extraordinárias. Contudo, tal não representa fixação de jornada ordinária de 12h, mas sim guarida para prorrogação extraordinária. A lei é clara, ao admitir a prorrogação da jornada de trabalho por até 4h. No entanto, a prorrogação não deve ser tomada como algo ordinário. Com efeito, o legislador não disse que a jornada seria de 12h, mas sim admitiu a prorrogação. Validada está a prorrogação da jornada até 12h, mediante instrumento coletivo, quando necessário, dentro dos limites do razoável, não representando um salvo-conduto para o cumprimento diário de jornada de 12 (doze) horas de trabalho.

d) Intervalo interjornada: Nos termos do § 3º do art. 235-C da CLT, com a redação da Lei n. 13.103, flexibiliza-se mais o gozo do intervalo de 11h entre uma jornada e outra, permitindo-se o gozo fracionado, de modo que o empregado deverá gozar minimamente de 8h ininterruptas de descanso no primeiro período, usufruindo do tempo remanescente nas 16h

seguintes, considerado o fim do primeiro período de descanso. Permite-se também o fracionamento e gozo simultâneo com a parada obrigatória de descanso de que trata a Lei n. 9.503/97 em seu art. 67-A, § 3º.

- e) Tempo de espera: A lei anterior havia criado instituto jurídico denominado “tempo de espera”. Há mudança significativa no instituto, que não será mais computado como jornada de trabalho nem como hora extra, assim como não mais sujeito à paga da hora normal mais adicional de 30%, mas somente ao adicional de 30%. Com efeito, a Lei n. 12.619 dizia que o tempo de espera não seria considerado extraordinário, devendo ser indenizado à razão do pagamento do salário normal acrescido do adicional de 30%, ao passo que a Lei n. 13.103 mantém a indenização de 30%, porém a limita na literalidade da sua redação – à paga somente do adicional (§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal), e ainda disciplina que o tempo de espera não será considerado jornada de trabalho, portanto, não sujeito ao cômputo na jornada diária ou semanal de trabalho.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a diferença entre a jornada em tempo integral e a jornada em tempo parcial?
- 2) Qual é a formalidade prevista em lei para contratar um empregado pelo regime de jornada em tempo parcial?
- 3) É possível alterar a jornada de trabalho em tempo integral para tempo parcial?
- 4) Qual é o salário a ser pago ao empregado que trabalha em regime de tempo parcial?
- 5) O empregado contratado no regime de tempo parcial pode fazer horas extras?
- 6) Quantos dias de férias o empregado tem neste regime? Há alguma outra peculiaridade no tocante às férias?

A jornada de trabalho pode ser classificada em: jornada em tempo integral (*full time*) e jornada em tempo parcial (*part time*).

1) Na jornada a tempo integral, o limite diário da jornada de trabalho é de 8 (oito) horas e o limite semanal é de 44 horas semanais, conforme fundamentação legal abaixo: Art. 7º, XIII, da CF – “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei n. 5.452, de 1943)”.

Art. 58 da CLT: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente

outro limite.”

A jornada a tempo parcial foi modificada pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Anteriormente, o limite legal era de até 25 (vinte e cinco) horas semanais, após a Reforma Trabalhista o limite passou para 30 (trinta) horas semanais, consoante nova redação do art. 58-A: *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.*

A reforma trabalhista ampliou o conceito de parcial para a carga de 30 (trinta) horas semanais, logo o limite máximo da jornada em tempo parcial não é exatamente a **metade** da jornada em tempo integral.

Maurício Godinho Delgado¹³ traz importantes ensinamentos sobre tais alterações legislativas: “Em vista das modificações produzidas, o regime de trabalho em tempo parcial se tomou mais abrangente: ao invés de atingir durações do trabalho até, no máximo, 25 horas semanais, passou a atingir durações semanais do trabalho até 30 horas. Além disso, há possibilidade, em um dos modelos de regime de tempo parcial de ocorrer a prestação de horas extras”.

2) Não há formalidade legal para esse tipo de contratação, ou seja, não se exige contrato solene no regime de jornada em tempo parcial. Logo, a forma de contratação do empregado em tempo parcial é a mesma do contrato em tempo integral.

3) Para os atuais empregados que desejarem alterar seu regime de trabalho de tempo integral para tempo parcial, a legislação trabalhista impõe uma solenidade: a alteração deverá ser feita mediante opção do empregado manifestada perante a empresa, na forma prevista pelo sindicato consoante o art. 58, § 2º, da CLT: *Art. 58. (...)*

§ 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.

4) O salário dos empregados que trabalham meio período deve ser proporcional ao salário dos empregados que cumprem nas mesmas funções regime de jornada de período integral, consoante o art. 58, § 1º, da CLT: *Art. 58. (...)*

§ 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.

Por exemplo: A faxineira Joana foi contratada no regime de trabalho em tempo integral e Silvana em tempo parcial. Embora o salário mensal delas seja diferente, o valor hora de trabalho deve ser igual para que seja respeitada a proporcionalidade.

5) Antes da Reforma Trabalhista, os empregados contratados em tempo parcial não podiam fazer horas extras. Com a Lei n. 13.467/2017, se o empregador optar em contratar o empregado no regime de 26 (vinte e seis) horas semanais, poderá o empregado prorrogar sua jornada de trabalho em até 6 (seis) horas semanais, totalizando uma jornada semanal de até 32 (trinta e duas) horas semanais.

O § 4º do art. 59 que proibia horas extras no regime a tempo parcial foi revogado e foram introduzidos os seguintes parágrafos no artigo 58-A regulamentando as horas extras neste tipo de regime: Art. 58-A da CLT:

§ 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.

§ 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.

§ 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.

Logo, com 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.

Além disso, as horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução.

Numa 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).

Homero Batista Mateus da Silva¹⁴ critica severamente a permissão de prorrogação de jornada no regime a tempo parcial: “Parece contraditório contratar uma pessoa para atividade parcial e, depois, exigir que ela faça horas extras. Fica parecendo que a pessoa estava à disposição do empregador como mão de obra barata, aguardando as oscilações da sazonalidade. Daí por que o art. 58, § 3º, da CLT, revogado pela reforma, vedava a realização de horas extras no regime parcial. O novo conceito permite que as horas extras sejam exigidas, mas apenas para o pessoal contratado para até 26 horas semanais, limitando-se as horas extras a seis por semana. A reforma teve ao menos o bom senso de não liberar irrestritamente as horas extras, que desvirtuariam o regime, e admiti-las apenas para contratações mais baixas, com cargas inferiores a 26 horas por semana. Em resumo, um trabalhador a tempo parcial poderá chegar a 32h semanais – 26 regulares e 6 suplementares”.

6) O instituto das férias não é mais diferenciado na jornada em tempo

parcial.

O art. 130-A da CLT que previa férias reduzidas na jornada a tempo parcial foi revogado pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), sendo acrescentado o § 7º ao art. 58-A com a seguinte redação: § 7º. As férias do regime de trabalho a tempo parcial serão regidas pelo disposto no art. 130. (NR) Dessa forma, a partir de 11-11-2017 (Reforma Trabalhista), os empregados que laborarem em jornada a tempo parcial terão a mesma quantidade de dias de férias que os empregados a tempo integral.

Além disso, o pagamento de abono pecuniário de férias, ou seja, a conversão de dias de férias em valor em dinheiro, não era permitido ao empregado contratado em tempo parcial, contudo, o art. 143, § 3º, da CLT foi revogado pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e acrescentado o § 6º ao art. 58-A da CLT a seguir: § 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.*

Assim, a nova lei conferiu 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” da mesma forma que já gozava deste direito o empregado contratado a tempo integral (novo § 6º do art. 58-A da CLT).

Homero Batista Mateus da Silva¹⁵ faz comentários relevantes em relação às modificações introduzidas pela Reforma Trabalhista ao direito de férias do empregado que trabalha no regime de tempo parcial: “Os §§ 6º e 7º do art. 58-A unificam o regime de férias dos empregados a tempo parcial àquele dos empregados a tempo integral – e, por coerência, o legislador revogou o art. 130-A (que dispunha de tabela diferenciada de férias) e o art. 143, § 3º (que vedava o abono pecuniário das férias ao parcial). Assim, doravante eles passam a ter direito aos mesmos 30 dias de férias, se integrais, com direito à conversão em pecúnia de um terço do

período a que tiverem direito, e todos os demais parâmetros contidos nos arts. 129 e seguintes da CLT. Pensamos que a equalização se justifica com a ampliação da carga horária semanal dos parciais, a autorização para algumas horas extras e, de toda forma, a remuneração proporcionalmente reduzida que auferem”.

CURIOSIDADE:

Não confundir regime de trabalho em tempo parcial com trabalho compartilhado.

Alice Monteiro de Barros explica a distinção: “o trabalho compartilhado, muito usado nos EUA, é outra forma de flexibilizar a jornada e consiste no fato de que duas pessoas aceitem encarregar-se de um mesmo trabalho e dividir a remuneração. Esse sistema, além de propiciar a qualificação e experiência disponível para um mesmo trabalho, dispensa a contratação de número excessivo de trabalhadores, para fazer frente a imprevistos, como doença”¹⁶.

RECAPITULANDO...

Jornada em tempo parcial	Descrição	Tipificação legal
1. Limite legal de horas de trabalho	26 horas semanais, com permissão para mais 6 horas extras ou 30 horas semanais, sem permissão para horas extras	art. 58-A da CLT
2. Alteração de jornada em tempo integral para tempo parcial	Somente por opção do empregado perante o sindicato	art. 58-A, § 2º, da CLT
3. Salário do empregado que labora em tempo parcial	Proporcional aos empregados que laboram em tempo integral	art. 58-A, § 1º, da CLT

4. Horas extraordinárias	Permitida na jornada de 26 horas semanais, com limite de no máximo 6 horas semanais O limite de 6 horas semanais pode ser compensado até a semana posterior a sua execução	art. 59, § 4º e 5º, da CLT
5. Férias	30 dias de férias por ano (<i>mesmo tratamento legal do regime de tempo integral</i>) com possibilidade de conversão de 1/3 das férias em abono pecuniário	art. 58-A, §§ 6º e 7º da CLT

ATUALIZE-SE:

PERGUNTA-SE

- 1) Em que consiste o contrato de trabalho intermitente?
- 2) Qual seu fundamento legal?
- 3) Quais os principais aspectos regulamentados pela Portaria n. 349/2018?

1) A nova tipologia contratual se apresenta como uma “subespécie” da relação de emprego. Nesse caso, o trabalhador oferece a própria atividade de maneira descontínua, conforme as necessidades produtivas ou de serviço, do empregador.

Já presente em outros ordenamentos estrangeiros – conhecido como *on-call employment, lavoro a chiamata ou lavoro intermittente, zero hours contract* – o trabalho intermitente se insere entre as tipologias de trabalho flexível ou também definido “atípico” que a legislação laboral experimenta com o intuito de multiplicar as possibilidades, para as empresas, de adquirir a prestação de trabalho de forma compatível com aquelas exigências de produção não determináveis no tempo, porque dependentes das flutuações da demanda.

O conceito de trabalho intermitente está previsto no art. 443, § 3º, da CLT abaixo: *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.

2) A Reforma Trabalhista, contida na recente Lei n. 13.467, de 13 de julho 2017, criou no ordenamento jurídico brasileiro, a figura contratual do trabalho intermitente (art. 443, § 3º, da CLT).

Errou o legislador reformista ao prever tal modalidade de jornada de trabalho no capítulo referente a contratos de trabalho (art. 443, *caput* e § 3º da CLT), o correto teria sido tratar do tema dentro do capítulo de jornada de trabalho, uma vez que se trata de um tipo de jornada de trabalho.

A Portaria n. 349/2018 do Ministério do Trabalho e Emprego reedita alguns pontos da extinta Medida Provisória n. 808/2017, especialmente no que se refere ao trabalho intermitente.

A maior parte da portaria dedica-se ao contrato de trabalho intermitente que, após a queda da Medida Provisória n. 808/17, contava apenas com o art. 443, *caput* e § 3º, que traz a conceituação de contrato intermitente, e o art. 452-A, este que traz detalhes da pactuação de tal contrato especial.

3) A Portaria n. 349/2018 traz a obrigatoriedade de que o contrato de trabalho intermitente seja realizado por escrito, e que traga expressamente as condições da contratação, como o valor da remuneração, o local e prazo para seu pagamento.

Reitera a necessidade de que, para aquelas situações onde o prazo da prestação de serviços ultrapassar um mês, que os pagamentos ocorram no máximo até o quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado.

O empregado no contrato intermitente, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Muito embora mais vantajosa para o trabalhador intermitente – *parece constituir novidade que fere a reserva de lei* – a disposição do § 3º do art.

2º da portaria que estabelece que a remuneração horária ou diária do trabalhador intermitente poderá ser superior ao dos trabalhadores com vínculo de emprego contínuo (não eventual).

Finalmente, esclarece a questão do pagamento das verbas rescisórias e do aviso prévio, estabelecendo que deverão ser calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente, e que para tanto deverão ser considerados apenas os meses em que efetivamente houve labor no intervalo dos últimos 12 meses, ou no período de vigência do contrato de trabalho, se este for inferior.

4.1 Horas in itinere

Conforme já explicado acima, Maurício Godinho Delgado adota cinco critérios para determinar o conceito de jornada de trabalho. Veremos agora, o terceiro critério: **tempo de deslocamento**, ou horas de trajeto.

1) A regra geral é que as horas de deslocamento não são remuneradas nem computadas na jornada de trabalho. Antes da Reforma Trabalhista, a única exceção eram as chamadas “horas *in itinere*”.

As horas *in itinere* consistem no tempo de deslocamento do empregado de sua casa para o trabalho e vice-versa, o qual era contabilizado como tempo integrante da jornada de trabalho, caso preenchesse os dois requisitos abaixo, vide redação do antigo § 2º do art. 58 da CLT: a) o local de trabalho fosse de difícil acesso ou não servido por transporte público regular (requisito 01); e b) o empregador fornecesse transporte para o deslocamento (requisito 02).

A Lei n. 13.467/2017 conferiu nova redação ao § 2º do art. 58 a seguir: § 2º *O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser*

tempo à disposição do empregador.

A nova redação legal acima é totalmente contrária a redação anterior e às Súmulas 90 e 320 do TST que sempre tratou do tema no Brasil.

Logo, se preponderar uma interpretação literal do § 2º do art. 58 da CLT, as horas *in itinere* teriam sido extintas no ordenamento jurídico trabalhista e o TST terá que modular os seus efeitos a partir de 11-11-2017 (Reforma Trabalhista).

A intenção do legislador reformista foi extirpar do ordenamento jurídico as “horas in itinere”, contudo, parte da doutrina trabalhista não tem entendido de tal forma ao efetuar uma interpretação constitucional e sistemática, vejamos: Homero Batista Mateus da Silva argumenta haver confronto com o art. 294 da CLT que trata das *horas in itinere* do empregado que trabalha em minas: “A reforma se esqueceu de revogar o art. 294 da CLT, segundo o qual ‘o tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário’. Esse era o dispositivo que embasava a maior parte das decisões, que, usando da analogia, estendiam o conceito de trajeto para os demais empregados. O art. 294 foi concebido evidentemente para os trabalhos em minas subterrâneas, de modo a não prejudicar o empregado que precise gastar 20, 30, 40min entre a chegada à abertura da mina até o local de efetivo início dos trabalhos de escavação e prospecção mineral. Esse tempo é improdutivo, de ponto de vista do empregador, mas se insere dentro do conceito de riscos da atividade econômica, ou, vista a questão por outro ângulo, o não trabalho vale tanto quanto o trabalho, neste particular, porque sem o deslocamento até os lugares, cada vez mais profundos, nem ao menos haveria a extração mineral, por óbvio”.

No mesmo sentido caminhou a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra¹⁷ em 2018: *10.2 Horas de Trajeto*

HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI N.

13.467/2017. 1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador; mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do art. 3º, c, da Convenção 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do §2º do art. 58 da Lei n. 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural. (Enunciado Aglutinado n. 3 da Comissão 2)”.

4.2 Tempo de prontidão e tempo de sobreaviso

Conforme já explicado acima, Maurício Godinho Delgado adota cinco critérios para determinar o conceito de jornada de trabalho. Veremos, a seguir, o quarto e o quinto critério, ou seja: o *tempo de sobreaviso* e o *tempo de prontidão*.

PERGUNTA-SE

- 1) O que é tempo de prontidão? O que é tempo de sobreaviso?
- 2) Qual é o fundamento legal de ambos?
- 3) Qual é a diferença conceitual entre tempo de prontidão e tempo de sobreaviso?
- 4) Qual é a escala máxima permitida por lei para o tempo de prontidão? E o tempo de sobreaviso?
- 5) O uso de *bips*, *paggers* ou celulares caracteriza regime de sobreaviso?

1) Nas palavras do autor, “os critérios especiais de cômputo da jornada de trabalho, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras, são o critério do tempo-prontidão e o critério do tempo-sobreaviso. Ambos se originam de normas jurídicas próprias da categoria dos ferroviários (art. 244, CLT)”¹⁸.

2) Esses critérios têm sua fundamentação legal no art. 244 da CLT: *Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.*

(...)

§ 2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será, no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

§ 3º Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da Estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de 12 (doze) horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal.

3) Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “por tempo-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). Dispõe a legislação que a escala de prontidão não poderá, licitamente, ultrapassar doze horas (§ 3º, art. 244); por tempo-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). Dispõe a legislação que a escala de sobreaviso não poderá, licitamente, ultrapassar vinte e quatro horas (§ 2º, art. 244)”¹⁹.

Quanto à aplicação do art. 244 da CLT relativo ao direito dos ferroviários aos demais empregados, o TST já tinha demonstrado a sua concordância no tocante aos eletricitários: *Súmula 229. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 (um terço) sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.*

Desta forma, a jurisprudência trabalhista é pacífica no tocante à aplicação analógica do art. 244 aos demais trabalhadores.

4) Logo, a escala de prontidão, não pode ultrapassar 12 horas, já a escala de sobreaviso não pode ultrapassar 24 horas.

5) Por outro lado, questão polêmica é se o uso de *bips*, *paggers* e celulares por empregados caracteriza tempo de sobreaviso.

Maurício Godinho Delgado explica a divergência doutrinária a respeito: “O avanço tecnológico tem propiciado situações novas que suscitam o debate acerca da possibilidade de incidência analógica da figura especial do tempo-sobreaviso. É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação do tipo BIP ou de telefones celulares – instrumentos que viabilizariam seu contato imediato e convocação ao trabalho pelo empregador. Não é pacífico o enquadramento jurídico dessas duas situações fáticas novas. Os que compreendem tratar-se de tempo de sobreaviso, sustentam que tais aparelhos colocam, automaticamente, o trabalhador em posição de relativa disponibilidade perante o empregador, ‘aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço’ (§ 2º, art. 244, CLT). Os que compreendem ser inviável a analogia com o tempo-sobreaviso, sustentam que a figura celetista se construiu na suposição do empregado ‘permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço’ (§ 2º do art. 244 examinado). Essa forte restrição à disponibilidade pessoal do empregado (que tinha de permanecer em sua residência), criada em benefício do empregador, decorria do fato dos equipamentos tecnológicos existentes à época da CLT (década de 40) não permitirem outra alternativa de compatibilização com determinadas situações de atendimento de emergência (situações objetivadas pela sistemática de sobreaviso). O avanço tecnológico subsequente, contudo, suplantou tal restrição circunstancial, permitindo – através dos BIP’s e telefones celulares – que o empregado se desloque livremente em direção a seus interesses pessoais, podendo ser convocado em qualquer local em que se encontre. Não estaria, desse modo, contingenciado em sua disponibilidade pessoal, razão por que a situação fática envolvida seria sumamente diversa daquela figurada pelo preceito celetista analisado. Independentemente de qualquer das duas

posições interpretativas, é óbvio que, chamado ao serviço o trabalhador através do BIP ou telefone celular, ele passaria, imediatamente, desde o instante em que se deslocasse, a ficar à disposição do empregador, prestando horas normais de serviço (ou horas extras, se for o caso) e não horas de sobreaviso ou de prontidão”²⁰.

Amauri Mascaro Nascimento defende que o simples uso do *bip* e do celular não caracteriza sobreaviso: “Quando o empregado se utiliza de telefone celular ou de *bip* fornecido pela empresa, mas tem a liberdade de se locomover, não obrigado a ficar adstrito a um local à disposição do empregador aguardando chamado para trabalhar, não se configura a hipótese de sobreaviso, em decorrência dessa liberdade de movimentação, o que indica que o sobreaviso pressupõe a permanência do empregado em sua residência e não nos casos em que dela possa afastar-se a seu critério e para utilização desse tempo para fins próprios, diretriz acolhida pela jurisprudência”²¹.

O TST havia se posicionado recentemente sobre a polêmica, convertendo a antiga OJ 49 da SDI-I na Súmula 428: *Súmula 428. O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.*

Contudo, houve nova alteração da referida redação durante sessão do Tribunal Pleno, realizada em 14-9-2012, pela Resolução n. 185/2012, *DeJT* de 25-9-2012, como apresentado a seguir: “SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT.

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso.

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”.

Alice Monteiro de Barros é a favor ao novo entendimento da Súmula

428 do TST: “Quando nos deparamos com casos concretos envolvendo essa interpretação da referida súmula, aplicávamos a orientação antiga do TST, mas ressalvamos nosso entendimento em contrário. Isso porque o art. 224, § 2º, da CLT é um dispositivo especial e não excepcional, entendemos a aplicação do referido preceito por analogia. Como é sabido, os empregados portadores de BIP e celulares têm sua locomoção restrita aos limites do raio de ação do aparelho que portam. Logo, a expectativa de virem a ser solicitados cerceia-lhes a liberdade, mantendo-os psicologicamente ligados à atribuição funcional, e, em consequência, o BIP proporciona ao empregador segurança no resguardo de seus interesses”²².

Desta forma, pelo novo entendimento do TST, o empregado que estiver submetido ao controle do empregador por meio de instrumentos telemáticos e informatizados, aguardando a qualquer momento um chamado para o serviço durante seu período de descanso, tem direito ao adicional de sobreaviso, correspondente a 1/3 da hora normal.

4.3 Turnos ininterruptos de revezamento

PERGUNTA-SE

- 1)** Qual é a jornada máxima diária permitida para o turno ininterrupto de revezamento?
- 2)** O que é um turno ininterrupto de revezamento? Qual sua previsão legal?
- 3)** Caso haja autorização em convenção coletiva ou acordo coletivo, são devidas como horas extras as horas trabalhadas além da 6ª diária?
- 4)** A existência de um intervalo mínimo interjornada para alimentação e repouso, bem como descanso semanal previsto em dia fixo, descaracteriza o conceito de turnos ininterruptos de revezamento?

A Lei n. 5.811/72 foi pioneira em instituir a prestação ininterrupta de serviços em turnos de revezamento nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por

meio de dutos.

1) O art. 7º, XIV, da CF/88 estabeleceu jornada especial de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Historicamente, o objetivo do constituinte ao inserir referido artigo na Carta Magna foi o de coibir a proliferação indiscriminada dos turnos ininterruptos de revezamento de 8 horas devido à aplicação analógica do regime labor dos petroleiros previsto na Lei n. 5.811/72.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind comenta sobre o uso indiscriminado dos turnos ininterruptos de revezamento na época: “Esse fato foi denunciado por parlamentares nos debates sobre o atual inciso XIV do art. 7º da Constituição. E os debates que precederam a votação do dispositivo na Comissão de Sistematização e no Plenário da Assembleia comprovam que sua redação expressa exatamente o que pretenderam os seus defensores, inclusive o relator do projeto, e aqueles que desistiram dos destaques requeridos para as emendas que apresentaram: proibir as jornadas de trabalho sem intervalo, que estavam se generalizando, nos *turnos de revezamento superiores a seis horas*”²³.

Conforme ensina Maurício Godinho Delgado, a evolução histórica jurídica desse instituto foi curiosa: “Os trabalhadores submetidos ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento vivenciaram uma curiosa evolução justralhista no direito brasileiro: passaram de um período de flagrante discriminação jurídica (a teor do texto do art. 73, *caput*, CLT) a uma fase de afastamento dessa discriminação (a teor de interpretação jurisprudencial construída anos após a Carta Constitucional de 1946), culminando, com a Constituição de 1988, no despertar de uma fase de real vantagem jurídica comparativa. A Constituição de 1988 completou o ciclo de evolução, criando uma clara vantagem jurídica para os trabalhadores submetidos a essa sistemática de organização de trabalho: a jornada

especial de 6 horas ao dia (e, conseqüentemente, 36 horas na semana) – art. 7º, XIV, CF/88”²⁴.

2) O trabalho por turno ininterrupto de revezamento é aquele em que grupos de trabalhadores se sucedem na empresa, cumprindo horários que permitem o funcionamento ininterrupto da empresa, alternando trabalho em dia e noite, ainda que compreendam no todo ou em parte, consoante entendimento da OJ 360 da SDI-I do TST: OJ 360. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/88 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.

Maurício Godinho Delgado ressalta que esse tipo de jornada especial é decorrente da forma de organização do trabalho: “São poucos os exemplos hoje existentes de jornadas especiais em virtude da submissão, pelo trabalhador, a determinada modalidade de organização do trabalho (modalidade especial de organização do trabalho) como os turnos ininterruptos de revezamento”²⁵.

É importante lembrar que o empregado pode cumprir vários tipos de regimes: turnos interruptos fixos ou turnos interruptos de revezamento. Porém, a proteção constitucional estende-se somente para os *turnos ininterruptos de revezamento*.

EXEMPLO:

Uma siderúrgica que possua três turnos de trabalho de 8 horas cada, com 1 hora de intervalo para refeição e descanso. Se os empregados trabalharem em turnos fixos, ou seja, sempre no mesmo horário de trabalho, não haverá direito a jornada especial de 6 horas. Contudo, se a atividade da siderúrgica fosse ininterrupta e os empregados tivessem seus

turnos alternados a cada 2 semanas, obrigando-os a trabalhar de dia e de noite, haveria direito a jornada reduzida de 6 horas.

Quanto ao divisor mensal aplicável ao empregado horista que labora em turnos ininterruptos de revezamento após a redução da jornada de trabalho de 8 para 6 horas, o TST se manifestou na OJ 396 da SDI-I: *OJ 396. Para o cálculo do salário-hora do empregado horista, submetido a turnos ininterruptos de revezamento, considerando a alteração da jornada de 8 (oito) para 6 (seis) horas diárias, aplica-se o divisor 180, em observância ao disposto no art. 7º, VI, da Constituição Federal, que assegura a irredutibilidade salarial.*

Para configurar a jornada especial de turnos ininterruptos de revezamento é imprescindível a comprovação da falta de interrupção no sistema de trabalho. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado esclarece: “Enquadra-se no tipo-legal o sistema de trabalho que coloque o empregado, alternativamente em cada semana, quinzena ou mês, em contato com as diversas fases do dia e da noite, cobrindo as 24 horas integrantes da composição dia/noite. 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 parte das fases integrantes da composição dia/noite, não estará enquadrado no tipo-legal do art. 7º, XIV, CF/88”²⁶.

Quanto ao tratamento jurídico dado à jornada noturna dos turnos ininterruptos de revezamento, o art. 73 da CLT prevê que os empregados não têm direito ao adicional noturno e à hora noturna reduzida: *Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.*

Maurício Godinho Delgado, comentando sobre o absurdo celetista, explica: “De fato, o art. 73, CLT, não somente não criava qualquer jornada especial para os empregados posicionados em tal sistemática de trabalho, como abertamente os discriminava em contraponto com os demais obreiros, já que os excluía dos diferenciais da hora ficta noturna e adicional noturno quando laborando em horário noturno. É curioso observar que a discriminação produzida era bastante ampla, uma vez que a CLT referia-se apenas à expressão revezamento, omitindo o qualificativo/restritivo ininterruptos (art. 73, *caput*, CLT). A Carta Constitucional de 1946 fixou dispositivo claramente antagônico à discriminação celetista, 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 após 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. Finalmente, anos 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, via de consequência, revogara a discriminação contida no art. 73, *caput*, CLT”²⁷.

Essa questão foi pacificada em 2010 com a publicação da OJ 395 da SDI-I do TST, nestes termos: *OJ 395. O trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento não retira o direito à hora noturna reduzida, não havendo incompatibilidade entre as disposições contidas nos arts. 73, § 1º, da CLT e 7º, XIV, da Constituição Federal.*

LEMBRETE:

Os empregados horistas que laboram em turnos ininterruptos de revezamento possuem direito às horas laboradas além da 6ª diária, vejam posição do TST: **OJ-SDI-1-275. TURNO ININTERRUPTO DE**

REVEZAMENTO. HORISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL. DEVIDOS.

Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.

3) Foi também uma questão polêmica jurisprudencial o direito de receber as 7ª e 8ª horas diárias como horas extras em caso de turnos ininterruptos de revezamento de 8 horas negociados via participação sindical.

O TST acabou se posicionando no sentido de que a adoção de turno ininterrupto de revezamento de 8 (oito) horas com autorização em negociação coletiva não dá direito aos empregados de pleitearem como horas extras as horas laboradas além da 6ª diária, com base na Súmula 423 do TST: *Súmula 423. Estabelecida jornada superior a 6 (seis) horas e limitada a 8 (oito) horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.*

Francisco Antônio de Oliveira, em comentários à referida súmula, alerta que a interpretação final ainda pertence ao Supremo Tribunal Federal: “Como regra, os tribunais superiores devem evitar transformar em direito sumulado matéria que foge à sua competência última no plano constitucional. Isso pelo simples motivo de que, em sede constitucional, não existe a melhor ou a pior interpretação. Existe apenas a interpretação. Esta há de ser única, isto é, a única interpretação possível, capaz de obrigar a todos (*erga omnes*). É aquela ditada pela Excelsa Corte. Em sede trabalhista, têm-se como precedentes os ex-Enunciados 316 e 317, que tiveram de ser cancelados em face de decisão contrária da Excelsa Corte”²⁸.

4) Outra questão polêmica refere-se à existência de intervalo intrajornada/interjornada dentro do turno ininterrupto de revezamento, se

ele descaracteriza sua interruptividade. Formaram-se **duas vertentes doutrinárias: a primeira**, defendendo a tese de que havendo, sim, intervalo ficaria descaracterizada a ininterrupção do turno de trabalho, e **a segunda**, argumentando que a concessão de intervalo em nada alteraria a caracterização dos turnos ininterruptos por se tratar de um direito dos trabalhadores.

Francisco Antônio de Oliveira, defendendo a segunda corrente, argumenta que “a primeira corrente parte de premissa paralógica, vez que a jornada de seis horas tem como pressuposto os turnos ininterruptos: v.g., horário de 8 às 16 horas na primeira semana; de 16 às 24 horas na segunda e de “0” às 8 horas na terceira semana. Vale dizer que descansos ou paradas durante a jornada não desprestigiam o turno ininterrupto. Essa corrente se ressentia de razoabilidade em seus fundamentos, uma vez que, para que se prestigiasse o comando constitucional, seria necessário que se infringisse preceito legal, deixando a empresa de conceder intervalo para descanso e refeição. Evidente que tal interpretação maltrata princípios elementares de hermenêutica, levando ao impasse e ao absurdo”²⁹.

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins explica que “intervalo para refeição não vai descaracterizar o turno assim como o repouso semanal também não o desqualificaria (art. 7º, XV, da CF), por serem direitos do trabalhador, visto que a Lei Maior apenas estabelece direitos mínimos, cabendo ao legislador ordinário complementá-los”³⁰.

Maurício Godinho Delgado sustenta a mesma opinião e esclarece: “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 uma jornada mais estreita de trabalho. Nesse contexto, não prejudica a tipificação dos turnos ininterruptos de revezamento a existência, na empresa, de uma 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 todas as 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 todas as 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 uma jornada especial com intuito fortemente protetivo, fundada até mesmo em considerações de saúde pública (a redução da jornada 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: os pequenos intervalos intrajornadas (arts. 71 e 72 da CLT, por exemplo). O que levou ao estabelecimento do intervalo de 15 minutos para trabalho com duração superior a 4 horas (§ 1º do art. 71 da CLT) é o desgaste específico produzido pela dedicação contínua a uma atividade laborativa. O que levou ao estabelecimento da jornada especial do art. 7º, XIV, da CF/88, é o desgaste suplementar produzido pela sistemática de trabalho tipificada pela Constituição. São fatos e circunstâncias distintas, que deram origem a normas distintas, que não se confundem, nem se excluem”³¹.

A polêmica doutrinária e jurisprudencial chegou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal: “EMENDA: CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO (CF, ART. 7º, XIV). (1) A expressão ‘ininterrupto’ aplica-se a turnos, pois são eles que podem ser ininterruptos. Intraturno não há interrupção, mas suspensão, ou, como nominado pela CLT, intervalo. A interrupção do texto constitucional diz com turnos entre si. Nada com as suspensões ou intervalos intraturnos.

(2) São os turnos que devem ser ininterruptos e não o trabalho da empresa. Circunscreve-se a expressão ‘turno’ aos segmentos das 24 horas, que se tem como relevante a paralisação coletiva do trabalho aos domingos. O trabalhador, por texto constitucional, tem direito ao repouso semanal remunerado. Se a empresa, tendo em vista as condições operacionais de suas máquinas, pode paralisar no domingo, cumpre uma obrigação constitucional. Preferencialmente no domingo, diz a Constituição.

(3) Consideram-se os intervalos, que são obrigações legais, como irrelevantes quanto a obrigação de ser turno de 6:00 horas, quando (a) forem grupos ininterruptos entre si, (b) houver revezamento e (c) não houver negociação coletiva da qual decorra situação diversa. Não é duração de intervalo – se de 0:15 minutos, de uma ou duas horas – que determina a duração da jornada. É o intervalo: se o de 0:15 minutos, de uma hora ou mais (RE 205.815-7, rel. Min. Nelson Jobim).

Logo em seguida, o STF, em sessão plenária de 24-9-2003, editou a Súmula 675 nesse sentido: *Súmula 675. Os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de 6 (seis) horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o efeito do art. 7º, XIV, da Constituição.*

O TST, em obediência ao posicionamento do STF, editou a Súmula 360, com o seguinte teor: *Súmula 360. A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/88.*

Embora o tema sobre “intervalos” seja abordado no final deste capítulo, gostaríamos somente de citar que no regime de revezamento, as horas

trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional (Súmula 110 do TST).

Por fim, em relação aos petroleiros, o TST entende que:

SÚMULA 391. PETROLEIROS. LEI N. 5.811/72. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS E ALTERAÇÃO DA JORNADA PARA HORÁRIO FIXO.

I – A Lei n. 5.811/72 foi recepcionada pela CF/88 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros.

II – A previsão contida no art. 10 da Lei n. 5.811/72, possibilitando a mudança do regime de revezamento para horário fixo, constitui alteração lícita, não violando os arts. 468 da CLT e 7º, VI, da CF/88.

4.4 Outros tipos de jornada de trabalho: jornada de 12x36 horas e jornada espanhola

PERGUNTA-SE

- 1) Em que consiste o regime de trabalho de 12x36?
- 2) **Como surgiu o regime de trabalho de 12x36?**
- 3) **Há previsão legal sobre este tipo de compensação de jornada de trabalho?**
- 4) Antes da Reforma Trabalhista, qual era a posição da jurisprudência em relação a validade da pactuação do regime de 12x36 por acordo individual direto com o empregador?
- 5) **Após a Reforma trabalhista, é obrigatória a negociação coletiva para validade do regime de trabalho 12x36?**
- 6) Após a Reforma Trabalhista, o empregado em regime de 12x36 pode laborar em local insalubre?
- 7) **O empregado que labora em regime de 12x36 pode ter seu intervalo de refeição e descanso suprimido e indenizado?**
- 8) **O empregado que labora em regime de 12x36 tem direito a adicional noturno, domingos e feriados?**

1) O regime de jornada de trabalho 12x36 é um regime de compensação de jornada de trabalho, no qual o empregado trabalha mais horas num dia

(12 horas) para poder descansar mais tempo que o trabalhador normal (36 horas de descanso). Nesse tipo de jornada, o empregado trabalha 12 horas e descansa 36 , perfazendo, em duas semanas, a média de 42 horas semanais. Nas demais duas semanas, trabalha em média 48 horas semanais. O divisor mensal é de 210 horas.

2) O regime de trabalho de 12x 36 é oriundo da negociação coletiva. Este tipo de regime de trabalho era previsto em algumas convenções coletivas de trabalho como por exemplo, a da categoria dos vigilantes e dos enfermeiros com o seguinte fundamento constitucional: *Art. 7º da CF. (...)*

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

3) Não havia regulamentação legal do regime de trabalho 12x36 até a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), somente previsão em lei especial para a categoria dos bombeiros (Lei n. 11.901/2009) e dos domésticos (LC 150/2015).

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) acrescentou o art. 58-A da CLT para disciplinar a jornada de 12x36 horas conforme transcrito a seguir: *Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.*

4) Até 2017, a jurisprudência trabalhista vinha admitindo esta modalidade de trabalho em regime de 12x36 horas somente quando houvesse previsão em negociação coletiva. Portanto, a empresa somente pode contratar empregados nesse regime de trabalho se houvesse concordância do Sindicato. Nesse sentido, transcrevo a Súmula n. 444 do

TST a seguir: *Súmula n. 444 do TST*

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 – DEJT divulgado em 26-11-2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

A posição permissiva da jurisprudência devia-se ao fato de que algumas atividades empresariais realmente necessitam manter o funcionamento 24 (vinte e quatro) horas por dia. Além disso, em relação à saúde do trabalhador, o turno 12x36 é menos prejudicial do que o turno normal, pois os descansos semanais são maiores (36 horas).

5) O art. 59-A, além de legalizar a adoção do regime de trabalho 12x36, permitiu que sua estipulação fosse feita por meio de acordo direto entre empregado e empregador.

A Medida Provisória n. 808/2017 havia alterado tal redação para exigir a celebração somente por negociação coletiva, exceto no setor de saúde. Infelizmente, a vigência da referida medida provisória foi curta, tendo perdido validade em 23-4-2018.

Desta forma, na atualidade vigora a redação original que autoriza pactuação por acordo individual com o empregador. Resta saber como a jurisprudência irá interpretar o ar. 59-A com os incisos XIII e XXVI do art. 7º da Carta Magna.

Durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas ainda se posicionou a respeito: *JORNADA 12 POR 36. I. Tratando-se de regime de compensação de jornada, é essencial para a sua validade a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do artigo 7º, XIII, da*

Constituição Federal, inclusive em relação ao comerciário, em razão de lei especial (Lei n. 12.790/2013) (Enunciado Aglutinado n. 2 da Comissão 2)

6) Em conjugação com o novo art. 59-A, a Reforma Trabalhista introduziu parágrafo único no art. 60 da CLT, de modo a dispensar, nas atividades insalubres referidas no caput desse art. 60, a “*licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene e saúde do trabalho*” para a realização de quaisquer prorrogações de jornada, vejamos: *Art. 60. (...) Parágrafo único. Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.*

Parte da doutrina trabalhista tem se posicionado no sentido de ser inconstitucional tal disposição legal.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva³² entende que há colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CF: “Consideramos bastante agressiva a redação do art. 60, parágrafo único, abaixo analisado, no sentido de que a jornada 12x36 pode ser praticada livremente em ambiente insalubre, sem licença prévia das autoridades trabalhistas e mesmo sem negociação coletiva. Quem redigiu o dispositivo ou nele votou desconhece décadas de estudos sobre saúde e segurança do trabalho, cujas pesquisas são feitas sob o módulo de 8h de atividade – arts. 156 a 200 da CLT; Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho. Assim, a exposição do operário ao ruído de 85db deve se ater a 8h, sendo irrelevante, para os fins da surdez ocupacional, que ele possa ter descanso no dia seguinte ou na semana seguinte; a pressão sonora exerce efeitos acumulativos e não conhece o mesmo conceito de descanso do corpo ou da mente em dias de folga compensatória. Pior ainda se pensarmos em trabalhos expostos a radiações ionizantes e não ionizantes, produtos químicos ou elementos biológicos, para ficar nos exemplos mais conhecidos da Norma Regulamentadora (NR) 15. Neste particular, a reforma de 2017 é ainda mais contraditória

porque inseriu o art. 611-B, XVII, para afirmar ser infenso à negociação coletiva afrontar os padrões das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho – enquanto ela própria tenta fazê-lo. Pela colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CF, opinamos pela inconstitucionalidade do art. 60, parágrafo único, com sua liberação irrestrita de horas extras em ambiente insalubre”.

Nesse mesmo sentido, se manifestou a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, vejamos: *II. Artigo 60, parágrafo único da CLT. Dispensa de licença prévia para a realização de jornada 12x36. Matéria de saúde e segurança do trabalho. Inconstitucionalidade por infração ao artigo 7º, XXII, da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado n. 2 da Comissão 2)*

7) A Reforma Trabalhista acrescentou o art. 59-A a CLT que passou a prever de forma expressa que “os intervalos para repouso e alimentação podem ser observados ou indenizados”.

Logo, o novo art. 59-A da CLT permitiu a não observância dos intervalos intrajornadas para repouso e alimentação, mediante sua indenização em pecúnia.

Há evidente choque de interpretação do art. 59-A com o art. 71, § 3º, pois este último somente permite redução do intervalo mínimo para refeição e descanso, quando comprovado que não há labor em regime de horas extraordinárias.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva³³ se posiciona incisivamente: “A situação ficou bastante confusa porque o art. 71, § 3º, não mexido na reforma de 2017, segue afirmando que a redução do intervalo pode ser feita, desde que o empregado não esteja em regime de horas extras. A jornada 12x36 é um regime de horas extras, apenas desprovido de pagamento em dinheiro porque haverá compensação. Às

vezes, tem-se a impressão de que horas extras seja uma expressão sinônima de pagamento, quando na verdade horas extras ocorrem toda vez em que for ultrapassada a jornada contratual, a jornada tácita ou a jornada legal. No caso, quando dizemos horas extras normalmente se quer dizer o excedente da oitava hora, à luz do art. 7º, XIII, da CF. Logo, 12x36 é um regime de horas extras e não deve admitir supressão da refeição, penosa para jornadas regulares, duplamente penosa para jornadas prorrogadas.”

8) A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) considerou que a remuneração mensal já abrange o DSR e descanso em feriados. Além disso, previu que serão compensadas as prorrogações de trabalho noturno e feriados.

Nesse sentido, vejamos a redação do parágrafo único do art. 59-A da CLT: *Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo 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.*

Contrariando a OJ n. 388 da SDI-I do TST que previa o direito ao adicional noturno na jornada 12x36, a Reforma Trabalhista buscou eliminar tal direito.

Homero Batista Mateus da Silva³⁴ é frontalmente contrário ao parágrafo único do art. 59 da CLT e sustenta inclusive sua inconstitucionalidade: “Dado que o art. 7º da CF determina remuneração da hora noturna superior à hora diurna e dado que o TST possui sólida jurisprudência no sentido de que a majoração noturna é feita simultaneamente e cumulativamente pelo adicional noturno e pela hora noturna reduzida, será inconstitucional a interpretação de que a jornada 12x36 noturna pode ser pactuada sem nenhuma compensação da redução noturna”.

Maurício Godinho Delgado³⁵ aponta desrespeito ao art. 7º, inciso IX, da Constituição Federal: “Relembre-se, ademais, que a Constituição de 1988 apresenta regra expressa determinando o pagamento de ‘remuneração do trabalho noturno superior à do diurno’ (inciso IX do art. 7º, CF). Dessa maneira, relativamente a esse pagamento (no caso, o adicional noturno previsto pela própria CLT: art. 73, *caput* – 20%), não há como excluir a imperatividade de seu adimplemento, se a jornada de plantão abranger, no todo ou em parte, o horário entre 22:00 horas e 05:00 horas da manhã no segmento urbano. O fato é que a sobrerremuneração do trabalho noturno é imperativa, resultante da Constituição de 1988 (art. 7º, IX, CF)”.

Quanto à compensação dos domingos e feriados, Maurício Godinho Delgado³⁶ assim se manifesta: “Considerou remunerados e/ou compensados os descansos semanais remunerados (aqui, com correção), mas também os descansos em feriados (aqui, em manifesto equívoco). Ora, se não existe, tecnicamente, essa compensação quanto aos feriados, estes devem, sim, ser pagos em destacado, se o plantão foi cumprido, em certo mês, em dia de feriado”.

Homero Batista Mateus da Silva³⁷ comunga do mesmo entendimento: “Diferentemente do entendimento do TST, o art. 59-A considera que os feriados já estão embutidos na compensação da jornada 12x36. Neste particular, o TST estava certo e a reforma de 2017 errou: embora para o leigo pareça que um dia de folga seguinte a um dia de trabalho já represente a folga compensatório do domingo ou do feriado, temos de lembrar que, na verdade, a carga de 12h embute 4h a mais que necessitam de dia extra para a folga; assim, o dia seguinte era destinado a compensar parte do dia anterior, havendo pouco espaço de manobra para a compensação do feriado. Basta o mês ter 6 dias de descansos – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar. Caso o cálculo matemático seja feito com esmero e a questão seja bem compreendida, este artigo pode ser rechaçado por inconstitucional por oficializar módulo semanal

superior a 44h”.

PERGUNTA-SE

- 1) Em que consiste o regime de trabalho conhecido como semana espanhola? E a semana inglesa?
- 2) É necessária a previsão em negociação coletiva para sua validade?

1) No regime de trabalho conhecido como semana espanhola, o empregado trabalha 8 horas no sábado a cada duas semanas. Nas demais semanas não há trabalho aos sábados. Na prática, o empregado alterna a prestação de serviços de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra.

Na semana inglesa, o empregado não trabalha aos sábados e compensa este labor durante a semana, em regime de compensação de jornada de trabalho, obedecendo ao limite máximo diário de 10 horas.

2) Segundo o TST, a chamada jornada espanhola viola a CLT e a Constituição, pois ultrapassa o limite de 44 horas em algumas semanas, portanto somente é válida mediante negociação coletiva, nos termos da OJ 323 da SDI-I do TST: *OJ 323. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.*

5. DO CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO

Inicialmente, Maurício Godinho Delgado classifica a jornada de trabalho em três tipos: *controlada, não controlada e não tipificada legalmente*. Vejamos a explicação do autor: “Para que se afira, no plano concreto, uma jornada de trabalho efetivamente prestada, é necessário que exista um mínimo controle ou fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade perante o empregador. Trabalho não fiscalizado ou controlado minimamente 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. Por essa razão é que distingue o Direito do Trabalho entre jornadas submetidas a controle empresarial e jornadas não submetidas a esse efetivo controle”³⁸.

Nas palavras do autor, veja explicação de cada tipo de jornada: “As primeiras (**jornadas controladas**) 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**) não ensejam o cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto. Ao lado das jornadas controladas e não controladas, há, finalmente, a possibilidade, na ordem jurídica, da existência de **jornada não tipificada legalmente** e, desse modo, também insuscetível de ensejar incidência de horas extraordinárias, no plano concreto. Essa última figura abrange exclusivamente, no direito brasileiro, a categoria doméstica”³⁹.

Preliminarmente, vamos estudar as jornadas controladas. Regra geral, os horários de trabalho dos empregados deverão ser fixados em quadro de horário de trabalho, consoante o art. 74, *caput* e § 1º, da CLT: *Art. 74. O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo*

expedido pelo Ministro do Trabalho e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

A Lei Complementar n. 126/2006 dispensa as micro e pequenas empresas de manterem quadro de horário.

O quadro poderá ser dispensado também caso o estabelecimento possua mais de 10 empregados, já que passa a ser obrigatório o controle da jornada de trabalho por meio de registros manuais, mecânicos ou eletrônicos, de acordo com o art. 74, § 2º, da CLT: *Art. 74. (...)*

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de 10 (dez) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

PEGADINHA:

O quadro de horário é dispensado em duas hipóteses: empresas com menos de 10 empregados e micro/pequenas empresas.

Maurício Godinho Delgado sintetiza a posição adotada pelo legislador quanto ao controle de empresas com mais de 10 empregados: “Não obstante exista a presunção de jornada controlada, não estabelece a lei procedimentos especiais para esse controle quando se tratar de trabalho interno em pequeno estabelecimento empresarial. A razão é meramente prática, visando simplificar as exigências sobre o pequeno empresário – mas isso não elide a presunção jurídica de jornada controlada aqui exposta. Tratando-se, porém, de trabalho interno em estabelecimento com mais de dez empregados, estabelece a CLT alguns procedimentos formais de controle de jornada, com o objetivo de facilitar a evidência de respeito à jornada legal padrão ou a evidência do trabalho extraordinário efetivamente realizado”⁴⁰.

Nas demais hipóteses, é obrigatório o controle de jornada de trabalho: trata-se de *jornadas do tipo controladas*.

PERGUNTA-SE

- 1) As variações de horário para marcação de ponto podem ser computadas como horas extras?
- 2) Os cartões de ponto que apresentam horários de entrada e saída invariáveis são considerados válidos como meio de prova?
- 3) O que é o controle de ponto por exceção? Este tipo de controle é válido?

É importante estudar tratamento jurídico aplicado pelo legislador ao tempo gasto para marcação de ponto, conhecido como *tempo residual à disposição* previsto no art. 58, § 1º, da CLT: *Art. 58. (...)*

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de 5 (cinco) minutos, observado o limite máximo de 10 (dez) minutos diários.

1) Assim, as variações de até 5 minutos, atingindo-se o limite de 10 diariamente, que se encontram lançadas no cartão de ponto, não são consideradas como jornada de trabalho. Após esse limite, o tempo que estiver anotado no cartão de ponto será considerado como à disposição do empregador e, portanto, hora extra.

Desta forma, o legislador permitiu que o empregador desconsiderasse as variações de horário para marcação de ponto que não excedessem a 5 minutos diários na anotação do horário de entrada e 5 minutos diários na anotação do horário da saída (art. 58, § 1º, da CLT e Súmula 366 do TST).

Súmula 366. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de 5 (cinco) minutos, observado o limite máximo de 10 (dez) minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal.

PEGADINHA:

Se for ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade

do tempo que exceder a jornada normal.

Por exemplo: Se o empregado excedeu em 12 minutos a marcação de ponto, deverão ser considerados como extras os respectivos 12 minutos, e não somente 2 minutos.

Recentemente, o TST pacificou a polêmica sobre o tempo gasto pelo empregado no deslocamento entre a portaria e o local de trabalho na Súmula 429: *Súmula 429. 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.*

Se é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho, a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, salvo prova em contrário. Esse é o entendimento da Súmula 338, n. I, do TST: *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.*

Portanto, se a empresa tiver mais de 10 empregados e não apresentar o cartão de ponto na Justiça do Trabalho, atrairá para si o ônus de provar por outros meios que o empregado não realizou horas extras.

Além disso, o TST entende que a presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em convenção ou acordo coletivo, sempre pode ser elidida por prova em contrário, consoante o n. II da Súmula 338 do TST: *II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.*

2) Segundo o TST, os cartões de ponto que demonstram horários de

entrada e saída uniformes, conhecidos como “jornada britânica”, são inválidos como meio de prova. Nesse caso, o juiz deve inverter o ônus da prova, que passa a ser do empregador, e prevalece a jornada inicial, se dele não se desincumbir, consoante o n. III da Súmula 338 do TST: *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.*

No caso das jornadas controladas, o controle de frequência poderá ser efetuado pelos seguintes meios: *manual*, *mecânico* ou *eletrônico*.

Amauri Mascaro Nascimento aponta a evolução das formas de controle de frequência do cartão de ponto de papelão até o registro eletrônico: “A marcação mais antiga e cada vez mais em desuso é cartão de ponto de papelão, que poucas garantias de exatidão oferece, porque assinalado manualmente pelo empregador, nem sempre com a exata marcação dos verdadeiros horários de começo e fim do trabalho. Com o avanço da tecnologia, surgiu o relógio-ponto, também por meio de um cartão, mas com a marcação registrada automaticamente pelo relógio, que nela consigna os horários de modo mecânico. Mais aperfeiçoado é o registro eletrônico”⁴¹.

Em 2009, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou a Portaria n. 1.510 sobre o novo ponto eletrônico. O objetivo era (a) disciplinar o Registro Eletrônico de Ponto e (b) sua utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – SREP.

De forma sucinta, podemos citar as principais mudanças relativas à implementação do ponto eletrônico: **a)** proíbe todo tipo de restrição à marcação de ponto, marcações automáticas e alteração dos dados registrados; **b)** estabelece requisitos para o equipamento de registro de ponto, identificado pela sigla REP (Registrador Eletrônico de Ponto); **c)**

estabelece os requisitos para os programas que farão o tratamento dos dados oriundos do REP; **d)** estabelece os formatos de relatórios e arquivos digitais de registros de ponto que o empregador deverá manter e apresentar à fiscalização do trabalho.

Em 27 de dezembro de 2011, pela Portaria n. 2.686 do Ministério do Trabalho e Emprego, o prazo para implementação do ponto eletrônico foi prorrogado novamente: **1)** a partir de 2 de abril de 2012, para as empresas que exploram atividades na indústria, no comércio em geral, no setor de serviços, incluindo, entre outros, os setores financeiro, de transportes, de construção, de comunicações, de energia, de saúde e de educação; **2)** a partir de 1º de junho de 2012, para as empresas que exploram atividade agroeconômica nos termos da Lei n. 5.889, de 8 de julho de 1973; **3)** a partir de 3 de setembro de 2012, para as microempresas e empresas de pequeno porte, definidas na forma da Lei Complementar n. 126/2006.

A título informativo, segue posição do ex-presidente do TST, Vantuil Abdala: **Ponto eletrônico: Vantuil Abdala, ex-presidente do TST, analisa a portaria do MTE**

A Portaria n. 1.510 do Ministério do Trabalho, que trata da adoção do sistema de registro de ponto eletrônico por empresas com mais de 10 empregados, é tema de reflexão do ex-Ministro e ex-Presidente do Superior Tribunal do Trabalho Vantuil Abdala. No artigo “O ponto eletrônico em xeque”, Abdala afirma que a intenção da medida – “a higidez no controle da jornada” – é louvável, mas que a sua eficácia é reduzida. E, ainda, que a Portaria afronta o reconhecimento dos acordos coletivos sobre a matéria, garantido pela Constituição.

O ex-ministro lista alguns dos argumentos utilizados por empregadores e trabalhadores contra a medida, como o alto custo para a aquisição, manutenção e gerenciamento dos equipamentos, sobretudo para micro e pequenas empresas; o impacto ambiental gerado pela impressão de grandes quantidades de comprovantes; o número excessivo de papéis que o trabalhador terá que guardar durante cinco anos; e, principalmente, a falta de diálogo tripartite na edição da Portaria, entre outros.

“Aqui faz-nos lembrar do conhecido aforismo trabalhista: ‘Não se pode exagerar na interpretação das normas de proteção ao trabalhador, pois corre-se o risco de prejudicar exatamente aquele que a quem se quer proteger’”, afirma Abdala. “Trabalhadores, empregadores e governo, no tripartismo apregoado pela OIT, saberão com certeza, juntos,

encontrar caminhos apropriados para a questão”, conclui (TST, 7-9-2010).

3) Outra questão polêmica é a validade do chamado sistema de controle de ponto por exceção. Neste tipo de controle, o empregado anota somente as exceções, ou seja, anota somente quando labora fora do horário normal de trabalho.

Quanto a sua validade, a jurisprudência trabalhista é bem escassa a respeito, mas tende no sentido de não reconhecer como válido este sistema. Veja decisão recente a respeito: **Marcação de ponto por exceção é inválida** A 1ª Turma do TRT/MG considerou inválido o sistema de marcação de ponto adotado por uma empresa, o qual apenas lança automaticamente o horário de trabalho normal do empregado e, quando ocorrem as exceções, como faltas e horas extras, o registro é substituído pela anotação da situação excepcional.

Os julgadores concluíram que a forma adotada pela empresa viola o disposto no art. 74, § 2º, da CLT. Portanto, dando razão parcial ao recurso do Ministério Público do Trabalho, a Turma modificou a decisão de primeiro grau e determinou que a reclamada cesse a prática do sistema de ponto por exceção e providencie um sistema de controle de frequência, com registro dos horários reais de entrada e saída do trabalho.

A juíza sentenciante havia indeferido o pedido de tutela inibitória (que visa a prevenir eventuais ocorrências de novos danos, com a proibição da prática do ato danoso), feito pelo Ministério Público do Trabalho, por entender que o sistema de ponto praticado pela empresa não é ilegal, já que os trabalhadores podem anotar as horas extras prestadas. Na sua visão, essa forma de registro é inovadora e de fácil manuseio, não se podendo presumir a existência de fraude apenas por ser diferente do usual. Mas o juiz convocado Cléber Lúcio de Almeida interpretou os fatos de outra forma.

O relator esclareceu que o art. 74, § 2º, da CLT estabelece que o início e o final da jornada devem, obrigatoriamente, ser registrados. “Trata-se de norma de ordem pública, relacionada com a possibilidade, inclusive, de fiscalização do cumprimento das regras que limitam a jornada diária e semanal de trabalho” – ressaltou. A forma escolhida pela empresa equivale à ausência de registro da jornada normal de trabalho, na medida em que apenas as exceções são anotadas pelo empregado. Além disso, embora as horas extras prestadas sejam registradas pelos trabalhadores, com o uso de senha pessoal, a inscrição definitiva no sistema depende da aprovação pelo líder operacional, supervisor ou gerente.

Segundo explicou o juiz convocado, os documentos do processo demonstram que a aprovação do registro das horas extras não ocorre de forma automática, sendo uma das

atribuições do gerente a negociação das exceções com os empregados. Ou seja, as exceções podem acabar não sendo registradas, mesmo após a reclamada ter se beneficiado pelas horas extras prestadas pelo empregado.

“Os cartões de ponto são considerados prova por excelência da jornada efetivamente cumprida e não apenas de eventuais exceções objeto de aprovação posterior” – enfatizou. Embora a empresa alegue em seu favor a Portaria n. 1.120/95, essa norma não dispensa o empregador da obrigação do registro da jornada, limitando-se a permitir que seja adotado um controle diferente dos previstos em lei. A alternativa diz respeito à forma e não ao seu conteúdo. O relator acrescentou, ainda, que uma portaria não pode afastar o cumprimento de norma de ordem pública.

Com esses fundamentos, a Turma deu provimento parcial ao recurso do Ministério Público do Trabalho e determinou que a empresa, no prazo de três meses, troque o sistema de ponto por exceção por um sistema de controle de frequência em que sejam anotados os reais horários de entrada e saída, que não dependerão de negociação, conforme disposto no art. 74, § 2º, da CLT, sob pena de multa diária (RO 00627-2009-089-03-00-6, TRT/MG, de 19-5-2010).

Vamos estudar agora as jornadas do tipo não controladas. Para tanto, vamos analisar minuciosamente a redação do art. 62 da CLT, alterada pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) *Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:*

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

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

III – Os empregados em regime de teletrabalho.

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

Segundo a redação do artigo, estão isentos do controle de jornada de trabalho (a) os empregados que exercem atividades externas incompatíveis com o controle de jornada de trabalho (por exemplo: os vendedores e motoristas); (b) os empregados exercentes de cargos de gestão (por exemplo: os gerentes e diretores); e (c) os empregados em regime de

teletrabalho. A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) exclui os teletrabalhadores submetidos ao regime laboral de teletrabalho das regras relacionadas à duração do trabalho.

De fato, o legislador reformista introduziu o novo inciso III no art. 62 da CLT, de forma a estabelecer a ressalva de que “*os empregados em regime de teletrabalho*” não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista (“Da Duração do Trabalho”).

Primeiramente, estudaremos os empregados que exercem atividades externas incompatíveis com o controle de jornada de trabalho.

NÃO SE ESQUEÇA:

Somente o trabalho externo sem possibilidade de controle pelo empregador poderá afastar o direito às horas extras.

Quando a atividade externa do trabalhador for controlada pelo empregador, seja pelo trajeto a ser percorrido ou por relatórios de viagem, serão devidas as horas extras ao empregado. Além disso, é necessária a anotação de tal condição na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado e na ficha de registro de empregados.

Alice Monteiro de Barros coaduna com a mesma opinião: “Estão também excluídos do capítulo de duração do contrato de trabalho os empregados que exercem atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS do obreiro e no registro de empregados”⁴².

Maurício Godinho Delgado lembra que o art. 62 da CLT traz apenas uma presunção jurídica e não discriminação legal: “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 normas sobre jornada de trabalho. 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 diária laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à jornada de trabalho”⁴³.

Repita-se que não basta o empregado exercer jornada externa para estar excluído do controle de jornada. É necessário que a sua jornada externa não seja controlada pelo empregador de nenhuma forma.

Mauricio Godinho Delgado reforça essa tese: “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 com roteiros externos cumpridos em horários lançados em fichas ou papeletas de registro de horário em poder do próprio empregado (§ 3º do art. 74 da CLT). De todo modo, a prática justrabalhista tem demonstrado que a simples circunstância do trabalho ser 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, desse modo, falar-se em horas extras”⁴⁴.

O uso do tacógrafo pode ser considerado uma forma de controle da jornada de trabalho do empregado?

Essa tem sido uma questão bem polêmica na jurisprudência trabalhista. No entendimento do TST (OJ 332 da SDI-I do TST), o uso do tacógrafo, por si só, *sem a existência de outros elementos*, não é suficiente para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.

OJ 332. O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.

PEGADINHA:

O tacógrafo, por si só, não é meio de prova de controle de jornada de

trabalho, contudo, se houver outros elementos, poderá ser considerado, sim.

Veja decisão neste sentido:

TST mantém posicionamento quanto ao uso de tacógrafo e computador de bordo A Seção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho manteve decisão da 3ª Turma que considerou válido o controle de jornada de motorista por meio de tacógrafo e Redac (computador de bordo) e, desta forma, condenou a empresa M. Comércio e Serviços de Distribuição S/A ao pagamento de adicional sobre horas extras e reflexos a um ex-empregado motorista que mantinha jornada média das 7 às 20 horas, com duas horas de intervalo de segunda a sábado e que após a sua demissão ingressou com ação trabalhista buscando o seu direito.

Ao se pronunciar sobre o caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) havia dado razão ao empregado, condenando a empresa ao pagamento do adicional, sob o argumento de que era possível saber qual o tempo trabalhado pelo motorista, pois o caminhão era equipado com tacógrafo. A empresa recorreu ao TST. A 3ª Turma manteve a decisão regional, o que levou a empresa a ingressar então com Embargos de Declaração pedindo maiores detalhes da decisão.

Ao julgar os embargos, a 3ª Turma acrescentou que o controle era feito não só por tacógrafo, mas também por Redac (computador de bordo) e que a junção dos dois instrumentos seria capaz de registrar início e término da jornada, bem como distâncias percorridas e paradas. Portanto, a jornada podia ser controlada e a sobrejornada era devida ao empregado.

A empresa recorreu à SDI-1 buscando a reforma da decisão da Turma sob a alegação de que a tese utilizada de que o controle de horário estaria caracterizado pelo uso do tacógrafo contrariava a OJ 332 da SBDI-1 do TST, que ensina: “O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa”.

Ao analisar o caso na SBDI-1, o relator, Ministro Lelio Bentes Corrêa, observa que ao contrário do que afirmado no recurso, a caracterização do controle de jornada não se deu apenas pelo uso do tacógrafo, mas sim do tacógrafo aliado ao uso do Redac, como já havia sido esclarecido nos embargos. Para o ministro, o Redac é um sistema moderno e sofisticado capaz de inclusive ter à disposição do motorista comunicação por meio de voz, permitindo assim um efetivo controle.

O ministro salientou ainda que “a exceção da CLT em relação àquele que exerce atividade externa no caso motorista se dá não pelo fato da empresa optar por não exercer o controle da jornada, mas sim pelo fato de ser impossível o controle desta jornada”. A tese mantida pela SDI-1 é a de que estes equipamentos (tacógrafo e Redac) permitiriam à empresa o efetivo controle da jornada cumprida pelo reclamante na medida em que pode-se saber a

que horas começou, se teve paradas ao longo do dia, se houve intervalo para refeição (RR 694820-79.2000.5.03.0043, de 16-7-2010).

A segunda exceção de controle de jornada de trabalho refere-se aos empregados que exercem cargos de gestão.

Segundo o art. 62 da CLT, estão isentos de controle a jornada de trabalho dos diretores, gerentes e chefes de departamento ou filial, desde que percebam gratificação de função superior a 40% do salário de seu subordinado imediato.

A legislação trabalhista não contempla especificamente uma definição de cargo de confiança, sendo assim enquadrados pela doutrina e jurisprudência os gerentes, diretores, administradores, chefes de departamento, com amplos poderes e que ocupam função diretiva na empresa ou estabelecimento. São os também denominados “altos empregados”.

A Lei n. 8.966/94 alterou a redação do art. 62 da CLT, dispensando a exigência do “mandato legal” para caracterização do cargo de confiança, bastando para tanto a investidura em encargos de gestão, seja de forma tácita ou expressa.

Alice Monteiro de Barros critica a redação do art. 62 da CLT: “Ora, as exceções devem se verificar não em razão da função, mas da fiscalização, independentemente do cargo ocupado pelo obreiro. Entendemos que o art. 62, parágrafo único, da CLT não excetuou os gerentes do direito ao pagamento de horas extras, quando existir a fiscalização sobre seu trabalho”⁴⁵.

Logo, o empregado que exerce cargo de confiança não está subordinado a horário, sendo assim, está dispensado do controle de frequência, ou seja, não bate cartão de ponto. Por outro lado, este tipo de empregado não tem direito ao pagamento de horas extras, desde que perceba gratificação de função de, no mínimo, 40%.

Alice Monteiro de Barros traz importante crítica sobre o critério quantitativo da gratificação de função do cargo de confiança: “O dispositivo em questão é meramente exemplificativo, limitando-se a definir qual é o padrão mais elevado de vencimentos, que aliás, já constava da redação antiga do art. 62 da CLT, sem explicitar o valor, e nem por isso estava o gerente afastado das normas sobre duração do trabalho, se sujeito a fiscalização. A gratificação de 40% é uma consequência natural da maior responsabilidade que o cargo exige e visa evitar as designações fictícias”⁴⁶.

Conclui-se que para caracterizar o exercício de cargo de confiança é necessário: (a) exercer de fato uma função de gestão e (b) se perceber gratificação de função superior a 40% do seu salário efetivo.

Por exemplo: Se o empregado perceber um salário de R\$ 10.000,00 e sua gratificação de função for de 20% (R\$ 2.000,00), não respeitando o percentual legal mínimo de 40%, fará jus às eventuais horas extras que porventura laborar durante o contrato de trabalho.

A ausência do pagamento da gratificação de função de no mínimo 40% de acréscimo sobre o salário do cargo efetivo descaracteriza o cargo de confiança, já que os dois requisitos acima apontados devem ser observados cumulativamente.

Veja interessante matéria do *site* IG Empregos sobre o tema: **Cargo de confiança não recebe horas extras** Texto: Maria Carolina Nomura, IG São Paulo

Exceção à regra, o contrato para cargos de confiança prevê o não recebimento de horas extras e tampouco o controle da jornada de trabalho, recebendo a contrapartida de 40% a mais do salário do seu subordinado mais graduado.

O advogado Marcos Vinicius Poliszczuk – sócio titular do Fortunato, Cunha, Zanão e Poliszczuk Advogados, de São Paulo, comenta que as principais diferenças de um contrato de trabalho comum para um de cargo de confiança são não haver controle da jornada de trabalho e, conseqüentemente, o não pagamento de horas extras.

Gerentes, diretores e chefes de departamento são alguns cargos que correspondem a esse

tipo de contrato, de acordo com o art. 62 da CLT. Contudo, para assumir o posto, esse profissional deve deter o real poder de gestão do negócio.

Autonomia – “Poder de gerir como sendo o dono do negócio é o poder de decidir sozinho os destinos daquela parte da empresa. O gerente precisa de autonomia, para que a última palavra seja dele na diretriz tomada”, explica o advogado trabalhista Marcos Alencar, do escritório Dejure Advogados, de Pernambuco.

Alencar acrescenta que, normalmente, o gestor deve ter autonomia para contratar, demitir e aplicar penalidades a seus subordinados sem a necessidade de pedir a aprovação do proprietário da empresa.

Isso explica uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho que não considerou que um gerente tinha cargo de confiança, apenas por fazer parte da chefia. Segundo a sentença, os poderes de gestão devem demonstrar autonomia organizacional ou administrativa.

Sem controle – Alencar comenta que aqueles que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho também têm o contrato de trabalho em cargo de confiança. “Isso quer dizer que para o empregado não ter direito ao recebimento de horas extras ele precisa trabalhar externamente e ainda estar numa condição que torne incompatível ou difícil o controle da sua jornada de trabalho.”

O advogado usa como exemplo um vendedor que viaja para todos os Estados, inclusive localidades onde não há sinal de celular. “Eles estão inseridos nessa exceção, assim como caminhoneiros cuja empresa não tenha sistema de monitoramento ou nenhum tipo de controle.”

“É importante observar a necessidade de anotar essa exceção, de que o empregado não está submetido a controle de jornada, na página de observações da carteira profissional e na ficha de registro funcional”, diz Alencar (25-8-2010).

Vide mais informações sobre o conceito de cargo de confiança no **Capítulo 1 – Relação de Trabalho e Emprego**.

Por fim, estudaremos a terceira exceção legal trazida pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que exclui os teletrabalhadores submetidos ao regime laboral de teletrabalho das regras relacionadas à duração do trabalho.

De fato, o legislador reformista introduziu o novo inciso III no art. 62 da CLT, de forma a estabelecer a ressalva de que “*os empregados em regime de teletrabalho*” não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista (“Da Duração do Trabalho”).

A doutrina majoritária tem entendido que tal regra é apenas uma presunção relativa, cabendo prova em sentido contrário.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado⁴⁷ sustenta: “A nova regra legal, entretanto, fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ ou extraordinárias, além de intervalos trabalhistas. Trata-se, naturalmente, de presunção relativa – que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário”.

Comungando da mesma opinião, Homero Batista Mateus da Silva⁴⁸ assim se posiciona: “O inciso III, enxertado ao art. 62, objetivou criar terceira categoria de trabalhadores desprovidos do direito às horas extras, intervalos e adicional noturno: além dos exercentes de cargos de chefia e de funções externas, incompatíveis com o controle de jornada, a reforma trabalhista propõe que também os trabalhadores em domicílio – atividade que não nasceu com a internet e existe desde tempos imemoriais com os ofícios de costura, alfaiataria, ourivesaria e tantos outros ramos braçais e intelectuais – fiquem à margem do capítulo da duração do trabalho. A excepcionalidade está cercada de polêmica, dúvidas jurídicas e possível inconstitucionalidade”.

No mesmo sentido caminhou a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra⁴⁹ em 2018: 7.2 *Duração do trabalho*

TELETRABALHO. HORAS EXTRAS. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o art. 7º, “e”, “g” e “h” *protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (“Protocolo de San Salvador”)*, promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT. (Enunciado Aglutinado

n. 2 da Comissão 6)

DICA FINAL:

As regras acerca da duração do trabalho (Capítulo II do Título II da CLT) não se confundem com as regras sobre descanso semanal remunerado e descanso em feriados. Tais hipóteses normativas são regidas por diploma legal distinto e especial (Lei n. 605/49).

Dessa forma, todos os empregados excetuados no art. 62 da CLT estudados acima, quais sejam, os empregados exercentes de cargo de confiança, os empregados que prestam serviços externos e os teletrabalhadores, têm direito ao DSR e feriados.

6. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO

PERGUNTA-SE

- 1) O que significa compensar a jornada de trabalho?
- 2) Existe alguma formalidade legal para ser aplicado o regime de compensação de jornada de trabalho?
- 3) Qual é a penalidade para o empregador que alegar ter celebrado acordo tácito de compensação de jornada de trabalho?
- 4) O sindicato pode proibir a empresa de celebrar acordo de compensação de jornada de trabalho diretamente com os empregados?
- 5) O que é sistema de compensação de jornada de trabalho mediante “banco de horas”?
- 6) O “banco de horas” pode ser celebrado diretamente com o empregado?

1) A compensação da jornada de trabalho ocorre quando o empregado trabalha mais horas num determinado dia para prestar serviços em um número menor de horas em outro dia, respeitando-se o limite de horas semanais fixado para a jornada ordinária.

Por exemplo: se o empregado cumprir a seguinte jornada durante a semana:

2ª feira	3ª feira	4ª feira	5ª feira	6ª feira	sábado
7 horas (empregado saiu 1 hora mais cedo)	9 horas (empregado compensou a 2ª feira trabalhando 1 hora a mais)	8 horas (empregado trabalhou normalmente)	10 horas (empregado trabalhou 2 horas a mais)	6 horas (empregado saiu 2 horas mais cedo para compensar a 5ª feira)	4 horas (empregado trabalhou normalmente)

Veja que, neste exemplo, o empregado respeitou o limite da jornada semanal de 44 horas e não ultrapassou o limite diário de 10 horas.

Nesta hipótese, podemos dizer que houve compensação da jornada de trabalho semanal, portanto, nos dias em que o empregado trabalhou acima da 8ª diária (3ª feira e 5ª feira), não são devidas horas extras.

2) O regime compensatório clássico é aquele que ocorre dentro do mês trabalhado, agregando-se horas suplementares em um ou mais dias, em determinada(s) semana(s), e se realizando a compensação, pela redução de jornada, em outro(s) dia(s) ou semana(s).

A jurisprudência trabalhista estava pacificada no sentido de que o regime compensatório clássico podia ser pactuado bilateralmente, mas sempre por escrito (Súmula 85, I, TST). Podia também, é claro, ser autorizado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista – ACT ou CCT, conforme Súmula 85, I, TST abaixo: *I – A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.*

Logo, até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) não era permitido o acordo tácito. A partir de 11-11-2017, foi acrescentado o § 6º ao art. 59 da CLT com a seguinte redação: *§ 6º é lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.*

Maurício Godinho Delgado⁵⁰ entende que não se pode fazer uma interpretação literal e gramatical do § 6º do art. 59 da CLT e defende a pactuação *mínima por acordo escrito entre as partes*: “A interpretação literalista desse novo preceito, entretanto, conduziria à deflagração de profunda insegurança jurídica para o trabalhador no contexto da relação de emprego, além de exacerbar o poder unilateral do empregador nessa relação já fortemente assimétrica. A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do referido dispositivo da CLT, a par da incidência, na hipótese, do fundamental princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, deve conduzir, equilibradamente, à

compreensão no sentido da necessidade, pelo menos, da pactuação bilateral escrita para a validade do mencionado regime compensatório clássico”.

ATENÇÃO:

Se houver norma coletiva proibindo a compensação da jornada de trabalho, não será válido o acordo celebrado diretamente com o empregado, consoante o item II da Súmula 85 do TST: *II – O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.*

A própria Reforma Trabalhista reconheceu a validade do negociado sobre o legislado e autorizou o sindicato a negociar sobre jornada de trabalho e banco de horas, vejamos a redação do art. 611-A da CLT: *Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:*

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual; (...)

3) Antes da Reforma Trabalhista, caso o acordo de compensação da jornada de trabalho fosse tácito, o empregador ficava somente obrigado a pagar as horas excedentes da 8ª diária com o adicional de horas extras, pois a hora de trabalho já era considerada como paga e compensada durante a semana, segundo o item III da Súmula 85 do TST: *III – O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.*

No mesmo sentido, foi acrescentado o art. 59-B à CLT pela Lei n. 13.467/2017, vejamos sua redação: *Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para 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.

Portanto, neste tópico, a reforma trabalhista acompanhou a tendência jurisprudencial, *salvo quanto* à expressa previsão sobre o reconhecimento do acordo tácito.

4) Outra questão importante para a prática forense trabalhista refere-se à prestação de horas extras habituais quando da existência de acordo de compensação de jornada de trabalho.

Nesta hipótese, o TST entendia que poderia ser descaracterizado o acordo, consoante o item IV da Súmula 85 do TST: *IV – A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.*

Contudo, em sentido oposto ao inciso IV da Súmula 85 do TST, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) acrescentou o parágrafo único ao art. 59-B nos seguintes termos: *Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.*

Homero Batista Mateus da Silva⁵¹ se insurge diretamente contra esta nova norma, vejamos seu entendimento: “Os modelos que objetivam misturar prorrogações compensáveis com prorrogações indenizáveis desafiam sua constitucionalidade, porque criam semanas superiores a 44h e não respeitam a literalidade da exigência do art. 7º, XIII, da CF. Logo, a redação muito ousada do art. 59-B, parágrafo único, representa uma promessa que talvez não venha a ser concretizada. Não se deve

recomendar para um cliente o desrespeito contumaz ao acordo de compensação antes de conferir o filtro da jurisprudência a respeito. Por ora, a dicção da Súmula 85, IV, me parece mantida”.

No mesmo sentido, não obstante tal expressa previsão legal, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou recentemente, em 2018, enunciados da sua 2ª jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho e trouxe enunciado específico sobre este tema transcrito a seguir:

6.1 Descaracterização por prestação de horas extras

PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO E BANCO DE HORAS. A prestação de horas extras habituais ou, ainda que eventuais, em número superior a duas horas diárias, implica descaracterização do acordo de compensação e do acordo de banco de horas, conforme artigos 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal, e 59 da CLT. (Enunciado n. 1 da Comissão 2)

5) É importante conhecer o sistema de compensação de jornada de trabalho conhecido como **banco de horas**. É previsto no art. 59, § 2º, da CLT: *Art. 59. (...)*

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.

Amauri Mascaro Nascimento contextualiza o momento da criação do banco de horas: “As tendências de modernização dos critérios legais sobre jornada de trabalho levaram o legislador a alterar o art. 59 da CLT (Lei 9.601/98), criando uma modalidade especial de compensação de horas, ou banco de horas, na linguagem empresarial. A compensação de horas começou quadrimestral e foi ampliada para anual”⁵².

O “banco de horas” é o sistema de compensação de jornada de trabalho pelo qual o empregador administra as horas credoras e devedoras num banco de horas anual. O prazo máximo para a compensação é de 12 meses.

O empregado não poderá ultrapassar o limite de 10 horas diárias.

No sistema da CLT, qualquer regime compensatório não pode ultrapassar o limite diário de 10 horas – parâmetro que toma em consideração, evidentemente, a jornada padrão de oito horas diárias.

A propósito, esse é o limite explicitado pelo próprio art. 59, § 2, *in fine*, CLT: “(...) *nem ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias*”.

Essa limitação de duas horas suplementares ou extras também consta no novo texto do *caput* do art. 59 da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017.

Nos dizeres de José Augusto Rodrigues Pinto, o “banco de horas” é “uma virtual conta corrente de horas extraordinárias, na qual empregador e empregado depositam seus créditos de horas trabalhadas a menos, com pagamento, e a mais, sem indenização, para futuro saque, mediante compensação não apenas das jornadas, mas da retribuição homogênea do trabalho”⁵³.

Valentin Carrion comenta a evolução do regime de compensação semanal até o “banco de horas”: “A compensação, inicialmente semanal, foi estendida a quaisquer períodos, desde que não supere um ano; é o chamado ‘banco de horas’, onde as extras trabalhadas em um dia poderão ser compensadas com a correspondente diminuição em outro dia”⁵⁴.

Ao final do prazo de 12 meses, o empregador deverá zerar o saldo do banco e pagar as horas credoras ao empregado com adicional de horas extraordinárias, segundo a redação do art. 59, § 3º, da CLT, levemente alterada pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): *Art. 59. (...)*

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

Caso haja horas devedoras, embora não exista previsão legal, a doutrina majoritária entende que o empregador não tem o direito de descontar o

débito do empregado.

Quanto à contagem do módulo anual do banco de horas, a contagem pode ser geral (quando coincidente para todos os empregados da empresa) e individual (quando o empregador contar o prazo anual para cada empregado).

6) A doutrina e a jurisprudência vinham debatendo a necessidade de negociação coletiva do sistema de compensação de jornada mediante “banco de horas”. Em 2011, o TST pacificou o assunto, acrescentando o item V na Súmula 85: *V – As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.*

Não confundir o acordo de compensação de jornada de trabalho semanal com o sistema anual de compensação do banco de horas. O TST entendia que o empregador podia celebrar acordo de compensação de jornada semanal diretamente com o empregado, desde que fosse por acordo escrito (inciso I da Súmula 85, TST), contudo, se desejasse implementar o sistema de compensação de horas anual conhecido como “banco de horas” **somente poderia fazê-lo mediante negociação direta com o sindicato** por meio de convenção ou acordo coletivo.

ATUALIZE-SE:

Em face de o banco de horas (regime de compensação anual) não apresentar os aspectos favoráveis do regime de compensação clássico, entendia a jurisprudência que era necessário ser celebrado por instrumento coletivo (CCT ou ACT), em vista das maiores garantias propiciadas pela negociação coletiva (Súmula 85, V, TST).

A Lei n. 13.467/2017 eliminou essa garantia sindical para os regimes de banco de horas em que a compensação de horários “*ocorra no período máximo de seis meses*”, vejamos a redação do novo § 5º do art. 59 da CLT: § 5º *O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado*

por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

Maurício Godinho Delgado⁵⁵ defende a inconstitucionalidade de ambos os parágrafos (5º e 6º) do art. 59 da CLT, acrescidos pela Reforma Trabalhista: “O art. 59, § 5º, da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 13.467/2017, autoriza que o banco de horas seja pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. Ainda sobre o banco de horas, o mesmo dispositivo, em seu § 6º, permite que esse regime de compensação de jornada seja estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês. Tais dispositivos, além de sua afronta internacional, são claramente inconstitucionais, porque permitem a compensação anual da jornada, por acordo individual, escrito ou tácito, entre empregado e empregador, em manifesto desrespeito à orientação constitucional prevalecente no art. 7º, XIII, da Constituição, de que o sistema de compensação de horários de trabalho somente será válido caso pactuado por convenção ou acordo coletivo de trabalho”.

No mesmo sentido, não obstante tal expressa previsão legal, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) publicou recentemente, em 2018, enunciados da sua 2ª jornada sobre Direito Material e Processual do Trabalho e trouxe enunciado específico sobre o tema transcrito a seguir: *10.3 Acordo de compensação e banco de horas*

10.3.1 Acordo individual

BANCO DE HORAS. ACORDO INDIVIDUAL. Banco de horas por acordo individual. A compensação de horários requer intervenção sindical obrigatória, independentemente do seu prazo de duração, conforme artigo 7º, XIII, CRFB/88, que autoriza a compensação apenas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. (Enunciado Aglutinado n. 1 da Comissão 2)

7. HORAS EXTRAS

PERGUNTA-SE

- 1) A prorrogação de horas de trabalho é permitida por lei? Qual é o limite máximo diário?
- 2) Em que hipóteses o empregador pode exigir trabalho além das duas horas diárias, ou seja, acima do limite de 10 horas por dia?
- 3) O empregado que presta horas extras habituais tem direito a indenização se houver supressão de tais horas?
- 4) Existe alguma formalidade legal para prorrogação da jornada de trabalho?
- 5) Como deve ser efetuado o cálculo das horas extras? O adicional noturno, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade integram a base de cálculo para fins de pagamento das horas extras?

Maurício Godinho Delgado conceitua jornada extraordinária como “o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em norma jurídica ou por cláusula contratual. É a jornada suplementar à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta”⁵⁶.

O percentual mínimo do adicional de horas extras é de 50% (art. 7º, XVI, da CF). Nem toda jornada que ultrapassa o padrão normal é remunerada com o respectivo adicional. Nesse sentido, explica Maurício Godinho Delgado: “O conceito de jornada extraordinária não se estabelece em função da remuneração suplementar à do trabalho normal (isto é, pelo pagamento do adicional de horas extras). Define-se pela ultrapassagem da fronteira normal da jornada. A remuneração adicional é apenas um seu efeito comum, mas não um 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 de compensação de jornada, 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”⁵⁷.

Amauri Mascaro Nascimento ensina que “a lei brasileira permite horas extraordinárias em cinco casos: acordo de prorrogação, sistema de compensação, força maior, conclusão de serviços inadiáveis e recuperação de horas de paralisação”⁵⁸.

Vamos analisar cada uma dessas hipóteses, iniciando o estudo pelo acordo de prorrogação de horas extraordinárias.

1) Segundo o art. 59 da CLT, levemente atualizado pela Lei n. 13.467/2017, é permitida a prorrogação da jornada de trabalho de até no máximo 2 (duas) horas diárias.

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

LEMBRETE:

Veja a posição do TST sobre as peculiaridades do direito às horas extras dos marítimos e dos professores: **SÚMULA 96. MARÍTIMO.**

A permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário.

OJ-SDI-1-206. PROFESSOR. HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE 50%

Excedida a jornada máxima (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/88).

2) O acordo de prorrogação de horas extraordinárias não pode ser tácito, pois a CLT exige que o ato seja solene: somente será válido se autorizado por escrito pelo empregado ou mediante negociação coletiva.

Alice Monteiro de Barros assim discorre sobre o art. 59 da CLT: “O preceito legal contido no art. 59 da CLT tem ampla dimensão, permitindo até mesmo que as horas sejam habituais, fazendo com que o princípio da jornada de oito horas perca a sua virtualidade, pois o trabalho em sobretempo só deveria ser admitido em circunstâncias excepcionais. Mantendo-se o art. 59 da CLT, o trabalho extraordinário passa a ser normal, dificultando, inclusive a contratação de novos empregados”⁵⁹.

3) Em caso de supressão de horas extras habituais, o TST entende que o empregado tem direito a uma indenização, segundo o teor da Súmula 291 do TST: *Súmula 291. A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.*

Em atividades insalubres, a CLT, no art. 60, impõe um obstáculo à prorrogação da jornada de trabalho: a prorrogação somente poderá ser autorizada por fiscalização administrativa do Ministério do Trabalho, nestes termos: *Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia 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.*

ATUALIZE-SE:

A Lei n. 13.467/2017 acrescentou o parágrafo único ao art. 60 da CLT com a seguinte redação: *Parágrafo único. Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.*

Este tema já foi tratado neste Capítulo no item 4.4 , releia se achar necessário.

4) É importante conhecer duas situações de exceção para o limite máximo diário de prorrogação de 2 (duas) horas diárias: *(a) força maior e (b) serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos.*

Nesse sentido, o art. 61 da CLT:

Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

Primeiramente, vejamos a primeira exceção: *casos de força maior.*

A própria CLT define força maior como *todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente* (art. 501, *caput*). Por exemplo: um incêndio na fábrica.

Segundo o art. 61, § 2º, da CLT, não haveria direito ao pagamento de horas extras em caso de prorrogação por motivo de força maior: *Art. 61. (...)*

§ 2º Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

Além disso, a CLT não estabelece limites temporais máximos em caso de prorrogação por motivo de força maior (§ 2º do art. 61). Apenas no caso de menores – e também mulheres (art. 376) – é que fixa em 4 horas o limite máximo dessa sobrejornada excepcional (art. 413, II).

A doutrina trabalhista entende que esta limitação não teria sido recepcionada pela Constituição Federal (art. 7º, XVI). Vejamos a posição de alguns doutrinadores.

Maurício Godinho Delgado defende tal posição: “Do confronto entre as

normas legais precedentes a 1988 e os preceitos trazidos pela Carta de 5 de outubro, percebe-se que não houve recepção de normas celetistas (por exemplo, algumas hipóteses do art. 61, CLT) que autorizavam horas extras não remuneradas com adicional (excetuadas as resultantes de regime de compensação de jornada). É que a nova Carta estipulou a ‘remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal’ (art. 7º, XVI)”⁶⁰.

E o autor acrescenta ainda outro forte argumento: “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 desde 05.10.1988. É interessante observar que a norma celetista concernente a mulheres e menores já determinava o pagamento do adicional, mesmo antes de 1988 (arts. 376 e 413)”⁶¹.

Alice Monteiro de Barros defende a mesma linha de pensamento: “Embora o texto consolidado não preveja limite expresso de horas de trabalho exigível, quando do evento de força maior, concluímos que são no máximo 12 horas, haja vista que entre duas jornadas de trabalho devem existir 11 horas de intervalo para sono e após cada 6 horas de trabalho, uma hora para refeição. Portanto, esta é outra revisão a ser feita na CLT: deve ser estabelecido um limite à jornada extraordinária em caso de força maior”⁶².

A segunda situação de exceção é em caso de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos. É o tipo de serviço que necessita ser concluído na mesma jornada de trabalho, sob pena de acarretar prejuízos inadiáveis.

Maurício Godinho Delgado explica: “Trata-se, em suma, de serviços emergenciais, que não possam ser realizados em horário predeterminado

ou não possam ser postergados, sob pena de manifesta 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”⁶³.

Nesta hipótese, a CLT autoriza o pagamento da jornada extraordinária com adicional de horas extras e limita o labor em 12 horas diárias.

Repita-se: o limite é de até 12 horas diárias, com pagamento de adicional de horas extras de 50% (art. 61, § 2º, da CLT).

Não há exigência de celebração de acordo escrito entre empregado e empregador.

Antes da Reforma Trabalhista era somente necessária a comunicação ao Ministério do Trabalho e Emprego em 10 dias, ou se houvesse fiscalização antes desse prazo deveria ser justificada perante o órgão, conforme antiga redação do art. 61, § 1º, da CLT a seguir: *Art. 61. (...)*

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

A Lei n. 13.467/2017 alterou a redação deste dispositivo para permitir a prorrogação independentemente de negociação coletiva conforme transcrito a seguir: *§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.*

Por fim, embora não seja tipicamente labor extraordinário, a CLT permite reposição de horas em caso de paralisação da empresa, contudo, prevê limites temporais: as horas poderão ser recuperadas no prazo máximo de 45 dias, limitadas a 2 horas diárias. Não há previsão expressa sobre a necessidade de pagamento de tais horas como extraordinárias: *Art. 61. (...)*

§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de

força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

5) Quanto ao cálculo das horas extras, há diversas regras que devem ser aplicadas, vejamos o posicionamento do TST: SÚMULA 347. HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA.

O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas.

SÚMULA 264. HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO.

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.

OJ-SDI-1-97. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO.

O adicional noturno integra a base de cálculo das horas extras prestadas no período noturno.

OJ-SDI-1-47. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.

SÚMULA 132. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO.

I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras.

II – Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas.

SÚMULA 376. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS.

I – A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas.

II – O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no *caput* do art. 59 da CLT.

SÚMULA 172. REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO.

Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

OJ-SDI-1-394. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO – RSR. INTEGRAÇÃO DAS

HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS.

A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de *bis in idem*.

8. HORÁRIO NOTURNO E ADICIONAL NOTURNO

O art. 7º, IX, da Carta de 1988 dispõe que é direito dos trabalhadores a *remuneração do trabalho noturno superior à do diurno*. A proteção diferenciada do Direito do Trabalho do trabalho noturno é plenamente justificável.

Maurício Godinho Delgado comenta sobre o desgaste do trabalho noturno para o trabalhador: “A prestação noturna de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social. O trabalho noturno provoca no indivíduo uma agressão física e psicológica intensa, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em um 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 da pessoa 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 um tratamento diferenciado ao trabalho ou jornada noturna, em contrapartida ao trabalho realizado durante o dia”⁶⁴.

A vedação ao trabalho noturno dos menores é plena, no direito brasileiro. A Constituição a enfatiza (art. 7º, XXXIII), embora já constasse dos textos legais anteriores a 1988 (art. 404 da CLT; art. 8º da Lei n. 5.889/73).

Em primeiro lugar, é devido o adicional mínimo de 20% para o trabalhador urbano. A hora noturna para o trabalhador urbano é reduzida, correspondendo a 52 minutos e 30 segundos para cada 60 minutos diurnos (art. 73, § 1º, da CLT e art. 7º, IX, da CF). Portanto, essa jornada noturna urbana abrange 7 horas de trabalho (e não 8, como se supõe).

Vejamos a redação da CLT:

Art. 73 (...)

§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte.

O tratamento jurídico para o rurícola é distinto do urbano. Em atividades de lavoura, estende-se a jornada noturna das 21 horas de um dia até as 5 horas do dia seguinte. Em atividades de pecuária, estende-se a jornada noturna rural das 20 horas de um dia até as 4 horas do dia seguinte (art. 7º da Lei n. 5.889/73). Observe-se que essas jornadas noturnas diferenciadas abrangem efetivas 8 horas de trabalho, não prevendo a Lei n. 5.889/73 a existência de hora ficta noturna rural. O adicional noturno é de 25% da hora normal.

O trabalho noturno na área petrolífera é regulamentado pela Lei n. 5.811/72. Neste tipo especial de trabalho, não há aplicação da figura da hora ficta (art. 3º da Lei n. 5.811/72), somente do adicional de 20% sobre o salário normal (art. 3º, I, da Lei n. 5.811/72). Nesse sentido, vejamos a Súmula 112 do TST: **SÚMULA 112. TRABALHO NOTURNO. PETRÓLEO.**

O trabalho noturno dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação do petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados, por meio de dutos, é regulado pela Lei n. 5.811, de 11-10-1972, não se lhe aplicando a hora reduzida de 52 minutos e 30 segundos prevista no art. 73, § 2º, da CLT.

Sobre trabalho noturno do vigia noturno, dispõe a Súmula 65 do TST: *Súmula 65. O direito à hora reduzida de 52 minutos e 30 segundos aplica-se ao vigia noturno.*

Em relação ao trabalho noturno do trabalhador portuário, vejamos a posição do TST: **OJ-SDI-1-60. PORTUÁRIOS. HORA NOTURNA. HORAS EXTRAS (LEI N. 4.860/65, ARTS. 4º E 7º, § 5º).**

I – A hora noturna no regime de trabalho no porto, compreendida entre dezenove horas e sete horas do dia seguinte, é de sessenta minutos.

II – Para o cálculo das horas extras prestadas pelos trabalhadores portuários, observar-se-á somente o salário básico percebido, excluídos os adicionais de risco e produtividade.

O adicional noturno do advogado é de 25% da hora noturna. O horário de trabalho noturno do advogado é das 20 horas às 5 horas (Lei n. 8.906/94).

A maioria da doutrina trabalhista entende ser inconstitucional a previsão do art. 71, § 3º, da CLT: *Art. 71. (...)*

§ 3º O acréscimo a que se refere o presente artigo, em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem.

Maurício Godinho Delgado defende que “com a emergência da Constituição de 1988, criando uma jornada especial para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (seis horas por jornada diária), surge o debate acerca da aplicação (ou não) da hora ficta noturna no cálculo dessa jornada especial. Embora seja substantiva a vantagem especial trazida pela nova Carta aos trabalhadores submetidos a esse tipo de organização do trabalho, não há como, à luz do art. 73, § 1º, CLT, e Súmulas 213 e 214, STF, a par da Súmula 130, TST, considerar-se excluída a hora ficta sobre os períodos noturnos laborados por trabalhadores urbanos submetidos a turnos ininterruptos de revezamento”⁶⁵.

9. INTERVALO INTRAJORNADA

PERGUNTA-SE

- 1) Como são classificados os intervalos?
- 2) Qual é a diferença terminológica entre “intervalo intrajornada” e “intervalo interjornada”?
- 3) Qual é o intervalo mínimo para refeição e descanso numa jornada de 8 horas?
- 4) Os intervalos intrajornadas são remunerados e computados na jornada de trabalho?
- 5) É possível reduzir o intervalo mínimo para refeição e descanso?
- 6) Qual é a penalidade aplicada ao empregador em caso de descumprimento do intervalo mínimo para refeição e descanso?

1) Os intervalos podem ser classificados em **intra**jornadas e **inter**jornadas.

2) Os intervalos **intra**jornadas são aqueles concedidos durante a jornada de trabalho. Como regra geral, tais intervalos não são remunerados nem computados na jornada de trabalho.

Os intervalos **inter**jornadas são aqueles concedidos entre duas jornadas de trabalho.

Maurício Godinho Delgado⁶⁶ classifica os intervalos intrajornadas em comuns (aplicáveis a todas as categorias de trabalhadores) e especiais (aplicáveis somente a certas categorias de trabalhadores ou em circunstâncias especiais).

3) Segundo o § 1º do art. 71 da CLT, as empresas deverão conceder um intervalo mínimo de 15 minutos para as jornadas acima de 4 e até 6 horas. Caso a jornada seja superior a 6 horas diárias, é obrigatório o intervalo mínimo de 1 hora e máximo de 2. Este é um intervalo comum, ou seja, aplicável a todas as categorias de trabalhadores. Vejamos a redação do artigo: *Art. 71. Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo*

escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

4) Este intervalo intrajornada comum não é remunerado, ou seja, não se computa na jornada de trabalho.

Para fins de memorização, elaboramos a seguinte tabela de **intervalos comuns**:

Até 1 hora de trabalho	Não tem direito a intervalo
Até 2 horas de trabalho	Não tem direito a intervalo
Até 3 horas de trabalho	Não tem direito a intervalo
Até 4 horas de trabalho	Não tem direito a intervalo
Acima de 4 horas de trabalho e até 6 horas	Intervalo não remunerado de 15 minutos
Acima de 6 horas	No mínimo, 1 hora e no máximo 2 horas de intervalo não remunerado, salvo acordo ou convenção coletiva

CUIDADO:

Lembre-se de que até 4 horas não há direito a intervalo, já acima de 4 horas (ou seja, 4:01), o empregado terá direito a 15 minutos. Da mesma forma, até 6 horas, o empregado tem direito a 15 minutos de intervalo, já acima de 6 horas (ou seja, 6:01), o empregado terá direito a no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas, salvo negociação coletiva.

A seguir, vamos estudar os intervalos especiais previstos na legislação trabalhista: Nos serviços permanentes de mecanografia, a cada período de 90 minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10

minutos não deduzidos da duração normal de trabalho (art. 72 da CLT). Veja aplicação por analogia deste intervalo à categoria dos digitadores na Súmula 346 do TST: *Súmula n. 346. Os digitadores, por aplicação analógica do art. 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo.*

Nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia, o empregado tem direito a 20 minutos de descanso a cada 3 horas de esforço contínuo, consoante o art. 229 da CLT: *Art. 229. Para os empregados sujeitos a horários variáveis, fica estabelecida a duração máxima de 7 (sete) horas diárias de trabalho e 17 (dezesete) horas de folga, deduzindo-se deste tempo 20 (vinte) minutos para descanso, de cada um dos empregados, sempre que se verificar um esforço contínuo de mais de 3 (três) horas.*

No trabalho em minas de subsolo, o empregado tem direito a 15 minutos de intervalo a cada 3 horas consecutivas de trabalho, consoante o art. 298 da CLT: *Art. 298. Em cada período de 3 (três) horas consecutivas de trabalho, será obrigatória uma pausa de 15 (quinze) minutos para repouso, a qual será computada na duração normal de trabalho efetivo.*

No trabalho em câmaras frigoríficas, o empregado tem direito a 20 minutos a cada 100 minutos de trabalho contínuo, consoante o art. 253 da CLT: *Art. 253. Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computado esse intervalo como de trabalho efetivo.*

SÚMULA 438. INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT.

APLICAÇÃO ANALÓGICA. O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no *caput* do art. 253 da CLT.

CUIDADO:

Esses intervalos intrajornada especiais são em regra remunerados, ou seja, computam-se na jornada de trabalho.

Para fins de memorização, elaboramos a seguinte tabela de **intervalos especiais**:

Categoria	Intervalo
mecanografia (aplicável analogicamente aos digitadores)	Intervalo remunerado de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho
telefonía, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonía	Intervalo remunerado de 20 minutos a cada 3 horas de trabalho
minas de subsolo	Intervalo remunerado de 15 minutos a cada 3 horas de trabalho
câmaras frigoríficas	Intervalo remunerado de 20 minutos a cada 100 minutos de trabalho

5) O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, segundo o disposto no § 3º do art. 71 da CLT: *Art. 71. (...)*

§ 3º O limite mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho quando, ouvida a Secretaria de Segurança e Higiene do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

6) Por fim, outra questão polêmica na prática forense, refere-se ao descumprimento do intervalo mínimo para refeição e descanso.

Até a chegada da Lei n. 8.923/94 em nosso ordenamento jurídico, o descumprimento do intervalo mínimo para refeição e descanso implicava somente infração administrativa.

A Lei n. 8.923/94 acrescentou o § 4º ao art. 71, que disciplinava o descumprimento do intervalo para repouso e alimentação da seguinte forma: *Art. 71. (...)*

§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração de uma hora normal de trabalho.

Em 2003, o TST pacificou a polêmica da concessão parcial do intervalo para os empregados urbanos e rurais mediante a edição da OJ 307 e da OJ 381, ambas da SDI-I, convertidas no inciso I da Súmula 437 do TST pela Resolução n. 185/2012: *I – Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.*

Em 2008, o TST pacificou a polêmica da natureza jurídica do pagamento efetuado em virtude do descumprimento do intervalo intrajornada mediante a edição da OJ 354, convertida no inciso III da Súmula 437 do TST pela Resolução n. 185/2012: *III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.*

Enfim, após mais de uma década para a pacificação da jurisprudência

relativa a este tema, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterou a redação do § 4º do art. 71 da CLT, dispondo totalmente em contrário com a jurisprudência sedimentada do TST, vejamos seu teor: *§ 4º. A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.*

Além disso, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) acrescentou o art. 611-B com seguinte teor: *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.*

Maurício Godinho Delgado⁶⁷ critica ambas as alterações legislativas trazidas e lamenta o retrocesso social: “Pela leitura gramatical e literalista da nova redação do § 4º do art. 71 da CLT, fica entendido o seguinte: a) havendo desrespeito ao :intervalo :intra-jornada, cabe o pagamento apenas do período suprimido (por exemplo, 20 minutos de descumprimento); b) esse pagamento computará o acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, considerado o período efetivamente suprimido; c) esse pagamento é tido como parcela indenizatória. Como substrato para esse entendimento unilateral do assunto, pelo novo diploma normativo, reside a visão de que os dispositivos regentes dos :intervalos trabalhistas, :inclusive os estabelecidos para fruição no :interior da jornada de trabalho, não ostentam natureza de regras de saúde, higiene e segurança laborais. É o que deflui, :inclusive, do disposto no parágrafo único do art. 611-B da CLT, conforme inserção feita pela Lei da Reforma Trabalhista.”

DICA:

Consultar o art. 611-A da CLT, caput e inciso III, que autoriza a redução do intervalo intrajornada de uma hora para 30 minutos, em jornadas

superiores a seis horas em caso de negociação coletiva promovida pelo sindicato.

10. INTERVALO INTERJORNADA

Após o estudo do intervalo intrajornada, vamos examinar o intervalo interjornada, entendido como o **intervalo mínimo obrigatório entre duas jornadas de trabalho**.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o intervalo mínimo interjornada previsto em lei?
- 2) Qual é a penalidade aplicada ao empregador em caso de descumprimento do intervalo interjornada?

1) Entre duas jornadas deverá haver um intervalo mínimo de 11 horas consecutivas, consoante o art. 66 da CLT: *Art. 66. Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.*

2) Em caso de descumprimento do intervalo mínimo interjornada, o TST aplica o mesmo entendimento do intervalo intrajornada do art. 71, § 4º, consoante OJ 355 da SDI-I do TST: *OJ 355. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.*

Sobre o desrespeito a esse intervalo em turnos ininterruptos de revezamento o TST possui o seguinte entendimento: *Súmula 110. No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 (vinte e quatro) horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.*

11. DSR E FERIADOS

Amauri Mascaro Nascimento comenta a origem histórica do repouso semanal: “O repouso semanal é ideia que pertence à História. Uma tradição de índole religiosa dos hebreus os levava a descansar nos sábados. Segundo as escrituras sagradas, Deus, ao criar o mundo, repousou no sétimo dia”⁶⁸.

Alice Monteiro de Barros discorre sobre as várias denominações do descanso semanal remunerado: “O instituto recebeu várias denominações, entre as quais: descanso hebdomadário, folga semanal e repouso semanal, nomenclatura de nossa preferência”⁶⁹.

A primeira Constituição brasileira a reconhecer o direito ao DSR foi a Constituição Federal de 1934. Atualmente, o direito ao repouso semanal remunerado e nos feriados é garantido na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XV).

No campo infraconstitucional, o tema foi regulamentado na Lei n. 605/49. Segundo o seu art. 1º, *todo empregado tem o direito a repouso remunerado, num dia de cada semana, preferencialmente aos domingos, nos feriados civis e nos religiosos, de acordo com a tradição local, salvo as exceções previstas nesta Lei.*

Quanto à incidência, a Lei n. 605/49 é expressa no sentido de que todo empregado a ele faz jus, inclusive o doméstico, o rurícola e o empregado em domicílio.

PEGADINHA:

Veja entendimento especial do TST sobre o direito ao DSR do professor e do bancário: **SÚMULA 351. PROFESSOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. ART. 7º, § 2º, DA LEI N. 605, DE 5-1-1949 E ART. 320 DA CLT.**

O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro

semanas e meia.

SÚMULA 113. BANCÁRIO. SÁBADO. DIA ÚTIL 180.

O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão.

Alice Monteiro de Barros discorre sobre a natureza jurídica do descanso semanal remunerado: “concessão de dois direitos ao empregado – o de abster-se de trabalhar no dia destinado ao descanso e o de receber o pagamento correspondente. Por outro lado, gera para o empregador o dever de não exigir trabalho nesses dias ou de conceder uma folga compensatória”⁷⁰.

CUIDADO:

Este descanso de 24 horas consecutivas não afasta a incidência do intervalo interjornada diário de 11 horas consecutivas. Assim, o empregado deverá gozar na prática 35 horas consecutivas de descanso, somados os dois intervalos (interjornada diário e interjornada semanal).

Questão polêmica debatida na doutrina trabalhista é se os arts. 67 a 70 da CLT que tratam do tema restaram prejudicados pela Lei n. 605/49.

Alice Monteiro de Barros aborda a questão e defende que não: “Em face da minuciosa disciplina consignada na Lei 605/49, afirmam alguns autores que os arts. 67 a 70 da CLT estão revogados. Não comungamos desse entendimento, salvo se, confrontados os dispositivos consolidados com aqueles contidos na lei especial, houver conflito. E esse conflito ocorre somente em relação ao texto do art. 68 da CLT, que admite derrogação ao repouso ao domingo a título permanente, quando a conveniência pública ou a natureza das atividades assim autorizasse, do contrário a derrogação seria tida como transitória. Diversamente do art. 68 consolidado, a Lei 605/49 fala em exigências técnicas como motivo de derrogação permanente, conceituando-as como condições peculiares das atividades, ou em razão do interesse público. Ora, melhor fora a posição da velha CLT que não menciona exigências técnicas como motivo de derrogação, mas

conveniência pública ou necessidade imperiosa”⁷¹.

Quanto à remuneração do repouso semanal, a Lei n. 605 (art. 7º) fixa critérios objetivos para o cálculo: salário calculado por dia, semana, quinzena ou mês, a remuneração corresponderá ao valor de um dia (computadas as horas extras habituais); se o salário for pago por hora, a remuneração do descanso equivalerá a uma jornada diária normal, acrescida das horas extras habituais; se o salário for pago por peça ou tarefa, a remuneração será o quociente da divisão do salário semanal da tarefa ou peças pelos dias de serviço prestados na semana; por fim, se o trabalho for em domicílio, a remuneração do repouso será o quociente da divisão por seis da importância total da produção semanal.

Contudo, os empregados menselistas e quinzenalistas (cujos salários são calculados à base de 30 ou 15 diárias) já têm incluída no salário a remuneração do repouso semanal e dos feriados. Na prática, todo cálculo salarial que considere o total da jornada mensal ou quinzenal já estará computando, automaticamente, o repouso.

Segundo o art. 6º da Lei n. 605/49, o empregado terá direito ao DSR se houver: **a)** assiduidade (o empregado não pode ter faltas injustificadas durante a semana) e **b)** pontualidade (o empregado deve cumprir o horário determinado pelo empregador, não se atrasando).

São consideradas faltas justificadas aquelas previstas no art. 473 e seus parágrafos da CLT, as justificadas pelo empregador, as ocorridas nos dias de paralisação dos serviços, por conveniência do empregador, as decorrentes de acidente de trabalho e de doença comprovada.

CUIDADO:

Vejam os a posição do TST sobre o abono de faltas pela empresa e sobre os atestados médicos: **SÚMULA 282. ABONO DE FALTAS. SERVIÇO MÉDICO DA EMPRESA.**

Ao serviço médico da empresa ou ao mantido por esta última mediante convênio compete

abonar os primeiros 15 (quinze) dias de ausência ao trabalho.

SÚMULA 15. ATESTADO MÉDICO.

A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.

O descanso semanal remunerado deve ser gozado preferencialmente aos domingos, contudo é possível que o descanso hebdomadário seja gozado em outro dia da semana, desde que a empresa seja autorizada a funcionar no domingo. Esta autorização pode ser de duas formas diversas: **a) permanente:** por exigências técnicas (quando a continuidade do trabalho resultar do interesse público ou das condições peculiares às atividades da empresa ou do local), a serem especificadas por decreto do Poder Executivo ou Portaria do Ministério do Trabalho; **b) transitória:** em caso de força maior, quando será necessária a comunicação ao Ministério do Trabalho nos 10 dias posteriores, e na hipótese de serviços inadiáveis ou cuja inexecução cause manifesto prejuízo ao empregador: aqui, há necessidade de autorização prévia, com discriminação do período autorizado, o qual não excederá de 60 dias por ano; nas duas hipóteses, se não for concedida folga compensatória, o empregado fará jus ao pagamento do dia trabalhado, em dobro.

O Decreto n. 27.048/49 regulamentou a Lei n. 605/49 e previu autorização permanente para trabalho aos domingos em seu art. 7º: *Art. 7º É concedida, em caráter permanente e de acordo com o disposto no § 1º do art. 6º, permissão para o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, nas atividades constantes da relação anexa ao presente regulamento.*

No anexo do regulamento encontramos os seguintes gêneros de atividade: industriais, comerciais, de transporte, comunicação e publicidade, cultura e educação, serviços funerários e agricultura. Por exemplo, dentro do gênero indústria, estão autorizados a funcionar os serviços de laticínio, frio industrial e distribuição de gelo, purificação,

dentre outras.

No caso de autorização permanente, é indispensável que a empresa faça escalas de revezamento, obedecendo a alguns requisitos: **a)** deve conceder o descanso em outro dia da semana; **b)** a escala deve constar de um quadro de aviso para possibilitar a fiscalização do Ministério do Trabalho; **c)** somente abrangerá os empregados que trabalhem exatamente na atividade onde é necessária a continuidade dos serviços (numa empresa de transporte coletivo, por exemplo, a princípio somente os motoristas deverão trabalhar aos domingos, mas não os digitadores, as secretárias etc.); **d)** a escala deve ser feita de forma que a cada sete semanas o descanso coincida com o domingo.

O empregado terá direito a folgar pelo menos um domingo a cada 7 semanas, excepcionalmente as mulheres deverão gozar de pelo menos um domingo a cada 2 semanas (Portaria n. 417/66 do Ministério do Trabalho e Emprego e art. 386 da CLT).

A Lei n. 11.603/2007 autorizou o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, devendo ser observada a legislação municipal. Além disso, estabeleceu que o repouso semanal remunerado deverá coincidir pelo menos **uma vez no período máximo de três semanas com o domingo**, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras, a serem estipuladas em negociação coletiva.

Portanto, o trabalho em feriados nas atividades do comércio será permitido, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, I, da Constituição.

Vale lembrar que a Súmula 645 do STF prevê que o Município é competente para fixar o horário de funcionamento do seu estabelecimento comercial.

Segue matéria publicada no jornal *Valor Econômico* sobre a polêmica do trabalho aos domingos no comércio: **Convenção coletiva é necessária**

para trabalho aos domingos no comércio Por Bárbara Pombo

O trabalho aos domingos e feriados no comércio varejista é permitido apenas por meio de negociação coletiva do sindicato da categoria, inclusive no período em que a obrigação não era prevista em lei.

O entendimento foi formalizado ontem no Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de uma ação de um sindicato contra um supermercado do Pará. Dessa maneira, a decisão terá impacto sobre todas as ações ajuizadas antes de 2007, quando foi editada a Lei n. 11.603, que incluiu a convenção coletiva como mais uma condição para abertura do comércio nessas datas.

“A decisão é um passo para a pacificação do tema, que era muito controvertida no Judiciário, e há abertura para editar súmula com esse entendimento”, diz o advogado Daniel Chiode, do Fleury Malheiros, Gasparini, De Cresci e Nogueira de Lima Advogados. Em tramitação desde 2002 no TST, o caso julgado ontem envolvia a L. Supermercados e Magazine, do Pará, e o Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Supermercados, Shopping Center e Mini Box do Comércio Varejista e Atacadista de Gêneros Alimentícios de Belém e Ananindeua.

O Sindicato sustentava que os estabelecimentos não poderiam abrir as portas aos domingos e feriados por falta de acordo coletivo. A empresa, por sua vez, alegava que, na época, a convenção não era requisito. Segundo os advogados, havia decisões no próprio TST nos dois sentidos.

Por cinco votos a oito, os ministros que compõem a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, responsável por unificar a jurisprudência da Corte, definiram que a convenção é necessária mesmo antes de 2007. Dessa maneira, deram provimento ao recurso do Sindicato.

O entendimento que prevaleceu foi o de que a lei federal do repouso semanal remunerado (Lei n. 605, de 1949) e a Lei n. 10.101, de 2000 – que permite o trabalho aos domingos desde que exista autorização em lei municipal – devem ser interpretadas de acordo com a Constituição Federal.

Assim, devem respeitar a previsão do art. 7º, que garante o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. “A posição deles é de que a lei não pode esvaziar uma norma constitucional no que diz respeito à preferência”, diz a advogada do Sindicato, Monya Ribeiro Tavares, sócia do Alino & Roberto e Advogados.

A relatora do caso, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, teve entendimento contrário, e foi vencida. Para ela, a exigência não estava expressa em lei. Além disso, as únicas condições para o trabalho nessas datas seriam a existência de lei municipal e o respeito ao repouso semanal remunerado aos domingos pelo menos uma vez a cada três semanas.

“Por essas razões, deve-se considerar que a reclamada estava, até 6-12-2007 (data em que a Lei n. 11.603 entrou em vigor) autorizada a exigir de seus empregados o labor em feriados”, disse em seu voto. A advogada da supermercado, Sandra Corrêa, afirma que

tomará ciência da decisão para então estudar se entrará com recurso no Supremo Tribunal Federal.

Para os advogados, embora o TST tenha sinalizado com a consolidação de um entendimento, o Supremo poderá ser chamado a definir a questão. De acordo com o advogado Otávio Silva, sócio Siqueira Castro, o art. 30 prevê que os Municípios têm competência para legislar sobre temas de interesse local. “Se o Município autorizou, não caberia a restrição da norma”, disse.

De qualquer maneira, os advogados afirmam que a norma coletiva é uma ferramenta eficiente para evitar questionamentos. “O que as empresas querem é saber como fazer porque as estratégias comerciais mudam. O domingo é um dia muito importante para as vendas”, disse Daniel Chiodo (de 17-2-2012).

Se o empregado trabalhar em dia de repouso ou feriado, tem direito a receber o pagamento em dobro, exceto se o empregador conceder a folga em outro dia (Súmula 146 do TST).

Súmula 146. O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

NOVIDADE:

Veja entendimento do TST quanto à concessão de folga após o 7º dia consecutivo de trabalho: OJ-SDI-1-410. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CONCESSÃO APÓS O SÉTIMO DIA CONSECUTIVO DE TRABALHO. ART. 7º, XV, DA CF. VIOLAÇÃO. *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.*

Como exceção, a Lei n. 5.811/72 regulamentou o regime de trabalho dos empregados que prestam serviços em atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, bem como na industrialização do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos.

A lei é endereçada aos empregados que trabalham em setores onde não é possível a interrupção da atividade operacional e em situações nas quais não é possível o deslocamento diário de cada um para o trabalho e vice-versa.

O ponto mais importante na Lei n. 5.811/72 é o regime ordinário de trabalho de 14x14, obedecendo assim à escala de 14 dias a bordo e 14 dias de folga, não podendo, portanto, o empregado trabalhar mais do que 15 dias corridos sem folga.

A Petrobras tem um regime de trabalho de 14 dias trabalhando por 21 dias de folga (14x21) previsto em acordo coletivo com o SINDIPETRO-NF FUP – FEDERAÇÃO ÚNICA DOS PETROLEIROS, que prevê uma série de vantagens para os empregados, tais como: adicional de turno, alimentação, dentre outras. Referido acordo coletivo tem sido considerado válido, uma vez que mais favorável aos empregados do que a própria Lei n. 5.811/72.

Este regime de trabalho especial foi reconhecido pelo TST na Súmula 391, contudo, **não** pode ser aplicado por analogia para outras categorias.

É vedado o trabalho em feriados civis, como os declarados em lei federal, a data magna do Estado, os fixados em lei estadual, o dia de eleição e os feriados religiosos. Como exemplo temos os dias de guarda, declarados em lei municipal, em número não superior a quatro, incluída a Sexta-Feira Santa.

É importante conhecer alguns feriados nacionais, civis e religiosos, como o dia da Confraternização Universal, a Sexta-Feira Santa, Tiradentes, o Dia Mundial do Trabalho, a Independência do Brasil e a Proclamação da República.

Os feriados estaduais ou municipais, de que trata a Lei n. 9.093/95, também devem ser observados, sob pena de a empresa incorrer em infração administrativa.

A título ilustrativo, segue quadro de feriados:

Dia e mês	Feriados nacionais	Leis federais
1º de janeiro	Confraternização Universal	10.607, de 19-12-2002

21 de abril	Tiradentes	10.607, de 19-12-2002
1º de maio	Dia do Trabalho	10.607, de 19-12-2002
7 de setembro	Independência	10.607, de 19-12-2002
12 de outubro	Nossa Senhora Aparecida	6.802, de 30-6-1980
2 de novembro	Finados	10.607, de 19-12-2002
15 de novembro	Proclamação da República	10.607, de 19-12-2002
25 de dezembro	Natal	10.607, de 19-12-2002

PEGADINHA:

O Carnaval não é considerado feriado.

Carnaval não é feriado

Apesar de o calendário indicar o Carnaval como folga, a legislação do trabalho não contempla os dias do Carnaval como feriados. Em consequência, o trabalho nesses dias não é proibido. Mas as empresas que paralisam suas atividades sem que estejam obrigadas nos dias de Carnaval ou festas religiosas de tradição local ficam responsáveis pelos salários de seus empregados, afirma o advogado especialista em Direito do Trabalho de Mesquita Barros Advogados, Cássio Mesquita Barros, também professor titular de Direito do Trabalho da USP.

Além do Carnaval, algumas comemorações religiosas e outras como vésperas de Natal e Ano-Novo não estão arroladas entre os dias em que o trabalho é proibido. Apesar disso, “a tradição do Carnaval mobiliza meio mundo e somente nas atividades essenciais é que se costuma trabalhar”, diz o professor. Segundo o advogado, são nove os feriados nacionais, os oito listados acima mais o dia das eleições gerais no país (se houver segundo turno serão dois dias), nos quais o trabalho é proibido em todo o

território nacional, ressalvadas as funções em atividades essenciais à comunidade, onde os serviços não podem sofrer interrupção.

FÉRIAS

1. INTRODUÇÃO

O tema deste capítulo é primordial para o Direito do Trabalho, uma vez que o direito a férias é considerado um direito fundamental do trabalhador, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948 e edificado no direito fundamental ao lazer (art. 6º da CF).

2. ORIGEM HISTÓRICA

PERGUNTA-SE

Qual é a origem histórica do instituto das férias no Brasil e no mundo? No início, este direito foi conferido a todos os tipos de trabalhadores?

A resposta se confunde com a história do surgimento do próprio Direito do Trabalho a partir da 1ª Revolução Industrial do século XVI. Este tema foi abordado no Capítulo 1 deste *Manual*.

2.1 Evolução histórica no Brasil

Vólia Bomfim Cassar⁷² afirma que já em 17 de janeiro de 1890 o direito de férias era concedido aos operários diaristas e ferroviários no Brasil. Contudo, a primeira regulamentação legal do direito a um período mínimo de férias foi a Lei n. 4.982, de 1925.

Na época, somente os empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários passaram a ter direito a quinze dias de férias remuneradas. Em 1936, a Lei n. 228/36 estendeu o mesmo direito aos empregados de hotéis, restaurantes, confeitarias, leiterias, botequins, dentre outros.

Posteriormente, Alice Monteiro de Barros⁷³ explica que outras categorias de empregados passaram a ser contemplados com o direito de férias, até que, com edição da CLT em 1943, todos os empregados passaram a ter o direito.

No plano constitucional brasileiro, o direito de férias foi garantido a todos os trabalhadores somente a partir da Constituição Federal de 1937 (art. 137, e).

2.2 Evolução histórica no mundo

Amauri Mascaro Nascimento⁷⁴, citando ensinamentos de Arnaldo

Süssekind, mostra que a Inglaterra foi o primeiro país a promulgar lei sobre férias para os operários das indústrias em 1872. O Brasil foi o segundo país a conceder férias a determinados grupos de trabalhadores e o sexto a estender esse direito a todos os empregados.

Vólia Bomfim Cassar⁷⁵ discorda dos ensinamentos de Arnaldo Süssekind e afirma que antes da Inglaterra, a Dinamarca (em 1821) e a França (em 1853) já concediam direitos de férias aos seus empregados.

No direito comparado moderno há alguns países que não reconhecem o direito do trabalhador a férias e outros que o reconhecem, contudo, não reconhecem o direito ao afastamento remunerado.

Na China, trabalha-se todos os dias, sábados e domingos inclusive, com apenas duas semanas de férias por ano. Em Portugal, a título de curiosidade, o período anual de férias tem a duração mínima de vinte e dois dias úteis remunerados (art. 238 do Código do Trabalho).

Na atualidade, o instituto das férias vem sofrendo questionamentos de economistas diante da 3ª Revolução Industrial (Revolução Tecnológica). Por exemplo, Stephen Kanitz escreveu artigo⁷⁶ bem polêmico criticando o excesso de dias de férias no Brasil comparado com outros países.

Veja o artigo na íntegra:

*“Férias? Nem pensar **Férias são uma conquista sociologicamente estranha, porque criam e perpetuam a ideia de que no Brasil se ganha sem ter de trabalhar** Nem todos os países dão férias de um mês inteiro, como acontece no Brasil. Na China, trabalha-se todo dia, sábados e domingos inclusive, com apenas duas semanas de férias por ano, e olhe lá.*

Quando levei meus filhos à Disney, tivemos o privilégio de andar na cabine do operador do trem-bala que circunda o parque. Vi nos olhinhos dos dois que eles haviam descoberto a profissão de seus sonhos. Perguntaram tudo sobre a futura ocupação, e, como bons brasileiros, perguntaram também quantas semanas de férias a Disney proporcionava por ano. ‘Uma semana’, foi a resposta do condutor. Fim do sonho.

Férias são consideradas no Brasil uma conquista social. Uma conquista sociologicamente estranha, porque cria e perpetua a ideia de que no Brasil se ganha sem ter de trabalhar. Perpetua a visão romântica de que alguém lhe pagará para ficar em casa fazendo nada. Nossos economistas, pelo menos aqueles que assessoram nossos políticos na feitura das

leis econômicas, ainda não perceberam que o salário é a remuneração do trabalho. Empresas pagam férias com a venda dos produtos fabricados pelos funcionários nos onze meses anteriores.

Para nós, administradores, não faz o menor sentido empresários ficarem ‘devendo’ férias a seus funcionários. O economicamente correto seria pagar pelo valor produzido a cada mês que passa. Ou seja, o lógico seria aumentar em 8% os salários imediatamente, nada de ficar devendo ‘férias’ a pagar onze meses depois. Trabalhou, ganhou. Quem quiser tirar um mês de férias que o faça, sem ganhar nada em troca. Férias continuariam sendo um direito, o direito de você decidir ficar em casa fazendo nada, ou não.

Empresários, agricultores e executivos raramente tiram um mês de férias, às vezes nem sábados ou domingos. Obstetras e pediatras nem podem pensar em tirar férias, muito menos sábados e domingos. Nossos antepassados não tiravam férias, nem sabiam o que eram sábados ou domingos, tinham de caçar um leão todo dia. Somando sábados, domingos e feriados, temos 110 dias sem trabalhar por ano, o que representa 30% do ano. É praticamente um dia de feriado para cada dois dias de trabalho. Se incluirmos o mês de férias, chegaremos a praticamente 40% do ano sem trabalhar.

Para um país que ainda não consegue produzir o mínimo necessário, ficar 40% do ano parado é um luxo que nem toda família brasileira pode justificar. Não podemos esquecer que o governo taxa praticamente 50% do que produzimos, especialmente dos mais pobres, o que significa que, dos 250 dias que de fato trabalhamos, só sobram 125 dias para sustentar a família.

Um pai com quatro filhos e esposa tem de sustentar cada um pelos 365 dias do ano com somente vinte dias de trabalho. Não há pai de família que aguente! Significa viver 100% do ano com somente 6% de sua renda. A maioria dos funcionários em férias acaba, por falta de dinheiro, fazendo bicos, trabalhando como pintor, diarista e fazendo biscates por aí. Para os que precisam de dinheiro, teria sido melhor ficar trabalhando na própria empresa, onde são muito mais produtivos com a máquina, o capital e a organização reinante.

Existe um lado ainda mais nefasto dessa ‘conquista social’: férias obrigatórias forçaram nossos empresários a criar sistemas administrativos em que cada funcionário é substituído um mês por ano. Nossas empresas foram literalmente obrigadas a criar uma ‘força reserva de trabalho’. O que significa que, na hora de pedir um aumento, a companhia já tem alguém treinado para substituir você, e fica difícil negociar um salário melhor nessa situação. Por isso, nenhum empregador treme nas bases quando você pede aumento, ele já tem um substituto treinado.

Na próxima vez em que você tirar férias, lembre-se de que seu assistente está se esforçando ao máximo para ficar com seu emprego, para sempre. Férias, eu? Nem pensar.”

É evidente que a visão do artigo acima está na contramão dos mais evoluídos diplomas internacionais de direitos humanos.

Podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, que defende expressamente o direito ao lazer como um dos direitos essenciais para qualquer ser humano, um ato importante para a preservação da boa qualidade de vida do trabalhador, senão vejamos: *Artigo XXIV. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.*

Na visão da ONU, o direito ao tempo livre ingressa no rol dos Direitos Humanos, ou seja, aqueles que a comunidade internacional considera como inerente a todas as pessoas, indispensável para a dignidade humana e fundamental para a existência da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Sheila Stolz da Silveira demonstrou que a visão de Stephen Kanitz está na contramão da evolução do instituto de férias sob a ótica neoconstitucionalista moderna da Comunidade Europeia. Segue interessante trecho do artigo da autora sobre a visão da Comunidade Europeia: “A Diretiva 93/104/CE, bem como a Diretiva 2003/88/CE pretendem harmonizar os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados membros da União Europeia no que diz respeito à ordenação do tempo de trabalho. Ambas, em suas considerações de motivos, reconhecem que a melhora da segurança, higiene e saúde dos trabalhadores no trabalho representam objetivos que *não podem subordinar-se a interesses de caráter puramente econômico*. Portanto, a concretização de um mercado comum também deve contribuir à melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, mediante a distribuição de um tempo de trabalho razoável e que respeite os períodos mínimos de descanso, sejam eles diários, semanais ou anuais, adequados para tal fim”⁷⁷.

No Brasil, a positivação do direito ao lazer como direito fundamental no ordenamento jurídico está consolidada no art. 6º da CF: *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a*

assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Logo, fica evidente a sua característica de direito humano no mundo (ONU e OIT) e direito fundamental no Brasil (CF, art. 6º).

Lembre-se de que somente na concepção de férias como direito fundamental do trabalhador ao lazer, direito ao tempo livre, previsto constitucionalmente, é que se pode afirmar que o trabalhador brasileiro tem sua efetiva proteção da dignidade humana no trabalho⁷⁸.

3. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No Brasil, as férias são regulamentadas nos arts. 129 a 153 da CLT e no art. 7º, XVII, da CF. Além disso, o Brasil ratificou a Convenção n. 132 da OIT sobre férias.

No campo jurisprudencial, as férias são tratadas nas Súmulas 7, 10, 14, 81, 89, 149, 159, 171, 253, 261, 262 e 328 do TST. *Vide* também as orientações jurisprudenciais 195 e 386 da SDI-I do TST.

DICA:

Recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento jurisprudencial indicado em cada capítulo e reproduzido no quadro abaixo:

SÚMULA 89 – FALTA AO SERVIÇO. Se as faltas já são justificadas pela lei, consideram-se como ausências legais e não serão descontadas para o cálculo do período de férias.

SÚMULA 46 – ACIDENTE DE TRABALHO. As faltas ou ausências decorrentes de acidente do trabalho não são consideradas para os efeitos de duração de férias e cálculo da gratificação natalina.

SÚMULA 328 – FÉRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da CF/1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII.

SÚMULA 149 – TAREFEIRO. FÉRIAS. A remuneração das férias do tarefeiro deve ser calculada com base na média da produção do período aquisitivo, aplicando-se lhe a tarifa da data da concessão.

SÚMULA 81 – FÉRIAS. Os dias de férias gozados após o período legal de concessão deverão ser remunerados em dobro.

OJ-SDI1-386 – FÉRIAS. GOZO NA ÉPOCA PRÓPRIA. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. DOBRA DEVIDA. ARTS. 137 E 145 DA CLT. *É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.*

SÚMULA 007 – FÉRIAS. A indenização pelo não deferimento das férias no tempo oportuno será calculada com base na remuneração devida ao empregado na época da reclamação ou, se for o caso, na da extinção do contrato.

SÚMULA 171 – FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO.

EXTINÇÃO. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT).

SÚMULA 261 – FÉRIAS PROPORCIONAIS. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONTRATO VIGENTE HÁ MENOS DE UM ANO. O empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

SÚMULA 10 – PROFESSOR. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. TÉRMINO DO ANO LETIVO OU NO CURSO DE FÉRIAS ESCOLARES. AVISO PRÉVIO. O direito aos salários assegurados (artigo 322, *caput* e § 3º da CLT) não exclui o direito também ao aviso prévio, na hipótese de dispensa sem justa causa ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares.

OJ-SDI1-195 – FÉRIAS INDENIZADAS. FGTS. NÃO INCIDÊNCIA. *Não incide a contribuição para o FGTS sobre as férias indenizadas.*

4. CONCEITO LEGAL E DOUTRINÁRIO

A legislação trabalhista não conceitua o instituto das férias, contudo, a doutrina trabalhista é farta a respeito.

Segundo Maurício Godinho Delgado, as férias são “o lapso temporal remunerado, de frequência anual, constituído de diversos dias sequencias, 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 sua inserção familiar”⁷⁹.

Alice Monteiro de Barros conceitua férias como “um direito do empregado de abster-se de trabalhar durante um determinado número de dias consecutivos por ano, sem prejuízo da remuneração e após cumpridas certas exigências, entre elas a assiduidade”⁸⁰.

Vólia Bomfim Cassar define férias como “o período correspondente ao descanso anual remunerado que o trabalhador tem direito de usufruir, desde que tenha adquirido este direito”⁸¹.

CONCEITO BÁSICO: AS FÉRIAS SÃO CONSIDERADAS COMO DESCANSO, OU SEJA, É UM PERÍODO DO CONTRATO DE TRABALHO EM QUE O EMPREGADO NÃO PRESTA SERVIÇOS, MAS AUFERE REMUNERAÇÃO DO EMPREGADOR (ART. 129 DA CLT E ART. 7º, XVII, DA CF). PORTANTO, É UMA DAS FORMAS DE INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

Logo, é importante lembrar que as férias são consideradas uma forma de interrupção e não suspensão do contrato de trabalho. A diferença entre esses conceitos pode ser encontrada no Capítulo 4, item 4.3.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a natureza jurídica das férias? Dúplice ou tríplice? Quais são os princípios informadores deste instituto?
- 2) O empregado pode optar por receber o pagamento pecuniário das férias e não tirar o descanso? Em outras palavras, o empregado pode negociar com o empregador a “venda” de suas férias?
- 3) Quais foram os objetivos do legislador ao prever a obrigatoriedade de concessão de férias

aos trabalhadores?

4) O empregado tem direito ou dever de tirar férias?

1) Amauri Mascaro Nascimento⁸² explica que podemos encontrar na Constituição Federal a estrutura tríplice das férias e seus três princípios: o princípio da fruição, o princípio da anualidade e o princípio da sobre remuneração.

2) Pelo **princípio da fruição** sustenta-se que as férias devem ser gozadas e não substituídas pelo pagamento em dinheiro, portanto é uma obrigação de não fazer, ou seja, de não trabalhar durante tal período, salvo a hipótese do art. 143 da CLT.

Pelo **princípio da anualidade**, as férias devem ser gozadas anualmente. A referência de tempo para adquirir-se o direito às férias é a unidade de tempo: ano (12 meses), conforme o art. 129 da CLT.

Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

Pelo **princípio da sobre remuneração**, as férias devem ser remuneradas com um acréscimo legal a fim de proporcionar o pagamento dos gastos com lazer. Na legislação trabalhista, esta sobre remuneração é de um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII, da CF).

3) Maurício Godinho Delgado⁸³ afirma que as férias integram o conjunto dos descansos trabalhistas, juntamente com os intervalos intrajornadas e interjornadas. Logo, não tem natureza jurídica de prêmio trabalhista e sim de direito trabalhista inerente ao contrato de trabalho.

Além disso, o autor explica que as férias não são somente um direito individual do empregado, mas também dever deste, uma vez que o empregado tem o dever de fruir férias, abstendo-se de prestar serviços a outro empregador, conforme o art. 138 da CLT: *Art. 138. Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho*

regularmente mantido com aquele.

Alice Monteiro de Barros⁸⁴ corrobora com tal entendimento e esclarece que para o empregado, as férias constituem um direito e um dever: direito de gozar de férias e dever de descansar durante tal interrupção contratual, sendo-lhe vedado o trabalho para outro empregador.

4) Vólia Bomfim Cassar afirma que está pacificado na doutrina trabalhista que a natureza jurídica das férias é de direito público para o empregado, logo direito irrenunciável. Nas palavras da autora, “é um direito-dever do empregado e uma obrigação do empregador. Por se tratar de norma de medicina e segurança do trabalho, pois protege a saúde psíquica e física do trabalhador, as férias são por ele irrenunciáveis, caracterizando-se por norma de ordem pública, cogente”⁸⁵.

Em outras palavras, as férias são como uma parte de uma política ampla de saúde pública e dever de todos, visando assegurar a segurança e saúde no trabalho, valores constitucionalmente garantidos.

Por fim, Alice Monteiro de Barros se posiciona no mesmo sentido: “A obrigatoriedade da concessão de férias anuais remuneradas se funda em razões de ordem biológica, pois visa a proporcionar aos empregados um período de descanso, capaz de restituir-lhes as energias gastas e permitir-lhes retornar em melhores condições físicas e psíquicas”⁸⁶.

5. DO PERÍODO DE FÉRIAS

PERGUNTA-SE

- 1) Pela legislação trabalhista, quantos dias de férias os empregados têm direito a gozar por ano?
- 2) O período de férias é computado no tempo de serviço do empregado?
- 3) Se o empregado faltar injustificadamente ao trabalho, poderá perder dias de férias?

1) A regra geral celetista é que a duração das férias será de 30 (trinta dias), quando o empregado, durante o período aquisitivo, não tiver mais de 5 (cinco) faltas injustificadas. Este regime de férias se aplica aos contratos de trabalho a tempo integral e parcial (art. 130 da CLT).

ATUALIZE-SE:

No que concerne às mudanças relativas às férias dos empregados em regime de tempo parcial, duas alterações positivas foram realizadas no Capítulo IV do Título II da CLT, que regula as férias anuais remuneradas.

A primeira dessas mudanças foi a extensão, para os trabalhadores contratados em tempo parcial, da mesma tabela de férias aplicável aos demais empregados regidos pela CLT, a qual consta do art. 130 da CLT.

A segunda se refere o§ 6º do art. 58-A da CLT que previu ser facultado ao trabalhador contratado sob regime de tempo parcial converter um terço de suas férias em abono pecuniário. Para tanto, houve, concomitantemente, a revogação expressa, por intermédio do art. 5º, I, “e”, da Lei n. 13.467/2017, da anterior regra proibitória inserida no § 3º do art. 143 da CLT.

2) O período de férias é computado no tempo de serviço do empregado, pois se trata de modalidade de interrupção do contrato de trabalho.

3) O legislador estabeleceu uma relação do número de faltas injustificadas com o número de dias de férias, conforme o art. 130 da CLT:

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

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

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

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

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

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

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

Por exemplo, se o empregado tiver mais de 32 dias de faltas injustificadas no período aquisitivo não terá direito às férias. Por outro lado, se tiver até 5 faltas injustificadas, dentro do período aquisitivo, fará jus ao prazo integral de 30 dias de férias.

RECAPITULANDO...

Número de dias de férias	Jornada a tempo integral ou parcial
30 dias	Até 5 faltas injustificadas
24 dias de férias	6 a 14 faltas injustificadas
18 dias de férias	15 a 23 faltas injustificadas
16 dias de férias	
14 dias de férias	
12 dias de férias	24 a 32 faltas injustificadas
10 dias de férias	
8 dias de férias	

O art. 131 da CLT e a Súmula 89 do TST abaixo estabelecem que as faltas justificadas não serão consideradas para efeito de aquisição do direito às férias ou sua redução (por exemplo: o período da licença-gestante ou de resguardo em função de aborto não criminoso e referente ao acidente de trabalho ou enfermidade atestada pelo INSS, observando-se o disposto no inciso IV do art. 133 da CLT).

Súmula n. 89. Se as faltas já são justificadas pela lei, consideram-se como ausências legais e não serão descontadas para o cálculo do período de férias.

PERGUNTA-SE

- 1) O que é período aquisitivo e período concessivo?
- 2) Qual é a forma adotada pela CLT para a fixação da época da concessão das férias?
- 3) O empregado pode exigir que suas férias sejam concedidas em um período específico, por exemplo, em janeiro?
- 4) **As férias podem iniciar em período que antecede feriados ou domingos?**

1) No Brasil empregado deverá trabalhar pelo período de doze meses para adquirir o direito de férias de trinta dias. Este é o **período aquisitivo** de férias.

O período aquisitivo, portanto, é o período de trabalho que a legislação trabalhista exige para se adquirir o direito de gozar férias.

DETALHE:

A data-base para aquisição do direito de férias é a data da admissão. **Por exemplo**, se o empregado for admitido em 15 de março de 2009, o seu período aquisitivo estará completo após o período de um ano desta data.

Após a aquisição do direito de férias pelo empregado, o empregador tem o prazo de doze meses para fixar a época das férias do empregado. Este é o **período concessivo** de férias.

P R Á T I C A : QUANDO SE INICIA O PERÍODO CONCESSIVO DE DOZE MESES APÓS O PRIMEIRO PERÍODO AQUISITIVO COMPLETADO, INICIA-SE TAMBÉM UM NOVO CICLO

DE PERÍODO AQUISITIVO (2º PERÍODO), QUE, UMA VEZ COMPLETADO, IRÁ GERAR O DIREITO AO EMPREGADO DE MAIS TRINTA DIAS DE FÉRIAS, E ASSIM SUCESSIVAMENTE, COMO ABAIXO: 01.01.2009 – INÍCIO DO 1º PERÍODO AQUISITIVO – PA⁸⁷1

01.01.2010 – início do 1º período concessivo ao mesmo tempo que se inicia o 2º período aquisitivo – PC⁸⁸1 = PA2

2) Agora vamos estudar o tratamento celetista quanto à época da concessão das férias.

Segundo o art. 136, cabe ao empregador fixar o período de concessão de férias do empregado, desde que respeitado o período de doze meses subsequentes à data em que aquele haja adquirido o direito (período concessivo).

Art. 136. A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador.

3) Logo, o empregado não pode exigir que o empregador fixe suas férias em determinado período, por exemplo, em janeiro.

A justificativa é fácil de ser compreendida: se os empregados pudessem escolher a época de férias de sua preferência, em meses como janeiro e julho, não haveria expediente nas empresas, pois a maioria dos empregados iria preferir tais meses.

Há, contudo, duas exceções à regra acima.

A primeira refere-se aos membros de uma mesma família, que laborem no mesmo estabelecimento ou na mesma empresa, estes terão direito de gozar suas férias num mesmo período, desde que assim o requeiram e não cause prejuízo ao serviço: *Art. 136. (...)*

§ 1º Os membros de uma família, que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não resultar prejuízo para o serviço.

CUIDADO:

Este direito está condicionado ao pedido do empregado e, mesmo nesta

hipótese, o empregador pode negá-lo se achar que será prejudicial ao serviço.

A segunda exceção refere-se ao empregado estudante, que tenha pelo menos 18 anos, que terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares: *Art. 136. (...)*

§ 2º O empregado estudante, menor de 18 (dezoito) anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares.

Josyanne Nazareth de Souza⁸⁹ enfatiza que as duas hipóteses acima são as únicas exceções nas quais o empregado pode escolher a época do seu período de férias.

4) A Lei n. 13.467/2017 acrescentou o § 3º ao art. 134 da CLT para prever que é vedado o início das férias no período de 2 (dois) dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Maurício Godinho Delgado⁹⁰ festeja tal nova previsão legal: “com esse novo preceito, evita-se o prejuízo resultante da marcação das férias imediatamente antes de feriados ou de domingos (dia de coincidência preferencial do RSR). Ora, essa prática não era proibida no sistema anterior, mas, realmente, pode prejudicar o somatório de dias corridos de férias, em claro desfavor do empregado”.

6. FRACIONAMENTO DE FÉRIAS

PERGUNTA-SE

É possível haver o fracionamento dos dias de férias individuais do empregado? E em caso de férias coletivas? Em caso positivo, há exceções?

Quanto à possibilidade de fracionamento das férias, a legislação trabalhista permitia, excepcionalmente, o fracionamento dos dias de férias individuais, em dois períodos, desde que um deles não fosse inferior a dez dias, vejamos a antiga redação do § 1º do art. 134: *Art. 134. (...)*

§ 1º Somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em 2 (dois) períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos.

A atual redação do § 1º do art. 134 da CLT trazida pela Lei n. 13.467/2017 permitiu o fracionamento das férias em até 3 (três) períodos, vejamos sua redação: *Art. 134 (...)*

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

O novo critério de parcelamento das férias individuais tem de ser consensual entre empregado e empregador (art. 134, § 1º, CLT) podendo as férias serem fracionadas em até 3 (três) períodos.

Na prática, se o empregado fizer opção pela conversão pecuniária de 1/3 de suas férias (abono pecuniário de férias: art. 143, CLT), terá que gozar de um período de 14 dias e poderá gozar somente mais um período de 6 (seis) para atender o § 1º do art. 134 da CLT.

Ilustrando melhor: 14 dias de férias gozadas + 10 dias de férias convertidas em pecúnia + 6 dias de saldo restante de férias = 30 dias de prazo total de férias.

Apesar disso, não podemos deixar de pontuar que houve um retrocesso

social neste ponto, uma vez que antes da Reforma trabalhista o fracionamento das férias era uma exceção e após a Reforma Trabalhista poderá ser a regra, uma vez que o empregado subordinado poderá ser facilmente “pressionado” pelo empregador a fracionar suas férias. Caberão aos empregados provarem que foram forçados a assinar o pedido de fracionamento de férias contra sua vontade.

O art. 134, § 2º, da CLT foi revogado pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Este dispositivo legal dispunha que os menores de 18 (dezoito) anos e aos maiores de 50 (cinquenta) anos tinham direito a concessão de férias de uma vez só.

Lembre-se que o legislador manteve o direito de coincidência de férias para estudantes e membros da mesma família, de que trata o art. 136 da CLT.

A Reforma trabalhista não alterou a regra de fracionamento de férias em caso de férias coletivas, logo continua em vigor o § 1º do art. 139 da CLT a seguir: *Art. 139. Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.*

§ 1º As férias poderão ser gozadas em 2 (dois) períodos anuais desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos.

PEGADINHA:

Vale observar que a CLT utiliza a expressão “desde que **NENHUM deles**” no tocante às férias coletivas.

7. PERDA DO DIREITO DE FÉRIAS

PERGUNTA-SE

1) O empregado pode perder o direito a férias? Em quais hipóteses legais?

1) O tema vem tratado na CLT, no art. 133: *Art. 133. Não terá direito a férias o empregado que, no curso do período aquisitivo:*

I – deixar o emprego e não for readmitido dentro dos 60 (sessenta) dias subsequentes à sua saída;

Exemplo: o empregado recebe aviso prévio da sua demissão sem justa causa em 1º-3-2010, cumprindo aviso prévio trabalho de 30 dias corridos. Vamos supor que este empregado tinha um período aquisitivo de férias de 9 meses. Contudo, em 1º-7-2010, o empregador oferece nova proposta de trabalho ao mesmo empregado. Nesta hipótese, o empregado inicia novo período aquisitivo de férias, desconsiderando o período aquisitivo anterior de 9 meses, uma vez que foi readmitido após 60 dias da sua saída.

II – permanecer em gozo de licença, com percepção de salários, por mais de 30 (trinta) dias (mesmo que o período seja descontínuo); Exemplo: o empregado permanece em licença remunerada por 45 dias por motivos particulares. Vamos supor que este empregado tinha um período aquisitivo de férias de 8 meses. Nesta hipótese, quando retornar de sua licença, iniciar-se-á novo período aquisitivo.

OBSERVAÇÃO:

Se o empregador se utilizar da prática de concessão de licença remunerada para todos os empregados com intuito de burlar a legislação de férias, poderá ser condenado em arcar com o acréscimo de um terço do salário de abono de férias.

Veja decisão do TST neste sentido:

Licença remunerada não exclui adicional de um terço sobre férias O artigo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que desobriga o empregador do pagamento das férias ao empregado em licença remunerada superior a 30 dias não afasta o direito desse mesmo trabalhador ao pagamento de um terço do salário, previsto na Constituição para o

custeio das férias. O posicionamento foi adotado pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao deferir, conforme voto do juiz convocado Aloysio Corrêa da Veiga (relator), um recurso de revista a um metalúrgico do interior paulista.

Após cinco anos de atividade, o trabalhador (prensista) foi demitido sem justa causa pela M. Indústria e Comércio Ltda. – empresa de fabricação de discos e segmentos de freios, pós de metais, dentre outros produtos. Um mês depois da dispensa, o metalúrgico ingressou na Vara do Trabalho de Botucatu (SP) reivindicando o pagamento de diferenças salariais, dentre elas a remuneração de um terço sobre as férias prevista no art. 7º, XVII, da Constituição Federal. O dispositivo prevê “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Segundo a ação, em dois períodos distintos do contrato, a empresa concedeu licença remunerada ao prensista comprometendo-se a pagar-lhe, por ocasião das férias regulamentares, o chamado terço constitucional. Como a despedida ocorreu antes do gozo regulamentar das férias, reclamou-se a indenização sobre a gratificação não paga. O direito foi reconhecido pela primeira instância. O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (com sede em Campinas) deferiu, contudo, recurso à M. e excluiu a gratificação da condenação.

Verificou-se que a licença remunerada durou 65 dias, o que excluiu o direito às férias conforme a previsão dos arts. 130 e 133, II, da CLT.

“Face à afirmativa de que a empresa se comprometera a pagar o terço constitucional por ocasião das férias, esse ônus era do empregado e nenhuma prova fez nesse sentido, logo não há que se falar na paga do adicional constitucional de férias, visto que a elas não fez jus.”

A inexistência do direito às férias, segundo o TRT, eliminou a prerrogativa do referido adicional constitucional de um terço. “Inexistindo o principal (pagamento de férias) não há que se falar no acessório (adicional de férias), já que a sorte do acessório segue sempre a sorte do principal. Indevido, pois, o pagamento do adicional de férias que fica excluído da condenação”, registrou o acórdão regional. Esse entendimento foi rebatido pelo Tribunal Superior do Trabalho durante o exame do recurso do trabalhador.

O relator frisou que o benefício constitucional foi criado para proporcionar ao empregado a possibilidade de usufruir de suas férias. Mesmo que tenha deixado de trabalhar por 65 dias, com percepção de salário, o TST entendeu que o prensista gozou os períodos de descanso, tendo direito ao terço constitucional como se houvesse formalmente tirado férias.

Aloysio da Veiga também alertou para a necessidade de observar o direito do trabalhador para evitar a ocorrência de irregularidades. “O terço constitucional é direito do trabalhador e a sua supressão importa em prejuízos à remuneração do empregado, podendo ser utilizado com o fim de permitir aos empregadores que substituam a licença remunerada pelas férias e com isso isentar-se do pagamento do terço constitucional, fraudando o disposto no texto constitucional” (RR 439211/98.2, *Notícias do TST*).

III – deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de 30 (trinta) dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa; e

Exemplo: o empregado permanece afastado sem trabalhar com licença remunerada por 45 dias por motivo de incêndio no local de trabalho. Vamos supor que este empregado tinha um período aquisitivo de férias de 6 meses. Nesta hipótese, quando retornar de sua licença, iniciar-se-á novo período aquisitivo.

IV – tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de 6 (seis) meses, embora descontínuos.

Exemplo: o empregado permanece afastado por motivo de acidente do trabalho percebendo auxílio-doença acidentário do INSS no período de 1º-2-2010 a 1º-9-2010. Vamos supor que este empregado tinha um período aquisitivo de férias de 7 meses. Nesta hipótese, quando retornar de sua licença, iniciar-se-á novo período aquisitivo.

Sobre a perda do direito de férias, assim se posicionou o TST: **Perda do direito de férias** A possibilidade de perda do direito às férias aplica-se ao empregado que esteve afastado de suas atividades por período de seis meses, ainda que descontínuo e recebendo benefício do INSS. A verificação da aplicação incorreta dessa norma, prevista no art. 133, IV, da CLT, levou a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho a deferir recurso de revista a um encarregado de manutenção paulistano, empregado da Clínica Dr. G. M. S.C. Ltda. A decisão do TST garantiu-lhe o pagamento em dobro de um período de férias.

A primeira manifestação sobre o tema ocorreu na 75ª Vara do Trabalho de São Paulo, que deferiu parcialmente ação do trabalhador, reconhecendo o direito a verbas e diferenças salariais. Dentre elas, o pagamento em dobro das férias vencidas relativas ao período 1994/1995. Face à condenação, a empregadora recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (com sede na cidade de São Paulo). Em relação às férias dobradas (período 1994/1995), alegou a inviabilidade de sua concessão, pois o trabalhador esteve em gozo de auxílio-doença, recebendo o benefício do INSS, entre 25 de dezembro de 1994 e 21 de agosto do ano subsequente. A empresa defendeu o enquadramento do caso no art. 133, IV. O dispositivo da CLT estabelece que o trabalhador perderá seu direito às férias se, no curso

do período aquisitivo, “tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de seis meses, embora descontínuos”. O TRT determinou a exclusão das férias dobradas da condenação.

O recurso de revista do empregado foi distribuído, no TST, à Juíza Convocada Perpétua Wanderley, que optou por realizar uma análise do direito às férias e, sobretudo, da possibilidade de sua perda. “O período aquisitivo, consoante estabelece o art. 130 da CLT, corresponde ao decurso de cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, após o qual o empregado terá direito a férias”, afirmou. “Segue-se lhe a regra do art. 133, IV, obstativa da aquisição do direito em decorrência de situações que implicam a interrupção ou a suspensão da prestação de serviços e que se verifiquem dentro do período aquisitivo”, acrescentou Perpétua Wanderley em seu voto.

A análise dos autos levou à constatação de que a data de admissão do trabalhador na clínica remonta a 2 de janeiro de 1984. Por conseguinte, o período aquisitivo se estende sempre entre 2 de janeiro de um ano a 1º de janeiro do ano posterior.

A aplicação da regra legal ao período de afastamento alegado pelo encarregado de manutenção (5 meses e 13 dias) ou consignado na decisão regional (7 meses e 24 dias) não poderia ter resultado na perda do direito, segundo a relatora.

“Com efeito, o período do afastamento deveria estar contido no período aquisitivo”, observou Perpétua Wanderley. “Quando o período de afastamento por benefício previdenciário, embora superior a seis meses, não está contido em sua totalidade no período aquisitivo, não está configurada a hipótese legal excludente das férias”, esclareceu a relatora ao determinar o pagamento das férias vencidas, em dobro, ao trabalhador (RR 473073/1988.7, *Notícias do TST*).

Em caso de serviço militar, o empregado terá que comunicar ao empregador o seu retorno do serviço militar no prazo de trinta dias, recomeçando suas atividades no prazo máximo de noventa dias, sob pena de perder o tempo anterior à prestação do serviço militar para efeito de férias, conforme o art. 132 da CLT: *Art. 132. O tempo de trabalho anterior à apresentação do empregado para serviço militar obrigatório será computado no período aquisitivo, desde que ele compareça ao estabelecimento dentro de 90 (noventa) dias da data em que se verificar a respectiva baixa.*

8. DA REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS, DO ABONO DE FÉRIAS E DO ABONO PECUNIÁRIO

As férias são calculadas sobre todas as parcelas de natureza salarial habitualmente pagas ao trabalhador, correspondendo à remuneração que seria devida ao trabalhador no mês da concessão, acrescida do terço constitucional (art. 7º, XVII, da CF).

A cada mês trabalhado ou por fração igual ou superior a quinze dias, o empregado adquire direito a 1/12 de férias proporcionais.

DETALHE:

O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que incide também o terço constitucional de férias sobre as férias proporcionais (Súmula 328).

SÚMULA 328. FÉRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da CF/1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII.

O empregado poderá converter um terço das suas férias em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes (art. 143 da CLT). Este abono não se confunde com o terço constitucional das férias.

CUIDADO:

O art. 143 da CLT estabelece ao empregado, e não ao empregador, a faculdade de converter um terço do período de férias a que tem direito em abono pecuniário. Portanto, sendo imposta esta conversão, o empregado poderia requerer o pagamento em dobro dos dez dos dias equivalentes ao abono.

ATUALIZE-SE:

Com a Reforma Trabalhista, o § 6º do art. 58-A da CLT previu ser facultado ao trabalhador contratado sob regime de tempo parcial converter um terço de suas férias em abono pecuniário (revogação expressa, por

intermédio do art. 5º, I, “e”, da Lei n. 13.467/2017, da anterior regra proibitória inserida no § 3º do art. 143 da CLT).

PEGADINHA:

Em caso de férias coletivas, o abono não poderá ser requerido pelo empregado. A CLT exige que, neste caso, a concessão de abono seja objeto de acordo coletivo entre o empregador e o Sindicato representativo da respectiva categoria profissional.

Por fim, o Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que se as férias forem indenizadas, não incide FGTS sobre elas (OJ 195 da SDI-I).

ATENÇÃO:

PERGUNTA-SE

Durante as férias, o empregado tem direito a manter o recebimento dos seus benefícios, como, por exemplo, auxílio-alimentação?

Alice Monteiro de Barros defende que o empregado tem direito a manter os seus benefícios durante as férias, já que se trata de forma de interrupção do contrato de trabalho. Explica o seguinte: “Caso o empregado receba salário *in natura* (alimentação, habitação, etc.) e durante as férias a vantagem for suprimida, porque o trabalhador desocupou o imóvel, por exemplo, o empregador deverá assegurar-lhe o substitutivo em moeda? A resposta é sim, pois, caso contrário, o empregado sofreria uma redução salarial no período de descanso. Se, entretanto, o empregado, durante as férias, continua desfrutando da utilidade (habitação, por exemplo), evidentemente não cabe nenhum acréscimo pecuniário pelo fornecimento *in natura*, do contrário haverá *bis in idem*, isto é, o empregador pagará a utilidade duas vezes (fruição da utilidade mais o valor pecuniário)”⁹¹.

Em sentença datada de 27 de abril de 2005, o TST manteve decisão que concedeu auxílio-alimentação ao empregado durante as férias.

Auxílio-alimentação durante as férias O Tribunal Superior do Trabalho manteve a

decisão regional que obrigou o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES) a restabelecer o fornecimento de auxílio-alimentação a seus servidores durante o período de férias.

A condenação foi mantida em razão do não conhecimento do recurso do DER/ES pela 1ª Turma do TST, em voto relatado pelo Ministro Lélío Bentes Corrêa. A supressão do auxílio-alimentação durante as férias foi determinada pela Lei estadual n. 5.859, de 31-5-1999, e a parcela deixou de ser paga aos servidores em férias a partir do mês seguinte.

A ação trabalhista foi ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores Públicos nas Autarquias, Fundações e Sociedades de Economia Mista do Estado do Espírito Santo (Sindipúblicos) em nome dos servidores celetistas, na condição de substituto processual. Para o sindicato, a supressão do auxílio-alimentação por determinação patronal violou o art. 468 da CLT, que veda alterações unilaterais do contrato de trabalho em prejuízo dos empregados. A entidade sustentou que a alteração somente poderia alcançar os servidores admitidos após a vigência da lei. Na ação, foi requerida antecipação de tutela em favor dos substituídos, em face do caráter alimentar da parcela. A tutela foi concedida em primeiro grau e mantida pelo TRT do Espírito Santo (17ª Região).

O TRT/ES considerou caracterizado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, em função do caráter alimentar da parcela, já que era perfeitamente possível que os empregados estivessem passando por privações referentes a sua subsistência de suas famílias. O TRT/ES também considerou que a concessão da tutela antecipada poderia ser revertida em caso de modificação da sentença. Nesse caso o DER/ES poderia efetuar descontos salariais para reaver o que pagou. Para o governo estadual, a medida é importante para sanear os cofres públicos. A segunda instância rejeitou o argumento do DER/ES de que não se pode conceder antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública e confirmou que a supressão do auxílio-alimentação nas férias violou o art. 468 da CLT.

No recurso ao TST, a defesa do DER/ES insistiu no argumento de que a sistema legal em vigor veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, acrescentando que o auxílio-alimentação constitui parcela de natureza meramente indenizatória, não possuindo caráter salarial. O Ministro Lélío Bentes afirmou que o primeiro argumento não se sustenta, já que não se trata de novas despesas para os cofres públicos, mas sim de restabelecimento de parcela salarial que já vinha sendo paga habitualmente aos trabalhadores do DER/ES contratados sob o regime da CLT.

Para o Ministro Lélío Bentes, a decisão do TRT/ES não merece reparos. “A decisão traduz correta aplicação do direito à espécie, considerados os seguintes aspectos incontroversos: a contratação dos substituídos pelo regime celetista; a consequente sujeição do empregador aos critérios do art. 468 da CLT; a percepção habitual da vantagem por todos os substituídos e a circunstância de que a restrição imposta pela legislação estadual invocada em favor da regularidade do ato patronal supressivo da vantagem somente seria aplicável aos servidores públicos estaduais empossados após o termo inicial de vigência respectivo”

(RR 787167/2001.1).

9. FÉRIAS NA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Quanto à extinção do contrato de trabalho do empregado, salvo na hipótese de justa causa, antes de completar o período aquisitivo de doze meses, gera o direito a férias proporcionais, segundo estabelecem as Súmulas 171 e 261 do TST.

Súmula 171. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT).

Súmula 261. O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

10. PROCEDIMENTOS LEGAIS

As férias devem ser comunicadas por escrito ao empregado, com antecedência mínima de trinta dias, sendo que o empregado dará recibo da ciência da referida comunicação, conforme art. 135 da CLT: *Art. 135. A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo.*

Segundo o art. 145 da CLT, o seu pagamento deverá ser efetuado até dois dias **antes** do início do período de gozo.

IMPORTANTE:

O não recebimento adiantado da remuneração das férias implica a frustração do gozo do descanso, já que o empregado poderá acabar não tendo o dinheiro necessário para desfrutar o lazer em suas férias.

Por fim, vale lembrar que durante as férias o empregado não poderá prestar serviço a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude da existência de outro contrato de trabalho mantido com outro empregador.

11. CONCESSÃO DAS FÉRIAS FORA DO PRAZO LEGAL E DAS FÉRIAS EM DOBRO

A legislação trabalhista prevê penalidade em caso de o empregador não conceder férias ao empregado durante o período concessivo ou o fizer fora do prazo: pagamento em dobro (arts. 134 e 137 da CLT e Súmula 81 do TST).

Art. 134. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

POLÊMICA:

Embora a CLT preveja que as férias devam ser concedidas nos doze meses subsequentes ao período aquisitivo, a maioria da doutrina trabalhista entende que as férias devem ser concedidas antes que o empregado complete o segundo período aquisitivo.

Logo, o empregador deve fixar as férias nos onze meses subsequentes ao período aquisitivo a fim de que computado o período de trinta dias de férias, o prazo máximo de doze meses tenha sido respeitado pelo empregador, sob pena de pagamento em dobro.

PERGUNTA-SE

- 1) Em que situações, fora das hipóteses legais acima, o TST tem entendido aplicável a penalidade de pagamento em dobro das férias?
- 2) É devido o pagamento de um terço constitucional sobre o pagamento das férias em dobro?
- 3) Quando o empregador não conceder as férias dentro do prazo legal, pode o empregado recorrer à Justiça do Trabalho para exigir que ele fixe a época de suas férias?

1) Há outras situações em que a jurisprudência trabalhista vem condenando as empresas ao pagamento em dobro da remuneração, além da situação legal de não concessão ou concessão fora do prazo: **a)** conceder

férias fracionadas em mais períodos do que permitidos em lei; **b)** obrigar o empregado a usufruir apenas vinte dias de férias convertendo dez dias em abono pecuniário; e **c)** não pagar as férias dentro do prazo legal, ou seja, dois dias antes de o empregado sair de férias.

Receber férias com atraso dá direito a pagamento em dobro A finalidade das férias é permitir ao trabalhador o descanso anual em condições e ambiente diferentes daqueles em que costuma executar suas tarefas e em que vive de forma cotidiana, a fim de preservar sua **saúde** física e mental. O pagamento com atraso da remuneração relativa ao período das férias subverte essa finalidade, e por isso deve gerar o direito ao recebimento em dobro por parte do trabalhador. Com este entendimento, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho deu provimento a recurso de revista de uma ex-zeladora da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) e determinou o pagamento em dobro das férias pagas com atraso, em processo relatado pelo Ministro Vieira de Mello Filho.

A zeladora foi admitida pela Unisul, na cidade de Tubarão (SC), em julho de 1995. Quase dez anos depois, em janeiro de 2005, foi demitida sem justa causa e ajuizou reclamação trabalhista pleiteando diversos direitos. Alegou, entre outras coisas, que, embora o abono de um terço fosse pago antecipadamente, sempre recebia o restante da remuneração quando retornava do período de férias, pedindo, portanto, seu pagamento em dobro.

O juiz da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão deferiu o pedido, fundamentado, principalmente, na economia e na celeridade processuais. “A prática tem demonstrado que o indeferimento da pretensão [do pagamento em dobro no caso de atraso na remuneração de férias] tem levado os processos até o TST, com provimento favorável aos trabalhadores”, registrou na sentença.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina), porém, ao julgar recurso ordinário da Unisul, excluiu da condenação a dobra das férias. O TRT entendeu que, se o empregado goza as férias a que tem direito sem receber a antecipação (que deve ser paga até dois dias antes do início, conforme o art. 145 da CLT), cabe apenas a aplicação de multa ao empregador.

A zeladora recorreu então ao TST, insistindo no pagamento em dobro. O Ministro Vieira de Mello Filho ressaltou que a questão reside em saber se o comportamento adotado pela Unisul, ao pagar as férias após seu efetivo gozo, caracteriza infração administrativa (art. 153 da CLT) ou se importa o pagamento em dobro.

No seu entendimento, a regra do art. 145 da CLT “não poderá perder de vista a regra constitucional do art. 7º, inciso XVII, que assegura a gratificação antecipada de um terço para as férias”. A interpretação da norma constitucional, juntamente com a da CLT, “retira a possibilidade de se concluir pela caracterização de mera infração administrativa, porque a questão refoge ao âmbito da disponibilidade das partes no contrato de trabalho, e da responsabilidade trabalhista ou administrativa dela decorrente”, ou seja, a regra da CLT

passa a ter o mesmo *status* constitucional do abono de um terço.

Com esta fundamentação, Vieira de Mello Filho afirma que o pagamento fora do prazo demonstra “desatenção ao espírito da norma, tornando sem efeito o pressuposto das férias remuneradas, criado, especificamente, com o intuito de que fossem possibilitadas ao empregado condições financeiras para o gozo de seu período de descanso da melhor forma que lhe aprouvesse”.

Para o ministro relator, “o desrespeito à ordem constitucional quanto ao pagamento extemporâneo das férias conspira contra os valores da preservação da saúde e segurança no ambiente de trabalho e, para se garantir a efetividade da norma, impõe-se interpretação de caráter inibitório” – ou seja, o pagamento em dobro, para desestimular o empregador a proceder de forma incorreta.

Quanto à interpretação dada à questão, o relator destacou que o juiz, “sendo o criador da lei individualizada ao caso concreto, deve encontrar meios de tornar esta norma eficaz e exequível e não, covardemente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe legislação integradora dispondo sobre a matéria”.

Por unanimidade, a 1ª Turma deu provimento ao recurso e restabeleceu a condenação ao pagamento da dobra relativa às férias não remuneradas à época própria, nos termos da decisão da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão (RR 996/2005-041-12-00.6, *Notícias do TST*, de 16-11-2006).

2) Quanto à incidência do terço constitucional sobre a penalidade do pagamento das férias em dobro, a posição do TST tem sido no sentido de que o pagamento das férias integrais ou proporcionais, gozadas ou não, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no art. 7º, XVII, da CF (Súmula 328 do TST).

3) A partir do momento em que o período concessivo se expirou, o trabalhador pode ajuizar ação trabalhista requerendo a fixação pelo juiz dos dias em que ele poderá entrar em gozo de férias.

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich ressalta que em 1997 não se cogitava ainda, no direito processual brasileiro, dos efeitos da tutela específica de obrigação de fazer, contudo, na atualidade entende-se possível que o empregado ajuíze ação trabalhista recorrendo a este recurso processual para fixação de férias para antecipação do provimento jurisdicional.

Nesse sentido, o autor sustenta que: “é que pode ser grande a demora na

solução definitiva da reclamação prevista no § 1º do art. 137, caso em que tenderá a agravar os malefícios à saúde do trabalhador, com a falta da concessão das férias, reclamando solução jurisdicional mais razoável e equitativa: a tutela antecipada”⁹².

12. FÉRIAS COLETIVAS

Férias coletivas são as concedidas pelo empregador a todos os empregados da empresa ou de determinado estabelecimento ou setor (art. 139 da CLT).

As férias coletivas deverão ser comunicadas pelo empregador à DRT e aos sindicatos das categorias profissionais, com antecedência mínima de quinze dias, comunicando a data do início e do término das férias respectivas, esclarecendo quais os setores ou estabelecimentos abrangidos pela medida.

Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

§ 1º Vencido o mencionado prazo sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas.

§ 2º A sentença dominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida.

§ 3º Cópia da decisão judicial transitada em julgado será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo.

Além disso, a legislação trabalhista exige que seja afixado aviso no local de trabalho sobre a concessão de férias coletivas.

DETALHE:

A empresa poderá promover a dispensa, com a referência do período aquisitivo das férias coletivas concedidas, quando o número for superior a 300 empregados, mediante carimbo na CTPS dos empregados, cujo modelo será aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 141 da CLT).

Os empregados que tiverem menos de 12 meses de trabalho terão direito de gozo de férias coletivas proporcionais, zerando-se o atual período aquisitivo e iniciando-se novo período aquisitivo (art. 140 da CLT). Aqui temos outra **polêmica**, pois se o empregado tiver adquirido 11/12 de férias

e o empregador conceder férias coletivas de 15 dias, teria ele direito ao saldo restante de dias de férias? Ou deveria ser zerado o saldo de férias e o empregado perderia o saldo restante? A doutrina trabalhista diverge a respeito.

13. A CONVENÇÃO N. 132 DA OIT SOBRE FÉRIAS

O Brasil é filiado, como Estado-membro, à Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, com sede em Genebra – Suíça, atualmente vinculada à ONU. A OIT, através da sua Conferência Internacional do Trabalho, aprova, anualmente, Convenções, que são tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros.

A Confederação Geral da Organização Internacional do Trabalho se reuniu em sua quinquagésima quarta sessão em 3 de junho de 1970 e aprovou em 24 de junho do mesmo ano, diversas propostas relativas a férias remuneradas sob a forma de uma Convenção Internacional, denominada *Convenção sobre Férias Remuneradas* (Convenção n. 132).

A Convenção n. 132 já havia sido discutida pela OIT na década de 1970, logo acabou inspirando a redação do capítulo de férias da CLT aprovado em 1977 (arts. 129 a 153). Ela foi ratificada pelo Brasil em **23 de setembro de 1981** e entrou em vigor somente em **23 de setembro de 1999**, portanto vinte e dois anos depois de ser aprovado o capítulo de férias da CLT.

É importante esclarecer que a Convenção n. 132 da OIT foi ratificada pelo Brasil em **23 de setembro de 1981** no plano interno pelo Decreto Legislativo n. 47, mas somente promulgada pelo Decreto n. 3.197, de 5-10-1999, e publicada no *DJU* de 6-10-1999.

Conforme o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, somente há eficácia da Convenção, em território nacional, a partir da publicação do decreto de promulgação no *Diário Oficial*. Desse modo, em **6 de outubro de 1999** passou a vigorar entre nós a Convenção n. 132 da OIT.

No plano internacional, o instrumento de ratificação somente foi depositado na OIT em **23 de setembro de 1998** (depois de 7 anos), portanto a Convenção n. 132 da OIT somente entrou em vigor no Brasil em **23 de**

setembro de 1999, ou seja, um ano após o depósito.

Fabiola Marques, em sua tese de doutorado em Direito das Relações Sociais da PUCSP, intitulada *Férias: novo regime da Convenção 132 da OIT*, afirma que “apesar de a Convenção n. 132 vigorar há quase oito anos, ou seja, desde 06 de outubro de 1999, com a promulgação do Decreto presidencial n. 3.197, de 5 de outubro de 1999, as novidades por ela introduzidas ao ordenamento jurídico nacional continuam a ser ignoradas pela maioria dos nossos operadores do direito”⁹³.

PERGUNTA-SE

Quais são as diferenças principais entre os direitos trabalhistas previstos no Capítulo de Férias celetista e na Convenção n. 132 da OIT? Qual é a norma mais favorável aos trabalhadores?

A fim de tornar didática a resposta a esta pergunta, elaboramos um quadro comparativo por instituto entre a CLT e a Convenção n. 132. Veja a seguir as principais diferenças entre os dois diplomas.

Instituto	CLT	Convenção n. 132 da OIT	Norma mais favorável
1. Categoria aplicável	Todos os empregados celetistas	Todos os empregados, com exceção dos marítimos (art. 2º da Convenção)	CLT
2. Prazo mínimo de férias	30 dias corridos por ano, incluídos os feriados	Não poderá ser inferior a 3 semanas de trabalho, por 1 ano de serviço, sem cômputo dos feriados (art. 3º, item 3, da Convenção)	CLT
3. Cômputo dos feriados	Sim, incluídos os feriados no prazo mínimo de férias	Não, os feriados oficiais ou costumeiros não são	Convenção n. 132 da

		computados no prazo mínimo de férias (art. 6º da Convenção)	OIT
4. Período aquisitivo	Sim, prazo mínimo de 12 meses contados da data da admissão	Sim, prazo mínimo de 1 ano. <i>(O termo “ano” significa ano civil ou qualquer outro período de igual duração fixado pela autoridade ou órgão apropriado do país interessado.)</i>	CLT
5. Período concessivo	Sim, prazo mínimo de 12 meses após o término do período aquisitivo	Sim, prazo mínimo de 18 meses, em caso de fracionamento, o período mínimo de 2 semanas deve ser gozado dentro do prazo máximo de 1 ano e o restante em dentro do prazo de 6 meses finais (art. 9º da Convenção)	CLT
6. Fracionamento de férias individuais	Sim, o fracionamento dos dias de férias individuais, em dois períodos, desde que um deles não seja inferior a 10 dias até 11-11-2017. Após esta data, com a concordância do empregado poderá haver fracionamento em três períodos, sendo que um desses não poderá ser inferior a 14 dias e os demais não poderão ser inferiores a 5 dias, cada um.	Sim, desde que uma das frações do referido período seja no mínimo 2 semanas de trabalho ininterruptos, ou seja, de 14 dias, e que sejam gozadas dentro do prazo máximo de 1 ano e o restante em dentro do prazo de 8 meses finais (arts. 8º e 9º da Convenção)	A partir da Reforma Trabalhista – CLT.
7. Remuneração	Igual à remuneração normal ou média do empregado, acrescidas	Pelo menos a remuneração normal ou	CLT

das férias	de 1/3 constitucional	média do empregado (art. 7º da Convenção)	
8. Época do pagamento das férias	2 dias antes do gozo de férias (art. 145 da CLT)	Antes do período de férias, salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule a referida pessoa e seu empregador (art. 7º, item 2, da Convenção)	CLT

PERGUNTA-SE

Qual é a legislação trabalhista aplicável quanto ao instituto de férias no Brasil após a ratificação da Convenção n. 132 da OIT? A CLT ou a Convenção n. 132 da OIT? Qual o fundamento legal?

É importante saber se a normatização aplicável ao instituto de férias no Brasil deve seguir as normas celetistas ou as normas da Convenção n. 132 da OIT.

Não há consenso na doutrina trabalhista contemporânea a respeito da normatização aplicável ao instituto das férias após a entrada em vigor no Brasil da Convenção n. 132 da OIT em 1999.

Veja esta decisão recente do TST:

Convenção da OIT garante férias proporcionais a doméstica A 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento (rejeitou) a recurso de revista movido pelos patrões de uma empregada doméstica que havia obtido na Justiça do Trabalho o direito ao recebimento de férias proporcionais.

Como o processo tramita sob o rito sumaríssimo, só cabe recurso em caso de contrariedade a súmula do TST ou violação direta da Constituição Federal e, no entendimento da Turma, o tema foi regulamentado pela Convenção n. 132 da OIT, que tem paridade com a legislação ordinária. A empregada trabalhou como doméstica para o casal, em João Pessoa (PB), de junho de 1999 a setembro de 2002. No dia 11 de setembro de 2002, sofreu um acidente, e em consequência disso ficou internada por quase dois meses.

No dia seguinte ao acidente, sua irmã foi comunicada pelos patrões que ela havia sido demitida. Como não tinha registro na carteira profissional nem recolhia a contribuição do

INSS, não pôde usufruir dos benefícios previdenciários nesse período. Pouco depois, ajuizou a reclamação trabalhista pleiteando uma série de direitos que, de acordo com a reclamação, teriam sido negados durante o período em que trabalhou na residência.

A Vara do Trabalho de João Pessoa condenou os empregadores ao pagamento de aviso prévio, diferenças salariais, décimo terceiro salário durante todo o período e férias com acréscimo do abono constitucional de um terço. Foram concedidas também férias proporcionais, decisão mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região), no julgamento do recurso ordinário, sob o entendimento de que estas seriam uma extensão do direito a férias assegurado na Constituição Federal ao empregado doméstico.

Os ex-empregadores recorreram então ao TST alegando, em sua defesa, que o direito às férias proporcionais a domésticos não está previsto na Constituição Federal e, portanto, sua concessão caracterizaria violação constitucional.

O relator do processo, Juiz Convocado Luiz Carlos Gomes Godoy, destacou o processo na sessão em que foi julgado. Ele observou que a CLT (art. 7º, letra *a*) exclui expressamente o doméstico de suas regras. Porém, a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1998 e incorporada à ordem jurídica interna em 1999, “alterou profundamente o regime de férias”. O texto da Convenção não faz distinção da causa da extinção do contrato de trabalho e assegura ao trabalhador que tenha completado o período mínimo de seis meses de serviço o recebimento de férias proporcionais no caso de cessação do contrato.

O Juiz Godoy ressaltou que a Convenção se aplica a todas as pessoas empregadas, “à exceção dos marítimos”. Ao não fazer ressalvas no Instrumento de Ratificação da Convenção, “o Brasil unificou o tratamento dispensado a todos os trabalhadores em matéria de férias”.

A natureza, validade, eficácia e autoridade das Convenções da OIT foram definidas pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os tratados ou convenções internacionais situam-se no mesmo plano das leis ordinárias, tendo portanto paridade com estas. “Tendo paridade normativa com as leis ordinárias e sendo inaplicável o princípio da norma mais benéfica, porque não se trata de coexistência, mas de sucessão de normas, a Convenção n. 132 da OIT derogou as normas da CLT incompatíveis com ela”, afirmou o relator em seu voto. Esclarecido esse ponto, o Juiz Luiz Carlos Godoy concluiu que, em se tratando de processo submetido ao procedimento sumaríssimo, “a matéria é regulada por normatividade infraconstitucional, e por isso não comporta revisão” (RR 267/2003-001-13-40.8, j. em 10-6-2005)⁹⁴.

Podemos enumerar pelo menos três correntes doutrinárias sobre o tema, conforme explicado a seguir.

A primeira corrente sustenta que o diploma a ser aplicado é o celetista, já que é o mais favorável com base na teoria do conglobamento, critério

este cientificamente mais aceito pela doutrina trabalhista.

Os adeptos desta primeira corrente argumentam ainda que a Constituição da OIT estabelece em seu artigo 19, item 8: *em caso algum, a adoção pela Conferência de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação por um Estado-membro, de uma Convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.*

O argumento central desta corrente é que não seria possível a criação de um *tertium genes*, uma nova lei (terceira) composta de parte da legislação nacional, e parte da Convenção da OIT, com base na teoria da acumulação, menos aceita cientificamente pela doutrina trabalhista. Portanto, pela teoria do conglobamento, o diploma celetista seria mais favorável que a Convenção n. 132 da OIT, senão vejamos.

No quadro comparativo apresentado acima, a Convenção n. 132 da OIT somente é mais favorável que a CLT nos direitos enumerados sob ns. 3 e 6, ou seja, no *cômputo dos feriados* e no *fracionamento de férias individuais*, respectivamente. Portanto, pela análise global de ambos os institutos, o diploma celetista é mais favorável em seu conjunto do que a Convenção n. 132 da OIT.

Vólia Bomfim Cassar é filiada a primeira corrente, uma vez que defende que a teoria do conglobamento é a que melhor soluciona a questão, pois afirma que “não fraciona o instituto, nem onera demasiadamente o empregador em detrimento do intenso benefício ao trabalhador. Com isso, ao analisar a legislação trabalhista brasileira e a Convenção 132 da OIT percebe-se que, no conjunto, a primeira é a mais benéfica ao trabalhador em seu conjunto”⁹⁵. No mesmo sentido, entende Maurício Godinho Delgado, ou seja, que não se aplica a Convenção n. 132 da OIT e, sim, a CLT.

A segunda corrente doutrinária discorda e afirma que se deve aplicar a **teoria da acumulação por artigos**, ou seja, criação de um *tertium genes*, uma nova lei (terceira) composta de parte da legislação nacional celetista como regra geral mais favorável individualmente por instituto e parte da Convenção da OIT, excepcionalmente favorável em alguns direitos específicos.

Alice Monteiro de Barros filia-se a segunda corrente, já que entende que deve ser aplicada a Convenção n. 132 da OIT de forma excepcional com fundamento na teoria da acumulação: “Divergimos desse entendimento de que o diploma celetista deve ser aplicado em sua integralidade e admitimos a aplicação da citada norma internacional, por nos filiar-mos aos que afirmam a possibilidade se fazer no caso, excepcionalmente, não a teoria do conglobamento e sim da acumulação”⁹⁶.

É importante destacar forte argumento da autora para defender a aplicação de ambos os diplomas legais: “Se a lei brasileira fosse mais favorável, seria desnecessária a sua ratificação como sugere a OIT”.

Já a terceira corrente doutrinária defende que a Convenção n. 132 da OIT tem **status de lei ordinária** e que a lei posterior derroga a lei anterior celetista. Portanto, a Convenção n. 132 da OIT é o diploma legal aplicável ao instituto das férias no Brasil.

Fabíola Marques defende em sua tese de doutorado na PUCSP a aplicação da Convenção n. 132 da OIT à legislação nacional, afastando as teorias da acumulação e do conglobamento e assim sustentou: “A nosso ver, aqui não se aplicam as teorias da acumulação e do conglobamento, e sim devemos utilizar a regra da *lex posterior derogat legi priori*, prevista na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), e da norma mais benéfica”⁹⁷.

Assim a autora explica a sua tese: “A Convenção n. 132 da OIT é norma autoaplicável porque apresenta todos os requisitos necessários para produzir os efeitos previstos de forma imediata. Além disso, tal

dispositivo ingressou no ordenamento jurídico nacional na qualidade de *norma ordinária* e, como tal, revogou a legislação nacional anterior. Assim, houve a integração desta norma de origem internacional ao sistema brasileiro e o surgimento de um novo regime de férias”.

OBSERVAÇÃO:

Na época que a autora defendeu sua tese de doutorado ainda não havia sido aprovada a EC 45/2004 que prevê expressamente que as convenções e tratados de direitos humanos podem ingressar no ordenamento jurídico como lei complementar. De qualquer forma, a conclusão seria a mesma da autora.

Na opinião de Fabíola Marques, aplicando-se a tese de que a Convenção n. 132 da OIT revogou o dispositivo celetista, salvo quanto às normas mais favoráveis, o novo regime de férias seria o seguinte: **Duração de férias:** a duração das férias é de 30 (trinta) dias, ressalvada a fixação de prazos menores (arts. 130 e 130-A da CLT), para todos os empregados, com exclusão dos feriados ocorridos durante o período de descanso.

Entendemos que o § 1º do art. 6º da Convenção alterou a regra trabalhista nacional, estabelecendo que o direito de férias é de 30 dias com a exclusão dos feriados. Assim, fica derogada a expressão “dias corridos” da escala de férias, prevista no art. 130 da CLT, de forma que os feriados determinados na legislação pátria que ocorrerem durante as férias serão excluídos de sua contagem e acrescidos ao final do período. Todos esses feriados, quer se situem no período de férias ou no período aquisitivo, não serão computados como parte destas. Os dias de Carnaval não estão previstos em lei como feriados. Entretanto, devem ser considerados feriados costumeiros e assim também devem ser excluídos do período de férias, conforme o § 1º do art. 6º da Convenção n. 132.

Faltas injustificadas: faltas ao serviço e férias em caso de afastamento de serviço militar.

Inalterados o art. 131 da CLT, relativo às faltas ao serviço para efeito de férias, e o art. 132, que trata do serviço militar obrigatório e do cômputo das férias.

Perda do direito de férias Quanto à perda do direito de férias, o inciso I do art. 133 da CLT foi revogado, porque, após a vigência interna da

Convenção n. 132, todos os empregados, inclusive aqueles que deixaram o emprego espontaneamente, têm direito ao recebimento do pagamento das férias proporcionais. Os demais incisos do referido artigo, todavia, continuam em vigor.

Fixação da época de férias pelo empregador Segundo o novo regime, as férias continuam a ser fixadas por ato do empregador. Contudo, após a Convenção n. 132 da OIT, o empregador deverá consultar o trabalhador ou seus representantes, e levar em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de descanso e divertimento do empregado, antes de fixar as férias. As regras relativas à comunicação das férias (art. 135 da CLT) e à época de concessão, previstas no art. 136 e seus parágrafos, não sofreram nenhuma alteração.

Fracionamento de férias O fracionamento das férias continua a ser possível, em casos excepcionais, em dois períodos, com a proteção dos menores de 18 anos e maiores de 50 anos. Não obstante isso, após a Convenção n. 132 da OIT, um desses períodos deve ser, no mínimo, de duas semanas, estando revogado o § 1º do art. 134 da CLT que já permitia a concessão de dois períodos de férias, mas com a possibilidade de que um deles fosse inferior a 10 dias.

Concessão das férias fora do prazo e pagamento em dobro Relativamente às regras acerca da obrigação do empregador quanto ao pagamento, em dobro, das férias, concedidas extemporaneamente, e da obrigação de o empregado não trabalhar durante o descanso anual, a Convenção n. 132 da OIT não trouxe qualquer alteração, portanto aplica-se a regra celetista, pois se trata de norma mais favorável.

Férias coletivas

As disposições das férias coletivas também foram modificadas pela Convenção internacional, mas apenas no que se refere à exclusão dos feriados e ao limite mínimo de 14 dias, para um dos períodos em caso de fracionamento.

Remuneração e abono de férias Quanto à remuneração e abono de férias

está revogada a possibilidade de o empregado converter um terço do período de férias em dinheiro, diante da proibição expressa de renúncia ao direito de férias prevista na Convenção internacional.

Férias proporcionais na cessação do contrato de trabalho A Convenção n. 132 da OIT alterou as regras relativas ao pagamento das férias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, uma vez que desvinculou o direito de férias da forma de extinção contratual. Em momento algum, a norma internacional retira o direito às férias do trabalhador, que deverão ser integrais ou proporcionais, conforme o tempo de trabalho, independentemente da forma de rescisão. Essa novidade legislativa, decorrente da Convenção n. 132 da OIT, altera a vinculação entre o direito às férias proporcionais e o motivo da rescisão contratual, havida antes do cumprimento de um ano de prestação de serviços. Portanto, foi modificado o parágrafo único do art. 146 da CLT, que exige o trabalho do empregado por no mínimo doze meses, para garantir o direito ao descanso anual remunerado, em caso de dispensa por justa causa, excluindo, nessa hipótese, o pagamento das férias proporcionais. Tal exigência se contrapõe ao § 2º do art. 5º da norma convencional, que limita o período de serviço em seis meses, para garantia das férias. Diante da contradição existente entre esses dois artigos (a regra nacional – parágrafo único do art. 146 da CLT e a de origem internacional – art. 11 da Convenção n. 132 da OIT), a exigência da prestação de serviços, por mais de doze meses, para a percepção das férias, pelo empregado dispensado por justa causa, deve ser reduzida para 6 (seis) meses; e, que o empregado que pede demissão, ou se aposenta espontaneamente, tem direito à percepção das férias proporcionais, independentemente da duração de seu contrato de trabalho. A exigência do prazo de seis meses, para o recebimento das férias proporcionais, poderá ser feita, apenas, para o empregado dispensado por justa causa, porque, nessa forma de rescisão, o direito ao pagamento das férias depende da prestação de serviços durante período superior a doze

meses, conforme prevê o parágrafo único do art. 146 da CLT. Desse modo, como a Convenção n. 132 da OIT revoga as normas, de mesma hierarquia, com ela incompatíveis, desde que suas disposições sejam mais benéficas ao trabalhador. No caso da dispensa por justa causa, se o empregado trabalhar por, pelo menos, seis meses, e não mais por doze meses, terá direito à remuneração das férias proporcionais. Está, portanto, revogado o parágrafo único do art. 146 da CLT, sendo que a partir da vigência da Convenção internacional no Brasil, o empregado dispensado por justa causa terá direito tanto ao pagamento das férias vencidas, desde que tenha completado o período aquisitivo de um ano, quanto ao pagamento das férias proporcionais, desde que tenha trabalhado o período mínimo de seis meses, exigidos pela norma convencional. Por sua vez, a interpretação do art. 147 da CLT, com fundamento na Convenção n. 132, passa a ser: o contrato de trabalho que cessar, por qualquer motivo, antes ou depois de completar doze meses de serviço, garante ao empregado o direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, na conformidade com o disposto no artigo anterior. Assim, basta que o empregado, que pediu demissão ou que se aposentou espontaneamente, tenha trabalhado por fração superior a quatorze dias ou o equivalente a um mês, para fazer jus às férias proporcionais relativas a um doze avos por mês trabalhado. Portanto, as férias vencidas e proporcionais, acrescidas de um terço constitucional, serão devidas ao trabalhador, em qualquer forma de rescisão contratual, independentemente do tempo de contratação, com exceção da dispensa por justa causa, de empregado, que tenha sido contratado há menos de seis meses pelo empregador.

Como se vê, torna-se necessária uma urgente pacificação a respeito desse importante assunto, que interessa, sobremaneira, àqueles sobre os quais recai a obrigação de cumprir e exigir o cumprimento do direito (empresa e empregados) e aos aplicadores do Direito, a quem incumbe decidir pela incidência da CLT ou da Convenção n. 132 da OIT.

Segundo Luiz Eduardo Gunther⁹⁸, não se encontrou, até o momento, nenhum precedente jurisprudencial sobre a aplicabilidade da Convenção n. 132 da OIT, que continua em aberto, para estudiosos, professores e, principalmente, aplicadores do Direito.

REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

1. INTRODUÇÃO

O tema deste capítulo é vital para o Direito do Trabalho, pois representa o conteúdo mais importante do contrato de trabalho: o salário.

2. ORIGEM HISTÓRICA

Em primeiro lugar, vamos abordar brevemente a origem histórica do salário.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é a origem histórica do instituto “salário”?
- 2) Como era sua forma de pagamento?
- 3) O que significa etimologicamente “salário”?

1) O termo tem origem no latim *salarium argentum*, que significa “pagamento em sal” – forma primária de pagamento oferecida aos soldados romanos.

2) Em Roma, alguns séculos antes de Cristo, os soldados do Império, trabalhadores e pequenos comerciantes recebiam como seus soldos pagamento em sal.

3) Da palavra latina *salarium* veio a palavra “salário” em português, idioma originário do latim. Uma curiosidade: o sal não era apenas um elemento a mais na alimentação dos romanos: era também empregado na compra de bens. Era, portanto, uma “**moeda corrente**” em Roma.

Essa antiga relação entre o sal e o salário ainda hoje influencia a nossa comunicação. É normal utilizarmos a expressão “o preço está salgado” quando nos referimos a algo caro.

3. TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

No Brasil, o salário é regulamentado nos arts. 76 a 83 (salário mínimo) e 457 a 467 (remuneração) da CLT.

Além disso, o Brasil ratificou as seguintes Convenções da OIT: Convenção n. 26 (métodos de fixação do salário mínimo), Convenção n. 95 (medidas de proteção ao salário), Convenção n. 99 (salário mínimo na agricultura) e Convenção n. 100 (igualdade de salários).

No campo jurisprudencial, o tema é tratado nas Súmulas 6, 7, 15, 27, 39, 45, 46, 47, 50, 52, 63, 67, 80, 91, 93, 96, 101, 132, 139, 143, 148, 155, 157, 171, 191, 202, 203, 248, 253, 254, 241, 258, 289, 293, 318, 340, 344, 354, 358, 361, 367, 370, 375, 388 e 431 do TST.

DICA:

Recomendamos que o aluno faça uma leitura atenciosa do tratamento legal e jurisprudencial indicado em cada capítulo.

Súmula n. 6 do TST

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT

I – Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula n. 06 – alterada pela Res. 104/2000, *DJ* 20-12-2000) II – Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula n. 135 – RA 102/1982, *DJ* 11-10-82 e *DJ* 15-10-82) III – A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 n. 328 – *DJ* 09-12-2003) IV – É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula n. 22 – RA 57/1970, DO-GB 27-11-70) V – A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula n. 111 – RA 102/1980, *DJ* 25-9-80) VI – Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em

decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) 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.

VII – Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 n. 298 – *DJ* 11-8-2003) VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula n. 68 – RA 9/1977, *DJ* 11-2-77) IX – Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula n. 274 – alterada pela Res. 121/2003, *DJ* 21-11-2003) X – O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 n. 252 – inserida em 13-03-2002) **Súmula n. 7 do TST**

FÉRIAS

A indenização pelo não deferimento das férias no tempo oportuno será calculada com base na remuneração devida ao empregado na época da reclamação ou, se for o caso, na da extinção do contrato.

Súmula n. 15 do TST

ATESTADO MÉDICO

A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.

Súmula n. 27 do TST

COMISSIONISTA

É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista.

Súmula n. 39 do TST

PERICULOSIDADE

Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade (Lei n. 2.573, de 15-8-55).

Súmula n. 45 do TST

SERVIÇO SUPLEMENTAR

A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei n. 4.090, de 13-7-62.

Súmula n. 46 do TST

ACIDENTE DE TRABALHO

As faltas ou ausências decorrentes de acidente do trabalho não são consideradas para os efeitos de duração de férias e cálculo da gratificação natalina.

Súmula n. 47 do TST

INSALUBRIDADE

O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

Súmula n. 50 do TST

GRATIFICAÇÃO NATALINA (mantida) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

A gratificação natalina, instituída pela Lei n. 4.090, de 13-7-62, é devida pela empresa cessionária ao servidor público cedido enquanto durar a cessão.

Súmula n. 52 do TST

TEMPO DE SERVIÇO

O adicional de tempo de serviço (quinqüênio) é devido, nas condições estabelecidas no art. 19 da Lei n. 4.345, de 26-6-64, aos contratados sob o regime da CLT, pela empresa a que se refere a mencionada lei, inclusive para o fim de complementação de aposentadoria.

Súmula n. 63 do TST

FUNDO DE GARANTIA

A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a remuneração mensal devida ao empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais.

Súmula n. 67 do TST

GRATIFICAÇÃO. FERROVIÁRIO

Chefe de trem, regido pelo estatuto dos ferroviários (Decreto n. 35.530, de 19-9-1959), não tem direito à gratificação prevista no respectivo art. 110.

Súmula n. 80 do TST

INSALUBRIDADE

A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

Súmula n. 91 do TST

SALÁRIO COMPLESSIVO

Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

Súmula n. 93 do TST

BANCÁRIO

Integra a remuneração do bancário a vantagem pecuniária por ele auferida na colocação ou na venda de papéis ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, se exercida essa atividade no horário e no local de trabalho e com o consentimento, tácito ou expresso, do banco empregador.

Súmula n. 96 do TST

MARÍTIMO

A permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário, circunstâncias que devem resultar provadas, dada a natureza do serviço.

Súmula n. 101 do TST

DIÁRIAS DE VIAGEM. SALÁRIO

Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens. (primeira parte – ex-Súmula n. 101 – RA 65/1980, *DJ* 18-6-80; segunda parte – ex-OJ n. 292 da SBDI-1 – inserida em 11-8-2003) **Súmula n. 132 do TST**

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 174 e 267 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25-4-2005

I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras (ex-Prejulgado n. 3). (ex-Súmula n. 132 – RA 102/1982, *DJ* 11-10-82/*DJ* 15-10-82 – e ex-OJ n. 267 da SBDI-1 – inserida em 27-9-2002) II – Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ n. 174 da SBDI-1 – inserida em 8-11-2000) **Súmula n. 139 do TST**

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 102 da SBDI-1) – Res. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25-4-2005

Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ n. 102 da SBDI-1 – inserida em 1-10-97) **Súmula n. 143 do TST**

SALÁRIO PROFISSIONAL

O salário profissional dos médicos e dentistas guarda proporcionalidade com as horas efetivamente trabalhadas, respeitado o mínimo de 50 (cinquenta) horas (ex-Prejulgado n. 15).

Súmula n. 148 do TST

GRATIFICAÇÃO NATALINA

É computável a gratificação de Natal para efeito de cálculo de indenização (ex-Prejulgado n. 20).

Súmula n. 155 do TST

AUSÊNCIA AO SERVIÇO

As horas em que o empregado falta ao serviço para comparecimento necessário, como parte, à Justiça do Trabalho não serão descontadas de seus salários (ex-Prejulgado n. 30).

Súmula n. 157 do TST

GRATIFICAÇÃO

A gratificação instituída pela Lei n. 4.090, de 13-7-62, é devida na rescisão contratual de iniciativa do empregado (ex-Prejulgado n. 32).

Súmula n. 171 do TST

FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO

Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado n. 51).

Súmula n. 191

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) – Res. n. 214/2016, DEJT divulgado em 30-11-2016 e 01 e 2-12-2016

I – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais.

II – O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei n. 7.369/85, deve ser calculado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. Não é válida norma coletiva mediante a qual se determina a incidência do referido adicional sobre o salário básico.

III – A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei n. 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT.

Súmula n. 202 do TST

GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. COMPENSAÇÃO

Existindo, ao mesmo tempo, gratificação por tempo de serviço outorgada pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica.

Súmula n. 203 do TST

GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL

A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.

Súmula n. 241 do TST

SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO (mantida) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

Súmula n. 248 do TST

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO

A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

Súmula n. 253 do TST

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21-11-2003

A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina.

Súmula n. 254 do TST

SALÁRIO-FAMÍLIA. TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO

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.

Súmula n. 258 do TST

SALÁRIO-UTILIDADE. PERCENTUAIS

Os percentuais fixados em lei relativos ao salário “in natura” apenas se referem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade.

Súmula n. 289 do TST

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado **Súmula n. 293 do TST**

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL

A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

Súmula n. 318 do TST

DIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO PARA SUA INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO

Tratando-se 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.

Súmula n. 340 do TST

COMMISSIONISTA. HORAS EXTRAS (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21-11-2003

O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.

Súmula n. 344 do TST

SALÁRIO-FAMÍLIA. TRABALHADOR RURAL

O salário-família é devido aos trabalhadores rurais somente após a vigência da Lei n. 8.213, de 24-7-91.

Súmula n. 354 do TST

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES

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.

Súmula n. 358 do TST

RADIOLOGISTA. SALÁRIO PROFISSIONAL. LEI N. 7.394, DE 29-10-1985

O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a 2 (dois) salários mínimos e não a 4 (quatro).

Súmula n. 361 do TST

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIOS. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE

O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei n. 7.369, de 20-9-85, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Súmula n. 367 do TST

UTILIDADES “IN NATURA”. HABITAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. VEÍCULO. CIGARRO. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO

I – A habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado,

quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso de veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares. (ex-Ojs da SBDI-1 ns. 131 – inserida em 20-4-1998 e ratificada pelo Tribunal Pleno em 07.12.2000 – e 246 – inserida em 20-6-2001) II – O cigarro não se considera salário utilidade em face de sua nocividade à saúde. (ex-OJ n. 24 da SBDI-1 – inserida em 29-3-96) **Súmula n. 370 do TST**

MÉDICO E ENGENHEIRO. JORNADA DE TRABALHO. LEIS NS. 3.999/61 E 4.950-A/66 (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 39 e 53 da SBDI-1) – Res. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25-4-2005

Tendo em vista que as Leis n. 3.999/1961 e 4.950-A/66 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias. (ex-OJs n^{os} 39 e 53 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 7-11-94 e 29-4-94) **Súmula n. 375 do TST**

REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 69 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial n. 40 da SBDI-2) – Res. n. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25-4-2005

Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs ns. 69 da SBDI-1 – inserida em 14-3-1994 – e 40 da SBDI-2 – inserida em 20-9-2000) **Súmula n. 388 do TST**

MASSA FALIDA. ARTS. 467 E 477 DA CLT. INAPLICABILIDADE

A Massa Falida não se sujeita à penalidade do art. 467 e nem à multa do § 8º do art. 477, ambos da CLT. (ex-Ojs da SBDI-1 ns. 201 – *DJ* 11-8-2003 – e 314 – *DJ* 8-11-2000)

Súmula n. 431 do TST

SALÁRIO-HORA. EMPREGADO SUJEITO AO REGIME GERAL DE TRABALHO (ART. 58, *CAPUT*, DA CLT). 40 HORAS SEMANAIS. CÁLCULO. APLICAÇÃO DO DIVISOR 200

Para os empregados a que alude o art. 58, *caput*, da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora.

4. CONCEITO LEGAL DE REMUNERAÇÃO E DE SALÁRIO

O conhecimento da diferença conceitual entre os termos **remuneração** e **salário** é muito importante no Direito do Trabalho. Logo, vamos iniciar por esta diferenciação terminológica à luz da CLT e da doutrina trabalhista.

PERGUNTA-SE

- 1) O que é remuneração? O que é salário?
- 2) Qual a diferença conceitual entre remuneração e salário?

1) O termo **remuneração** advém de *remuneratio*, do verbo “remunerar”. Dissecando esse verbo, tem-se que *re* tem o sentido de remuneração, enquanto *munera* aponta recompensar.

Segundo o art. 457 da CLT, a remuneração é gênero que engloba o salário mais as gorjetas: *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.***

Atualmente a palavra **remuneração** é gênero e **salário** é a espécie desse gênero.

Sugiro memorizar:

REMUNERAÇÃO (gênero) = SALÁRIO (espécie) + GORJETAS

2) O legislador celetista distinguiu **remuneração** – *apontada sendo os proveitos que o empregado obtém em razão da prestação de serviços, proceda do empregador ou de terceiros* – de **salário**, *definido como sendo o ganho auferido pelo empregado diretamente do empregador como contraprestação dos seus serviços.*

Conforme assinalado por Sérgio Pinto Martins, referido artigo não

define o que seria remuneração ou salário, mas apenas define os elementos que o integram, pois utiliza a expressão “compreendem-se na remuneração do empregado...”⁹⁹.

A palavra remuneração passou a designar a totalidade dos ganhos do empregado, pagos pelo empregador ou terceiros e a palavra salário para designar os ganhos recebidos diretamente pelo empregador pela contraprestação do trabalho. Logo, gorjeta não é salário, pois é paga por terceiro.

REMUNERAÇÃO = SALÁRIO (pago pelo empregador) + GORJETAS (pagas por terceiro)

REMUNERAÇÃO = CONJUNTO DE PAGAMENTOS PELO EMPREGADOR E POR TERCEIROS (gorjetas)

Amauri Mascaro Nascimento explica o objetivo dos juristas que redigiram o art. 457 da CLT: “...superar o que consideravam uma improbidade técnica: incluir no ganho salarial do empregado um pagamento por ele recebido não pelo empregador, mas de terceiros como as gorjetas. Assim, resolveram, o que não nos parece adequado, usar no capítulo sobre salário a palavra remuneração para dizer que as gorjetas a integram, evitando, no caso, a palavra salário”¹⁰⁰.

Esse autor lembra que o relatório da Comissão de elaboração do art. 457 da CLT justificou sua redação da seguinte maneira: “O salário é devido e pago diretamente pelo empregador, não se incluindo, obviamente, no conceito de salário, as gorjetas, que são arbitrarias recompensas atribuídas por terceiros, aos seus eventuais e atenciosos servidores”¹⁰¹.

Segundo Maurício Godinho Delgado, remuneração e salário são “parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho se formou 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”.

O autor explica que “as expressões remuneração e salário

corresponderiam, assim, ao conjunto de parcelas contraprestativas recebidas pelo empregado, no contexto da relação de emprego, denunciadoras do caráter oneroso do contrato de trabalho pactuado”¹⁰².

Alice Monteiro de Barros prefere definir salário como “retribuição” em vez de “contraprestação”, pois entende que “a contraprestatividade nem sempre está presente, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de interrupção do contrato de trabalho, em que o empregado recebe o salário, embora não preste serviço”.

Por esta razão, a definição de salário da autora é a seguinte: “a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho”¹⁰³.

CONCEITO BÁSICO:

A remuneração é o gênero, da qual o salário é espécie. Portanto, salário é todo pagamento efetuado diretamente pelo empregador. Já a remuneração engloba os pagamentos efetuados diretamente pelo empregador e os pagamentos efetuados por terceiros (gorjetas).

Na doutrina trabalhista, há duas variantes interpretativas a respeito da diferença entre os termos “remuneração” e “salário”, vejamos: A primeira corrente sustenta que a palavra remuneração foi inserida no texto do art. 457 da CLT apenas com intuito de englobar ao salário contratual as gorjetas recebidas. Portanto, somente as gorjetas seriam tratadas como remuneração, nenhuma outra parcela paga por terceiro.

Para a segunda corrente, a CLT teria criado dois tipos legais distintos e inconfundíveis: o salário, que é parcela paga diretamente pelo empregador, e a remuneração, que é parcela paga por terceiros. Portanto, para esta corrente, outras parcelas pagas por terceiros poderiam ter natureza remuneratória.

Por exemplo: as gueltas, o direito de arena, os honorários advocatícios

de empregado advogado, dentre outras parcelas pagas por terceiros.

Amauri Mascaro Nascimento, de forma brilhante, sintetiza que “é preciso convir que a lei não foi feliz ao empregar os dois vocábulos, remuneração e salário. Não há no direito estrangeiro essa diferença, embora haja entre salário e complementos salariais. Na época em que a CLT foi elaborada ainda não havia uma exata avaliação de toda a amplitude conceitual de salário”¹⁰⁴.

5. CONCEITO LEGAL DE GORJETAS

Como visto acima, as gorjetas são consideradas remuneração, uma vez que são pagas por terceiros e não pelo empregador. Logo, **gorjeta não é salário**. Vamos estudar agora a sua natureza jurídica.

PERGUNTA-SE

- 1) São consideradas gorjetas para a CLT somente os valores cobrados pelo empregador na nota de serviço?
- 2) Se um garçom perceber R\$ 1.000,00 como remuneração exclusivamente de gorjetas, tem direito a pleitear o salário mínimo constitucional?
- 3) Qual é a natureza jurídica das gorjetas? Quais são as repercussões legais deste pagamento nas demais verbas trabalhistas?

1) Segundo o art. 457, § 3º, da CLT, alterado pela Lei n. 13.419/2017, 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.

Portanto, para o legislador celetista, há dois tipos de gorjetas: as concedidas espontaneamente pelo cliente, conhecidas como **gorjetas próprias**, e as incluídas na nota de serviço, calculadas sobre o valor da conta, conhecidas como **gorjetas impróprias**.

2) Caso o empregado receba exclusivamente gorjetas, poderá pleitear, sim, o pagamento do salário mínimo constitucional, já que as gorjetas são consideradas como “remuneração” e não “salário”.

Logo, se gorjeta não é salário, o empregado tem direito a receber o salário mínimo constitucional, pois nenhum empregado pode trabalhar à custa de pagamentos exclusivamente de terceiros, ou seja, à custa de gorjetas.

Nesse mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros explica que “por força

do *caput* do art. 457 da CLT e dos arts. 76 a 78 da CLT, não poderá a gorjeta compor o cálculo do salário mínimo, mas apenas da remuneração, persistindo a obrigação do empregado de pagar o salário mínimo, além da importância paga a título de gorjeta compulsória”¹⁰⁵.

3) Quanto à natureza jurídica da gorjeta, sem dúvida, é remuneratória e não salarial, a sua repercussão jurídica será somente nas parcelas de natureza remuneratória. Nesse sentido a Súmula 354 do TST: *Súmula 354. 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.*

Quanto às demais verbas como FGTS, férias, 13º salário e a contribuição previdenciária, a média das gorjetas recebidas mensalmente será considerada normalmente.

Por exemplo: um garçom recebe salário de R\$ 800,00 mais a média de R\$ 200,00 de gorjetas por mês, quando ele tiver direito ao 13º salário, ele receberá o valor de R\$ 1.000,00 (salário + gorjetas) e não somente o salário de R\$ 800,00.

Maurício Godinho Delgado tem a mesma opinião: “somente as parcelas pagas diretamente e habitualmente pelo empregador ao empregado é que teriam caráter salarial/remuneratório, e que admite que a média de das gorjetas integrem o salário para alguns efeitos como contribuição previdenciária, recolhimentos de FGTS e cálculo do 13º salário, preserva, ao menos em parte, a renda do trabalhador, atingindo os objetivos do Direito do Trabalho”¹⁰⁶.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO EM 28/11/2014. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. GORJETAS. REPERCUSSÕES. SÚMULA Nº 354 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. Segundo a Súmula nº 354 desta Corte ‘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. Nesse contexto, a decisão regional, ao entender que as gorjetas integram a remuneração do reclamante para o cálculo das horas extras, aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. GORJETAS. REPERCUSSÃO. SÚMULA Nº 354 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. Decisão regional que determina a integração da gorjeta na remuneração para efeito de cálculo de aviso prévio, horas extras e RSR contraria a jurisprudência desta Corte (Súmula nº 354 do TST). 2. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (TST – RR: 25457020135020078, Data de Julgamento: 16-12-2015, Data de Publicação: *DEJT* 18-12-2015).

“RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ANOTAÇÃO NA CTPS. A decisão do TRT foi proferida em estrita consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-1 do TST, que dispõe: ‘A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.’ Recurso de revista de que não se conhece. GORJETAS. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS. 1. A questão relativa à integração das gorjetas na remuneração do empregado está pacificada nesta Corte, por meio da Súmula nº 354 do TST, que dispõe: ‘GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. 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. Nesses termos, a determinação de integração das gorjetas nas férias mais 1/3, 13.º salário, e FGTS mais multa de 40%, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, estando superadas eventuais decisões em contrário. 3. Não obstante, a determinação de integração das gorjetas nas parcelas aviso prévio e repouso semanal remunerado, contraria a Súmula nº 354 do TST. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A CLT, no capítulo relativo à execução trabalhista, apresenta disciplina específica acerca do prazo e da garantia da dívida pelo executado. Aliás, há previsão expressa no art. 883 sobre os efeitos decorrentes do não pagamento espontâneo do valor objeto da execução, com a cominação de custas processuais e juros de mora. Assim, o entendimento firmado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais é o de que a multa prevista no art. 475-J do CPC é inaplicável na Justiça do Trabalho. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (TST – RR: 655620115080003, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24-06-2015, 6ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 26-06-2015) CAOS JURÍDICO:

A Medida Provisória n. 808/2017 havia regulamentado ostensivamente o

tema das gorjetas, contudo, a referida norma perdeu sua eficácia em 23-4-2018. Após esta data, voltou a vigorar as regras anteriores relativas às gorjetas.

A Lei n. 13.467/2017 não regulamentou as gorjetas, alegando alguns que por motivo de esquecimento de última hora na sua publicação.

A Portaria n. 349/2018 do Ministério do Trabalho e Emprego apenas previu o seguinte sobre as gorjetas: *Art. 7º As empresas anotarão 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.*

6. OUTRAS PARCELAS DE NATUREZA REMUNERATÓRIA

Conforme já visto, há controvérsia doutrinária a respeito do alcance do conceito de remuneração previsto no art. 457 da CLT.

A primeira corrente sustenta que a palavra remuneração foi inserida no texto do art. 457 da CLT apenas com o intuito de englobar ao salário contratual as gorjetas recebidas. Portanto, somente as gorjetas seriam tratadas como remuneração, nenhuma outra parcela paga por terceiro.

Para a segunda corrente, a CLT teria criado dois tipos legais distintos e inconfundíveis: o salário, que é parcela paga diretamente pelo empregador, e a remuneração, que é parcela paga por terceiros. Portanto, para esta corrente, outras parcelas pagas por terceiros poderiam ter natureza remuneratória.

Por exemplo: as gueltas, o direito de arena, os honorários advocatícios de empregado advogado, dentre outras parcelas pagas por terceiros.

Pois bem, é importante conhecer um pouco sobre as gueltas e o direito de arena, faremos este estudo nos próximos tópicos.

6.1 Gueltas

PERGUNTA-SE

- 1) O que são gueltas? Qual é a sua origem etimológica?
- 2) Quando surgiu a prática de pagamento de guelta a empregados?
- 3) As gueltas se assemelham às gorjetas? Qual sua natureza jurídica?

1) Juliana Bracks Duarte em artigo especializado sobre o tema explica a origem etimológica da palavra guelta: “corruptela da palavra *Geld*, que, em alemão, precedida do prenome *Wechsel*, significa troco (*Wechselgeld*)”¹⁰⁷.

2) A autora explica que a prática da “guelta” nasceu no mercado

farmacêutico na década de 1960, também conhecida vulgar e pejorativamente como “B.O.”, medicamentos bonificados indicados pelo balconista e, por isso mesmo, tidos como “bom para otário”.

Segundo a autora, a prática das gueltas no comércio em geral ocorria da seguinte forma: “Os balconistas recebiam uma comissão do laboratório farmacêutico por quantidade do remédio vendido e, para provar o volume alcançado, retiravam uma lingueta que vinha afixada na embalagem e a entregavam ao representante do laboratório. Quando o balconista sugeria um medicamento em substituição a outro, cujo nome fantasia constasse da receita, normalmente estava recebendo comissão pela venda. A prática se alastrou para outros ramos e, hoje, é usual no comércio de eletrodomésticos; em postos de gasolina sem bandeira fixa, que podem vender aditivos e lubrificantes de várias marcas; em empresas de cartão de crédito e bancos parceiros; no setor de hotelaria e turismo etc.”.

3) Uma questão polêmica no Direito do Trabalho é saber a natureza jurídica das gueltas, ou seja, se esta parcela possui natureza remuneratória ou não. A resposta dependerá da corrente adotada pelo intérprete do conceito de remuneração do art. 457 da CLT.

O tema é recente na doutrina e poucos doutrinadores se posicionaram a respeito.

Juliana Bracks Duarte entende que sim: “Neste particular, tenho para mim que a guelta se assemelharia à gorjeta, pois ambos englobam valores pagos por terceiros, estranhos à relação empregatícia. A primeira paga por um parceiro ou um fornecedor e a segunda quitada pelo cliente”.

Alice Monteiro de Barros explica que “as chamadas gueltas pagas ao empregado com habitualidade a título de incentivo têm feição retributiva, ainda que pagas por terceiro. A onerosidade reside na oportunidade que o empregador concede ao empregado para auferi-las à semelhança do que ocorre com as gorjetas. Em consequência, integra a remuneração do

trabalhador, por aplicação analógica do art. 457, *caput*, § 3º, da CLT, como também da Súmula 354 do TST. Vertente jurisprudencial contrária nega a integração da verba à remuneração do empregado, por falta de previsão legal e por não ser paga diretamente pelo empregador”¹⁰⁸.

A jurisprudência dos nossos tribunais trabalhistas é majoritária no sentido de que a natureza jurídica das gueltas é remuneratória: **Gueltas pagas pela empregadora integram a remuneração** Se a bonificação concedida ao vendedor como incentivo pela venda de determinada marca ou produto (conhecida como guelta) é paga pela própria empregadora e não pelos seus fornecedores, a parcela integra a remuneração do empregado, devendo se refletir nos demais direitos trabalhistas. Assim decidiu a 5ª Turma de Juízes do TRT de Minas, rejeitando a tese da defesa de que a verba era paga “através” da empresa reclamada, mas como algo à parte do contrato de trabalho.

Afinal, como consta na decisão, a bonificação é um incentivo ao desempenho do empregado, o que, em reflexo, beneficia em primeiro lugar a empregadora. Segundo o relator, Juiz Rogério Valle Ferreira, ficou comprovado no caso que a empresa pagava os valores das gueltas diretamente aos seus empregados, sem participação visível do fabricante do produto (RO 01663-2005-025-03-00-4, TRT, 3ª R.).

“GUELTAS. NATUREZA SALARIAL. SÚMULA 354 DO TST. Consoante a jurisprudência desta Corte, as chamadas ‘gueltas’ equiparam-se às gorjetas, porque são pagas por terceiros e com habitualidade, integrando a remuneração do empregado” (RR 13719/2006-010-09-00.2, ac. 5ª T., rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, *DeJT* de 13-11-2009).

“GUELTAS. O entendimento desta Corte é de que às gueltas atribui-se a mesma natureza dada às gorjetas. Assim, nos termos da Súmula 354 do TST, as gorjetas integram a remuneração do empregado, não servindo, contudo, de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado” (RR 214/2007-134-03-00.0, ac. 2ª T., rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, *DJ* de 13-3-2009).

“GUELTAS. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO. REFLEXOS. 1. A parcela denominada guelta, paga por terceiros – fornecedores – em decorrência da venda de seus produtos pelo empregado, durante a execução do seu contrato de trabalho com o empregador, tem natureza jurídica salarial, semelhante às gorjetas, e, como tal, deve integrar a remuneração para todos os efeitos legais, nos termos do art. 457 da CLT, aplicando-se-lhes, por analogia, o entendimento da Súmula 354, não servindo de base

apenas para cálculo do aviso prévio, do adicional noturno, das horas extras e do repouso semanal remunerado. Precedentes” (RR 923/2006-043-03-00.7, ac. 7ª T., rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, publ. 15-5-2009).

“GUELTAS. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. Cinge-se a controvérsia nestes autos em definir a natureza jurídica da verba paga a título de comissão pela venda de produtos (gueltas), bem como a sua integração à remuneração do trabalhador. Com efeito, o sentido da disciplina contida no art. 457, *caput*, da CLT é o de integrar aos salários não só as importâncias pagas diretamente pelo empregador, mas também aquelas que o empregado vier a receber em razão da execução do seu contrato de trabalho. A alegação de que o pagamento da verba em comento era feito por terceiros, objetivando afastar a integração desta parcela à remuneração do obreiro, por si só não afasta dela a natureza remuneratória, insculpida no art. 457 consolidado, mas lhe atribui natureza idêntica à das gorjetas que, incontroversamente, integram salário, exceto para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, consoante o entendimento consubstanciado na Súmula 354 do TST” (RR 2566/2002-007-02-00.0, ac. 8ª T., rel. Min. Dora Maria da Costa, publ. 8-5-2009).

“GUELTAS. NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. A parcela denominada gueltas tem a mesma natureza jurídica da ‘gorjeta’. Integra, portanto, a remuneração, todavia não serve de base de cálculo para outras verbas trabalhistas, tais como aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, conforme entendimento expresso na Súmula 354 desta Corte” (RR 346/2002-113-03-00.6, ac. 5ª T., rel. Min. Emmanoel Pereira, *DJ* de 16-5-2008).

6.2 Direito de arena do atleta profissional

É importante conhecer o direito de arena, pois é uma verba paga por terceiro ao atleta profissional e há forte discussão jurisprudencial sobre sua natureza jurídica.

A lei que rege o contrato de trabalho do atleta profissional é denominada de Lei Pelé (Lei n. 9.615/98).

A Carta Magna de 1988 consagra o direito de arena em seu texto, ao assegurar a proteção à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (art. 5º, XXVIII, *a*).

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros lembra que o fundamento do direito de arena está no art. 5º, XXVIII, da CF, que assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e

da voz humana, inclusive em atividades desportivas.

Luiz Antônio Grisard explica a titularidade do direito de arena: “No direito de arena, a titularidade é da entidade de prática desportiva, enquanto nos contratos de licença de uso de imagem a titularidade pertence à pessoa natural”¹⁰⁹.

Em polêmica recente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu da mesma forma, em caso sobre álbum de figurinhas que trazia imagens de atletas que disputaram a Copa do Mundo de 1970: “INDENIZAÇÃO. DIREITO À IMAGEM. JOGADOR DE FUTEBOL. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ATO ILÍCITO. DIREITO DE ARENA. É inadmissível o recurso especial quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada (Súmula 282 STF). A exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com intuito de lucro, *sem o consentimento dos atletas*, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano. O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se à fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de ‘álbum de figurinhas’” (STJ, 4ª T., Resp 67.262-RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 3-12-1998).

IMPORTANTE:

O art. 42 da Lei n. 9.615/98 que dispõe sobre o direito de arena foi alterado pela Lei n. 12.395/2011. Antes da alteração promovida pela Lei n. 12.395/2011, havia forte discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica remuneratória do direito de arena.

Com o intuito de acabar de vez com a controvérsia a respeito do tema, a Lei n. 12.395/2001 trouxe nova redação ao art. 42 da Lei n. 9.615/98 (também chamada Lei Pelé), que assim passou a dispor: “*Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou reprodução de*

imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. § 1º 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” (grifos acrescentados).

A jurisprudência trabalhista vem timidamente reconhecendo a natureza civil do direito de arena após a alteração do art. 42 pela Lei n. 12.395/2011, vejamos algumas ementas abaixo: “EMENTA: ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE ARENA. ARTIGO 42, § 1º, DA LEI N. 9.615/98, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.395/2011. NATUREZA CIVIL. O direito de arena passou a ter natureza civil, com o advento da Lei n. 12.395/2011, de modo que o contrato de trabalho firmado sob sua égide a ela fica sujeito, o que significa que essa parcela não gera reflexos trabalhistas” (TRT-1 – RO 00026892320135010482 RJ, rel. Rildo Brito, j. 3-11-2014, 3ª T., publ. 13-11-2014).

7. MORFOLOGIA DO SALÁRIO

PERGUNTA-SE

- 1) O salário pode ser pago somente de forma fixa? Quais são as formas de estipulação de salário?
- 2) Quais são os elementos caracterizadores do conceito de salário?
- 3) Quais são os modos de aferição de salário?

1) Conforme já estudado acima, remuneração é o gênero e salário é a espécie. O salário pode ser pago de forma fixa ou variável. O salário mínimo é um exemplo de salário fixo. Agora neste tópico, iremos estudar o salário variável.

O salário variável pode ser composto de diversas formas pelo empregador. Comparemos a antiga e a nova redação do art. 457 da CLT, § 1º:

Antiga redação:

“Art. 457 § 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.”

Nova redação, dada pela Lei n. 13.467/2017:

“Art. 457 § 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.”

Como podemos perceber, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) buscou flexibilizar o conceito de salário e excluiu as seguintes parcelas do rol de verbas de salário variável:

- percentagens;
- gratificações ajustadas; • diárias para viagens; e • abonos pagos pelo empregador.

Vejamos algumas considerações acerca da exclusão dessas parcelas: **a)** Percentagens:

Quanto à exclusão das percentagens, a principal crítica está no fato de que, de acordo com a Lei n. 3.207/1957, tal verba se assemelha às comissões, logo não seria juridicamente lógico excluir uma e não a outra. Nesse caso, o ideal é aguardarmos a interpretação dos tribunais a respeito dessa modificação legislativa.

b) Gratificações ajustadas: A gratificação caracteriza-se como uma forma de agradecimento ou reconhecimento pelos serviços prestados pelo empregado. Pode ser prevista legalmente (gratificação legal) ou ajustada por norma contratual/convencional.

Por meio da análise da nova redação do § 1º do art. 457, percebemos que o legislador excluiu somente a gratificação ajustada. Dessa forma, a partir da Reforma Trabalhista, haverá defensores da tese de que os empregadores poderão pactuar gratificações por liberalidade no contrato de trabalho, sem natureza salarial.

Devemos ressaltar, no entanto, que a legislação trabalhista em vigor não estabeleceu limites mínimos ou máximos com relação aos valores correspondentes às gratificações pagas pelo empregador aos seus empregados, bem como não estabeleceu os procedimentos que devem ser adotados pela empresa para efetuar tal pagamento. Em outras palavras, todas essas regras deverão ser pactuadas diretamente entre empregado e empregador ou por via de negociação coletiva.

c) Diárias para viagens: A exclusão das diárias para viagem foi aplaudida pela doutrina trabalhista, uma vez que já era senso comum que tal parcela era de natureza indenizatória, inclusive quando ultrapassava 50% do salário do empregado, quando se trata de efetivo reembolso de despesas, como veremos mais adiante.

d) Abonos pagos pelo empregador: A exclusão dos abonos faz sentido, uma vez que já era praxe a previsão de sua natureza indenizatória em normas coletivas.

Em relação à manutenção da comissão como parcela de natureza salarial, houve por bem o legislador não alterar a natureza jurídica da comissão, uma vez que tem nítido caráter contraprestativo para categorias

como os empregados vendedores, praticistas ou viajantes (Lei n. 3.207/57).

Vale lembrarmos que o trabalhador vendedor comissionista tem direito ao pagamento dos DSRs e feriados. Para tanto, o cálculo deve ser feito nos moldes previstos na Lei n. 605/49, (Súmula 27 do TST).

No caso de horas extras, o empregado comissionista, sujeito a controle de horário, tem direito ao adicional mínimo de 50% pelo trabalho em jornada extraordinária, devendo o respectivo adicional ser calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, tendo como divisor as horas efetivamente trabalhadas no mês (Súmula 340 do TST). Se for comissionista misto, no caso de realização de jornada extraordinária, explica-nos Barros (2016, p. 457), que, “em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras (Súmula 340 do TST).”

Dessa forma, a partir da Reforma Trabalhista, continuarão a ter natureza salarial os pagamentos efetuados a título de salário fixo, comissões e gratificações legais pela nova redação do art. 457, § 1º da CLT. Isso significa que o empregador deverá efetuar todas as repercussões legais sobre o salário variável.

2) Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o salário possui cinco elementos caracterizadores: (a) habitualidade; (b) periodicidade; (c) quantificação; (d) essencialidade; (e) reciprocidade. Considerando que o contrato de trabalho é um pacto sucessivo, no qual se pressupõe a continuidade na prestação de serviços, a contraprestação deve também ser paga de forma igualmente sucessiva, tornando-se habitual o pagamento dos salários. O salário deve ser quantificável, pois o empregado deve saber quanto está recebendo. Já a reciprocidade é outro elemento do salário, caracterizando o caráter sinalagmático da relação de emprego. O empregador paga os salários em função dos serviços que foram prestados.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o salário tem “caráter alimentar, forfetário, de indisponibilidade, irredutibilidade, periodicidade, continuidade, pós-remuneração e sinalagmático”¹¹⁰. Veja significados de cada um destes termos com as palavras do autor: ***Caráter alimentar:*** advém do papel socioeconômico que a contraprestação deve cumprir.

Caráter forfetário: traduz a circunstância de o salário qualificar-se como obrigação absoluta.

Indisponibilidade: traduz o fato de a verba salarial não poder ser objeto de renúncia ou de transação lesiva.

Irredutibilidade: prevê que o seu valor não pode ser reduzido unilateralmente ou mesmo bilateralmente se esta iniciativa advém do empregador.

Periodicidade: é marca essencial, haja vista a qualidade de obrigação do trato sucessivo da verba.

Persistência ou continuidade: o salário é uma prestação de trato sucessivo, que se repõe, reiteradamente, ao longo do contrato.

Pós-remuneração: característica própria dos salários, de onde se extrai que somente é devida contraprestação após o cumprimento da obrigação obreira.

Caráter sinalagmático: a parcela salarial contrapõe-se à obrigação do trabalhador em prestar os serviços contratados, ou de, pelo menos, colocá-los à disposição do empregador.

O autor classifica o salário em quatro tipologias: (a) quanto ao posicionamento original; b) quanto à origem de fixação; c) quanto à forma de pagamento; e d) quanto ao modo de aferição.

- a) ***Quanto ao posicionamento original:*** duas modalidades de salários, os de caráter típico e o de caráter compatível com o Direito do Trabalho. Nas de caráter típico, inserem-se aquelas modalidades remuneratórias próprias ao contrato de trabalho (salário-base, adicionais, gratificações etc.), já nas de caráter compatível, estão inseridas aquelas parcelas assimiláveis pelo Direito (ex. comissões advém do Direito Comercial).
- b) ***Quanto à origem de fixação da parcela:*** permite o encontro de mais duas modalidades de salários: as parcelas espontâneas – instituídas pela vontade das partes – e as imperativas – instituídas por regra jurídica decorrente da vontade de uma das partes.
- c) ***Quanto à forma de pagamento:*** mais uma vez o encontro de duas modalidades, a parcela salarial paga em dinheiro e a parcela salarial paga em utilidades.
- d) ***Quanto ao modo de aferição do salário:*** permite o encontro de três modalidades de salário: por unidade de tempo, unidade de obra e de tarefa.

3) Vamos dar mais atenção a este último critério, ou seja, o modo de

aferição do salário **Salário por unidade de tempo:** é o salário calculado pelo tempo em que o trabalhador permanece executando determinada tarefa ou à disposição do empregador.

Salário por unidade de obra: é aquele cujo cômputo adota como parâmetro a produção executada pelo obreiro. Tal salário tende a ser adotado em situações em que o empregador não tem o controle da jornada de trabalho do empregado, como nos casos de trabalho em domicílio (art. 6º da CLT), e trabalho externo (art. 62, I, da CLT). Nesta modalidade de pagamento salarial, sempre deverá ser observado o limite temporal de um mês e a garantia salarial nunca inferior ao mínimo (art. 7º, VII, da CF/88).

Salário-tarefa: é aquele calculado através de fórmula combinatória de critério da unidade de obra com o critério de tempo. É a modalidade remuneratória que exige, para ser alcançada, uma determinada produção em um determinado período de tempo. São as chamadas metas de produção.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua salário por unidade de tempo como “aquele pago em função do tempo no qual o trabalho foi prestado ou o empregado permaneceu à disposição do empregador, ou seja, a hora, o dia, a semana, a quinzena e o mês, excepcionalmente um tempo maior ... não importa para o salário por tempo, o que o empregado produziu e o quanto de esforço despendeu para esse fim, se trabalhou com intensidade ou devagar, mas o fundamental é o tempo para qual trabalhou para o empregador”¹¹¹.

O salário pode ser medido com base em quatro diferentes unidades de tempo. Ele pode se destinar a remunerar o trabalho desempenhado no curso de trinta dias, correspondendo ao salário mensal. Poderá remunerar e ser fixado com base em um dia de trabalho (salário mensal/30 dias). Poderá ser semanal (salário mensal/30 x 7), ou até mesmo por hora (salário mensal/220, 180 etc., de acordo com a jornada de trabalho).

Observe-se que a fixação da unidade de tempo com relação ao pagamento jamais pode ser utilizada como ardil ou fraude pelo empregador, devendo este, independentemente de o sistema de pagamento realizar o pagamento do repouso semanal remunerado.

Amauri Mascaro Nascimento assim conceitua salário por unidade de obra: “Nele, a quantidade de trabalho não é tão importante como a quantidade de resultado desse trabalho. Esta, sim, é que serve de base para o cálculo da retribuição. Não se leva em conta o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador. É conhecido também como salário por unidade de produção”.

Por fim, o autor explica o salário misto, também conhecido como salário por tarefa, parafraseando Orlando Gomes: “A forma de salário de caráter misto, por excelência, é o salário por tarefa, que resulta da engenhosa combinação entre o salário por unidade de tempo e o salário por unidade de obra”¹¹².

Recapitulando...

1) salário por unidade de tempo (independe do serviço, mas sim do tempo); 2) salário por unidade de obra (independe do tempo, mas sim do serviço); 3) salário misto, ou seja, por unidade de tempo e unidade de obra, é o salário por tarefa (depende do tempo e do serviço).

PERGUNTA-SE

- 1) Qual a diferença entre os conceitos de salário mínimo, salário profissional, salário normativo e outros termos salariais?
- 2) Qual é a origem histórica do salário mínimo? O salário mínimo é fixado nacionalmente?
- 3) Pode lei estadual fixar salário mínimo estadual? Seria inconstitucional a lei estadual fixar piso salarial (válido apenas no território do Estado que tomar essa iniciativa)?

1) Maurício Godinho Delgado apresenta a classificação da morfologia do salário: a) *salário mínimo legal*: é o patamar mais baixo da

contraprestação paga pelo empregador (art. 7º, IV, da CF/88, art. 76 da CLT e art. 6º da Lei n. 8.419/92). É o valor pago aos empregados considerado como mínimo para atender às necessidades básicas do trabalhador. Este salário deveria satisfazer as necessidades normais do trabalhador e de sua família com *alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, educação, saúde, lazer e previdência social* (CF, art. 7º, IV).

PEGADINHA:

Maurício Godinho Delgado defende que é possível pagar salário mínimo proporcional à jornada de trabalho da doméstica se ela prestar serviços em jornada inferior à estabelecida constitucionalmente, aplicando a OJ 358 da SDI-I do TST transcrita a seguir: *OJ 358 da SDI-I. Salário mínimo e piso salarial proporcional à jornada reduzida. Possibilidade. Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado;*

b) *salário profissional*: é o valor mais baixo pago pelo empregador de determinadas profissões (ex.: médicos, dentistas etc.). Portanto, é o mínimo que uma pessoa pode perceber a título de salário em determinada profissão.

Veja as Súmulas 143 e 358 do TST sobre o salário profissional dos médicos e dos técnicos em radiologia: *Súmula 143. O salário profissional dos médicos e dentistas guarda proporcionalidade com as horas, efetivamente trabalhadas, respeitado o mínimo de 50 (cinquenta) horas mensais;*

Súmula 358. O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a dois salários mínimos e não a quatro;

c) *salário normativo*: corresponde ao valor mais baixo que o

empregador pode pagar a empregado de determinada categoria. É fixado em sentença normativa (salário normativo) ou em convenção ou acordo coletivo (salário normativo ou convencional); **d) *salário básico***: corresponde para o Direito do Trabalho à faixa salarial base paga pelo empregador, não incluindo nesta qualquer outra contraprestação, ainda que habitual (ex.: Súmula 191); **e) *salário isonômico***: é o devido ao empregado que exerce função idêntica ao de outro empregado que desempenhe a mesma função na mesma empresa, observadas as regras do art. 461 da CLT; **f) *salário equitativo***: é o salário pago ao trabalhador temporário e empregado da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços temporários – entram também nesta diretriz os empregados brasileiros que exerçam função análoga à cumprida por empregado estrangeiro em empresa localizada no território nacional; **g) *salário-substituição***: é o salário contratual devido ao empregado que substituíra em caráter não eventual (art. 450 da CLT e Súmula 159 do TST); **h) *salário supletivo***: é o salário fixado judicialmente devido determinado trabalhador em virtude de falta de estipulação salarial ou falta de prova acerca da importância acertada entre empregador e empregado (art. 460 da CLT); **i) *salário complessivo***: é a expressão utilizada para designar a cumulação de diversas parcelas salariais devidas pelo empregador a um empregado (Súmula 91 do TST); **j) *salário-condição***: é o conjunto de parcelas pagas em virtude de determinadas condições a que o empregado está submetido em decorrência da relação de emprego; **k) *salário progressivo***: é o constituído pela verba salarial básica a que se acoplam parcelas salariais variáveis e crescentes, como as parcelas denominadas prêmio.

2) Agora vamos estudar a **origem histórica do salário mínimo**, pois este tema é muito discutido no Direito do Trabalho.

O salário mínimo foi instituído no Brasil pela Lei n. 185/36. Os níveis salariais mínimos foram fixados pela primeira vez pelo Decreto-Lei n. 2.162/40 e de acordo com diversas regiões do país (assim dispunha o art.

76 da CLT). Os níveis salariais eram diferentes em cada unidade da Federação, mas os Estados não interferiam na respectiva fixação. Os valores eram determinados por decreto do Presidente da República.

3) A Constituição Federal de 1988 determinou que o salário mínimo fosse “nacionalmente unificado”. A Carta Magna apenas consagrou a tendência legislativa até então. A partir do Decreto-Lei n. 2.351/87, foi fixado valor único para o salário mínimo em todo o Brasil.

A Lei Complementar n. 103, de 14-7-2000 (publicada no *DOU* de 17 de julho), foi instituída com o objetivo de autorizar os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial para os empregados que não tenham piso definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Será inconstitucional a lei complementar em questão?

Arion Sayão Romita sustenta que: “não, a Lei Complementar n. 103 insere-se perfeitamente na previsão do art. 22, parágrafo único, da Constituição. De acordo com a previsão constitucional, a lei complementar simplesmente autoriza os Estados a legislar sobre questão específica de direito do trabalho, qual seja, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º. Portanto, não há autorização para legislar sobre salário mínimo (previsto pelo inciso IV). Caso a autorização visasse ao salário mínimo, a inconstitucionalidade seria flagrante. Mas o vício não está presente, quando se trata de legislar sobre piso salarial, que pode ser diversificado, tal como previsto pela Lei Complementar n. 103”¹¹³.

Seria inconstitucional a lei estadual fixar piso salarial (válido apenas no território do Estado que tomar essa iniciativa)?

Arion Sayão Romita traz sua opinião sobre esta polêmica a seguir: “aqui, terá cabimento o debate em torno do significado da expressão ‘piso salarial’. Se ela se aplicar exclusivamente ao mínimo de cada categoria, não é de se esperar que uma lei genérica defina o mínimo em sentido amplo para todos os trabalhadores do Estado. É certo que a lei

complementar autoriza legislação estadual válida para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, e, assim, pode prevalecer o entendimento de que o piso salarial definido na lei estadual é aplicável às diferentes categorias profissionais, pouco importando que seja definido um só nível para todas elas. No fundo, a decisão de arguir a inconstitucionalidade da lei estadual que fixar piso salarial se resolverá no plano político. Não é de se esperar que algum dos legitimados a que se refere o art. 103 da Constituição tenha interesse político na propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Qual seria o resultado do acolhimento do pedido? A redução dos salários dos trabalhadores e servidores – objetivo que não seduz... Uma afirmação parece fora de dúvida: se inconstitucionalidade houver, ela residiria não na lei complementar, mas na lei que, em cada caso, fixar piso salarial local ou regional”.

8. SALÁRIO VARIÁVEL

Como visto no tópico anterior, o salário pode ser pago de forma fixa ou variável. A partir da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), as comissões continuam tendo natureza de salário variável, sendo assim estudaremos tais parcelas no próximo item.

8.1 Comissões e percentagens – Lei n. 3.207/57

Os direitos trabalhistas dos empregados vendedores, praticistas ou viajantes estão previstos na Lei n. 3.207/57.

Art. 1º As atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas serão reguladas pelos preceitos desta Lei, sem prejuízo das normas estabelecidas na CLT, naquilo que for aplicável.

A figura jurídica do vendedor viajante ou praticista não se confunde com a do representante comercial.

PERGUNTA-SE

- 1) Comissão é salário? Que tipo? Seria salário fixo ou variável?
- 2) Qual é a diferença técnica dos conceitos de comissão e percentagem?
- 3) É possível contratar um vendedor exclusivamente à base de comissões?
- 4) É devido reflexo no descanso semanal remunerado (DSR)?
- 5) Como é paga a hora extraordinária do empregado comissionista puro?

1) Como já visto acima, as comissões são consideradas como salário variável, nos termos do art. 457, § 2º, da CLT.

Alice Monteiro de Barros explica que “as comissões podem ser consideradas como modalidade de salário variável constituído em regra, de um percentual sobre o valor do resultado da atividade executada pelo empregado”¹¹⁴.

2) A diferença entre comissão e percentagem é a seguinte: comissão é geralmente paga por unidades (por exemplo: R\$ 10,00 por peça) e a

percentagem é paga em percentuais (por exemplo: 1% sobre o valor da peça). Em geral, utiliza-se o termo genérico comissões para abordar ambos os tipos, sem muita diferenciação técnica.

Curiosamente, a Reforma Trabalhista exclui as percentagens do art. 457, § 1º, da CLT que trata do salário variável, contudo, a doutrina entende que tal dispositivo é exemplificativo e que as percentagens continuam a ser entendidas como verbas de natureza salarial.

3) É possível, sim, contratar o vendedor à base exclusiva de comissões, também conhecido como *comissionista puro*. Contudo, esses empregados têm sempre a garantia de perceber, mensalmente, no mínimo, um salário mínimo ou o piso da categoria profissional, caso o valor das comissões apuradas neste período seja inferior a este.

BOA PEGADINHA:

O comissionista puro recebe somente comissões sobre vendas nos dias trabalhados, portanto nos domingos e feriados tem direito a receber o reflexo de suas comissões, nos termos da Súmula 27 do TST: *Súmula 27. É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista.*

4) Não existe previsão legal específica quanto à forma do cálculo da remuneração do DSR para os comissionistas, devendo o empregador observar o acordo coletivo ou convenção, fixando critério para o seu cálculo.

Vale ressaltar que, não havendo cláusula em acordo coletivo ou convenção, poderão ser usados por analogia os critérios adotados para os empregados tarefeiros.

Por exemplo: divide-se o valor total das comissões recebidas no mês pelo correspondente número de dias efetivamente trabalhados (por exemplo: R\$ 600,00 por 20 dias de trabalho) e multiplica-se o resultado (R\$ 30,00 por dia) pelo número de domingos e feriados existentes em um

determinado mês (4 DSR e 1 feriado). O valor devido a título de reflexo das comissões no DSR neste exemplo seria de R\$ 150,00.

Se um vendedor receber R\$ 1.200,00 de salário fixo mais R\$ 600,00 de média de comissões, o valor devido a título de reflexo das comissões no DSR neste exemplo seria de R\$ 150,00. Logo, o empregador deverá recolher FGTS e INSS sobre o valor de R\$ 1.200,00 de salário fixo mais R\$ 600,00 de comissões mais R\$ 150,00 de DSR e feriados= R\$ 195,00. O empregado terá direito a férias, 13º salário e outros direitos trabalhistas sobre este valor também (R\$ 1.950,00). **Motivo:** comissão é salário e tem reflexos em DSR e feriados.

5) Além disso, se o vendedor comissionista fizer horas extraordinárias terá direito a receber somente o valor do adicional de horas extras (mínimo de 50%), nos termos da Súmula 340 do TST: *Súmula 340. O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.*

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros comenta a respeito da Súmula 340 do TST: “A citada súmula parte do pressuposto de que o comissionista já teria sido remunerado, pelas horas acaso trabalhadas, com as comissões que auferiu pelas vendas realizadas no período extraordinário, sendo assim, fará jus apenas ao adicional de 50% ou outro previsto em instrumento normativo”¹¹⁵.

A jurisprudência trabalhista é pacífica neste ponto:

“RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS. COMMISSIONISTA MISTO. O empregado comissionista misto faz jus a horas extras pelo trabalho em sobrejornada nos seguintes termos: em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras; em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se, à hipótese, o disposto na Súmula nº 340 do TST, a teor da Orientação Jurisprudencial 397, da SBDI-1, do Colendo TST” (TRT-20 00016097320165200002, rel.

Jorge Antonio Andrade Cardoso, Data de Publicação: 20-09-2018).

“HORAS EXTRAS. VENDEDOR EXTERNO. CONTROLE DE HORÁRIOS POSSÍVEL E NÃO REALIZADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA EXORDIAL ELIDIDA POR ELEMENTOS DOS AUTOS. Comprovada a possibilidade de controle da jornada do empregado que laborava como vendedor externo e não juntados os respectivos registros, aplicável o item I da Súmula 338 do TST. No entanto, conforme previsto no item II do mesmo verbete, a jornada declinada na inicial, nesse caso, goza apenas de presunção relativa de veracidade e não se impõe caso elidida pelos demais elementos probatórios dos autos” (TRT-12 – RO: 00014768620145120046 SC 000147686.2014.5.12.0046, rel. Gisele Pereira Alexandrino, Secretária da 3ª Turma, Data de Publicação: 18-04-2017).

CUIDADO:

O vendedor não tem direito a receber a hora de trabalho mais o adicional e, sim, somente o adicional de horas extras, uma vez que a hora de trabalho já foi remunerada pela comissão auferida no período extraordinário.

Em caso de remuneração mista (*assim entendida aquela forma de remuneração em que o vendedor recebe salário fixo mais comissões*), veja a posição do TST abaixo: **OJ 397 da SDI-I do TST. COMMISSIONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 340 DO TST (DEJT divulgado em 2, 3 e 4-8-2010).**

O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n. 340 do TST.

Por fim, o vendedor viajante não poderá permanecer em viagem por tempo superior a seis meses consecutivos. Em seguida a cada viagem haverá intervalo para descanso, calculado na base de três dias por mês da viagem realizada, não podendo, porém, ultrapassar o limite de quinze dias (art. 9º da Lei n. 3.207/57).

RECAPITULANDO...

Comissão é salário do tipo variável, por isso devem ser aplicadas todas as incidências legais nas demais verbas trabalhistas (inclusive DSR e horas extras).

PERGUNTA-SE

- 1) O vendedor tem direito a zona exclusiva de trabalho?
- 2) O empregador pode reduzir ou ampliar a zona de trabalho?

1) Há duas formas de contratação de vendedores: *com* zona exclusiva de trabalho ou *sem* zona exclusiva de trabalho.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 3.207/57, o vendedor com zona exclusiva de trabalho tem direito a receber comissões sobre todas as vendas realizadas naquela região, independentemente de serem negociadas por ele ou não: *Art. 2º O empregado vendedor terá direito à comissão avançada sobre as vendas que realizar. No caso de lhe ter sido reservada, com exclusividade, uma zona de trabalho, terá esse direito sobre as vendas ali realizadas diretamente pela empresa ou por um preposto desta.*

Alice Monteiro de Barros explica que o fundamento dessa garantia dada ao vendedor de perceber comissões oriundas *de todas as vendas* de sua zona exclusiva de trabalho (seja a venda efetuada por ele ou não) consiste em “assegurar a subsistência do contrato de trabalho do vendedor, não permitindo que os proventos do empregado, sejam reduzidos por concorrência do próprio empregador, pois que neste caso o empregado seria forçado a demitir-se”¹¹⁶.

2) O empregador poderá, também, alterar a zona de trabalho do vendedor, contudo não poderá haver redução salarial, sendo sempre assegurado salário correspondente à média dos doze últimos meses. Vejamos os §§ 1º e 2º do referido art. 2º: *Art. 2º (...)*

§ 1º A zona de trabalho do empregado vendedor poderá ser ampliada ou restringida de acordo com a necessidade da empresa, respeitados os dispositivos desta Lei quanto à irredutibilidade da remuneração.

§ 2º Sempre que, por conveniência da empresa empregadora, for o empregado viajante transferido da zona de trabalho com redução de vantagens, ser-lhe-á assegurado, como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses anteriores à transferência.

Nesse sentido, a decisão do TST:

Comissão – vendedor ganha comissões na região definida como zona de trabalho (Lei n. 3.207/57, art. 2º) Não é necessário acordo escrito para que seja válida cláusula de reserva de exclusividade de venda em determinada área de atuação. Por esse motivo, a A. Química Industrial terá que pagar a um vendedor com comissão no percentual de 1,5% sobre as vendas realizadas por terceiros junto às empresas da sua zona de trabalho. A decisão deu-se no dia 2 de setembro de 2010.

Em decisão unânime, a 1ª Turma do TST negou provimento ao recurso de revista da A. com base em voto do Ministro Lelio Bentes Corrêa, presidente do colegiado. Para o relator, a pretensão da empresa de condicionar o pagamento das comissões decorrentes da exclusividade da zona de atuação à existência de ajuste escrito entre as partes não tem amparo legal.

O Ministro Lelio explicou que o art. 2º da Lei n. 3.207/57 dispõe que o vendedor terá direito à comissão sobre as vendas realizadas, inclusive quando tiver uma zona de trabalho reservada expressamente e forem realizadas vendas na área por outros profissionais. De qualquer modo, afirmou o relator, o acordo expresso mencionado na lei não se confunde com acordo escrito.

Ainda segundo o relator, no Direito do Trabalho vigora o princípio do contrato realidade, ou seja, a prática efetivamente havida ao longo da prestação de serviços se sobrepõe ao que as partes tenham pactuado de forma mais ou menos solene. No caso, por meio de prova testemunhal, o TRT da 2ª Região (SP) confirmou a existência da zona de atuação exclusiva do vendedor quando condenou a empresa a pagar as comissões e reflexos no valor acertado.

Por fim, o Ministro Lelio concluiu que a reserva de exclusividade de zona de trabalho exige acordo entre as partes, mas não há obrigatoriedade de que o ajuste seja escrito. Ele negou provimento ao recurso de revista e manteve, na prática, a condenação da empresa. Esse entendimento foi acompanhado pelos demais ministros da Turma (RR 1436756-24.2004.5.02.0900).

PERGUNTA-SE

- 1) Quando a comissão é devida ao vendedor?
- 2) Qual é a época de pagamento das comissões?
- 3) Em caso de vendas parceladas, quando é devida a comissão?
- 4) Em caso de extinção do contrato de trabalho, as comissões são devidas, inclusive das

vendas parceladas?

5) Pode haver estorno de comissão?

1) O art. 466 da CLT dispõe: *O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem.*

Este artigo celetista sempre causou divergência na doutrina trabalhista quanto à interpretação do termo *ultimada a transação*. Alguns entendiam que ultimada a transação significa quando aceita a proposta (data do pedido) e outros defendiam que quando efetivado o negócio (data do pagamento).

O tema foi pacificado com o advento da Lei n. 3.207/57, que dispõe em seu art. 3º: *Art. 3º A transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias contados da data da proposta. Tratando-se de transação a ser concluída com comerciante ou empresa estabelecida em outro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias podendo, ainda, ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado.*

Regra geral, portanto, a comissão é devida ao vendedor de vendas dentro do mesmo Estado se não recusada por escrito pelo empregador a partir de dez dias contados da data do pedido.

Alice Monteiro de Barros entende que surge o direito à comissão do vendedor “com a aceitação expressa ou de forma tácita com a expiração do prazo previsto para o empregador recusar a resposta. Logo, aceita a proposta, de uma ou de outra forma, nasce o direito de efetivar o pagamento”¹¹⁷.

Por exemplo: se uma vendedora celetista da Natura vender um creme para as mãos para um consumidor e fizer o pedido do produto no dia 1º-10-2011, a Natura terá dez dias para recusar este negócio – até dia 11-

10-2011. Caso não o faça, haverá aceitação tácita e o valor da comissão da vendedora será devido.

Nesse sentido a jurisprudência:

“AUSÊNCIA AO TRABALHO DO EMPREGADO E AFORAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. INICIATIVA DEMISSIONAL. Conquanto a simples ausência do empregado ao trabalho não implique, ipso facto, rompimento do vínculo, ao ajuizar a ação trabalhista sob o fundamento de rescisão contratual, uma vez não provado que o empregador a tenha demitido, ao empregado deve ser atribuída, automaticamente, a responsabilidade pelo rompimento, a contar do aforamento da ação trabalhista. COMISSÕES SOBRE VENDAS. A simples participação no processo de vendas e produtos e serviços constitui o fato gerador do direito às comissões. A mera participação do empregador, por meio de sócio ou diretor, pessoa física, nas tratativas, não é fator que legitime a exclusão do direito à comissão incidente sobre a venda. DANOS MORAIS. Danos morais “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”(SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 13) Ausente a prova de qualquer ato que fosse além do mero exercício regular de um direito, de dano moral não se há de falar. HORAS EXTRAS. É inepto o pedido de horas extras, a despeito da informalidade que peculiariza o processo trabalhista, que inviabilize o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório. Recurso conhecido e parcialmente provido” (TRT-7 – RO: 00007311120165070003, rel. Maria Roseli Mendes Alenca, Data de Julgamento: 14-12-2016, Data de Publicação: 14-12-2016).

2) Quanto à época de pagamento das comissões, a CLT já permitia que as comissões fossem pagas em periodicidade superior a um mês: *Art. 459. O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.*

O art. 4º da Lei n. 3.207/57 veio regulamentar esta periodicidade máxima em **um trimestre contado da aceitação do negócio**: *Art. 4º O pagamento de comissões e percentagem deverá ser feito mensalmente, expedindo a empresa, no fim de cada mês, a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos.*

Parágrafo único. Ressalva-se às partes interessadas fixar outra época para o pagamento de comissões e percentagens, o que, no entanto, não poderá exceder a um trimestre,

contado da aceitação do negócio, sendo sempre obrigatória a expedição, pela empresa, da conta referida neste artigo.

Portanto, o pagamento das comissões e percentagens deverá ser efetuado mensalmente, devendo a empresa, no final de cada mês, expedir a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos.

Contudo, a lei ressalvou às partes (empregador e empregado) fixar outra época para pagamento, desde que não exceda o primeiro trimestre contado da aceitação do negócio, sem prejuízo da expedição da conta pela empresa.

3) Em caso de vendas a prazo, o art. 5º da Lei n. 3.207/57 prevê o seguinte: *Art. 5º Nas transações em que a empresa se obrigar por prestações sucessivas, o pagamento das comissões e percentagens será exigível de acordo com a ordem de recebimento das mesmas.*

A melhor interpretação deste dispositivo legal é que as comissões são devidas quando do vencimento das parcelas, independentemente do seu pagamento pelo cliente, uma vez que o empregado não corre o risco de negócio.

Por exemplo, se um produto de R\$ 1.000,00 (mil reais) for vendido em 10 parcelas de R\$ 100,00 (cem reais), o vendedor terá direito a receber sua comissão em 10 parcelas também, salvo na hipótese de insolvência do comprador, abordada quando da análise do art. 7º da referida lei.

Nesse sentido a jurisprudência sobre vendas parceladas:

“COMISSÃO. VENDA PARCELADA. TRANSAÇÃO COMERCIAL RATIFICADA PELA EMPRESA. POSTERIOR CANCELAMENTO. DIREITO À PERCEPÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º DA LEI N. 3.207/57 E § 1º DO ART. 466 DA CLT. O direito à percepção das comissões nasce com a aceitação da proposta pela empresa, sendo irrelevante se o pagamento for integral, ou parcelado. A partir desse momento, toda responsabilidade pelo cumprimento do contrato restringe-se à empresa e à contratada. Na hipótese de haver parcelamento, há exigibilidade” (9472/SP, 009472/2000, rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, publ. 13-3-2000).

4) Em caso de cessação do contrato de trabalho, o vendedor terá direito

normalmente às comissões pendentes, inclusive relativas às vendas parceladas, segundo o disposto no art. 6º da lei: *Art. 6º A cessação das relações de trabalho, ou a inexecução voluntária do negócio pelo empregador, não prejudicará a percepção das comissões e percentagens devidas.*

Portanto, o vendedor tem direito às comissões pendentes em caso de extinção do contrato de trabalho. Caso as comissões sejam sobre vendas parceladas, o empregador deverá pagá-las de acordo com a ordem de recebimento destas por meio de rescisão complementar.

5) Quanto ao estorno das comissões, o art. 7º da Lei n. 3.207/57 dispõe que: *Art. 7º Verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador o direito de estornar a comissão que houver pagado.*

Alice Monteiro de Barros comenta que “se a venda tiver sido realizada, com a aceitação expressa da proposta, a simples inadimplência do cliente ou o cancelamento do contrato por quaisquer das partes não impede que o vendedor receba suas comissões pelo trabalho realizado, sendo irrelevante tratar-se de pagamento integral ou parcial”¹¹⁸.

O vendedor é empregado, portanto não corre o risco do negócio. O empregado é que deve suportar os prejuízos, com esta única exceção.

Alice Monteiro de Barros, citando Marly Cardone, explica a intenção do legislador ao permitir o estorno de comissões em caso único de insolvência do comprador: “A lei teve em mira impedir que o vendedor na ganância de receber altos salários não se interessasse em conhecer a real situação econômica e financeira do cliente e entabulasse o negócio”¹¹⁹.

Veja farta jurisprudência nesse sentido:

“CONTRATO DE CORRETAGEM. REMUNERAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EFETIVA DO CORRETOR NA ULTIMAÇÃO/CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO. Pelo contrato de corretagem uma pessoa obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, sendo que compete ao corretor executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o

andamento do negócio (arts. 722 e 723 do Código Civil). A remuneração do corretor é devida uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ao passo que, caso iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor, a menos que a corretagem tenha sido ajustada com exclusividade (arts. 725 e 726 do Código Civil). Evidenciando do conjunto fático-probatório que os autores não foram os responsáveis pela conclusão/concretização do negócio, que não fora ultimado como fruto de sua mediação ou por efeito do seu trabalho, considerando que não participaram de qualquer forma das negociações/tratativas para consumação do contrato de compra e venda entabulado entre as rés, não se há falar no pagamento de comissão de corretagem” (TRT-3 – RO: 00106480820155030098 001064808.2015.5.03.0098, rel. convocada Sabrina de Faria F. Leao, Setima Turma).

“RECURSO ORDINÁRIO. ESTORNO DO VALOR DE COMISSÕES DE VENDA EM FACE DO CANCELAMENTO PELO CLIENTE. TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO PARA O TRABALHADOR. ART. 2º, *CAPUT*, DA CLT E ART. 3º, DA LEI 3.207/57. O estorno do valor de comissões de vendas realizadas, em hipótese de cancelamento pelo cliente, nos meses subsequentes, consiste em nítida transferência dos riscos do empreendimento empresarial para o trabalhador, com consequente vulneração do art. 2º, *caput*, da CLT e do art. 3º, da lei 3.207/57. As comissões de venda são devidas pela captação de clientes, após ultimada a transação a que se referem (art. 466, da CLT), não podendo o empregado ser prejudicado pela curta duração do contrato firmado. Recurso improvido” (Processo: RO – 000089554.2013.5.06.0020, red. Gisane Barbosa de Araújo, Data de julgamento: 07/12/2018, Segunda Turma, Data de publicação: 11-12-2018) (TRT-6 – RO: 00008955420135060020, Data de Julgamento: 07-12-2018, Segunda Turma, Data de Publicação: 11-12-2018) “ESTORNO DE COMISSÕES. DESISTÊNCIA OU INADIMPLÊNCIA DE CLIENTES. PREJUÍZO AO EMPREGADO. O estorno de comissões sobre negócios ultimados pelo vendedor somente é permitido quando constatada a insolvência do comprador, conforme dispõe o artigo 7º da Lei 3.207/57, e não pela superveniência de pendências que frustrem a venda” (TRT-4 – RO: 00203615920165040028, Data de Julgamento: 27-10-2017, 3ª Turma).

PEGADINHA:

A lei refere-se ao termo “insolvente”. Qual é a diferença entre “insolvente” e “inadimplente”?

Segundo Thales Pontes Batista, “**inadimplemento** quer significar o não cumprimento ou a não satisfação daquilo a que se está obrigado, dentro do prazo convencionado. Refere-se propriamente ao contrato ou à obrigação não executada ou não cumprida. Juridicamente, o inadimplemento da obrigação não libera o devedor de seu cumprimento. Ao contrário, pode

trazer em resultado a agravação de encargos, pois lhe podem ser exigidas certas compensações, como sejam, juros de mora e multas contratuais. Vulgarmente, é o não pagamento da dívida. Já o termo insolvência exprime o estado em que se encontra a pessoa de não poder solver ou não poder pagar suas dívidas, ou não poder cumprir suas obrigações. Revela, assim, a impossibilidade de pagamento, anotando-se a palavra em conceito ou sentido genérico. Mas, na terminologia jurídica, a insolvência traz consigo sentidos próprios, quando aplicada em matéria civil e quando usada em matéria comercial. O insolvente civil é aquele que, pela precariedade de condições patrimoniais, deve mais que o valor dos bens possuídos. Está em 'déficit' econômico. O insolvente comercial é aquele, que, embora em condições econômicas de poder atender à totalidade de suas dívidas, deixa de pagar obrigação líquida no dia de seu vencimento. É, pois, o devedor impontual no pagamento de obrigações exigíveis. A insolvência civil, assim, mostra-se o estado de fato que vem impedir a satisfação dos compromissos assumidos, em sua totalidade, pela ausência ou insuficiência de recursos necessários a seu cumprimento. Já a insolvência comercial, manifesta-se pela impontualidade do pagamento da obrigação líquida no dia de seu vencimento. Mais propriamente, a insolvência comercial é dita de falência. Nesta razão, ao contrário da insolvência civil, que não se evidencia pela falta de pagamento, a comercial é por ela caracterizada. Feita a diferenciação percebe-se, em termos gerais, que a insolvência comercial, de certa forma, confunde-se com a figura do inadimplemento, acima mencionado. Surge agora um novo fato de suma importância para a conclusão lógica do raciocínio ora apresentado, qual seja, o de se saber o caráter civil ou comercial do negócio jurídico a ser realizado, de modo a se verificar a possibilidade de assemelharmos o termo inadimplemento citado à insolvência mencionada no artigo, para que se decida, pelo seu enquadramento ou não, na incidência do dispositivo legal mencionado anteriormente (art. 7º da Lei n.

3.207/57).

Esse estudo é fundamental, pois, caso seja o negócio jurídico de natureza civil, entendo não haver aplicação do referido dispositivo, tendo em vista a falta de compatibilidade com o assunto, haja vista não se confundir com inadimplemento de obrigação; ao passo que, sendo a obrigação de natureza comercial, caberia em caso de inadimplência a referida restituição, por aí se configurar a semelhança entre os preceitos. Caso a transação realizada seja, por exemplo, compra e venda de produtos, possuindo assim natureza comercial, chega-se à conclusão de ser perfeitamente aplicável o disposto no art. 7º (Lei n. 3.207/57), devendo ser, portanto, nesses casos, restituída ao empregador a quantia percebida pelo vendedor a título de comissão, tendo em vista o inadimplemento por parte da empresa-cliente, sem prejuízo de eventuais compensações que possam vir a ser feitas, conforme disposto anteriormente”¹²⁰.

PERGUNTA-SE

- 1) O vendedor que acumular funções de vendas com cobrança tem direito a adicional por acúmulo de função?
- 2) É possível exigir do vendedor lastro de suas vendas?
- 3) É possível inserir no contrato de trabalho do vendedor a cláusula *star del credere*?

1) A Lei n. 3.207/57 é expressa no sentido de que o vendedor tem direito, sim, ao adicional de um décimo da remuneração pelo acúmulo de função de inspeção e fiscalização, segundo o art. 8º: *Art. 8º 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.*

Quanto à questão do acúmulo de função de cobrança, a legislação não é expressa quanto a esta função, porém a Justiça do Trabalho tem aplicado, por analogia, o disposto no art. 8º da referida lei.

O objetivo da lei é conferir ao vendedor uma contraprestação pelo labor despendido na inspeção e fiscalização, porque tais atividades o desviam de sua atividade preponderante que é a venda e, por consequência, atinge as suas comissões. Entende-se que o mesmo acontece quando o vendedor é desviado para efetuar cobrança.

A jurisprudência trabalhista é pacífica:

“VENDEDOR. SERVIÇO DE COBRANÇA. ADICIONAL DE 10% PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 3.207/57. Dispondo o art. 8º da Lei 3.207/57 que ‘quando for prestado serviço de inspeção e fiscalização pelo empregado vendedor, ficará a empresa obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração atribuída ao mesmo’, tal disposição é também plenamente aplicável ao serviço de cobrança. A *mens legis* do dispositivo é que o empregado vendedor que for sobrecarregado com as atividades de fiscalização ou inspeção tem direito a maior paga. Ora, se com a atividade de cobrança a sobrecarga é a mesma, a resposta legal não pode ser diversa. Em outras palavras, onde a lei disse ‘inspeção e fiscalização’ pode-se entender que ali se enquadra qualquer outra atribuição que fuja às tarefas inerentes ao ofício de vendedor, numa interpretação extensiva autorizada pela previsão expressa do recurso à analogia como fonte do Direito do Trabalho (art. 8º da CLT)” (TRT, 3ª R., RO 01715-2002-005-03-00-5, 3ª T., rel. Paulo Roberto Sifuentes, *DJMG* de 31-1-2004).

“VENDEDOR COMMISSIONISTA PURO. REMUNERAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA SUPRIMIDO. Tendo recebido as comissões pelas vendas efetuadas em jornada extraordinária, o vendedor comissionista puro já está remunerado pela hora laborada, sendo devido a ele apenas o adicional de hora extra. Contudo, essa forma de remuneração não se aplica ao intervalo intrajornada suprimido. O que se remunera ao empregado que não usufruiu do intervalo intrajornada é a supressão do intervalo. No caso de um vendedor comissionista puro, não há comissões que possam remunerar o intervalo não concedido. Ainda que tenha realizado vendas no horário do intervalo, a comissão correspondente remunera o efetivo labor e não a supressão do intervalo. Assim, o intervalo intrajornada não usufruído deve ser remunerado pelo valor integral da hora acrescido do adicional de 50%, nos termos do inciso I da Súmula 437 do C. TST” (TRT 17ª R, RO 0000627-14.2014.5.17.0002, Rel. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, *DEJT* 06/04/2016).

O lastro ou fiança consiste em um fundo de reserva feito por meio de numerário do empregado em favor do empregador, para garantir a liquidez das vendas.

2) Quanto à exigência de lastro de vendas pelo vendedor, Alice

Monteiro de Barros, citando Marly Cardone, explica que esta exigência é ilegal “por transferir para o trabalhador o risco do empreendimento econômico”¹²¹.

3) Quanto à cláusula *star del credere*, o art. 697 do CC determina, como regra geral, que no contrato de comissão *o comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem tratar*. Há apenas duas exceções a esta regra: a) em caso de culpa e b) na hipótese de constar do contrato a cláusula *del credere*.

Portanto, esta cláusula tem como objetivo tornar o comissário responsável, perante o comitente, pelo cumprimento das obrigações das pessoas por ele contratadas. O comissário assume os riscos, juntamente com o comitente, dos negócios que concluir com terceiros.

Trata-se de garantia solidária, emanada de um acordo de vontades entre ambos, estranho aos terceiros com quem contrata o comissário. O art. 698 do Código Civil de 2002 é expresso nesse sentido: *Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula del credere, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com quem houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.*

Maurício Godinho Delgado explica que “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, em especial, ao vendedor comissionista”¹²².

Alice Monteiro de Barros, com apoio nos ensinamentos de José Martins Catharino, explica que “a doutrina trabalhista tem dificuldade de aplicá-la ao Direito do Trabalho, considerando que o inadimplemento pelo freguês

ou sua mora se situam na esfera do risco do empreendimento, o qual será suportado pelo empregador”¹²³.

RECAPITULANDO...

Legislação específica	Lei n. 3.207/57
Diferença entre comissão e percentagem	as comissões são pagas em unidades (por exemplo: R\$ 10,00 por peça) e a percentagem é paga em percentuais (por exemplo: 1% sobre o valor da peça).
Zona exclusiva de trabalho (art. 2º)	(a) direito a receber comissões sobre todas as vendas realizadas naquela região, negociadas por ele ou não, e (b) direito a um salário mínimo correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, em caso de redução de zona de trabalho.
Aceitação ou recusa da venda efetuada pelo vendedor (art. 3º)	<p>Vendas dentro do mesmo Estado: a transação será aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias contados da data da proposta.</p> <p>Vendas em outro Estado ou no estrangeiro: o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias podendo, ainda, ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado.</p>
Época de pagamento das comissões (art. 4º)	Pagamento mensal, ressalvado às partes fixar outra época para pagamento, desde que não exceda o primeiro trimestre contado da aceitação do negócio, sem prejuízo da expedição da conta pela empresa.
Vendas a prazo (art. 5º)	Em caso de vendas parceladas, as comissões são devidas quando do vencimento das parcelas.
Direito do vendedor ao DSR sobre as comissões	É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista (Súmula 27 do TST).

Horas extras do vendedor	É devido somente o valor do adicional de horas extras de no mínimo de 50% (Súmula 340 do TST).
Extinção do contrato de trabalho (art. 6º)	Em caso de cessação do contrato de trabalho, as comissões são devidas, inclusive em caso de vendas parcelas.
Adicional por acúmulo de função (art. 8º)	Em caso de acúmulo de função de inspeção e fiscalização, o vendedor tem direito a 1/10 da sua remuneração.
Estorno de comissões (art. 7º)	Somente em caso de insolvência do comprador.
Lastro e cláusula star del credere	Aplicação não permitida, tendo em vista que o risco do negócio é do empregador.

8.2 Abonos, gratificações e prêmios

É importante conhecer outras espécies de pagamentos e aprofundar sua natureza jurídica. A seguir, estudaremos as seguintes parcelas: *abonos, gratificações e prêmios*.

Abonos: são antecipações pecuniárias efetuadas pelo empregador, adiantamentos salariais concedidos pelo empregador, que, via de regra, viabilizam ao empregado a fruição prévia de vantagem que somente lhe seria devida no futuro. É o que acontece com os abonos que visam o reajuste salarial anual. Têm natureza jurídica de salário (art. 457, § 1º, da CLT) e *podem ser compensados, mas devem estar destacados no título que os conceder*.

PEGADINHA:

Veja o entendimento do TST sobre a validade da compensação de aumento salarial concedida pela empresa a todos os empregados: **OJ 325 da SDI-I do TST. AUMENTO SALARIAL CONCEDIDO PELA**

EMPRESA. COMPENSAÇÃO NO ANO SEGUINTE EM ANTECIPAÇÃO SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE (DJ 9-12-2003). O aumento real, concedido pela empresa a todos os seus empregados, somente pode ser reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional no ajuste, nos termos do art. 7º, VI, da CF/88.

Gratificações: podem ter duas origens distintas: podem ser ajustadas contratualmente (no § 1º fala-se em gratificação ajustada) ou ter o pagamento por liberalidade.

Conforme descreve Maurício Godinho Delgado, “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)”¹²⁴.

Prêmios: são vinculados a comportamentos e resultados de ordem pessoal do empregado. É um suplemento de salário destinado ao trabalhador que demonstra mais eficiência e produtividade. Difere da gratificação no ponto em que depende de apreciação subjetiva do empregador, em consideração à diligência especial do empregado.

8.3 Participação nos lucros ou resultados

Alice Monteiro de Barros aborda a origem histórica da participação nos lucros ou resultados: “De origem controvertida, alguns autores atribuem a Edmé Leclaire, em 1842, a primeira forma de participação nos lucros, outros sustentam que o seu precursor é Robert Owen. O mais acertado é situarmos a gênese do instituto em 1812, pois à época já se encontrava previsto para os artistas da Comédia Francesa, por iniciativa de Napoleão Bonaparte. O assunto foi tratado também nas encíclicas papais *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra*, sendo consagrada pela primeira vez no plano constitucional na Constituição de Weiner”¹²⁵.

No Brasil, o direito de todos os empregados à participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XI: *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

É o próprio texto constitucional que exclui, de forma expressa, a natureza remuneratória das participações dos empregados nos lucros ou resultados da empresa.

Antes da regulamentação deste direito por lei ordinária (Lei n. 10.101/2000), muito se discutia acerca da autoaplicabilidade deste dispositivo constitucional.

Para alguns autores, como José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos, a norma era meramente programática, não sendo, portanto, autoaplicável.

Para outros autores, como Sérgio Pinto Martins, o direito à participação nos lucros, desvinculado da remuneração, já era autoaplicável desde a Constituição de 1988, portanto, não necessitava de regulamentação específica.

Atualmente, na ótica pós-positiva moderna, todos os direitos previstos no art. 7º da CF são direitos fundamentais de todos os trabalhos (*direitos sociais de 2ª dimensão*) e, portanto, dotados de efetividade horizontal nas relações de emprego.

PERGUNTA-SE

- 1) O que é um programa de participação nos lucros ou resultados? Qual sua natureza jurídica?
- 2) Quais são os critérios previstos em lei para elaboração de um programa de PLR?
- 3) Qual é a periodicidade mínima de pagamento de PLR? É possível haver PLR com pagamento mensal?
- 4) **Existe alguma exceção jurisprudencial à regra da periodicidade mínima de pagamento da PLR?**
- 5) É devido pagamento de PLR mensal proporcional a empregados desligados antes de completar a vigência do plano?

1) O programa de participação nos lucros ou resultados é uma programa que permite a premiação dos empregados em caso de atingimento de metas ou alcance de lucro.

Em 1994, foi editada a primeira medida provisória que regulamentou a matéria (*MP n. 194*). Após esta Medida Provisória, foram editadas mais treze sobre o tema, com poucas alterações, até que foi promulgada a Lei n. 10.101 de 2000.

Antes da Constituição Federal de 1988, a participação nos lucros ou resultados (PLR) tinha natureza salarial e havia inclusive uma súmula expressa do TST nesse sentido: *Súmula 251. A participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais.*

A Súmula 251 do TST foi **cancelada** pela Resolução n. 33/94 do TST, tendo em vista a disposição expressa constitucional de que a participação nos lucros ou resultados seria desvinculada da remuneração (art. 7º, XI).

Logo, é pacífico que a PLR atualmente é uma verba de natureza não salarial por expressa previsão constitucional. Além disso, a Lei n. 10.101/2000, em seu art. 3º, dispõe: *Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.*

§ 1º Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, nos termos da presente Lei, dentro do próprio exercício de sua constituição.

Por exemplo: Se o empregado receber R\$ 1.000,00 a título de PLR, sobre este valor o empregador não terá que fazer nenhuma incidência legal (FGTS, INSS, dentre outros). O empregador deverá somente recolher imposto de renda como pessoa física do empregado. Além disso, se o regime tributário da empresa for lucro real, os valores pagos a título de PLR podem ser abatidos como despesa operacional. Tal incentivo é extremamente interessante para as empresas como ferramenta de gestão tributária, sendo que a legislação em vigor não prevê limites para os valores que serão distribuídos e, desta forma, não há limites para a dedução.

A Lei n. 10.101/2000, em seu art. 2º, estabelece: *Art. 2º A participação nos lucros ou resultados (PLR) será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante:*

I – comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; (Inciso alterado pela Lei n. 12.832, de 20-6-2013) II – convenção ou acordo coletivo.

Como se verifica do *caput* do art. 2º é **facultado** às partes a escolha de um dos meios acima, para regular a participação dos empregados nos lucros ou resultados.

É importante ressaltar que o instrumento de acordo de PLR celebrado entre as partes deve ser arquivado na entidade sindical dos trabalhadores

(art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.101/2000).

Art. 2 (...) § 2º O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

2) Quanto aos critérios para elaboração de um programa de PLR, a lei dispõe: *Art. 2º (...)*

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I – índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II – programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Portanto, o empregador pode optar por elaborar um programa de participação nos lucros (PPL) ou um programa de participação nos resultados (PPR).

ATUALIZE-SE:

A Lei n. 12.832/2013 alterou dispositivos da Lei n. 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, e da Lei n. 9.250/1995, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas.

A Lei n. 12.832/2013 acrescentou o § 4º ao art. 2º acima, vejamos: *§ 4º Quando forem considerados os critérios e condições definidos nos incisos I e II do § 1º deste artigo:*

I – a empresa deverá prestar aos representantes dos trabalhadores na comissão paritária informações que colaborem para a negociação;

II – não se aplicam as metas referentes à saúde e segurança no trabalho.

Portanto, a partir de 1º-1-2013, data em que a lei passou a produzir efeitos, a comissão paritária de negociação de PLR terá poderes para requerer informações empresariais que sejam importantes para a negociação da PLR.

A inovação trazida pela Lei n. 12.832/2013, no inciso I, trata-se de

direito de informação considerado direito fundamental para a boa-fé na negociação coletiva.

A inovação trazida pela Lei n. 12.832/2013, no inciso II, tem como objetivo impedir as empresas de estipular metas relativas às normas de saúde e segurança no trabalho, uma vez que se tratam de normas de ordem pública, consideradas como patamar mínimo civilizatório do trabalhador.

Na prática, o programa de PPL é mais comum em grandes empresas que optam pelo modelo de sociedade anônima aberta, uma vez que são obrigadas legalmente a publicar seus balanços comerciais. A maioria das demais empresas opta por elaborar um programa de PPR, uma vez que não tem interesse em abrir para seus empregados o valor do seu lucro.

Determina o art. 2º, § 3º, da Lei n. 10.101/2000: *Art. 2º (...)*

§ 3º Não se equipara a empresa, para os fins desta Lei: I – a pessoa física; II – a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente: a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País; c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

CUIDADO:

Em relação aos trabalhadores em empresas estatais, o programa de PLR deverá observar as diretrizes específicas fixadas pelo Poder Executivo.

ATUALIZE-SE:

3) Quanto à periodicidade mínima, o art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.101/2000 foi alterado pela Lei n. 12.832/2013 que passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º (...)

§ 2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em mais de 2 (duas) vezes no mesmo ano civil e em periodicidade inferior a 1 (um) trimestre civil.

A modificação trazida pela Lei n. 12.832/2013 refere-se à periodicidade

mínima. Na redação anterior, a periodicidade mínima era de 1 (um) semestre civil e na nova redação passou a ser de *1 (um) trimestre civil*.

De qualquer forma, observe que o legislador manteve o entendimento anterior no sentido de que a PLR não pode ser paga em mais de 2 (duas) vezes no mesmo ano civil.

4) O TST, em decisão de 22 de junho de 2010, abriu uma exceção para esta regra, em um caso particularíssimo da Volkswagen que tinha implementado um programa de participação nos lucros ou resultados por meio de acordo coletivo direto com o Sindicato que previa pagamento mensal: **TST entende que parcela de participação nos lucros paga mensalmente tem natureza indenizatória** Reconhecendo a natureza indenizatória de parcela de participação nos lucros paga mensalmente pela Volkswagen, a SDI-I reformou decisão da 7ª Turma, que havia entendido pelo caráter salarial da verba.

A empresa e o Sindicato da categoria haviam firmado em acordo coletivo que o pagamento referente à Participação nos Lucros e Resultados (PLR) seria feito de forma mensal, na proporção de 1/12, fato que ocorreu no período de janeiro de 1999 a abril de 2000. Ocorre que a Lei n. 10.101/2000, no art. 3º, § 2º, proibiu o pagamento da participação nos lucros de forma parcelada, ou seja, em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

Com isso, um funcionário da empresa requereu na Justiça do Trabalho o reconhecimento da natureza salarial, e não indenizatória, das parcelas da PLR pagas mensalmente, bem como a integração ao salário regular.

Chegando o caso ao TST, por meio de recurso de revista da Volkswagen, a 7ª Turma reformou decisão do TRT da 2ª Região (SP), que aceitava a natureza salarial da parcela. Para a 7ª Turma, o acordo coletivo foi inválido quanto ao parcelamento do PLR, pois contrariou o disposto na Lei n. 10.101/2000.

Novamente a Volkswagen recorreu, desta vez à SDI-I, por meio de recurso de embargos, alegando a validade do acordo coletivo. O relator, Ministro Lelio Bentes Corrêa, aplicou à matéria a interpretação majoritária da SDI-I, embora tenha entendimento divergente.

Nestes casos, ressaltou o ministro, a SDI-I firmou posição no sentido de que os termos do acordo coletivo devem ser reconhecidos, por retratar fielmente o interesse dos empregados, representados pelo Sindicato profissional, a despeito da vedação expressa da lei. Assim, o pagamento mensal e fracionado da participação nos lucros estabelecidos no acordo não descaracteriza a sua natureza indenizatória da parcela.

Seguindo o voto do relator, que fez ressalva de entendimento, a SDI-I, por unanimidade, deu provimento ao recurso de embargos da Volkswagen e restabeleceu a sentença que reconhecia a natureza indenizatória da parcela (disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>).

Logo após o TST publicou a OJ 73 da SDI-I:

OJT 73. A despeito da vedação de pagamento em periodicidade inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes no ano cível, disposta no art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.101, de 19-12-2000, o parcelamento em prestações mensais da participação nos lucros e resultados de janeiro de 1999 a abril de 2000, fixado no acordo coletivo celebrado entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Volkswagen do Brasil Ltda., não retira a natureza indenizatória da referida verba (art. 7º, XI, da CF), devendo prevalecer a diretriz constitucional que prestigia a autonomia privada coletiva (art. 7º, XXVI, da CF).

CUIDADO:

Neste caso da Volks, o TST entendeu que a negociação coletiva por um sindicato forte como o Sindicato dos Metalúrgicos deveria ser prestigiada. É uma exceção, portanto nada mudou, a periodicidade mínima de pagamento da PLR continua sendo uma vez a cada semestre civil.

5) Por fim, quanto ao direito do empregado de receber pagamento proporcional de PLR, o TST editou recentemente a seguinte orientação jurisprudencial: *OJ-SDI-1 390. Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.*

Por exemplo: Vamos supor um programa de PPR anual, cujo período de apuração das metas seja anual. A data de início do programa é 1º-1-2010 e término 31-12-2010. Se um empregado pedir demissão em 1º-10-2010, portanto, antes da data de término de apuração do programa, terá direito ao pagamento da PLR proporcional aos dez meses trabalhados, mesmo que

haja uma cláusula de acordo coletivo que preveja expressamente a exclusão de tal direito.

RECAPITULANDO...

PERGUNTA	RESPOSTA	FUNDAMENTO LEGAL
Quais são as formas de PLR?	O programa pode ser implementado baseado no lucro (PPL) ou nos resultados (PPR).	Art. 1º da Lei n. 10.101/2000
Qual sua natureza jurídica?	Natureza não salarial, sem encargos legais para o empregador.	Art. 7º, XI, da CF e art. 3º, <i>caput</i> , da Lei n. 10.101/2000
Há algum tratamento tributário especial?	Sim, pode ser abatido como despesa operacional para empresas que adotem tributação pelo lucro real.	Art. 3º, § 1º, da Lei n. 10.101/2000
Qual é forma exigida em lei para implementação de um programa de PLR?	Duas formas de negociação: a) comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo Sindicato da respectiva categoria; ou b) convenção ou acordo coletivo.	Art. 2º, <i>caput</i> , da Lei n. 10.101/2000
Quais são os critérios para a implementação de um programa de PLR?	Regras claras e objetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo.	Art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.101/2000
Qual é a periodicidade mínima?	A periodicidade não pode ser inferior a um trimestre civil, e o pagamento somente poderá ser efetuado duas vezes no mesmo ano civil.	Art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.101/2000

<p>A periodicidade mínima legal pode ser negociação mediante negociação coletiva?</p>	<p>Sim, temos o caso precedente da Volks, que permitiu pagamento de PLR mensal prestigiando a negociação coletiva.</p>	<p>OJT 71 da SDI-I do TST</p>
<p>O empregado tem direito ao pagamento de PLR proporcional aos meses trabalhados caso seu contrato seja extinto antes do término do programa?</p>	<p>Sim, por respeito ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que o empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.</p>	<p>OJ 390 da SDI-I do TST</p>

9. AJUDA DE CUSTO E DIÁRIAS PARA VIAGEM

PERGUNTA-SE

- 1) Qual a diferença entre “diárias” e “ajuda de custo”?
- 2) Qual é a natureza jurídica das diárias e da ajuda de custo?
- 3) O limite legal de 50% é somente aplicável às diárias?
- 4) Qual é o valor que deveria ser considerado como salário, todo o valor das diárias ou somente a parte excedente de 50% do salário do empregado?

1) A ajuda de custo e as diárias para viagem devem ser compreendidas como importância de natureza não salarial paga pelo empregador ao empregado, para ressarcimento de gastos ou despesas para o exercício da atividade profissional. A diferença entre ambas é que as diárias são despesas constantes (dia após dia) e a ajuda de custo é uma despesa eventual, esporádica.

2) Portanto, o empregador poderá tratar as diárias e a ajuda de custo como pagamentos de natureza não salarial.

Luciano Martinez lembra que “ressarcimento consiste na reposição de algo que foi gasto pelo empregado em favor do empregador. Note-se que os ressarcimentos constituem mera operação contábil de crédito e débito, que não aumenta em nada o patrimônio do trabalhador. Não se destinam à remuneração do trabalho prestado, mas apenas à reposição das despesas efetuadas em serviço”¹²⁶.

O legislador trabalhista, preocupado com a natureza habitual das diárias para viagem, buscou impedir fraudes trabalhistas. Sendo assim, limitou o valor das diárias.

3) A antiga redação do art. 457, § 2º, da CLT previa que as diárias teriam natureza salarial, se o seu valor excedesse a 50% do salário do empregado:
Art. 457. (...)

§ 2º não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

A Lei n. 13.467/2017 definiu que toda e qualquer diária para viagem não terá natureza salarial, ainda que superior a 50% do salário do empregado.

A ajuda de custo e as diárias para viagem são compreendidas como importância de natureza indenizatória paga pelo empregador ao empregado, para ressarcimento de gastos ou despesas no trabalho.

Na redação do próprio art. 457, § 2º, da CLT, está expresso que as diárias para viagem e a ajuda de custo não são consideradas verbas salariais, e sim verbas não salariais, com nítido caráter indenizatório.

Martinez (2015, p. 394) explica-nos o seguinte:

“(…) as diárias e a ajuda de custo constituem verbas de ressarcimento, uma vez que consistem na reposição de algo que foi gasto pelo empregado em favor do empregador. Note-se que os ressarcimentos constituem mera operação contábil de crédito e débito, que não aumenta em nada o patrimônio do trabalhador. Não se destinam à remuneração do trabalho prestado, mas apenas à reposição das despesas efetuadas em serviço.”

A partir da Reforma Trabalhista, será indispensável verificar se: • o empregado, realmente, teve despesas; • a extensão dessa movimentação; • os gastos prováveis e • o valor do ressarcimento estimado pelo empregador.

Havendo correspondência entre os gastos e o valor estimado, não há motivo para o pagamento ser considerado fraudulento, logo terá natureza indenizatória.

4) A posição do TST é no sentido de que todo valor das diárias para viagem deve ser calculado como base de cálculo, segundo a Súmula 101: *Súmula 101. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens.*

Quanto ao cálculo do pagamento das diárias para viagem, dispõe a

Súmula 318 do TST: *Súmula 318. Tratando-se 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.*

A maioria da doutrina trabalhista entende que é da verificação da **destinação do pagamento** que deve resultar a sua exata qualificação. São gastos que o empregado faz, portanto destinam-se a recompor o patrimônio do trabalhador, desfalcado com essas despesas. Portanto, se destinado a ressarcir despesas de movimentação, não será salário, ainda que ultrapassados 50% do salário, contudo este entendimento não é pacífico.

Luciano Martinez defende a mesma posição: “O mencionado art. 457, § 2º, da CLT, na verdade, criou uma presunção no sentido que, não existindo prova indicativa de que foram utilizadas para cobrir despesas havidas em virtude de deslocamento a serviço do empregador, as diárias excedentes a 50% do salário serão entendidas como verdadeira ‘remuneração’. É importante lembrar que toda presunção comporta prova em sentido contrário. Nesse sentido, *vide* Instrução Normativa n. 8/1991 da Secretaria Nacional do Trabalho e o Precedente Normativo 50 da Fiscalização do Trabalho”¹²⁷.

Em sentido contrário, Alice Monteiro de Barros entende que não é obrigatório apresentar comprovação do pagamento das diárias: “Este raciocínio parte do princípio de que o empregado não está sujeito à prestação de contas, pois se isso ocorrer e o empregado, mesmo recebendo diárias superiores a 50% do salário, comprovar que todo o valor se destinou ao ressarcimento de despesas, não vemos como atribuir-lhe feição salarial”¹²⁸.

DICA:

Não basta denominar os pagamentos *diárias* e *ajuda de custo*, é importante que de fato esses pagamentos se refiram a efetivas despesas comprovadas pelo empregado, ainda mais agora após a Reforma Trabalhista ter excluído o limite de 50% das diárias para viagem.

RECAPITULANDO...

Ajuda de Custo → Despesas eventuais → Natureza não salarial.

Diárias para viagem → Despesas habituais → Natureza não salarial

10. SALÁRIO-UTILIDADE

PERGUNTA-SE

- 1) O que é salário-utilidade?
- 2) Posso pagar parte do salário em utilidades? Por exemplo, é válido o pagamento em bebidas alcoólicas ou cigarros?
- 3) Posso pagar todo o salário em utilidades?
- 4) Existem percentuais máximos para pagamento de certas utilidades como habitação e moradia? Quais?

1) O salário pode ser pago em dinheiro ou em prestações denominadas *in natura* (salário-utilidade).

O salário *in natura* é conhecido na linguagem corporativa empresarial como benefícios ou *fringe benefits*. Segundo Max Gehringer¹²⁹, o termo em inglês *fringe* foi originado do termo em latim *fimbria*. O significado de fimbria é ornamento lateral em forma de fios que dá o acabamento. Portanto, no contexto empresarial os *fringes benefits* representam os benefícios oferecidos aos empregados, que complementam seu salário. É o enfeite que torna o conjunto mais atraente.

2) Consta no art. 458 da CLT: *Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se, no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.*

Este rol de benefícios é exemplificativo, uma vez que o art. 458 expressamente dispõe “ou outras prestações *in natura*”.

Logo, o legislador celetista permitiu o pagamento de salário em benefícios decorrentes do contrato de trabalho ou de usos e costumes.

O próprio art. 458 da CLT dispõe que em caso algum será permitido o pagamento em bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Por exemplo, será julgado improcedente o pedido de empregado que trabalhar em cervejaria e pleitear a integração como salário-utilidade de caixas de cervejas fornecidas pelo empregador.

Quanto ao cigarro, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que este é droga nociva, portanto, não pode compor o salário do empregado como salário-utilidade, conforme o inciso II, da Súmula 367 do TST: *II – O cigarro não se considera salário utilidade em face de sua nocividade à saúde.*

Alice Monteiro de Barros enfatiza que “o fornecimento de maços de cigarro pela empresa ao empregado não constitui salário *in natura*, pois à semelhança das bebidas alcoólicas e das substâncias inebriantes, os cigarros são nocivos à saúde. O consumo não visa satisfazer as necessidades vitais do empregado”¹³⁰.

Luciano Martinez adverte que “ingressam no âmbito das drogas nocivas todas as outras apresentações similares ao cigarro como cigarrilhas, charutos, fumos mastigáveis, tabaco de uso oral, dentre outros”¹³¹.

Veja jurisprudência nesse sentido:

CIGARRO. SALÁRIO-UTILIDADE. VEDAÇÃO. O cigarro é uma droga altamente nociva à saúde. Sua integração como salário-utilidade está vedada, nos termos do art. 458 da CLT (TRT/RO 17138/99 (UL02-1155/99), 3ª R., 2ª T., rel. Nanci de Melo e Silva, *DJMG* de 2-8-2000).

Em decisão perante o TST, a Souza Cruz foi proibida de contratar trabalhadores para exercer a função de “provadores de cigarro”: **Souza Cruz não pode mais contratar trabalhadores como “provadores de cigarro”**

A Souza Cruz, fabricante nacional de tabaco, não poderá mais contratar empregados para realizar testes de cigarros. Assim decidiu a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao negar provimento ao recurso de revista da empresa. A ação foi proposta pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região (RJ) a partir de uma entrevista concedida por um ex-

empregado da empresa que cobrou na justiça comum indenização pelos sérios problemas de saúde adquiridos em vários anos como “provador de cigarros”.

Segundo o depoimento do ex-provador, a Souza Cruz, com o objetivo de fazer o controle de qualidade de seus produtos, mantinha um projeto chamado “Painel de Fumo”, no qual pessoas, em uma sala, testavam os cigarros produzidos pela empresa e pela concorrência, sem nenhuma proteção.

Diante disso, o Ministério Público do Trabalho requereu à Justiça do Trabalho que a empresa fosse condenada a não mais contratar pessoas para a função de provadores de cigarros, sob pena de multa no valor de R\$ 10 mil, por trabalhador. Requereu, ainda, a manutenção e a garantia, a cada um dos trabalhadores que realizaram os testes, de tratamento hospitalar e antibagista e, por trinta anos, a realização de exames médicos. Por fim, pediu o pagamento de indenização de um R\$ 1 milhão por danos aos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Ao analisar a ação civil pública, a Vara do Trabalho condenou a Souza Cruz a todas as obrigações de fazer e não fazer requeridas pelo Ministério Público: deixar de contratar provadores, prestar assistência médica a esses trabalhadores e pagar indenização de 1 milhão por danos difusos e coletivos.

Inconformada com a sentença, a empresa recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ). Alegou que os empregados que se submeteram ao serviço, todos fumantes, o fizeram por espontânea vontade, bem como alegou não haver prova de nenhum dano à saúde dos trabalhadores relacionada à função de provadores. A Souza Cruz ainda ressaltou que essa atividade não seria ilegal.

O TRT, entretanto, manteve a decisão. Para o Regional, essa atividade da empresa afronta o direito à saúde e à vida dos trabalhadores. O acórdão do TRT considerou que, nesse caso, os princípios basilares da saúde e da vida digna se sobrepõem aos argumentos trazidos pela empresa quanto ao respeito à livre iniciativa e da livre atividade econômica. Ressaltou, ainda, que os danos não dizem respeito somente aos empregados provadores, mas sim a toda coletividade que se vê prejudicada pela produção e comercialização de uma droga. A Souza Cruz, então, interpôs recurso de revista ao TST, reforçando suas teses e se insurgindo contra o deferimento da indenização e ao valor por dano moral coletivo.

O relator do recurso na 7ª Turma do TST, Ministro Pedro Paulo Manus, entendeu que a empresa, ao se utilizar de pessoas com o objetivo de aferir a qualidade do produto por ela produzido, o fez em afronta à proteção do trabalhador. Segundo o ministro, a empresa deverá valer-se de novo método para a mensuração do produto, pois a vida e a saúde do trabalhador devem sempre prevalecer. “No confronto com o princípio da livre iniciativa privada, prepondera o direito fundamental à saúde”, destacou.

Quanto à indenização por danos morais coletivos, o relator conclui que a reparação de R\$ 1 milhão, além de excessiva, não traria resultado útil, uma vez que não beneficiaria diretamente os empregados que efetivamente trabalharam como provadores de cigarro.

Pedro Paulo Manus destacou ainda que, numa eventual manifestação de doença decorrente da prova do fumo, o trabalhador já estará resguardado, uma vez que o Ministério Público do Trabalho conseguiu que a empresa mantenha acompanhamento médico aos trabalhadores, por trinta anos.

Assim, a 7ª Turma, ao seguir o voto do relator, decidiu, por maioria, manter a obrigação da Souza Cruz de não mais contratar provadores de cigarro e, por unanimidade, excluir da condenação a indenização por danos aos interesses difusos e coletivos aos trabalhadores. Vencido o Juiz Convocado Flávio Portinho Sirângelo (RR 120300-89.2003.5.01.0015, *site* do TST, 29-11-2010).

3) O salário não pode ser pago exclusivamente em utilidades. É o que estabelece o art. 82, parágrafo único, da CLT: *Art. 82. (...)*

Parágrafo único. O salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região.

Portanto, o salário pode ser pago em mercadorias (utilidades), desde que seja respeitado o limite de 30% do salário mínimo em dinheiro. Nesse sentido a OJ 18 da SDC do TST a respeito deste limite em convenções ou acordos coletivos.

Lembre-se que o salário em dinheiro deverá ser pago em moeda nacional, sob pena de nulidade (art. 463 da CLT).

Interessante questão é estudar se os percentuais fixados em lei do salário-utilidade aplicam-se somente àqueles empregados que recebem salário mínimo. Veja entendimento do TST na Súmula 258 a seguir: *Súmula 258. Os percentuais fixados em lei relativos ao salário in natura apenas se referem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade.*

Portanto, o TST entende que se o empregado perceber salário superior ao salário mínimo, os valores do salário-utilidade serão determinados pelo real valor da utilidade.

4) O § 3º do art. 458 da CLT, acrescentado pela Lei federal n. 8.860/94, passou a estabelecer percentuais específicos para duas utilidades: a habitação, equivalente a 25% do salário contratual, e a alimentação, no

patamar de 20% dessa mesma base de cálculo.

Logo, se o empregado perceber salário superior ao salário mínimo, os valores do salário utilidade serão determinados pelo real valor da utilidade, **com exceção** dos benefícios de habitação e alimentação, cujos percentuais máximos serão de 25% e 20% do salário contratual, respectivamente, segundo o art. 458, § 3º, da CLT: *Art. 458. (...)*

§ 3º A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário contratual.

Por exemplo, se o empregado receber um salário de R\$ 10.000,00 por mês, eventual auxílio-habitação fornecido ao empregado não poderá ultrapassar o valor de R\$ 2.500,00.

Em caso de **habitação coletiva**, o valor do salário-utilidade a ela correspondente será obtido mediante a divisão do justo valor da habitação pelo número de coabitantes, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família, segundo o art. 458, § 4º, da CLT.

CUIDADO COM A PEGADINHA: OS PERCENTUAIS DE SALÁRIO-UTILIDADE DO EMPREGADO RURAL PARA HABITAÇÃO E ALIMENTAÇÃO SÃO DE 20% E 25% DO SALÁRIO MÍNIMO. NOTE QUE OS PERCENTUAIS SÃO INVERTIDOS EM RELAÇÃO AO EMPREGADO URBANO E QUE A BASE DE CÁLCULO DO RURÍCOLA NÃO É O SALÁRIO CONTRATUAL DO EMPREGADO E, SIM, O SALÁRIO MÍNIMO.

PERGUNTA-SE

- 1) Qual é o critério para determinar a natureza jurídica do salário-utilidade?
- 2) Alimentação e moradia têm natureza salarial? E os benefícios sociais tais como *plano de saúde médico, hospitalar e odontológico* têm natureza salarial?

Alice Monteiro de Barros explica que “as utilidades de natureza salarial são aquelas que visam atender às necessidades individuais do trabalhador, de tal modo que, se não as recebesse, ele deveria despende parte do seu

salário para adquiri-las. Em regra, as utilidades fornecidas ao empregado têm feição salarial, pois representam um *plus*, uma vez que se não fossem fornecidas, o empregado deveria adquiri-las com seus próprios recursos financeiros para suprir suas necessidades”¹³².

1) Até 2001, quase tudo o que o empregador fornecia pelo trabalho era considerado utilidade de natureza salarial. Os empregados chegavam ao absurdo de pleitear em juízo reflexos salariais de benefícios como “cafezinho” fornecido pelo empregador no local de trabalho. A Justiça do Trabalho acabava julgando procedentes tais pedidos.

Isso acabou desestimulando algumas empresas que passaram a conceder somente benefícios mínimos, como cesta básica (prevista em convenção coletiva de trabalho) e vale-transporte.

Vale notar que o vale-transporte é o único benefício obrigatório por lei, portanto nada impedia a empresa de contratar um empregado para receber salário mínimo e somente vale-transporte como benefício.

Em 2001, o legislador buscou minimizar estes efeitos sociais e ampliou o rol das utilidades de natureza não salarial por meio da Lei n. 10.293.

Alice Monteiro de Barros comenta a respeito o seguinte: “Os empregadores começaram a se sentir desestimulados na concessão das utilidades, considerando o ônus por elas acarretado, já que seu valor integraria o cálculo de vários institutos jurídicos. E o legislador, atento a essa realidade e no afã de não impedir os avanços no campo social, ampliou o rol de utilidades que não possuem feição retributiva”¹³³.

A Lei n. 10.293, de 26-6-2001, deu nova redação ao § 2º do art. 458 da CLT, prevendo as seguintes utilidades de natureza **não salarial**: **I** – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço (por exemplo: uniforme, bota, farda, telefone celular, *laptop*, dentre outros instrumentos de trabalho); **II** – educação, em estabelecimentos de ensino próprio ou de

terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático (por exemplo: treinamentos, cursos de inglês, pós-graduação, dentre outros); **III** – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público (por exemplo: ônibus fretado pela empresa, dentre outros. Vale notar que o vale-transporte previsto na Lei n. 7.418/85 não tem natureza salarial); **IV** – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; **V** – seguros de vida e de acidentes pessoais; **VI** – previdência privada; **VII** – vetado; e **VIII** – o valor correspondente ao vale-cultura (acrescentado pelo art. 14 da Lei n. 12.761/2012).

IMPORTANTE:

A Lei n. 12.761/2012 instituiu o Programa de Cultura do Trabalhador e criou um novo benefício opcional para os empregados de natureza não salarial: o vale-cultura de R\$ 50,00 por mês.

Para quem ganha até cinco salários mínimos brutos (até R\$ 2.325,00), o empregador poderá descontar até 10% do valor do vale (10% de R\$ 50,00 é R\$ 5,00) do salário. Entre os que recebem acima de cinco salários, o percentual autorizado varia de 20% e 90% do valor do vale (de R\$ 10,00 a R\$ 45,00), vejamos a redação do art. 8º da Lei n. 12.761/2012: *Art. 8º O valor mensal do vale-cultura, por usuário, será de R\$ 50,00 (cinquenta reais).*

§ 1º O trabalhador de que trata o caput do art. 7º poderá ter descontado de sua remuneração o percentual máximo de 10% (dez por cento) do valor do vale-cultura, na forma definida em regulamento.

§ 2º Os trabalhadores que percebem mais de 5 (cinco) salários mínimos poderão ter descontados de sua remuneração, em percentuais entre 20% (vinte por cento) e 90% (noventa por cento) do valor do vale-cultura, de acordo com a respectiva faixa salarial, obedecido o disposto no parágrafo único do art. 7º e na forma que dispuser o regulamento.

O vale cultura será disponibilizado preferencialmente pelo meio

magnético, contudo, em hipótese alguma, o valor de R\$ 50,00 do vale-cultura poderá ser convertido em dinheiro, conforme art. 6º e art. 8º, § 3º:

Art. 6º O vale-cultura será fornecido aos usuários pelas empresas beneficiárias e disponibilizado preferencialmente por meio magnético, com o seu valor expresso em moeda corrente, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Somente será admitido o fornecimento do vale-cultura impresso quando comprovadamente inviável a adoção do meio magnético.

Art. 8º (...)

§ 3º É vedada, em qualquer hipótese, a reversão do valor do vale-cultura em pecúnia.

Para que os empregados tenham direito a este novo benefício, a empresa deverá se inscrever no Programa de Cultura do Trabalhador. Enquanto o empregador não aderir ao benefício, os empregados não poderão usufruir do vale-cultura e mesmo com a adesão do empresário, o empregado terá a opção de não requerer o benefício, se assim desejar, consoante art. 8, § 4º, abaixo: *§ 4º O trabalhador de que trata o art. 7º poderá optar pelo não recebimento do vale-cultura, mediante procedimento a ser definido em regulamento.*

Portanto, a adesão ao Programa de Cultura do Trabalhador não é obrigatória nem para o empregador nem para os empregados. Vale notar que somente os trabalhadores que tiverem vínculo celetista serão elegíveis ao benefício.

A parte da parcela a ser custeada pelo empregador terá custo zero, pois não deverá servir de base de cálculo trabalhista, fundiária (FGTS), previdenciária e tributária, consoante art. 11 a seguir: *Art. 11. A parcela do valor do vale-cultura cujo ônus seja da empresa beneficiária:*

I – não tem natureza salarial nem se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos;

II – não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; e

III – não se configura como rendimento tributável do trabalhador.

Além disso, a pessoa jurídica que optar por se inscrever no Programa

terá benefícios fiscais, conforme previsto no art. 10 da Lei n. 12.761/2012:
Art. 10. Até o exercício de 2017, ano-calendário de 2016, o valor despendido a título de aquisição do vale-cultura poderá ser deduzido do imposto sobre a renda devido pela pessoa jurídica beneficiária tributada com base no lucro real.

§ 1º A dedução de que trata o caput fica limitada a 1% (um por cento) do imposto sobre a renda devido, observado o disposto no § 4º do art. 3º da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§ 2º A pessoa jurídica inscrita no Programa de Cultura do Trabalhador como beneficiária, de que trata o inciso II do art. 5º, poderá deduzir o valor despendido a título de aquisição do vale-cultura como despesa operacional para fins de apuração do imposto sobre a renda, desde que tributada com base no lucro real.

§ 3º A pessoa jurídica deverá adicionar o valor deduzido como despesa operacional, de que trata o § 2º, para fins de apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

§ 4º As deduções de que tratam os §§ 1º e 2º somente se aplicam em relação ao valor do vale-cultura distribuído ao usuário.

Quanto à **moradia**, o legislador a exclui do rol de benefícios do art. 458, § 2º, da CLT. Logo, a ajuda-aluguel ou auxílio-moradia tem natureza salarial, salvo se concedido para viabilizar a prestação de serviços, quando indispensáveis para o serviço, nos termos da Súmula 367, n. II, do TST: *I – A habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso de veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares.*

O alojamento em canteiro de obra disponibilizado pelo empregador para a prestação de serviços também não terá natureza salarial, pois trata-se de instrumento de trabalho, sem feição retributiva (Alice Monteiro de Barros¹³⁴).

Da leitura da Súmula acima, percebe-se que o TST alterou sua postura para acrescer que o simples uso eventual do carro para fins particulares não constitui salário-utilidade de natureza salarial, caso o veículo seja

fornecido *preponderantemente* para uso profissional pelo empregado na empresa (Súmula 367, n. I, do TST).

Portanto, somente na hipótese de o veículo ser concedido ao empregado para uso estritamente particular o benefício terá natureza salarial.

Por fim, podemos citar como outras utilidades de natureza salarial: academia de ginástica, estética, passagens aéreas, clubes de golfe ou qualquer outro benefício para uso estritamente particular.

ATUALIZE-SE:

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) declarou, expressamente, que o auxílio-alimentação não integra a remuneração do empregado, não se incorporando ao contrato de trabalho e não constituindo base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário (art. 457, § 2º).

Com base neste novo entendimento, o TST deverá cancelar ou modular os efeitos da Súmula 241 e das Orientações Jurisprudenciais 123, 133 e 413 da SDI-I.

Além disso, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) também dispôs que o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integra o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea “q” do § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 (§ 5º do art. 458 da CLT inserido pela Lei n. 13.467/2017).

RECAPITULANDO...

Salário-utilidade	Natureza salarial	Natureza não salarial
Equipamentos para uso no trabalho		X

Educação		X
Plano de saúde médico e odontológico, próprio ou não		X
Reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses e órteses		X
Seguro de vida		X
Previdência privada		X
Vale-transporte e outros tipos de transporte		X
Alimentação		X
Habitação	X	
Automóvel da empresa para uso profissional		X
Automóvel da empresa para uso particular	X	
Passagens aéreas para uso particular	X	
Clube de golfe	X	
Motorista particular	X	

10.1 Plano de opção de compra de ações a empregados

O salário pode ser pago em ações? Vamos analisar a natureza jurídica dos planos de ações concedidos aos empregados conhecidos como *employee stock options*.

Para o estudo deste tema, transcrevo trechos do meu artigo intitulado *A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho – (employee stock option plans)*¹³⁵.

O sistema de *stock options* consiste no direito de comprar lotes de ações por um preço fixo dentro de um prazo determinado.

A empresa confere ao seu titular o direito de, em um determinado prazo, subscrever ações da empresa para a qual trabalha ou na grande maioria da sua controladora no exterior a um preço determinado ou determinável, segundo critérios estabelecidos por ocasião da outorga, através de um plano previamente aprovado pela assembleia geral da empresa.

A opção pode ser comprada ou vendida (*call option* ou *put option*), ou pode ser outorgada por um indivíduo pela empresa (*employee stock option*) ou pode decorrer de um contrato de natureza mercantil (*call option* ou *put option*).

Há ainda diversos tipos de plano de opção de compra de ações originários do sistema americano, tais como: plano de ações fantasmas (*phantom stocks*), o plano de ações por desempenho (*performance stock*) e o fundo de ações (*equity pool*).

O plano de ações fantasma é adotado por sociedades anônimas de capital fechado que não oferecem ações em bolsa ou por aquelas que não têm interesse em oferecer ações em bolsa. Neste sistema, é criada uma unidade de valor, corrigida por diferentes indicadores de crescimento da empresa.

No plano de ações por desempenho (*performance stock*), a empresa oferece um lote de ações ligado a uma meta em um certo período. Neste sistema, quando os objetivos corporativos são alcançados dentro do prazo fixado, os empregados recebem em dinheiro o equivalente ao número de ações.

O fundo de ações (*equity pool*) é um fundo de cotas, sendo que os empregados são alocados com um número determinado de cotas que valorizam conforme o desempenho da empresa.

Em geral, o plano de *stock options* contém os seguintes elementos: **a. preço de exercício:** preço pelo qual o empregado tem o direito de exercer

sua opção (*exercise price*); **b. prazo de carência**: regras ou condições para o exercício das opções (*vesting*); e **c. termo de opção**: prazo máximo para o exercício da opção de compra da ação (*expiration date*): o preço de exercício é o preço de mercado da ação na data da concessão da opção, sendo comum estabelecer-se um desconto ou um prêmio sobre o valor do mercado.

Neste aspecto, vale destacar que o referido valor do desconto ou prêmio não pode ser tão significativo que elimine o risco da operação futura, pois implicaria gratuidade na concessão do plano, critério típico do salário-utilidade.

Quanto ao prazo de carência é definido como um número mínimo de tempo de serviço na empresa, que costuma variar de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A prática de mercado é de um prazo máximo de termo de opção que varia de 5 (cinco) a 10 (dez) anos da data da concessão da opção de compra.

No ato da assinatura do plano de *stock option*, o empregado não possui automaticamente o direito de comprar ações da sua empregadora ou da controladora da sua empregadora. Na verdade, o empregado possui somente uma mera expectativa de direito, que só poderá se materializar em direito subjetivo após o final do prazo de carência fixado pelo plano.

O plano de *stock option* nada mais representa que a concessão futura do direito de opção de compra de ações a determinados sujeitos de direito (empregados da companhia ou de suas subsidiárias), que adquirem o direito de exercer a compra de ações mediante o pagamento de um preço prefixado.

É importante ressaltar que é somente uma **expectativa de direito**, já que as variações do mercado podem afetar o valor das ações no momento da negociação. O empregado irá verificar a existência de lucro ou não na revenda das ações se o valor futuro da ação tiver um valor maior que o

valor de emissão.

Consequentemente, o empregado não tem nenhuma garantia de lucro imediato, já que pode auferir ou não algum benefício com a negociação futura das ações, ressalvada a hipótese de a empresa conceder um desconto tão significativo que elimine o risco da atividade.

A jurisprudência trabalhista sobre a natureza jurídica do plano de *stock options* é praticamente escassa e a doutrina tem se manifestado de forma esporádica. Vamos comentar o andamento de duas ações trabalhistas: *caso da empresa Microsoft Informática Ltda. e da empresa Computer Associates do Brasil Ltda.*

Caso 1: Microsoft Informática Ltda.

Na ação trabalhista movida contra a Microsoft, a reclamante alega que participou de Plano de Opções de Compra de Ações oferecido pela empresa e que a natureza jurídica do referido plano era nitidamente salarial.

A decisão de primeira instância foi favorável à reclamante no sentido de declarar a natureza remuneratória do plano e condenar a empresa ao pagamento dos reflexos trabalhistas.

O juiz entendeu que pelo fato de a própria reclamada chamar o plano de parte de sua “filosofia de pagamento” e identificar as ações como um “componente-chave da maneira como pagamos” na ré, houve confissão da empresa de que o plano de concessão de opções de compras de ações constitui-se mecanismo de remuneração, ou seja, de forma indireta de pagamento salarial, conforme bem ilustrado pela ementa abaixo: “SALÁRIO (EM GERAL) CONFIGURAÇÃO. A promessa de venda, pelo empregador, de ações da companhia a preço prefixado, para que o empregado opte por sua compra a qualquer tempo, auferindo lucro sem enfrentar qualquer risco, implica retribuição de natureza salarial, impondo-se a integração do resultado obtido pelo empregado na operação

em todos os títulos contratuais pertinentes” (34ª Vara do Trabalho/SP, Processo 2.339/99, Juiz Marcos Neves Fava, j. em 18-12-2000).

Segundo o parecer de Mesquita Barros, colacionado aos autos pela empresa, “trata-se de um ato jurídico comercial comum, de natureza mercantil e em que ambas as partes enfrentam o risco natural do mercado de ações”.

Em sua fundamentação, o magistrado discorda do referido parecer, afirmando que, na prática, não haveria qualquer risco a ser suportado pelo empregado na participação do referido plano, uma vez que ele não utilizava numerário para compra de ações.

Segundo esse modelo de plano de opção de compra de ações (operação casada ou *cash less exercise*), o empregado não adquire, de fato, ação alguma, consistindo o exercício da opção numa simples operação de compra e venda simultânea desenvolvida pelo empregador, creditando-se para o empregado a diferença entre o valor da compra da ação, conforme o preço que lhe fora prefixado e o valor da venda da ação, conforme o preço praticado pelo mercado no momento da negociação.

Na fundamentação da sentença, o magistrado conclui que há de se atribuir ao lucro na revenda imediata das ações a natureza jurídica de remuneração, já que: (1) *nenhum risco sofre o empregado na elaboração do lucro*; (2) *o benefício decorre do contrato de emprego*; e (3) *o benefício tem caráter de retribuição pelos serviços prestados*.

Não obstante o entendimento da Justiça do Trabalho de primeiro grau, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região reformou a aludida sentença e entendeu que o plano de venda de ações para empregados não tem natureza salarial. O juiz relator foi o Professor Sérgio Pinto Martins, que conclui na ementa abaixo: “*STOCK OPTION PLAN. NATUREZA COMERCIAL. O exercício da opção de compra de ações pelo empregado envolve riscos, pois ele tanto poderá ganhar como perder na operação. Trata-se, portanto,*

de operação financeira no mercado de ações e não de salário. Não há pagamento pelo empregador ao empregado em decorrência da prestação de serviços, mas risco do negócio. Logo, não pode ser considerada salarial a prestação” (TRT, 2ª R., rel. Sérgio Pinto Martins, Ac. 20030145141, RO 20010255561, *DOESP* de 8-4-2003).

Quanto à alegação de que a própria empresa afirmou na carta oferta oferecida ao empregado que o benefício tinha natureza remuneratória, o Tribunal sustentou que “não se pode concluir que automóvel é avião, só pelo fato de que foi afirmado por uma das partes. Automóvel continuará sendo automóvel e avião será avião. Como se costuma afirmar no dito popular: uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. Há necessidade de se perquirir a verdadeira natureza jurídica do pagamento”.

Sérgio Pinto Martins declarou em seu voto que o direito de opção não tem natureza remuneratória, pois não se enquadra no § 1º do art. 457 da CLT.

Em sua opinião, não se trata de gratificação porque não é um pagamento ajustado entre empregado e empregador, mas o primeiro paga para obter o direito de comprar as ações. Além disso, envolve fatores aleatórios à companhia, que é a valorização das ações no mercado.

O magistrado distingue a natureza jurídica do prêmio do plano de *stock options*, afirmando que “o prêmio é pago em virtude de um esforço do empregado. É um salário-condição. No caso, não há qualquer esforço do empregado”.

Sérgio Pinto Martins afirma que o plano de *stock options* não deve ser entendido como espécie de salário-utilidade: “Não representa para o empregado um *plus* obtido com sua prestação de serviços, mas decorre do desempenho das ações da companhia”.

Acrescenta o relator do processo que o plano de *stock options* não deve ser entendido como espécie de participação nos lucros: “A questão não

decorre da existência de lucros, mas da valorização das ações do empregador”.

Com relação ao argumento da autora de que o benefício é oferecido como pagamento pela prestação de serviço na empresa, o relator explica: “O ganho na venda das ações não é uma retribuição paga pelo empregador. Não existe contraprestação salarial. Trata-se de situação completamente alheia à prestação de serviços. Não se poderia dizer que é remuneração a opção de compra em que o empregado tem prejuízo no mercado financeiro. Assume o trabalhador risco na opção de ganhar ou de perder, como no caso em que o preço das ações declina para preços inferiores aos da opção. O empregado assume, portanto, o risco da flutuação do valor das ações. Mesmo no caso em que o empregado exerce o direito de opção pelo sistema *cash less exercise*, em que o exercício é feito sem pagamento, o empregado assume o risco de ganhar ou perder ao vender as ações, de acordo com o valor obtido no mercado acionário”.

É de destacar que o Tribunal conclui que se trata o plano de opção de compra de ações de operação financeira e não salarial: “A vantagem obtida pelo empregado com a revenda das ações é feita por corretoras autorizadas a operar no mercado acionário. Não é feita diretamente pelo empregador. O *stock option* não tem natureza salarial. Não é algo que lhe é dado de graça pelo empregador, que representa um *plus*”.

Caso 2. Computer Associates do Brasil Ltda.

Na ação trabalhista contra a Computer Associates do Brasil Ltda., o Tribunal Regional do Trabalho seguiu o mesmo entendimento adotado primeiramente no julgamento da ação da Microsoft, conforme ilustrado na ementa a seguir: “*STOCK OPTIONS*. INCENTIVO AO EMPREGADO. CARÁTER NÃO SALARIAL. Tratando-se as denominadas *stock options* de incentivo ao empregado no desenvolvimento de seus misteres, condicionado, porém, a regras estabelecidas e não sendo gratuito, visto que sujeito a preço, embora com desconto, tem-se que não guardam tais

opções de compra de ações da empresa caráter salarial. Recurso ordinário obreiro a que se nega provimento, no aspecto” (TRT, 2ª R., rel. Anelia Li Chum, Ac. 20030636234, RO 42364, Proc. 42364-2002-902-02-00, *DOESP*, j. em 5-2-2003).

Percebe-se que o entendimento adotado na ação da Computer Associates apoia-se nos mesmos fundamentos levantados pelo relator Sérgio Pinto Martins da ação da Microsoft: (a) a existência de risco mercantil e (b) a característica de onerosidade do plano.

Recentemente o TST manteve o mesmo entendimento no sentido de que o plano de stock options não tem natureza salarial, vejamos: Ações da empresa

TST não reconhece natureza salarial de stock options A legislação brasileira permite ao empregador colocar à disposição do empregado programa de compra de ações. Porém, essa situação não proporciona ao empregado benefício de ordem salarial. Isso porque em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro. Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial.

Com esse entendimento, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu do recurso do engenheiro.

Fonte: TST

RECAPITULANDO...

- 1. Expectativa de direito:** o plano de *stock options* é uma mera expectativa de direito, já que o empregado pode exercer o seu direito de compra, ou não, somente após o término do período de carência.
- 2. Risco mercantil:** trata-se de uma operação financeira que envolve riscos para o empregado, pois se na ocasião do exercício do direito à compra de ações, o valor das ações estiver menor do que o valor da opção, não haverá qualquer ganho para o empregado.
- 3. Onerosidade:** trata-se de um contrato oneroso, pois o empregado para exercer o seu direito de compra deverá desembolsar o valor da opção.
- 4. Eventualidade:** os ganhos que o empregado pode obter são eventuais, já que dependerá da flutuação do valor das ações no mercado.

OBSERVAÇÃO:

Se o plano não tiver nenhuma dessas características, pode ser considerado como verba de natureza salarial (salário-utilidade).

11. GRATIFICAÇÃO NATALINA (13º SALÁRIO)

Segundo a Lei n. 4.090/62, regulamentada pelo Decreto n. 57.155/65, os empregados têm direito ao pagamento do 13º salário correspondente à remuneração recebida pelo trabalhador em cada mês de dezembro, levando-se em conta todas as parcelas de natureza salarial.

A primeira parcela do 13º salário deverá ser paga até o dia 30 de novembro, tomando-se por base o salário do mês anterior; e a segunda parcela até o dia 20 de dezembro, com base na remuneração recebida pelo trabalhador neste mês, deduzindo-se o valor que já foi pago.

O trabalhador só não fará jus ao 13º salário na rescisão contratual, quando ele for demitido por justa causa. Calcula-se 1/12 por cada mês de serviço prestado ou fração igual ou superior a quinze dias.

12. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Segundo o art. 7º, XXX, da CF, a regra é a isonomia salarial e sob o princípio da igualdade fundou-se o direito fundamental dos trabalhadores à não discriminação de salários.

Valentin Carrion sustenta que “a isonomia salarial se inspira na ‘filosofia da institucionalização da empresa’, porque o empregador não pode preterir um determinado empregado, pagando-lhe salário inferior ao de outro, se ambos exercem as mesmas atividades, já que pelos fins sociais da propriedade o empresário não é senhor absoluto”¹³⁶.

Alice Monteiro de Barros lembra que “sob o prisma internacional, o princípio da isonomia foi inserido pela primeira vez no Tratado de Versalhes, constando da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, mais tarde, da Convenção 100 da OIT, de 1951, que assegurou a igualdade de remuneração para a mão de obra feminina e masculina por um trabalho de igual valor”¹³⁷.

A equiparação salarial pode ser aferida por diversos critérios: **identidade de funções** (art. 461 da CLT), **analogia de funções** (art. 358 da CLT) ou por **equivalência** (art. 460 da CLT).

12.1 Requisitos da equiparação salarial

Segundo Maurício Godinho Delgado: “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, ao mesmo empregador. O empregado comparado é também conhecido como paradigma, paragonado ou equiparando”¹³⁸.

O assunto é regulado pelo art. 461 da CLT e pela Súmula 6 do TST, que contém dez incisos.

O *caput* do art. 461 da CLT sofreu recente alteração pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterando a expressão “*mesma*

localidade” para “mesmo estabelecimento empresarial” conforme disposto a seguir: Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Portanto, a partir da Reforma Trabalhista os requisitos para configuração de equiparação salarial seriam os seguintes: **a)** identidade de funções; **b)** identidade de empregador; **c)** identidade de estabelecimento empresarial; e **d)** simultaneidade no exercício das funções.

Os três primeiros requisitos estão elencados no art. 461 da CLT, contudo o quarto requisito tem sido adotado pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista.

Vamos estudar a seguir cada um dos requisitos configuradores do direito à equiparação salarial por identidade de funções: **a)** *Identidade de funções* Segundo Maurício Godinho Delgado, a identidade de funções afasta “a analogia, similitude, proximidade de funções... É o feixe de tarefas (atribuição singular) que se reúnem em um todo unitário, o qual, para possibilitar equiparação, deve ser idêntico”¹³⁹.

Portanto, para fins de equiparação salarial do art. 461 da CLT, deve ser provada a identidade de funções, critério bem mais rígido de equiparação, pois pressupõe idêntico feixe de tarefas ou atribuições.

CUIDADO:

A lei não exige grau de escolaridade entre os empregados para efeito de equiparação salarial. Portanto, salvo prova de que a maior escolaridade implica maior produtividade e perfeição técnica, não se diferencia o salário se há identidade de função.

Alice Monteiro de Barros¹⁴⁰ explica que os elementos de uma função compreendem seu **objeto e os meios de realização**. A autora exemplifica citando um caso prático do autor Fernando Américo Damasceno: “A

datilógrafa 1 tem como função datilografar ofícios, a datilógrafa 2 tem como função datilografar notas fiscais e a datilógrafa 3 tem como função datilografar guias de recolhimento de tributos mediante colheita de informações em outras unidades administrativas. As três datilógrafas têm o mesmo cargo. Pergunta-se: existe identidade de função?

A **resposta** é: existe identidade de função entre as datilógrafas 1 e 2, pois o objeto é o mesmo, “datilografar”, contudo não há identidade de função com a datilógrafa 3, pois esta, além de datilografar, tinha que colher informações para o seu trabalho.

Alice Monteiro de Barros¹⁴¹ entende que apesar de os cargos de professor serem idênticos, não dá para admitir identidade de função se as disciplinas forem diferentes. Por exemplo, não há identidade de funções entre Professor de Matemática e Professor de Física.

CUIDADO:

Não confundir “função” com “*cargo*”, o importante é averiguar a função exercida pelo empregado, independentemente da denominação do cargo. Essa é a posição do TST baseada no princípio da primazia da realidade: *Súmula 6, inciso III. A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.*

A jurisprudência é pacífica nesse sentido:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação” (TRT-4 – RO: 00200008420175040811, Data de Julgamento: 11-10-2018, 3ª Turma).

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. É devida a equiparação salarial para o empregado que desempenha a mesma função, na mesma localidade, com igual produtividade e perfeição técnica, e diferença de tempo de serviço inferior a dois anos no exercício da função, conforme prevê o artigo 461 da CLT, o que ficou demonstrado nos autos. Recurso da reclamada a que se nega provimento” (TRT-4 – RO: 00206803620165040122, Data de

Julgamento: 21-11-2018, 1ª Turma).

DICA:

A indagação sobre a possibilidade de equiparação salarial de trabalho intelectual foi pacificada pelo TST, vejamos o inciso VII da Súmula 6: *VII – Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos.*

Como visto acima, a equiparação salarial de trabalho intelectual tem algumas peculiaridades: a única forma de prova é *pela perfeição técnica, critério qualitativo, que deverá ter uma aferição objetiva.*

Maurício Godinho Delgado¹⁴² concorda que o exercício de cargo de confiança ou trabalho altamente qualificado não inviabiliza a equiparação salarial e reconhece que tais situações tornam mais difícil a comprovação da identidade funcional.

Alice Monteiro de Barros explica que “quando a prestação de serviços envolve trabalho intelectual, torna-se mais difícil a avaliação da igualdade qualitativa dos trabalhos ensejadora do nivelamento salarial. É que o trabalho intelectual poderá conter fatores insuscetíveis de equiparação, como estilo literário, imaginação, diferenças culturais. No entanto, há outros elementos que são suscetíveis de parâmetro, a exemplo dos trabalhos acadêmicos, cuja perfeição técnica poderá ser aferida”¹⁴³.

Veja nesse sentido a jurisprudência:

Trabalho intelectual dá direito a equiparação salarial A 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou (negou provimento) um agravo de instrumento da T. Celular contra decisão que a condenou ao pagamento de equiparação salarial a uma advogada da empresa.

O direito à equiparação foi reconhecido pela Vara do Trabalho de Salvador. De acordo com a sentença, não havia dúvidas de que a advogada exercia as mesmas atividades do paradigma (empregado tomado como base para o pedido). Ambos trabalhavam no setor jurídico e realizavam audiências. A T., porém, alegava que o trabalho intelectual não seria suscetível de equiparação “dado o grau de subjetividade que lhe é insito, tendo em vista,

por exemplo, o estilo de linguagem, experiências culturais, conhecimentos técnicos”. A jurisprudência do TST, porém, reconhece a possibilidade de equiparação salarial em caso de trabalho intelectual, desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT. A Orientação Jurisprudencial n. 298 da SDI-1 prevê que o trabalho, nesses casos, “seja avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos”. Pelo texto do art. 461 da CLT, “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”. A CLT define como “trabalho de igual valor” aquele que for feito “com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos”. O relator do agravo de instrumento da T., Juiz Convocado Walmir de Oliveira Costa, observou que “a condenação no pedido de equiparação salarial decorreu do exercício judicial valorativo da prova oral e documental produzida. Ao confrontar as atividades simultaneamente prestadas por paradigma e reclamante, ambas advogadas, concluiu o TRT, soberano na avaliação das provas, que se fazem presentes os requisitos legais que autorizam a concessão da pretensão equiparatória, sendo incabível recurso de revista para reexame dessa matéria”. Diante da impossibilidade de revisão de fatos e provas pelo TST, a Turma negou provimento ao agravo (AIRR 219/2000-015-05-00.9, 21-10-2004).

b) *Identidade de empregador* Segundo Maurício Godinho Delgado, “por identidade empresarial entende-se a circunstância de os trabalhadores comparados laborarem para o mesmo empregador”¹⁴⁴.

Quanto à possibilidade de equiparação salarial entre empregados que laborem em empresas do mesmo grupo econômico, a doutrina trabalhista não é unânime a respeito.

Maurício Godinho Delgado entende que, sim, é possível: “Trabalhadores de grupo econômico também podem pleitear equiparação salarial com outro trabalhador que desenvolva suas atividades em outra empresa do mesmo grupo, sendo este o entendimento consagrado pela Súmula 129 do TST”¹⁴⁵.

Alice Monteiro de Barros¹⁴⁶ também entende que é possível equiparação salarial entre empregados do mesmo grupo econômico e cita mais autores que têm a mesma opinião: Octávio Bueno Magano, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

Por outro lado, a autora lembra que outros divergem dessa corrente, ao

fundamento de que a equiparação entre empresas diversas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico, poderia ocasionar uma anarquia nos quadros da empresa, com manifesta violação à liberdade contratual.

Esta segunda corrente argumenta ainda que o art. 2º, § 2º, da CLT dispõe expressamente que o grupo econômico é formado por “empresas distintas” e com “personalidade jurídica própria”, portanto, não haveria que se falar em identidade de empregador.

Essa a jurisprudência do TST sobre o tema:

TST reconhece equiparação salarial no mesmo grupo econômico A existência de trabalhadores ligados a empresas diferentes, mas que integram um mesmo grupo econômico, não impossibilita o reconhecimento do direito à **equiparação salarial**. A possibilidade foi reconhecida pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao afastar (não conhecer) um recurso de revista interposto pela Nextel Telecomunicações Ltda. contra decisão anterior tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro (TRT/RJ).

“Se há grupo econômico e identidade de função, conforme foi constatado pelo Tribunal Regional, não há por que negar o reconhecimento do direito à equiparação salarial, pois as empresas componentes de grupo econômico, para os efeitos das obrigações trabalhistas, constituem empregador único, a teor do art. 2º, § 2º, da CLT”, afirmou o relator do recurso no TST, o Juiz Convocado João Carlos Ribeiro.

A controvérsia judicial teve origem na 48ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, onde um assessor comercial da Telemobile Telecomunicações Ltda. ajuizou reclamação trabalhista. Em seu pedido, o empregado solicitou equiparação salarial em relação a um trabalhador que desempenhava a mesma função, mas com remuneração superior, para a Nextel Telecomunicações – empresa controladora da Telemobile.

O órgão de primeira instância deferiu a equiparação e, após exame de um recurso ordinário da empresa, o TRT/RJ confirmou a sentença. Foi constatado que ambos os trabalhadores atuavam na venda de aparelhos e serviços de *trucking* (telefonia via rádio), mas na Nextel o piso salarial dos assessores comerciais era de R\$ 1.000,00 enquanto o trabalhador da Telemobile recebia R\$ 400,00.

“Provada a identidade de funções, prestando o empregado serviços da mesma natureza e na mesma localidade, não tem relevância o fato de serem empregados de empresas diversas, se evidenciado que pertencem ao mesmo grupo econômico”, sustentou a decisão regional.

Com base nos elementos presentes no acórdão regional, o juiz convocado confirmou a validade da equiparação salarial no caso sob exame. “O aviso prévio do reclamante (empregado da Telemobile) foi assinado pelo gerente comercial da Nextel no Rio de

Janeiro – controladora da Telemobile –, ambas comercializavam o mesmo produto, os critérios de recrutamento eram os mesmos”, revelou João Carlos Ribeiro.

“E, segundo depoimento de um dos empregados – que trabalhou primeiro para a Telemobile e depois para a Nextel –, tomou conhecimento do anúncio de trabalho na Nextel, mas somente depois de contratado percebeu que iria trabalhar para a Telemobile, exercendo o mesmo cargo, mas percebendo remuneração inferior à oferecida pela Nextel”, acrescentou, ao afastar o recurso de revista da empresa (RR 279/99, 2-4-2004) Por fim, a jurisprudência trabalhista entende que há identidade de empregador, mesmo que o empregado tenha sido cedido para outra empresa ou órgão da Administração Pública, desde que o cedido continue vinculado ao seu real empregador cedente. Nesse sentido a Súmula 6, V, do TST: *V – A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante.*

Por exemplo: a Petrobras cede uma secretária para trabalhar na Transpetro. A secretária continua recebendo seus salários pela Petrobras, contudo a Transpetro reembolsa o custo dela para a Petrobras. Logo, é possível a secretária da Transpetro pleitear equiparação salarial com outra secretária cedida pela Petrobras, desde que haja os demais requisitos do art. 461 da CLT.

IMPORTANTE:

O TST vem permitindo o reconhecimento de equiparação salarial para empregados de sociedade de economia mista também, vejam o teor da OJ 353 da SDI-I a esse respeito: **OJ 353 da SDI-I do TST. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 37, XIII, DA CF/1988. POSSIBILIDADE (DJ 14-3-2008).**

À sociedade de economia mista não se aplica a vedação à equiparação prevista no art. 37, XIII, da CF/1988, pois, ao contratar empregados sob o regime da CLT, equipara-se a empregador privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

ATUALIZE-SE:

É possível pleitear **equiparação salarial em cadeia?**

O TST entendia que sim, era possível a equiparação salarial em cadeia, consoante os termos do inciso VI da Súmula 6 a seguir transcrito: VI – Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância

de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) 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.*

Entretanto, a partir de 11-11-2017 o TST deverá revisar seu entendimento jurisprudencial, pois a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) foi expressa no sentido de não permitir equiparação com paradigmas remotos, vejamos a redação do § 5º acrescentado ao art. 461 da CLT: *Art. 461 (...)*

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

Segue, contudo, vigente o entendimento de parte do inciso VI da Súmula 6 do TST quanto à desnecessidade de autor e paradigma estarem em atividade à época do ajuizamento da ação trabalhista.

c) *Identidade de estabelecimento empresarial* Na redação anterior do *caput* do art. 461 da CLT exigia-se a identidade de localidade.

A própria doutrina trabalhista apresentava alguns critérios para definir o conceito de mesma localidade, tais como: 1) critério geofísico (*lugar onde o empregado presta serviço*); 2) critério econômico (regiões com o mesmo padrão de custo de vida); e 3) critério político-administrativo (divisão por município ou região metropolitana).

O critério dominante na jurisprudência era o político-administrativo, conforme prevê a Súmula 6, inciso X, do TST: *X – O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo Município, ou a Municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.*

Entretanto, a redação do caput do art. 461 foi alterada pela Reforma Trabalhista e a partir de 11-11-2017 o critério passou a ser “mesmo estabelecimento empresarial”.

Maurício Godinho Delgado¹⁴⁷ aponta que a nova expressão é mais restritiva: “Naturalmente que, em sua literalidade, o estabelecimento empresarial é expressão muito mais restrita do que localidade (esta, inclusive, já havia sido pacificamente interpretada como âmbito municipal e, em certos contextos sociogeográficos, até mesmo ‘âmbito metropolitano’). Contudo, ficando evidenciada a efetiva similitude de condições entre os estabelecimentos situados no mesmo âmbito municipal, é possível, sim, manter-se o sentido antidiscriminatório mais amplo (âmbito municipal, pelo menos), que melhor atende o espírito constitucional de 1988”.

Homero Batista Mateus da Silva¹⁴⁸ sustenta que a expressão representa apenas um parâmetro básico para início da discussão jurisprudência, vejamos seu entendimento: “Considerando-se que a palavra estabelecimento tem sua acepção ligada, no direito comercial, ao ponto comercial ou aviamento, entendemos que o legislador quis dizer filial, sucursal ou agência. Certamente haverá pressão dos advogados e dos empregados para que a expressão não seja encarada de modo restritivo, sob pena de inviabilidade de toda e qualquer equiparação salarial. Bastaria que o empregador mantivesse um único empregado de cada função em cada filial; o TST já deu pistas de que lida com o conceito de presunção relativa, podendo o empregado fazer prova de que duas filiais tinham realidades iguais ou, ao revés, o empregador pode tentar fazer prova de

que na mesma filial havia setores com realidades bem diferentes. Assim sendo, a expressão estabelecimento representaria apenas um parâmetro básico para o início da discussão sobre o local em que trabalhava o paradigma”.

Durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) foi apresentado o seguinte enunciado:

12.2 Equiparação salarial (...)

2. Entende-se por estabelecimento, para fins do artigo 461 da CLT, o “complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária”, nos termos do art. 1.142 do Código Civil. (Enunciado n. 4 da Comissão 2)

d) Simultaneidade no exercício das funções Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁴⁹, deve haver coincidência temporal no exercício das mesmas funções, ainda que por curto período, devendo assumir ainda caráter de permanência e não meramente eventual. Portanto, se o empregado passar a exercer a função após a demissão do paradigma, não há contemporaneidade no exercício das funções para ensejar equiparação salarial.

A respeito da simultaneidade do exercício funcional, estabelece o item IV da Súmula 6 do TST: *IV – É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.*

Maurício Godinho Delgado¹⁵⁰ explica que coincidência temporal inferior a trinta dias não tem o condão de caracterizar o requisito da simultaneidade, tal entendimento decorre do fato de que este lapso temporal já é exigido para a diferenciação das meramente eventuais (art. 450 da CLT e Súmula 159 do TST).

Veja decisão do TST neste sentido:

Equiparação salarial não é devida em caso de substituição Não há previsão legal de pagamento do mesmo salário quando um trabalhador é promovido para substituir outro que foi demitido. Com este fundamento, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em processo relatado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, manteve decisão da Justiça do Trabalho da 4ª Região (RS) que negou pedido de equiparação salarial a uma empregada da empresa de laticínios M. Alimentos Ltda.

Contratada em 1998 como auxiliar de fábrica, a trabalhadora exerceu outras funções até sua demissão, ocorrida em 2002. A empregada ajuizou então reclamação na Vara do Trabalho de Viamão (RS), alegando ter sido promovida à função de supervisora de laticínios/acabamento sem, porém, receber remuneração equivalente à empregada que a antecedeu na função.

A Vara do Trabalho de Viamão negou a equiparação pretendida. A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), ao verificar que a auxiliar foi promovida justamente devido à dispensa da supervisora apresentada como paradigma, para substituí-la. O Regional considerou não ter sido preenchido um dos requisitos para a equiparação salarial, que é a simultaneidade na prestação de serviços entre o paradigma e o trabalhador que requer equiparação. Nessa circunstância, considerou não haver o direito a receber o mesmo salário da empregada dispensada.

Ao recorrer, a trabalhadora insistiu no direito às diferenças, pois preenchia o requisito necessário à equiparação: desempenho da mesma função do paradigma com diferença de tempo de serviço não superior a dois anos, conforme o art. 461, § 1º, da CLT.

O Ministro Ives Gandra observou que a tese do TRT da necessidade de simultaneidade no exercício das funções “traduz interpretação razoável da legislação apontada como violada”. O art. 461, § 1º, da CLT “não endossa ou rejeita a tese da simultaneidade. Não havendo quadro de carreira na empresa, não há obrigação legal de pagamento do mesmo salário para o substituto que sucede o empregado dispensado”, concluiu (RR 673/2004-411-04-00.6).

ATUALIZE-SE:

A Lei n. 13.467/2017 acrescentou o § 6º ao art. 461 da CLT com a seguinte redação: *§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.*

A propósito, considerada a data de publicação da Lei n. 13.467/2017

(13-7-2017), essa multa alcançaria o montante de R\$ 2.765,65 (R\$ 5.531,31 : 2 = R\$ 2.765,65).

12.3 Excludentes da equiparação salarial

Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁵¹, outros fatos podem inviabilizar o reconhecimento da equiparação salarial, ainda que se verifiquem os elementos constitutivos acima. Trata-se dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos na forma do art. 818 da CLT combinado com o art. 333 do antigo CPC, 473 do novo CPC.

A Súmula 6, n. VIII, do TST estabelece:

VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

As excludentes de equiparação salarial são:

a) trabalho de igual valor; b) tempo na função não superior a dois anos e tempo de serviço na empresa não superior a quatro anos; c) existência de quadro de carreira; e d) paradigma readaptado pelo INSS.

A seguir, estudaremos cada uma das excludentes legais, em conformidade com as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista: **a) *Tempo na função não superior a dois anos e tempo de serviço na empresa não superior a quatro anos;***

Segundo a redação antiga do art. 461, § 1º, da CLT, *trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.*

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterou a redação art. 461, § 1º, da CLT e acrescentou o seguinte trecho: “*não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos*”.

A diferença de tempo na função entre os trabalhadores equiparados não pode ser superior a dois anos e agora a partir da Reforma Trabalhista também não poderá ser superior a quatro anos de tempo de serviço na

empresa.

Portanto, não serve mais como paradigma todo e qualquer colega contratado mais de quatro anos após a admissão do autor, pela nova regra de senioridade introduzida pela Reforma Trabalhista.

O TST deverá revisar a sua jurisprudência sedimentada na Súmula 6, II, a seguir transcrita: *II – Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.*

Homero Batista de Mateus da Silva¹⁵² explica tal mudança legislativa na prática empresarial: “agora, a reforma introduz um novo elemento de presunção absoluta: afora o tempo na função, o paradigma também desfruta de presunção absoluta de melhor destreza se tiver mais do que quatro anos de contrato de trabalho com o empregador. Não se trata de habilidade na função específica, mas da soma dos conhecimentos acumulados no convívio com a empresa, clientes, fornecedores e colegas de trabalho”.

Por fim, durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) foi apresentado o seguinte enunciado:

12.4 Equiparação salarial

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. RESTRIÇÕES RELACIONADAS AO TEMPO DE SERVIÇO NA FUNÇÃO E AO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO TRABALHO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. RESTRIÇÕES RELACIONADAS AO TEMPO DE SERVIÇO NA EMPRESA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O art. 461 da CLT, ao vedar a equiparação salarial para empregados com diferença de mais de quatro anos de tempo de serviço na empresa, é contrário ao princípio da isonomia constante do art. 5º, caput e 7º, XXX, da Constituição Federal.

PEGADINHA:

O tempo na função de dois anos pode ser contado de forma descontínua? A maior parte da doutrina trabalhista entende que sim. Portanto, a soma dos períodos descontínuos deverá ser contada para efeitos de excludente

de equiparação salarial.

Por fim, veja jurisprudência nesse sentido:

“Equiparação salarial pode basear-se em períodos descontínuos Para o cálculo de equiparação salarial, é admitida a soma de períodos descontínuos no exercício de determinada função. A decisão, com base na Súmula 135 do TST, foi da 5ª Turma do TST em favor de um ex-empregado da São Paulo A. A decisão seguiu o voto do relator, Ministro Rider de Brito, que conheceu do recurso de revista do trabalhador e determinou à empresa o pagamento das diferenças salariais e reflexos decorrentes da equiparação salarial.

O trabalhador foi contratado pela empresa em outubro de 1990 e dispensado em julho de 1995, quando exercia a função de operador de grupo pré-fabricado. Em fevereiro de 1996, foi recontratado pela indústria para a mesma função, recebendo, no entanto, cerca de 30% a menos que na primeira contratação. O valor era menor, inclusive, que o salário recebido por um colega que exercia a mesma função (paradigma).

A primeira instância acolheu a argumentação do empregado de que a diferença contraria o art. 461 da CLT e determinou o pagamento das diferenças salariais e de seus reflexos legais (FGTS, aviso prévio, férias, gratificação natalina, entre outros) ao trabalhador. O dispositivo da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que ‘sendo idêntica a função e trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade’.

A empresa recorreu ao TRT da 15ª Região, em Campinas (SP), sob a alegação de que a colega contava com maior tempo de serviço na empresa (dois anos e nove meses) e que os dois contratos seriam absolutamente independentes. Assim, como recém-contratado, o trabalhador deveria receber o salário de iniciante e não o mesmo que a colega de trabalho. A argumentação foi aceita pelo TRT, que reformou a decisão da primeira instância em favor da empresa, excluindo da condenação as diferenças salariais e reflexos decorrentes da equiparação salarial. O TRT entendeu não ser possível a soma dos períodos descontínuos de trabalho do empregado.

No recurso do empregado ao TST, a 5ª Turma restabeleceu a decisão da primeira instância, já que, apesar das razões apresentadas pelo empregador, o trabalhador foi admitido para a mesma função na qual havia trabalhado. De acordo com a Súmula 135 do TST, para fins de equiparação salarial, conta-se o tempo de serviço na função (operador de grupo pré-fabricado) e não no emprego (último contrato celebrado).

A Turma entendeu, por unanimidade, ser ‘legítima a soma de períodos descontínuos de trabalho na função, para efeito de equiparação de salário’. O acórdão citou ainda o art. 453 da CLT segundo o qual, ‘no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo falta grave, indenização legal ou aposentadoria’” (RR 713.095/2000).

b) *Trabalho de igual valor* O trabalho de igual valor é aquele que tem a mesma perfeição técnica e produtividade.

Diferença de perfeição técnica: critério qualitativo que representa a qualidade na prestação do trabalho (art. 461, § 1º, da CLT).

Maurício Godinho Delgado explica que “na perfeição técnica a ordem jurídica estabeleceu *diferencial essencialmente qualitativo* na aferição do trabalho comparado, já na produtividade o diferencial é *quantitativo*. *A perfeição técnica é a superior qualidade na concretização laborativa efetuada pelo paradigma*”¹⁵³.

José Luiz Ferreira Prunes¹⁵⁴ conclui que a lei, para conferir a isonomia salarial, exige, entre outras qualidades do empregado que pretende auferir os mesmos salários de outro, que os trabalhos se desenvolvam no mesmo nível técnico, ou seja, o equiparando deve ter a mesma habilidade, jeito, maneira e qualidades do paradigma.

Fernando Américo Veiga Damasceno¹⁵⁵ entende que há a mesma perfeição técnica quando dois empregados desempenham suas funções com o mesmo conjunto positivo de qualidades e negativo de defeitos.

Alice Monteiro de Barros¹⁵⁶ afirma que para ocorrer a incidência da regra consubstanciada no art. 461 da CLT, a maior formação teórica ou maior potencialidade do paradigma é irrelevante, quando não sobressaiu em sua atividade, tampouco foi revertida em favor do credor do trabalho.

Maurício Godinho Delgado concorda com a autora e argumenta: “Normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio profissionais do trabalhador comparado agregam reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa... nesse quadro, a produtividade do paradigma pode medir-se por critério mais abrangente que a estrita quantidade de labor efetivada diretamente por ele”¹⁵⁷.

Diferença de produtividade: critério quantitativo que representa o índice de intensidade de trabalho em determinado tempo.

Preliminarmente, José Augusto Rodrigues Pinto distingue os conceitos de produtividade e produção: “A primeira é a capacidade de produzir e a última é o resultado quantitativo do trabalho prestado”¹⁵⁸.

Para Alice Monteiro de Barros¹⁵⁹, a lei fala em produtividade, ou seja, resultado da capacidade de produzir, e não em produção, que é o ato de produzir. Entende, assim, em face da distinção entre os dois termos, que a assiduidade ou pontualidade do empregado não poderá ser vista como fator de produtividade desigual, podendo configurar um comportamento desidioso, passível de punição disciplinar.

Fernando Américo Veiga Damasceno¹⁶⁰ defende que na aferição da identidade produtiva é necessário relacionar a faculdade de produzir com a quantidade efetivamente produzida. Isto porque o empregado pode ter maiores possibilidades produtivas que outro, mas não usá-las em prol da empresa, sem crescer, portanto, vantagem ao empregador.

Fabíola Marques¹⁶¹ argumenta que, para efeitos de equiparação salarial, o que importa é a produção efetiva do empregado, supondo-se inalterados os fatores objetivos de produção, levando-se em conta, contudo, as circunstâncias que possam influir no resultado quantitativo do trabalho do empregado.

PEGADINHA:

Em caso de profissões que exigem habilitação técnica, a falta dela impede o pedido de equiparação salarial, portanto, o empregado não pode alegar que o trabalho era de igual valor.

Veja a OJ 296 da SDI-I do TST:

OJ 296. Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem, impossível a equiparação salarial do simples atendente com o auxiliar de enfermagem.

A seguir decisão sobre equiparação salarial entre auxiliar e técnico de enfermagem e inaplicabilidade, neste caso, da OJ 296 da SDI-I do TST:

SDI-1 autoriza equiparação salarial entre auxiliar e técnico de enfermagem A Seção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho admitiu a possibilidade de equiparação salarial entre auxiliar e técnico de enfermagem que exerciam funções idênticas para o mesmo empregador. Por unanimidade, o colegiado acompanhou voto de autoria do Ministro Lelio Bentes Corrêa no recurso de embargos de ex-empregada do Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A.

Conforme explicou o relator, a Lei n. 7.498/86, que regulamenta o exercício da enfermagem, estabelece que as atividades de auxiliar e técnico só podem ser exercidas por pessoas com qualificação específica, legalmente habilitadas, e com registro no Conselho Regional de Enfermagem. Além do mais, as atividades exercidas por esses dois tipos de profissionais, de nível médio, diferem apenas quanto ao grau de habilitação e detalhamento das atividades.

Portanto, segundo o Ministro Lelio Bentes, na medida em que o Tribunal do Trabalho gaúcho (4ª Região) reconheceu que inexistia diferença entre as tarefas desempenhadas pela auxiliar e paradigma técnica, nem havia maior produtividade ou perfeição técnica no trabalho da modelo em relação à auxiliar, era impossível negar a equiparação salarial.

A 2ª Turma do TST tinha negado provimento ao recurso de revista do Hospital e restabelecido a sentença que julgara improcedente o pedido de equiparação salarial entre auxiliar e técnico de enfermagem, por entender que a Lei n. 7.498/86 exige certificados de habilitações distintos para o exercício das profissões de auxiliar e técnico de enfermagem.

Assim, com base na OJ 296 da SDI-1, que se refere à impossibilidade de equiparação salarial entre atendente e auxiliar de enfermagem, a Turma concluiu que a mesma lógica deveria ser aplicada ao pedido da trabalhadora para a concessão de equiparação entre auxiliar e técnico de enfermagem.

Contudo, o Ministro Lelio Bentes ressaltou que o caso não era de aplicação da OJ 296, porque tanto o auxiliar quanto o técnico de enfermagem possuem habilitação técnica, diferentemente de um simples atendente, objeto da Orientação Jurisprudencial. Para o ministro, a questão deve ser analisada sob o enfoque da Súmula 6 do TST e do art. 461 da CLT, que dispõem sobre possibilidade de equiparação salarial em caso de trabalho igual (RR-8971600-95.2003.5.04.0900, de 13-4-2010).

c) *Existência de quadro de carreira* A existência de quadro de carreira com critérios de antiguidade e merecimento excluía o direito à equiparação salarial, com base na antiga redação dos §§ 2º e 3º do art. 461

da CLT: *Art. 461. (...)*

*§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de **antiguidade e merecimento**.*

§ 3º No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

A Lei n. 13.467/2017 alterou a redação dos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT:
§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um dos critérios, dentro de cada categoria profissional.

Pelo texto legal recém promulgado (art. 461, § 2º), esse quadro de carreira não precisa mais ser homologado ou registrado em órgão público, inclusive o Ministério do Trabalho: “(...) *dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público*”, diz o atual texto legal.

O item I da Súmula 6 do TST determina que o quadro de carreira deve ser homologado pelo Ministério do Trabalho, com exceção das *entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional*. Vejamos: *I – Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente.*

Após a Reforma Trabalhista deverá ser afastada, pois, em princípio, a exigência formal contida na Súmula 6, I, do TST.

Além disso, a Reforma Trabalhista permitiu que o plano de cargos e

salários elaborado por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva também fosse considerado como excludente legal para fins de equiparação salarial.

Ressalte-se que a Reforma Trabalhista permitiu que as promoções do quadro de carreira ou plano de cargos e salários fossem elaboradas com base em critério único: antiguidade ou merecimento.

A jurisprudência trabalhista era contrária a este entendimento, neste sentido a OJ 418 da SDI-I do TST, que deverá ser modulada.

Maurício Godinho Delgado¹⁶² critica o excesso de desregulamentação e flexibilização desta excludente legal: *“Ora, o conjunto acentuado de desregulamentações e flexibilizações efetivadas pela Lei n. 13.467/2017 nesse campo temático – fato impeditivo do quadro de carreira ou do plano de cargos e salários quanto à equiparação salarial – pode comprometer o objetivo da regra jurídica, isto é, a aptidão para erigir real fato impeditivo do pleito antidiscriminatório brandido por intermédio da equiparação de salários”*.

DICA:

Em caso de quadro de carreira aceito como excludente legal, compete à Justiça do Trabalho apreciar a reclamação fundada somente nos seguintes pedidos: *preterição, enquadramento ou reclassificação*.

A existência do quadro não inviabiliza que o trabalhador pleiteie junto à Justiça do Trabalho sua correta observância (Súmula 19 do TST), ou, ainda, pretenda seu reenquadramento ou reclassificação (Súmula 127 do TST).

A jurisprudência em casos de quadro de carreira da Administração Pública tem entendido que o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, somente às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio tenha se iniciado antes da vigência da Constituição Federal de 1988 (OJ 125 da SDI-I do TST).

d) Paradigma em readaptação funcional É excludente da equiparação salarial o fato de o paradigma ou arquétipo ser um empregado readaptado em nova função, nos termos do art. 461, § 4º, da CLT: *Art. 461. (...)*

§ 4º O trabalhador readaptado em nova função, por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social, não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

A explicação é óbvia: em se tratando de empregado readaptado, sua remuneração está vinculada à função anterior, e não àquela que passa a exercer. O empregador não pode reduzir-lhe os salários, pois isso afrontaria o princípio da irredutibilidade salarial. Portanto, a maior remuneração do empregado readaptado é vantagem de caráter personalíssimo, excluída do âmbito da isonomia salarial.

Maurício Godinho Delgado explica que “trabalhador readaptado é excluído como modelo, permitindo-se que o trabalhador readaptado possa ter salário maior do que seus colegas que desenvolvem a mesma função, aqui, tem-se perfeitamente aplicada a proteção da irredutibilidade salarial”¹⁶³.

Fabíola Marques entende que “efetivamente os motivos da legislação são de ordem nitidamente social, protegendo a mencionada exceção o empregado readaptado, a quem é garantido o direito de reintegrar-se à vida social e econômica, inclusive pela prestação continuada de serviços à empregadora, em novas atividades e em tarefas compatíveis com suas condições físicas e mentais, com os mesmos salários que percebia antes do infortúnio sofrido”¹⁶⁴.

Nesse sentido a jurisprudência:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. INDEVIDA. EXCEÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 461 DA CLT. O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental não serve de paradigma para fins de equiparação salarial. Não se pode punir a reclamada que praticou ato louvável ao readaptar funcionário portador de doença ocupacional em outra função, cumprindo o princípio da irredutibilidade salarial, mesmo que esta mudança não tenha passado por procedimento perante o INSS (TRT, 15ª R.,

12.5 Equiparação salarial entre brasileiro e estrangeiro

Já abordamos a equiparação salarial por identidade aplicável a pedidos de equiparação entre brasileiros prevista no art. 461 da CLT.

A seguir, vamos estudar a equiparação salarial entre brasileiro e estrangeiro e a polêmica da validade do critério da analogia previsto no art. 358 da CLT.

PERGUNTA-SE

- 1) Empregado brasileiro tem direito ao mesmo salário de colega estrangeiro quando ambos desempenham as mesmas funções dentro da mesma empresa?
- 2) Qual seria o critério de equiparação: identidade ou analogia?

A CLT possui um capítulo específico para regulamentar a proteção ao trabalho do estrangeiro intitulado “Da Nacionalização do Trabalho” com os arts. 352 a 358.

1) O ar. 358 estabelece, como regra geral, que o empregador não pode pagar a *brasileiro que exerça função análoga à que é exercida por estrangeiro salário inferior ao deste*.

Vejamos a redação na íntegra do referido artigo:

*Art. 358. 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:*

- a) quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreiras, o brasileiro contar menos de 2 (dois) anos de serviço e o estrangeiro mais de 2 (dois) anos;*
- b) quando mediante aprovação do trabalho, houver quadro em carreira em que seja garantido o acaso 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.*

Logo, as excludentes da equiparação do art. 358 são quase as mesmas das previstas no art. 461 da CLT, com exceção do trabalho de igual valor (mesma perfeição técnica e produtividade) e empregado readaptado.

PEGADINHA:

A CLT abandona o conceito de “produtividade” do art. 461 da CLT, adotando o de “produção”.

Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5º: *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: (...)*

A partir de 1988, a doutrina trabalhista e a jurisprudência se dividiram em duas correntes: 2) A **primeira vertente** defende que o Capítulo II do Título III da CLT, que trata da “Nacionalização do trabalho”, estaria **prejudicado** pelo art. 5º da Carta Magna. Logo, o critério a ser adotado para a equiparação salarial entre brasileiro e estrangeiro é o da identidade, previsto no art. 461. Nesse sentido, temos os autores Maurício Godinho Delgado, Alice Monteiro de Barros, Sérgio Pinto Martins, Valentin Carrion, dentre outros.

A **segunda vertente** defende que o referido capítulo não estaria prejudicado, portanto o critério a ser adotado para a equiparação salarial entre brasileiro e estrangeiro é o de analogia, previsto no art. 358, e não o de identidade, previsto no art. 461. O fundamento está em que o art. 358 adota critério mais brando para proteger a mão de obra nacional do trabalho estrangeiro, portanto tratar-se-ia de uma discriminação positiva. Logo, o objetivo da norma não foi trazer prejuízo ao direito do empregado estrangeiro, mas proteger o direito do empregado brasileiro.

Assim a jurisprudência do TST:

Brasileiro consegue equiparação salarial com colega estrangeiro Trabalhador brasileiro

tem direito ao mesmo salário que seu colega estrangeiro quando ambos desempenham as mesmas funções dentro da mesma empresa. A decisão é da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. O pedido de equiparação salarial foi negado pela primeira e segunda instâncias e atendido pela Turma. A informação é do *site* do TST.

A Turma julgou aplicável ao caso dispositivo da CLT. O art. 358 estabelece, como regra geral, que o empregador não pode pagar a “brasileiro que exerça função análoga à que é exercida por estrangeiro salário inferior ao deste”.

Para o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), o artigo estaria revogado em face do que estabelece a Constituição: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se igualdade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O relator do recurso no TST, Ministro Gelson de Azevedo, entendeu que “a igualdade preconizada no mencionado dispositivo constitucional não afasta, antes confirma, a aplicação da disposição contida no art. 358 da CLT, nos termos da qual é assegurada a igualdade de salários entre brasileiros e estrangeiros quando no exercício de funções análogas”.

A 5ª Turma do TST condenou a empresa ao pagamento de diferenças decorrentes de equiparação salarial (RR 443696/1998, Revista *Consultor Jurídico*, de 21-2-2005).

Advogada brasileira garante no TST equiparação com profissional estrangeiro A 2ª Turma do TST manteve o direito da advogada L. H. S. R., ex-diretora jurídica da C., de equiparação salarial a dirigente estrangeiro que exercia a mesma função.

A empresa pertence ao grupo espanhol Endesa, e a decisão confirma o julgamento do TRT da 7ª Região (Ceará), que equiparou o salário da ex-diretora ao de gerente de auditoria. A decisão se baseia no art. 358 da CLT, que garante que nenhuma empresa no país poderá pagar *a brasileiro que exerça função análoga (...) à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste*.

A questão é nova no TST, como lembrou o Ministro José Simpliciano, relator do processo, durante o julgamento da 2ª Turma. De acordo com ele, é “um caso raro, resultado da globalização do emprego e das privatizações de empresas públicas brasileiras”.

Em sua defesa, a C. alegou que a decisão do TRT/CE, agora confirmada no TST, levou em conta para a equiparação do salário da ex-diretora apenas o fato das duas funções – a dela e a do estrangeiro – serem subordinadas à presidência da empresa, o que as colocaria, de acordo com o Tribunal Regional, no mesmo nível hierárquico.

No entanto, o relator defende que o art. 358 *é mais brando* na exigência de critérios para configurar a similaridade de funções, por tratar de brasileiros e estrangeiros. Estaria de fora, por exemplo, a necessidade de comprovação de igualdade de trabalho e produção, como acontece em outras situações.

Sentença proferida na 1ª Vara do Trabalho de Fortaleza (CE) havia garantido à ex-diretora jurídica a equiparação salarial a gerentes e diretores estrangeiros da C. O TRT/CE negou a

comparação aos salários dos diretores, por serem funções diferentes, e manteve apenas ao do gerente de auditoria, pois estaria também subordinado diretamente à presidência da empresa.

Atuam em nome da advogada autora da reclamatória os seus colegas Denise Arantes Santos Vasconcelos e Roberto de Figueiredo Caldas. O acórdão ainda não está publicado (RR 1006/2003-001-07-00.3, com informações do TST e da redação do *Espaço Vital*, de 29-6-2009).

12.6 Equiparação por equivalência

Como já visto aqui, a equiparação pode ser efetuada por três critérios: identidade, analogia e equivalência. Pois bem, agora iremos estudar a equiparação por equivalência.

O art. 460 da CLT dispõe:

Art. 460. Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para o serviço semelhante.

Para a caracterização da equivalência salarial é mister que não haja sido estipulado salário ou não exista prova sobre a importância ajustada, ocasião em que o salário deva ser pago em razão do serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago por serviço semelhante. É o que ocorre quando o ajuste das condições de trabalho é tácito, em que há a prestação dos serviços do empregado, sem oposição do empregador, mas nada foi contratado expressamente.

Logo, embora o art. 460 preveja duas situações diferentes (falta de estipulação de salário e ausência de prova da importância ajustada), a CLT atribui a ambas a mesma consequência, ou seja, o juiz deve fixar o salário do empregado, considerando o salário pago, na mesma empresa, por trabalho equivalente, ou o salário pago, em outra empresa, por serviço semelhante.

Alguns doutrinadores criticam o entendimento de que o procedimento adotado no art. 460 da CLT seja típico de uma forma de equiparação

salarial diferenciada: a equivalência: Fabíola Marques explica que “a equiparação salarial não se confunde com a equivalência salarial porque a equiparação tem o sentido de igualdade, enquanto a equivalência significa a igualdade de valor entre duas situações distintas. A solução prevista no art. 460 é supletiva, no sentido de que basta a existência de ajuste expreso sobre o valor salarial e a existência da referida prova escrita para afastar a denominada equivalência com outro trabalhador. O art. 460 da CLT não exige as identidades previstas no art. 461 do mesmo diploma legal, gerando o artificialismo de equivalência entre situações desiguais”¹⁶⁵.

Mozart Victor Russomano sustenta que “na verdade, nem sequer se pode o art. 460 da CLT apoiar no princípio de que o trabalho igual pressupõe salário igual. Melhor fora, pois, nesses casos de omissão contratual, remetesse a tese para o âmbito do art. 461: ‘determinasse a equiparação salarial’ ou então ‘não sendo ela possível, autorizasse o arbitramento, que seria mais realista, quer fosse feito pelo próprio juiz, em face da prova, quer fosse estipulada por árbitros, em liquidação de sentença”¹⁶⁶.

RECAPITULANDO...

Equiparação salarial	Respostas	Fundamento legal ou jurisprudencial
Quais são os critérios de equiparação salarial?	<p>Critérios:</p> <p>1. analogia (não pode haver distinção no pagamento de salário entre empregado estrangeiro e brasileiro com funções análogas)</p>	1. Art. 358 da CLT: analogia
	<p>2. equivalência (garantia de salário igual àquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou ao que for habitualmente pago para serviço semelhante, independentemente da indicação de paradigma)</p>	2. Art. 460 da CLT: equivalência e
	<p>3. identidade de funções (entre brasileiros – regra geral)</p>	3. Art. 461,

		CLT: identidade
Requisitos para configuração da equiparação salarial por identidade (art. 461 da CLT)	1. identidade de função 2. identidade de empregador 3. identidade de localidade 4. simultaneidade no exercício das funções	Art. 461 da CLT e Súmula 6, incisos
Excludentes	1. trabalho de igual valor 2. tempo na função não superior a 2 anos 3. existência de quadro de carreira e 4. paradigma readaptado pelo INSS	Art. 461 da CLT e Súmula 6, incisos
Identidade de função ou de cargo?	Identidade de função.	Súmula 6, inciso III
Há identidade de empregador entre empresas do mesmo grupo econômico?	Controverso, parte da doutrina trabalhista entende que sim, uma vez que defende que o grupo econômico é empregador único.	Não há previsão legal nem súmula a respeito. Veja decisões jurisprudenciais
Qual é o critério adotado para provar identidade de localidade?	Critério político-administrativo: mesmo município ou região metropolitana.	Súmula 6, inciso X
Diferença de tempo de	Conta-se o tempo na função, ainda que descontínuos.	Súmula 6, inciso II

serviço de 2 anos na função ou no emprego?		
Algum requisito formal para o plano de carreira ser excludente legal?	Sim, deve ser homologado pelo MTE, salvo o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional.	Súmula 6, inciso I
É obrigatório o paradigma ser empregado da empresa quando o reclamante ajuíza ação trabalhista?	Não, o paradigma pode não trabalhar mais na empresa, desde que o pedido de equiparação salarial seja relacionado a situação pretérita.	Súmula 6, inciso IV
É possível equiparação de trabalho intelectual?	Sim, desde que avaliado por sua perfeição técnica que deverá ter requisitos objetivos.	Súmula 6, inciso VII
A cessão de empregados exclui o direito a equiparação salarial?	Não, há identidade de empregador, mesmo em caso de cessão de empregado a órgão governamental estranho à cedente.	Súmula 6, inciso V
É possível equiparação salarial em cadeia?	Sim, é possível equiparação salarial em cadeia, salvo se 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	Nova redação do inciso VI da Súmula 6

serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.	
--	--

13. ADICIONAIS LEGAIS: PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

A CF, em seu art. 225, estabelece que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Segundo Raimundo Simão de Melo, “o mais fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos humanos. Mas esse direito, conforme assegura a nossa Constituição Federal no art. 225, requer vida com qualidade e para que o trabalhador tenha vida com qualidade é necessário que se assegurem os seus pilares básicos: trabalho decente e em condições seguras e salubres”¹⁶⁷.

Alice Monteiro de Barros faz importante observação a respeito: “É muito criticada a solução adotada pelo Brasil de compensar com remuneração *adicional* (monetização do risco) o trabalho em condições insalubres, perigosas ou danosas. Afirma-se que o procedimento implica venda da saúde do trabalhador e sugere-se a redução da jornada com maior período de descanso”¹⁶⁸.

Feita esta observação, vamos analisar a seguir os adicionais de periculosidade e insalubridade.

13.1 Adicional de periculosidade

Segundo o art. 7º, XXIII, todos os empregados têm direito ao adicional de periculosidade:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

- 1) No período anterior a 2012, quando era devido o adicional de periculosidade?
- 2) A partir de 2012, com a edição da Lei n. 12.740/2012 e da Lei n. 12.997/2014, em que hipóteses legais passou a ser devido o adicional de periculosidade?
- 3) Empregado que opera bomba de gasolina tem direito ao adicional de periculosidade?
- 4) É possível acumular o pagamento de adicional de periculosidade e insalubridade?
- 5) Qual é o valor devido do adicional de periculosidade? Qual sua base de cálculo? É proporcional ao tempo de exposição?
- 6) O adicional de periculosidade pode ser pago proporcionalmente ao tempo de exposição?

1) Inicialmente, é necessário esclarecer que, no período anterior a 2012, somente era possível o reconhecimento do direito ao adicional de periculosidade em três situações jurídicas descritas abaixo:

Adicional de periculosidade	Fundamento legal
1. Inflamáveis e explosivos	Art. 193, I, da CLT
2. Contato com energia elétrica	Lei n. 7.369/85 e o Decreto n. 93.416/86
3. Exposição a radiação ionizante ou a substância radioativa	Portarias n. 3.393/87 e n. 518/2003 do MTE e OJ 345 da SDI-I do TST

IMPORTANTE:

As Portarias n. 3.393/87 e n. 518/2003, editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, preveem o direito ao adicional de periculosidade por exposição à radiação ionizante e substâncias radioativas.

O TST, por meio da OJ 345 da SDI-I, manteve o reconhecimento do direito dos trabalhadores que têm contato com radiação ionizante e substâncias radioativas ao adicional de periculosidade. Vejamos: *OJ 345. A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho n. 3.393, de 17-12-1987, e n. 518, de 7-4-2003), ao reputar perigosa a atividade,*

reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, caput e inciso VI, da CLT. No período de 12-12-2002 a 6-4-2003, enquanto vigeu a Portaria n. 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

2) A partir de 2012, o art. 193 da CLT que regulamenta o adicional de periculosidade teve sua redação alterada pelas Leis n. 12.740/2012 e n. 12.997/2014. Vejamos a nova redação a seguir: Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei n. 12.740, de 2012)

I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012)

II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012)

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei n. 6.514, de 22-12-1977)

§ 2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei n. 6.514, de 22-12-1977)

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo. (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012) § 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei n. 12.997, de 2014).

Logo, a partir de 2012, com as alterações trazidas pelas Leis n. 12.740/2012 e n. 12.997/2014, o adicional de periculosidade passou a ser reconhecido em 5 situações distintas descritas abaixo:

Adicional de periculosidade	Fundamento legal
1. Inflamáveis e explosivos	Art. 193, I, da CLT
2. Contato com energia elétrica	Art. 193, I, da CLT (a Lei n. 7.369/85 e o Decreto n.

	93.416/86 foram revogados pela Lei n. 12.740/2012)
3. Exposição a radiação ionizante ou a substância radioativa	Portarias n. 3.393/87 e n. 518/2003 do MTE e OJ 345 da SDI-I do TST
4. Roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial	Art. 193, II, da CLT (incluído pela Lei n. 12.740/2012)
5. Trabalho em motocicletas	Art. 193, § 4º, da CLT

Vamos estudar a seguir as novidades trazidas pelas Leis n. 12.740/2012 e n. 12.997/2014: Em 2012, foi sancionada a Lei n. 12.740 que incluiu como nova atividade perigosa aquela empreendida por profissionais de segurança patrimonial e vigilância.

Além disso, a Lei n. 12.740/2012 revogou a Lei n. 7.369/85 que regulamentava o direito ao adicional de periculosidade aos empregados que exerciam atividades em condições de periculosidade no setor de energia elétrica. Contudo, esses empregados continuaram a ter direito ao adicional de periculosidade, pois foi inserido “**exposição com energia elétrica**” na nova redação do art. 193, inciso I, supracitado.

IMPORTANTE:

Ressalte-se que o TST manteve até o presente momento, mesmo após a publicação da Lei n. 12.740/2012, o entendimento jurisprudencial a seguir: *OJ 324 da SDI-I. É assegurado o adicional de periculosidade apenas aos empregados que trabalham em sistema elétrico de potência em condições de risco, ou que o façam com equipamentos e instalações elétricas similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica.*

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da OJ 347, manteve também seu entendimento no sentido de que o adicional de periculosidade é devido

aos cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que estes estejam expostos às condições de riscos no exercício de suas funções.

OJ 347. É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência.

*Eduardo Pragmácio Filho*¹⁶⁹ traz seu posicionamento sobre as alterações trazidas pela Lei n. 12.740/2012: “A Lei n. 12.740/2012, sancionada recentemente, alterou a legislação trabalhista quanto ao adicional de periculosidade. Além de incluir como uma nova atividade perigosa aquela empreendida por profissionais de segurança patrimonial e vigilância, trouxe uma nova base de cálculo do adicional para os empregados expostos aos riscos de energia elétrica. É importante estar atento às sutilezas desta alteração, a qual redefine e consolida a regulação da matéria em um único diploma legal”.

*Francisco Gerson Marques da Lima*¹⁷⁰ entende que o espírito normativo do art. 193 da CLT continuou o mesmo, que houve mero fenômeno de concentração normativa, vejamos nas próprias palavras do autor: “Observe-se que o *caput* não foi alterado em sua essência. Permaneceu a mesma remissão à regulamentação de atividades pelo Ministério do Trabalho [e Emprego], a mesma referência a métodos do trabalho *etc.* Mudou ou inverteu alguns termos, por mera necessidade de adequação: ao invés de *contato permanente (...) em condições de risco acentuado*, ficou *risco acentuado em virtude da exposição permanente*. O espírito normativo continuou o mesmo, que é a referência à atividade de risco. É verdade que o inc. I não apenas repetiu o que o *caput* do art. 193, CLT, continha, eis que acrescentou atividade com **energia elétrica**. Mas a legislação complementar já tratava desta atividade, que amadureceu depois da redação conferida pela CLT: Lei n. 7.369/1985, que reconheceu natureza perigosa à atividade desenvolvida no setor elétrico; e NR-10, do

MTE, que regulamentou esta Lei, no referente às condições de segurança no trabalho. Por força da Lei n. 12.740/2012 (art. 3º), ficou revogada a Lei n. 7.369/1985, cuja previsão passou a constar do *caput* do art. 193, CLT, evitando qualquer prejuízo legal. O fenômeno, aí, portanto, foi de mera **concentração** de dispositivos legais, sem que, no contexto legislativo, tenha sido arranhada a proteção ou a natureza desenvolvida por trabalhadores que interajam em instalações elétricas e serviços com eletricidade. Uma vez que houve mera **migração** de previsão normativa, a NR-10, MTE, continua em pleno vigor, pois compatível e prevista no *caput* do art. 193. Porém, o principal motivo de o legislador haver alterado o art. 193, CLT, foi exatamente o acréscimo de mais uma atividade, apontada como perigosa: o serviço que submeta o trabalhador a risco de *roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial*”.

Em 2014, foi sancionada a Lei n. 12.997, a qual acrescentou o § 4º ao art. 193 da CLT, passando a dispor que também são consideradas atividades perigosas aquelas exercidas por trabalhadores em motocicleta.

O projeto original foi motivado por relatório do Corpo de Bombeiros de São Paulo, que apontou a ocorrência de grande número de acidentes envolvendo motocicletas e veículos similares, com vítimas fatais ou sérias lesões.

A alteração legislativa buscou beneficiar o trabalhador que atua no exercício da função de mototransporte, mototaxista, motoboy, motofrete, dentre outros.

Portanto, após a publicação da Lei n. 12.740/2012 e da Lei n. 12.997/2014, o adicional de periculosidade passa a ser devido aos empregados que tiverem contato com: a) explosivos, inflamáveis ou energia elétrica; e b) que submeta o trabalhador a risco de *roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de*

segurança pessoal ou patrimonial e c) trabalho em motocicletas.

3) Os empregados que operam bomba de gasolina têm direito ao referido adicional (Súmula 39 do TST).

4) Não é possível acumular o pagamento do adicional de periculosidade com o de insalubridade por expressa previsão legal: *Art. 193. (...)*

§ 2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas (OJ 406 da SDI-I do TST).

5) Quanto à base de cálculo do adicional de periculosidade, o art. 193, § 1º, da CLT determina: *Art. 193. (...)*

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

Portanto, o adicional de periculosidade é calculado sobre o salário básico, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

Se o adicional de periculosidade for pago de forma habitual ou permanente, integrará a remuneração para cálculo da indenização e de horas extras, com exceção das horas de sobreaviso, conforme a Súmula 132, ns. I e II, do TST: *I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras.*

II – Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas.

6) A jurisprudência trabalhista tem determinado que, mesmo que o

contato do trabalhador com atividades perigosas seja intermitente, há incidência do adicional de periculosidade de forma integral. Não se aplica a periculosidade ao trabalhador que é exposto apenas eventualmente, considerado pelo TST (Súmula 364) aquele que ocorre em hipótese *de caso fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido*.

I – Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, se sujeita a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Em 24 de maio de 2011, foram aprovadas pelo Pleno do TST diversas mudanças na jurisprudência, sendo que, entre elas, foi **cancelado** o item II da Súmula 364, que assim dispunha: *II – 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.*

Portanto, o inciso I da Súmula 364 do TST traz duas condições excludentes do pagamento do adicional de periculosidade: **caso fortuito** e **tempo extremamente reduzido**.

Caso fortuito pode ser considerado como aquele eventual, inesperado, não permanente ou intermitente, casual, ocasional, por acaso, que pode ou não ocorrer, cujos efeitos não se podem evitar ou impedir de acontecerem.

No tocante ao tempo extremamente reduzido, é o contato/trabalho que se dá por poucos minutos decidido caso a caso pelos nossos tribunais: “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OPERADOR DE EMPILHADEIRA. Atividades que envolvem movimentação, acondicionamento e organização de paletes de madeira carregados com embalagens de refrigerante. Contato com a área de risco, assim considerados os locais de troca ou reabastecimento dos cilindros de gás (GLP) utilizados para movimentação da própria empilhadeira, por tempo

extremamente reduzido (de 4 a 5 minutos, duas vezes por dia). Adicional de periculosidade indevido (Súmula 364, I, do TST)” (Ac. 20100610190, publ. 8-7-2010).

13.2 Adicional de insalubridade

PERGUNTA-SE

- 1) Quando é devido o adicional de insalubridade?
- 2) Basta identificar o agente insalubre para obter reconhecimento do direito ao adicional?
- 3) O trabalho exposto ao sol é considerado um agente insalubre? E a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo?
- 4) A utilização de EPI exclui o direito do empregado de perceber o adicional?
- 5) Como o empregado pode provar o seu direito ao adicional? É necessária perícia? Quem está habilitado para fazer a perícia?

1) O adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviços em atividades insalubres (art. 192 da CLT).

As atividades insalubres são aquelas executadas em condições ambientais nocivas à saúde do trabalhador, influenciando para esta conceituação as executadas em temperaturas excessivas ou por demais baixas, as expostas à poluição do ar ou a agentes químicos ou biológicos.

2) As atividades consideradas insalubres estão descritas no [Quadro de Atividades Insalubres](#) do Ministério do Trabalho. Portanto, não basta somente identificar o agente insalubre, é necessário que este agente seja reconhecido como insalubre pela DRT (art. 190 da CLT).

3) **Por exemplo**, o TST vem entendendo que a exposição ao sol em atividade a céu aberto, embora seja nocivo à saúde do trabalho, não gera direito ao adicional de insalubridade.

Em 14-7-2012, o Tribunal Pleno e o Órgão Especial do TST se reuniram para pacificar 43 controvérsias jurídico-trabalhistas, dentre elas, alteram a redação da OJ 173 da SDI-I do TST e inseriram o inciso II: *Nova redação:*

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR.

I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE).

II – Tem direito à percepção ao adicional de insalubridade o empregado que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.

Da mesma forma, a questão da limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo, consoante OJ 4, ns. I e II, da SDI-I do TST: *I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.*

II – A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho.

4) Quanto à questão do fornecimento do Equipamento de Proteção Individual (EPI), deve-se verificar se o EPI reduziu ou eliminou o agente insalubre. Portanto, não basta simplesmente alegar que era fornecido o EPI, o empregador deve provar o seu efeito, consoante entendimento do TST nas Súmulas 80 e 289: *Súmula 80. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.*

Súmula 289. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não exime do pagamento do adicional de insalubridade, devendo tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do EPI pelo empregado.

5) A caracterização e a classificação da insalubridade somente poderão

ser efetuadas por **perícia**, a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho (art. 145 da CLT). Além disso, em caso de ação trabalhista, deve ser realizada prova pericial, em qualquer hipótese, inclusive em caso de revelia e pena de confissão (art. 195, § 2º, da CLT).

O TST vem entendendo que a CLT não fez distinção entre o médico ou o engenheiro para realizar a perícia, nos termos da OJ 165 da SDI-I: *OJ 165. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.*

Caso o local de trabalho esteja desativado, o TST autoriza o juiz a utilizar outros meios de prova, consoante a OJ 278 da SDI-I: *OJ 278. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.*

O trabalho executado em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, por essa circunstância, o pagamento do adicional de insalubridade, de acordo com a Súmula 47 do TST: *Súmula 47. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.*

PEGADINHA:

A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade, consoante Súmula 293 do TST.

13.2.1 Polêmica da base de cálculo

Quanto à base de cálculo, reza o art. 192 da CLT que este será efetuado com base no **salário mínimo**: *Art. 192. O exercício de trabalho em*

*condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do **salário mínimo** da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.*

Em maio de 2008, no julgamento de recurso extraordinário de uma ação proposta em primeira instância por policiais militares de São Paulo, o STF decidiu que a vinculação do adicional ao salário mínimo ofende a Constituição Federal, e considerou revogado o dispositivo da Lei Complementar n. 432/85, do Estado de São Paulo, que utilizava o salário mínimo como base de cálculo.

Em palavras sucintas, o STF considerou inconstitucional a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado e editou a Súmula Vinculante n. 4: *Salvo os casos previstos na Constituição Federal, 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.*

Com a edição da Súmula Vinculante 4 surgiu o debate de que o art. 192 da CLT, que previa o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, era inconstitucional devido ao efeito vinculante da referida súmula.

Em 26 de julho de 2008, o Pleno do TST resolveu acolher a tese de inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e deu nova redação para a Súmula 228, aplicando por analogia o art. 193 da CLT, que trata do adicional de periculosidade: *Súmula 228. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o **salário básico**, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.*

Portanto, a proposta do TST para resolver o impasse foi fixar o salário

básico do trabalhador (*sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa*) como base de cálculo do adicional de insalubridade.

A alteração da redação da Súmula 228 pelo TST foi objeto de reclamação constitucional movida pela Confederação Nacional da Indústria no STF. A CNI foi contrária à nova redação que adotou o salário básico do trabalhador como base de cálculo para o adicional de insalubridade, uma vez que isto implicaria considerável aumento de custos para a indústria.

O Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF, concedeu liminar nos autos da Rcl 6.266 suspendendo a aplicação de parte da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho sobre pagamento de adicional de insalubridade.

O fundamento jurídico da concessão da liminar foi que “a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”.

No julgamento que deu origem à Súmula Vinculante 4, a Corte do STF entendeu que o adicional de insalubridade *deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.*

Por fim, algumas Turmas do TST assim têm justificado seus votos: “O STF, ao analisar a questão constitucional sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e editar a Súmula Vinculante n. 4, adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como ‘declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade’: a norma, embora declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se

sobrepor ao Legislativo para definir critério diverso para a regulação da matéria”.

14. PROTEÇÃO JURÍDICA AO SALÁRIO

De forma sucinta, a proteção jurídica ao salário está fundamentada em três grandes princípios: *irredutibilidade salarial*, *intangibilidade salarial* e *impenhorabilidade salarial*.

Segundo Maurício Godinho Delgado, “a proteção que a ordem trabalhista brasileira defere ao valor do salário manifesta-se, essencialmente, através de três ideias e mecanismos combinados: I – proteção jurídica do valor do salário; II – proteção contra abusos do empregador; e III – Proteção contra credores do empregador”¹⁷¹.

Para o estudo do tema, propomos seguir a classificação do referido mestre, vejamos: I – *Proteções jurídicas do valor do salário* A proteção jurídica do valor do salário pode ser estudada por três formas: **a)** a noção de *irredutibilidade do valor salarial*; **b)** os mecanismos de *correção salarial automática*; **c)** a determinação de existência de um *patamar mínimo* de valor salarial no conjunto do mercado, além de certas categorias e profissões determinadas.

a) ***Irredutibilidade salarial***: Maurício Godinho Delgado entende que “não obstante a estrutura jurídica de resguarda do salário, há que se ressaltar, que a doutrina e jurisprudência ainda não compreenderam *a proteção quanto ao valor do salário como suficiência real*, estendendo-lhe proteção jurídico-formal, não ensejando direito subjetivo que o salário mínimo seja capaz de garantir o atendimento daquelas necessidades vitais básicas (garantia da real suficiência do salário). É certo que a CLT já fazia previsão quanto ao valor mínimo – art. 76, sendo certo que o parâmetro a ser considerado foi substancialmente acrescido das garantias constitucionais inseridas pela Carta Magna de 88 – art. 7º, IV”¹⁷².

Hoje incorporada à Constituição em seu art. 7º, VI, a irredutibilidade salarial deixou de ser um princípio do Direito do Trabalho para ser norma Constitucional, havendo apenas uma possibilidade de redução, qual seja, a

advinda de acordo ou convenção coletiva, desde que perfeitamente justificado, não cabendo estender a interpretação da norma para casos de redução sem qualquer fundamento justificado.

Doutrina e jurisprudência entendem que se refere exclusivamente ao valor nominal do salário, garantindo apenas a percepção do mesmo patamar salarial ao anteriormente ajustado, sem viabilidade de diminuição nominal.

Pacífico que a garantia não se estende aos salários ditos condicionais (relacionados às circunstâncias em que são exercidas as prestações laborais). Abarca também proteção quanto à redução indireta do salário, através da diminuição da jornada ou serviço.

No entanto, para o Professor Godinho, a irredutibilidade tem como intuito combater tanto a redução salarial direta (diminuição nominal dos salários) como a redução salarial indireta (redução da jornada ou do serviço), o que ocasionaria uma perda salarial.

Exemplificando, ilustra o mestre que no caso de haver redução nominal do salário, esta seria passiva de rescisão indireta (art. 483 da CLT) assim como no caso de redução do trabalho encomendado, também pode dar ensejo a esta modalidade rescisória, o que prova que a irredutibilidade vai além do valor nominal.

“REDUÇÃO SALARIAL. VEDAÇÃO LEGAL. Como regra geral, a redução de salário é inadmissível. O princípio da irredutibilidade salarial, devido a sua relevância no conjunto de normas que protegem o trabalhador, foi erigido ao *status* constitucional através do art. 7º, VI, da Constituição Federal em vigor. A redução salarial, enquanto alteração contratual unilateral e prejudicial não subsiste, por afrontar o disposto no art. 468, *caput*, da CLT, segundo o qual somente admitem-se alterações por mútuo consentimento e que das quais não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos para o empregado” (TRT/SP, Ac. 20040338554, Proc. 02073-1999-023-02-00-2, 4ª T., rel. Juiz Paulo Augusto Câmara, j. em 29-6-2004, *DOE* de 13-7-2004).

b) ***Correção salarial automática:*** vige hoje regra de livre negociação salarial, tendo-se retirado da ordem jurídica os mecanismos legais que

garantiam a correção automática, sendo obrigatória somente uma revisão salarial das categorias profissionais por ano, segundo a Lei n. 10.192/2001: *Art. 9º É assegurado aos trabalhadores, na primeira data-base da respectiva categoria após julho de 1995, o pagamento de reajuste relativo à variação acumulada do IPC-r entre a última data-base, anterior a julho de 1995, e junho de 1995, inclusive.*

Art. 10. Os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva.

c) **Patamar salarial mínimo imperativo:** pode ser genérico, abrangendo todo o mercado, ou especial, abrangendo certas profissões ou categorias.

Segundo Godinho, o salário mínimo legal (não obstante a determinação dos arts. 76 e s. da CLT) restou incorporado ao texto constitucional de 1988 através do art. 7º, IV, trazendo ao salário mínimo *uma unificação nacional que não ocorria anteriormente*, já que se podiam estabelecer salários mínimos distintos em cada região do país.

Afirma o autor sobre o escopo do salário mínimo: “Tem por escopo ser capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (art. 7º, IV, da CF/88)”¹⁷³.

Para o Professor Godinho, a Constituição Federal alargou substancialmente o rol de necessidades do trabalhador antes trazidas pelo art. 76, o que leva a crer que a intenção do legislador foi incorporar a característica de suficiência do trabalho, ou seja, uma parcela que efetivamente atenda ao conjunto de necessidades inerentes à pessoa humana.

II – Proteções contra abusos do empregador Segundo Maurício Godinho Delgado, a proteção contra abusos do empregador é garantida na legislação trabalhista por meio de critérios legais de pagamento salarial:

*tempo, lugar e meio*¹⁷⁴.

a) **Tempo de pagamento:** periodicidade máxima mensal, para pagamento do salário básico.

Segundo o art. 459 da CLT, as parcelas como *comissões, percentagens e gratificações* não estão vinculadas a esta periodicidade, sendo estas vinculadas ao critério do art. 466 da CLT.

O salário-base deve ser pago até o 5º dia útil (parágrafo único do art. 459 da CLT), vedando-se o pagamento em dias de repouso, dentro do horário de serviço ou imediatamente após o encerramento (art. 465 da CLT).

Nos casos de rescisão contratual, a parte incontroversa da rescisão contratual deve ser quitada até a data da primeira audiência, sob pena de ser condenada ao pagamento acrescido de 50%.

b) **Lugar de pagamento:** dia útil, no local de trabalho, dentro do horário ou imediatamente após (art. 465 da CLT).

Admite-se, com o consentimento do trabalhador, que ocorra por crédito em conta corrente e mesmo cheque, em estabelecimento próximo ao local.

Neste sentido o art. 3º, II, da Convenção n. 95 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 41.721/57, autoriza a utilização de *modalidades alternativas praticas ou necessárias de pagamento*.

c) **Meios de pagamento:** por moeda nacional. É nulo o pagamento por cartas de crédito, bônus, ou que configurem o *truck system*, metal ou moeda estrangeira (exceção do estrangeiro ou brasileiro trabalhando no exterior).

A regra geral do pagamento dos salários é que este seja feito em dinheiro, mas admite-se por cheques, desde que da praça e não seja cruzado, assegurada a liberação do obreiro para sacar, em horário compatível – o objetivo é garantir a disponibilidade imediata do

numerário.

O pagamento deve ser feito ao trabalhador, sendo dada quitação através de recibo escrito, e ao analfabeto, por impressão ou a rogo, com testemunhas.

A forma mais importante de proteção jurídica do salário contra abusos do empregador está na regra geral de intangibilidade.

Segundo Godinho¹⁷⁵, a regra geral é a vedação de desconto no salário, constituindo crime a retenção dolosa (art. 7º, X, da CF/88). Para o autor, a retenção salarial de que trata o Texto Constitucional não pode ser interpretada extensivamente, pelo que deve ser considerado o salário *stricto sensu*, sem qualquer parcela salarial acessória e verbas salariais controvertidas.

Quanto aos descontos salariais permitidos pelo Direito do Trabalho que não afrontam o princípio da intangibilidade salarial, temos: **a)** descontos salariais autorizados pelo art. 462 da CLT; **b)** descontos autorizados por norma coletiva; **c)** descontos decorrentes de dano do empregado em caso de dolo e culpa; e **d)** relativos a bens e serviços usufruídos pelo empregado.

Vamos estudar cada um deles, com ajuda do roteiro proposto por Godinho¹⁷⁶: a) *Descontos salariais autorizados pelo art. 462 da CLT*: temos dois tipos de descontos autorizados pela legislação trabalhista: (1) adiantamentos salariais e (2) descontos resultantes de lei (previdência, IR, contribuição sindical, prestações alimentícias, retenção do aviso prévio, pena criminal pecuniária, custas judiciais, vale-transporte, dívidas do Sistema Financeiro da Habitação).

b) *Descontos autorizados por norma coletiva*: durante a negociação coletiva, o Sindicato pode autorizar descontos do salário dos empregados, como, por exemplo: de concessão de cesta básica, de receitas sindicais (contribuição sindical, contribuição assistencial e confederativa), dentre

outras.

c) *Descontos decorrentes de dano causado pelo empregado no caso de dolo e culpa (§ 1º do art. 462 da CLT)*: segundo Godinho, quanto a esta modalidade de desconto, deve-se fazer a ressalva de que a jurisprudência tem entendido que tendo em vista as situações laborais onde podem ocorrer acidentes, a responsabilidade por eventual acidente estaria inserida no risco empresarial do empregador.

d) *Relativos a bens ou serviços colocados à disposição do trabalhador*: ao longo dos anos, o TST passou a autorizar alguns descontos não autorizados por lei ou por negociação coletiva, mas autorizados livremente pelo empregado e em seu benefício, como: clube, assistência médica, seguros, transporte, educação, conforme a Súmula 342 do TST: *Súmula 342. 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 recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.*

III – Proteção contra credores do empregador *Impenhorabilidade do salário*: As verbas trabalhistas 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 pelo próprio trabalhador (art. 649, IV, do antigo CPC e art. 833, IV, do novo CPC).

O Professor Godinho¹⁷⁷ entende que o princípio da impenhorabilidade abrange até a penhor no rosto dos autos trabalhistas em ação proposta contra o trabalhador no âmbito de outro segmento do Judiciário. Esta regra é absoluta, abrindo exceção apenas ao crédito alimentar e mais ainda emergencial: a pensão alimentícia devida pelo trabalhador a sua ex-esposa

e filhos ou dependentes. A partir da Lei n. 11.382/2006, a impenhorabilidade também deixou de ser oponível à cobrança de crédito concedido para aquisição do próprio bem.

Nesse sentido as seguintes decisões:

“PENHORA SOBRE CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR RECEBIDOS EM OUTRO PROCESSO. A regra prevista no art. 833, inciso IV, do NCPC deve ser relativizada quando a penhora recai sobre valores vultosos que não comprometem a subsistência do executado e sua família” (TRT-4 – AP: 00002038620125040233, Data de Julgamento: 13-06-2017, Seção Especializada Em Execução).

“AGRAVO DE PETIÇÃO DO SÓCIO EXECUTADO. PENHORA DE SALÁRIO. FLEXIBILIZAÇÃO. ARTIGO 833 DO NOVO CPC. A penhora de parte dos salários encontra respaldo na relativização da regra da impenhorabilidade dos salários, consoante artigo 833, inciso IV e § 2º, do Novo CPC. No caso em apreço, contudo, os valores constrictos e a forma como era movimentada a conta, descaracteriza o montante como remuneração pelos serviços prestados. Penhora mantida” (TRT-4 – AP: 00116009119985040732, Data de Julgamento: 23-10-2018, Seção Especializada em Execução).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A sentença penal condenatória e a resolução do contrato de trabalho. *Revista LTr* 52-9/88.

ALEVATO, Hilda Maria Rodrigues. *Relação entre a formação da liderança e os fatores socioambientais de risco à saúde no trabalho*. Disponível em: <<http://www.senac.br/BTS/291/boltec291a.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

ALMEIDA, Renato Rua de. *Proteção contra a despedida arbitrária*. Disponível em: <www.calvo.pro.br/renato_ua_almeida>.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC – Editora PUCSP, 2000.

BARRETO, Maria. *Uma jornada de humilhações*. 2000. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – PUCSP. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. Isonomia salarial. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 113, p. 131, nov. 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. O atleta profissional do futebol em face da Lei Pelé, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 30 (60) 153-170, jul./dez. 1999.

BATISTA, Thales Ponte. *Comissão do empregado vendedor e seu regramento em caso de inadimplência do comprador do produto ou serviço que a ensejou*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6043>. Acesso em: 1º jun. 2011.

CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CALVO, Adriana. *Diretor de sociedade anônima: patrão-empregado?* São Paulo: LTr, 2006.

CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental*. São Paulo: LTr, 2014.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

CATHARINO, José Martins. Contrato de experiência – aviso prévio. *Vox Juris Trabalhista*, v. 14, fev. 1973.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Equiparação salarial*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FERRARI, Irany. *O trabalhador avulso e o profissional autônomo*. São Paulo: LTr, 1972.

FERRARI, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr.

GALDINO, Dirceu; LOPES, Aparecido Domingos Errerias. *Manual do direito do trabalho rural*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 2. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017.

GEHRINGER, Max. Nem só de benefícios vive o profissional. *Época*, n. 479, de 19-7-2007.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa para despedimento do empregado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GODOI, Luiz Carlos Gomes. *O trabalho avulso nos portos*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1996.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRISARD, Luiz Antônio. Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1º nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3490>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

GUEDES, Márcia Novaes. Assédio moral e responsabilidade das

organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores, *Revista da Amatra II*, São Paulo, dez. 2003.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LACERDA, Dorval de. *A falta grave no direito do trabalho*. Rio de Janeiro. Edição da Revista do Trabalho, 1947.

LAMARCA, Antônio. *Manual das justas causas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAGANO, Octávio Bueno. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986. v. II.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARANHÃO, Délio *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 2.

MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS FILHO, I. G.; FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M. *História do trabalho: do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 35. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. *Revista da Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Ed., n. 228.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito e proteção*. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *A regulamentação do trabalho do motorista sob o enfoque do trabalho a distância*. Disponível em: <http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=501:a-regulamentacao-da-profissao-de-motorista-sob-o-enfoque-do-trabalho-a-distancia&catid=106:doutrina&Itemid=260>. Acesso em 1º jul. 2012.

OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Duração do trabalho. Jornada de trabalho. Duração e horário. Trabalho extraordinário. Trabalho noturno. Trabalho em regime de revezamento. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Fundamentos do direito do trabalho: Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França*. São Paulo: LTr,

2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Princípios gerais de equiparação salarial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Aluísio. *Noções atuais de direito do trabalho*. In: Pinto, José Augusto Rodrigues (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 40. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

SALEM, Luciano Rossignoli; SALEM, Diná Rossignoli. *Justa causa e rescisão indireta*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

SANTOS, Aloysio. *Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma*

trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da. *Direito do trabalho rural*. In: Motta, Francisco Alberto da; Martins, Melcíades Rodrigues; Vidotti, Tarcio José (Coord.). 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SILVEIRA, Sheila Stolz da. O direito fundamental a férias anuais remuneradas desde a perspectiva do direito comunitário europeu. Análise de uma sentença judicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – TJCE. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 31, de 31-7-2006 [Internet]. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1658>. Acesso em: 3 abr. 2010.

SOUZA, Josyanne Nazareth. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009 (Coleção Pockets jurídicos. Coordenados por Fernando Capez e Rodrigo Colnago).

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VEIGA JÚNIOR, Celso Leal de. *Trabalhador avulso: alguns aspectos destacados, Trabalho & Doutrina*, n. 19.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Ribeiro Emílio de. *Relação de emprego, estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 (Coleção Roteiros Jurídicos, coordenada por José Fábio Rodrigues Maciel).

ZAINAGH, Domingos. *Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988.

MEDIDA PROVISÓRIA N. 905, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2019 (*)

*Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo,
altera a legislação trabalhista, e dá outras providências.*

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei: CAPÍTULO I
DO CONTRATO DE TRABALHO VERDE E AMARELO

Beneficiários do Contrato Verde e Amarelo Art. 1º Fica instituído o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Parágrafo único. Para fins da caracterização como primeiro emprego, não serão considerados os seguintes vínculos laborais: I – menor aprendiz;

II – contrato de experiência;

III – trabalho intermitente; e

IV – trabalho avulso.

Art. 2º A contratação de trabalhadores na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo será realizada exclusivamente para novos postos de trabalho e terá como referência a média do total de empregados registrados na folha de pagamentos entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2019.

§ 1º A contratação total de trabalhadores na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo fica limitada a vinte por cento do total de empregados da empresa, levando-se em consideração a folha de pagamentos do mês corrente de apuração.

(*) Publicada no Diário Oficial da União, de 12-11-2019. Republicada em 12-11-2019, Edição Extra.

§ 2º As empresas com até dez empregados, inclusive aquelas constituídas após 1º de janeiro de 2020, ficam autorizadas a contratar dois empregados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e, na hipótese de o quantitativo de dez empregados ser superado, será aplicado o disposto no § 1º.

§ 3º Para verificação do quantitativo máximo de contratações de que trata o § 1º, deverá ser computado como unidade a fração igual ou superior a cinco décimos e desprezada a fração inferior a esse valor.

§ 4º O trabalhador contratado por outras formas de contrato de trabalho, uma vez dispensado,

não poderá ser recontratado pelo mesmo empregador, na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, pelo prazo de cento e oitenta dias, contado da data de dispensa, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 1º.

§ 5º Fica assegurado às empresas que, em outubro de 2019, apurarem quantitativo de empregados inferior em, no mínimo, trinta por cento em relação ao total de empregados registrados em outubro de 2018, o direito de contratar na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, observado o limite previsto no § 1º e independentemente do disposto no *caput*.

Art. 3º Poderão ser contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, os trabalhadores com salário-base mensal de até um salário-mínimo e meio nacional.

Parágrafo único. É garantida a manutenção do contrato na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo quando houver aumento salarial, após doze meses de contratação, limitada a isenção das parcelas especificadas no art. 9º ao teto fixado no *caput* deste artigo.

Manutenção dos direitos dos empregados Art. 4º Os direitos previstos na Constituição são garantidos aos trabalhadores contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo.

Parágrafo único. Os trabalhadores a que se refere o *caput* gozarão dos direitos previstos no Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e nas convenções e nos acordos coletivos da categoria a que pertença naquilo que não for contrário ao disposto nesta Medida Provisória.

Prazo de contratação

Art. 5º O Contrato de Trabalho Verde e Amarelo será celebrado por prazo determinado, por até vinte e quatro meses, a critério do empregador.

§ 1º O Contrato de Trabalho Verde e Amarelo poderá ser utilizado para qualquer tipo de atividade, transitória ou permanente, e para substituição transitória de pessoal permanente.

§ 2º O disposto no art. 451 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, não se aplica ao Contrato de Trabalho Verde e Amarelo.

§ 3º O Contrato de Trabalho Verde e Amarelo será convertido automaticamente em contrato por prazo indeterminado quando ultrapassado o prazo estipulado no *caput*, passando a incidir as regras do contrato por prazo indeterminado previsto no Decreto-lei n. 5.452, de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, a partir da data da conversão, e ficando afastadas as disposições previstas nesta Medida Provisória.

Pagamentos antecipados ao empregado Art. 6º Ao final de cada mês, ou de outro período de trabalho, caso acordado entre as partes, desde que inferior a um mês, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: I – remuneração;

II – décimo terceiro salário proporcional; e

III – férias proporcionais com acréscimo de um terço.

§ 1º A indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, prevista

no art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, poderá ser paga, por acordo entre empregado e empregador, de forma antecipada, mensalmente, ou em outro período de trabalho acordado entre as partes, desde que inferior a um mês, juntamente com as parcelas a que se refere o *caput*.

§ 2º A indenização de que trata o § 1º será paga sempre por metade, sendo o seu pagamento irrevogável, independentemente do motivo de demissão do empregado, mesmo que por justa causa, nos termos do disposto no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943.

Art. 7º No Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, a alíquota mensal relativa à contribuição devida para o FGTS de que trata o art. 15 da Lei n. 8.036, de 1990, será de dois por cento, independentemente do valor da remuneração.

Jornada de trabalho

Art. 8º A duração da jornada diária de trabalho no âmbito do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, desde que estabelecido por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, no mínimo, cinquenta por cento superior à remuneração da hora normal.

§ 2º É permitida a adoção de regime de compensação de jornada por meio de acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

§ 3º O banco de horas poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 4º Na hipótese de rescisão do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração a que faça jus na data da rescisão.

Benefícios econômicos e de capacitação instituídos pelo Contrato de Trabalho Verde e Amarelo Art. 9º Ficam as empresas isentas das seguintes parcelas incidentes sobre a folha de pagamentos dos contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo: •• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

I – contribuição previdenciária prevista no inciso I do *caput* do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991; II – salário-educação previsto no inciso I do *caput* do art. 3º do Decreto n. 87.043, de 22 de março de 1982; e III – contribuição social destinada ao:

a) Serviço Social da Indústria – Sesi, de que trata o art. 3º do Decreto-lei n. 9.403, de 25 de junho de 1946; b) Serviço Social do Comércio – Sesc, de que trata o art. 3º do Decreto-lei n. 9.853, de 13 de setembro de 1946; c) Serviço Social do Transporte – Sest, de que trata o art. 7º da Lei n. 8.706, de 14 de setembro de 1993; d) Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai, de que trata o art. 4º do Decreto-lei n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942; e) Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, de que trata o art. 4º do Decreto-lei n. 8.621, de 10 de janeiro de 1946; f) Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – Senat, de que trata o art. 7º da Lei n. 8.706, de 1993; g) Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, de que trata o § 3º do art. 8º da Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990; h) Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, de que trata o art. 1º do Decreto-lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970; i) Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Senar, de que trata o art. 3º da Lei n. 8.315, de 23 de dezembro de 1991; e j) Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescoop, de que trata o art. 10 da Medida Provisória n. 2.168-40, de 24 de agosto de 2001.

Rescisão contratual

Art. 10. Na hipótese de extinção do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, serão devidos os seguintes haveres rescisórios, calculados com base na média mensal dos valores recebidos pelo

empregado no curso do respectivo contrato de trabalho: I – a indenização sobre o saldo do FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036, de 1990, caso não tenha sido acordada a sua antecipação, nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 6º; e II – as demais verbas trabalhistas que lhe forem devidas.

Art. 11. Não se aplica ao Contrato de Trabalho Verde e Amarelo a indenização prevista no art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, hipótese em que se aplica a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão prevista no art. 481 da referida Consolidação.

Art. 12. Os contratados na modalidade de Contrato de Trabalho Verde e Amarelo poderão ingressar no Programa Seguro-Desemprego, desde que preenchidos os requisitos legais e respeitadas as condicionantes previstas no art. 3º da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

•• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

Prioridade em ações de qualificação profissional Art. 13. Os trabalhadores contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo receberão prioritariamente ações de qualificação profissional, conforme disposto em ato do Ministério da Economia.

Quitação de obrigações para reduzir litígios Art. 14. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, é facultado ao empregador comprovar, perante a Justiça do Trabalho, acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o trabalhador, nos termos do disposto no art. 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943.

Seguro por exposição a perigo previsto em lei Art. 15. O empregador poderá contratar, nos termos do disposto em ato do Poder Executivo federal, e mediante acordo individual escrito com o trabalhador, seguro privado de acidentes pessoais para empregados que vierem a sofrer o infortúnio, no exercício de suas atividades, em face da exposição ao perigo previsto em lei.

§ 1º O seguro a que se refere o *caput* terá cobertura para as seguintes hipóteses: I – morte acidental;

II – danos corporais;

III – danos estéticos; e

IV – danos morais.

§ 2º A contratação de que trata o *caput* não excluirá a indenização a que o empregador está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.

§ 3º Caso o empregador opte pela contratação do seguro de que trata o *caput*, permanecerá obrigado ao pagamento de adicional de periculosidade de cinco por cento sobre o salário-base do trabalhador.

§ 4º O adicional de periculosidade somente será devido quando houver exposição permanente do trabalhador, caracterizada pelo efetivo trabalho em condição de periculosidade por, no mínimo, cinquenta por cento de sua jornada normal de trabalho.

Prazo para contratação pela modalidade de Contrato de Trabalho Verde e Amarelo Art. 16. Fica permitida a contratação de trabalhadores pela modalidade de Contrato de Trabalho Verde e Amarelo no período de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2022.

§ 1º Fica assegurado o prazo de contratação de até vinte e quatro meses, nos termos do disposto no art. 5º, ainda que o termo final do contrato seja posterior a 31 de dezembro de 2022.

§ 2º Havendo infração aos limites estabelecidos no art. 2º, o contrato de trabalho na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo será transformado automaticamente em contrato de trabalho por prazo indeterminado.

§ 3º As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas com a multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943.

Art. 17. É vedada a contratação, sob a modalidade de que trata esta Medida Provisória, de trabalhadores submetidos a legislação especial.

Art. 18. Compete ao Ministério da Economia coordenar, executar, monitorar, avaliar e editar normas complementares relativas ao Contrato de Trabalho Verde e Amarelo.

CAPÍTULO II

DO PROGRAMA DE HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO FÍSICA E PROFISSIONAL, PREVENÇÃO E REDUÇÃO DE ACIDENTES DE TRABALHO

Art. 19. Fica instituído o Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho.

•• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

Parágrafo único. O Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho tem por finalidade financiar o serviço de habilitação e reabilitação profissional prestado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e programas e projetos de prevenção e redução de acidentes de trabalho.

Ações do Programa

Art. 20. O Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho englobará as seguintes ações: •• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

I – serviços de habilitação e reabilitação física e profissional prestados pelo INSS; II – aquisição de recursos materiais e serviços destinados ao cumprimento de programa de reabilitação física e profissional elaborado pelo INSS; III – programas e projetos elaborados pelo Ministério da Economia destinados à prevenção e à redução de acidentes de trabalho; e IV – desenvolvimento e manutenção de sistemas, aquisição de recursos materiais e serviços destinados ao cumprimento de programas e projetos destinados à redução de acidentes de trabalho.

Receitas vinculadas ao Programa Art. 21. Sem prejuízo de outros recursos orçamentários a ele

destinados, são receitas vinculadas ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho o produto da arrecadação de: •• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

I – valores relativos a multas ou penalidades aplicadas em ações civis públicas trabalhistas decorrentes de descumprimento de acordo judicial ou termo de ajustamento de conduta firmado perante a União ou o Ministério Público do Trabalho, ou ainda termo de compromisso firmado perante o Ministério da Economia, observado o disposto no art. 627-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943; II – valores relativos aos danos morais coletivos decorrentes de acordos judiciais ou de termo de ajustamento de conduta firmado pela União ou pelo Ministério Público do Trabalho; e III – valores devidos por empresas que descumprirem a reserva de cargos destinada a pessoas com deficiência, inclusive referentes à aplicação de multas.

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I e II do *caput* serão obrigatoriamente revertidos ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho.

§ 2º Os recursos arrecadados na forma prevista neste artigo serão depositados na Conta Única do Tesouro Nacional.

§ 3º A vinculação de valores de que trata este artigo vigorará pelo prazo de cinco anos, contado da data da realização do depósito na Conta Única do Tesouro Nacional.

Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho Art. 22. Fica instituído o Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, com sede na cidade de Brasília, Distrito Federal.

§ 1º O Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho é composto por membros dos seguintes órgãos e entidades: I – três do Ministério da Economia, dentre os quais dois da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; II – um do Ministério da Cidadania;

III – um do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; IV – um do Ministério Público do Trabalho;

V – um da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – um do Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência; e VII – dois da sociedade civil.

§ 2º Cada membro do Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho terá um suplente, que o substituirá em suas ausências e seus impedimentos.

§ 3º Os membros a que se referem os incisos I ao III do § 1º serão indicados pelos órgãos que representam.

§ 4º O membro a que se refere o inciso IV do § 1º será indicado pelo Procurador-Geral do

Trabalho.

§ 5º O membro a que se refere o inciso V do § 1º será indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 6º Os membros a que se refere o inciso VII do § 1º serão indicados pelo Ministro de Estado da Economia a partir de listas elaboradas por organizações representativas do setor.

§ 7º Os membros do Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho serão designados pelo Ministro de Estado da Economia para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

§ 8º A participação no Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

§ 9º O Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho será presidido por um dos representantes do Ministério da Economia.

§ 10. Ato do Poder Executivo federal disporá sobre as normas de funcionamento e organização do Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho.

Art. 23. Compete ao Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho: I – estabelecer diretrizes para aplicação dos recursos e implementação do Programa; II – promover a realização de eventos educativos ou científicos em articulação com: a) órgãos e entidades da administração pública; e b) entidades privadas; e

III – elaborar o seu regimento interno no prazo de sessenta dias, contado da data de sua instalação.

Parágrafo único. O Conselho do Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, por meio de acordo de cooperação celebrado com o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, será informado sobre as condenações judiciais e os termos de ajustamento de conduta que resultem em valores a serem implicados no Programa e sobre a existência de depósito judicial, de sua natureza, e do trânsito em julgado da decisão.

Extinção de contribuição social Art. 24. Fica extinta a contribuição social a que se refere o art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001.

•• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, II, desta Medida Provisória.

CAPÍTULO III DO ESTÍMULO AO MICROCRÉDITO

Art. 25. A Lei nº 13.636, de 20 de março de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações: ••

Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

“Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Economia, o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO, com objetivo de apoiar e financiar atividades produtivas de empreendedores, principalmente por meio da disponibilização de recursos para o microcrédito produtivo orientado.

.....
.....
§ 2º A renda ou a receita bruta anual para enquadramento dos beneficiários do PNMPO, definidos no § 1º, fica limitada ao valor máximo de receita bruta estabelecido para a microempresa, nos termos do disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 3º Para os efeitos do disposto nesta Lei, considera-se microcrédito produtivo orientado o crédito concedido para financiamento das atividades produtivas, cuja metodologia será estabelecida em ato do Conselho Monetário Nacional, admitida a possibilidade de relacionamento direto com os empreendedores ou o uso de tecnologias digitais e eletrônicas que possam substituir o contato presencial, para fins de orientação e obtenção de crédito.”

(NR) “Art. 3º

.....
.....
XII – instituição financeira que realiza, nos termos da regulamentação do Conselho Monetário Nacional, operações exclusivamente por meio de sítio eletrônico ou de aplicativo; e XIII – pessoas jurídicas especializadas no apoio, no fomento ou na orientação às atividades produtivas mencionadas no art. 1º.

.....
.....
§ 2º As instituições financeiras públicas federais que se enquadrem nas disposições do *caput* poderão atuar no PNMPO por intermédio de sociedade da qual participem direta ou indiretamente, ou por meio de convênio ou contrato com quaisquer das instituições referidas nos incisos V ao XIII do *caput*, desde que tais entidades tenham por objeto prestar serviços necessários à contratação e ao acompanhamento de operações de microcrédito produtivo orientado e desde que esses serviços não representem atividades privativas de instituições financeiras.

§ 3º As organizações da sociedade civil de interesse público, os agentes de crédito constituídos como pessoas jurídicas e as pessoas jurídicas especializadas de que tratam os incisos X, XI e XIII do *caput* deverão observar as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Economia para realizar operações no âmbito do PNMPO, nos termos estabelecidos no inciso II do *caput* do art. 6º.

§ 4º As entidades a que se referem os incisos V ao XIII do *caput* poderão prestar os seguintes serviços, sob responsabilidade das demais entidades referidas no *caput*:

.....”

“Art. 6º Ao Ministério da Economia compete:

.....

II – estabelecer as diretrizes para a participação das entidades de que tratam os incisos X, XI e XIII do *caput* do art. 3º, entre as quais a exigência de inscrição dos agentes de crédito citados no inciso XI como contribuintes individuais do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do disposto nas alíneas “g” e “h” do inciso V do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

.....”

“Art. 7º

.....

.....

§ 1º Ato do Poder Executivo federal disporá sobre a composição do Conselho Consultivo do PNMPO e do Fórum Nacional de Microcrédito, cujo apoio técnico e administrativo será provido pela Subsecretaria de Emprego da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia.

.....”

Art. 26. A Lei n. 10.735, de 11 de setembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações: •• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

“Art. 2º

.....

.....

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional poderá, com base em critérios de proporcionalidade e de eficiência, isentar parte das instituições referidas no art. 1º do cumprimento do direcionamento dos depósitos à vista de que trata esta Lei, com o objetivo de assegurar o funcionamento regular das instituições desobrigadas e a aplicação efetiva dos recursos em operações de crédito de que trata esta Lei”.

“Art. 3º

.....

Parágrafo único. Alternativamente ao disposto no *caput*, o Conselho Monetário Nacional poderá estabelecer custo financeiro às instituições referidas no art. 1º que apresentarem insuficiência na aplicação de recursos, nos termos previstos nesta Lei.”

CAPÍTULO IV DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Art. 27. A Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 1º

.....
§ 2º Integrará o Programa Especial, observado o disposto no § 1º do art. 2º, a análise de processos administrativos de requerimento inicial e de revisão de benefícios administrados pelo INSS com prazo legal para conclusão expirado e que represente acréscimo real à capacidade operacional regular de conclusão de requerimentos, individualmente considerada, conforme estabelecido em ato do Presidente do INSS.

.....”

CAPÍTULO V DAS ALTERAÇÕES NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Art. 28. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações: **Armazenamento em meio eletrônico** “Art. 12-A. Fica autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de quaisquer documentos relativos a deveres e obrigações trabalhistas, incluídos aqueles relativos a normas regulamentadoras de saúde e segurança no trabalho, compostos por dados ou por imagens, nos termos do disposto na Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012”.

Anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social “Art. 29.

.....
§ 3º A falta de cumprimento pelo empregador do disposto neste artigo acarretará a lavratura do auto de infração pelo Auditor Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, lançar as anotações no sistema eletrônico competente, na forma a ser regulamentada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

.....
§ 5º O descumprimento do disposto no § 4º submeterá o empregador ao pagamento da multa a que se refere o inciso II do *caput* do art. 634-A.

.....”

“Art. 39.

.....
§ 1º Na hipótese de ser reconhecida a existência da relação de emprego, o Juiz do Trabalho comunicará a autoridade competente para que proceda ao lançamento das anotações e adote as providências necessárias para a aplicação da multa cabível, conforme previsto no § 3º do art. 29.
.....

.....
§ 3º O Ministério da Economia poderá desenvolver sistema eletrônico por meio do qual a Justiça do Trabalho fará o lançamento das anotações de que trata o § 1º.”

“Art. 47. Fica sujeito à aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A, acrescida de igual valor em cada reincidência, o empregador que mantiver empregado não registrado nos termos do disposto no art. 41.

§ 2º A infração de que trata o *caput* constitui exceção ao critério da dupla visita orientadora.”

“Art. 47-A. Fica sujeito à aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A o empregador que não informar os dados a que se refere o parágrafo único do art. 41.”

“Art. 47-B. Sendo identificada pelo Auditor Fiscal do Trabalho a existência de empregado não registrado, presumir-se-á configurada a relação de emprego pelo prazo mínimo de três meses em relação à data de constatação da irregularidade, exceto quando houver elementos suficientes para determinar a data de início das atividades.”

Falsificação de carteira de trabalho “Art. 51. Será aplicada a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A àquele que, comerciante ou não, vender ou expuser à venda qualquer tipo de carteira de trabalho igual ou semelhante ao tipo oficialmente adotado.”

“Art. 52. O extravio ou a inutilização da Carteira de Trabalho e Previdência Social por culpa da empresa a sujeitará à aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 55. Será aplicada a multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A à empresa que infringir o disposto no art. 13.”

Trabalho aos domingos

“Art. 67. É assegurado a todo empregado um repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferencialmente aos domingos.

.....”

“Art. 68. Fica autorizado o trabalho aos domingos e aos feriados.

§ 1º O repouso semanal remunerado deverá coincidir com o domingo, no mínimo, uma vez no período máximo de quatro semanas para os setores de comércio e serviços e, no mínimo, uma vez no período máximo de sete semanas para o setor industrial.

§ 2º Para os estabelecimentos de comércio, será observada a legislação local.”

Art. 70. O trabalho aos domingos e aos feriados será remunerado em dobro, exceto se o empregador determinar outro dia de folga compensatória.

Parágrafo único. A folga compensatória para o trabalho aos domingos corresponderá ao repouso semanal remunerado.”

“Art. 75. Os infratores dos dispositivos deste Capítulo incorrerão na multa prevista no inciso II *caput* do art. 634-A.”

“Art. 120. Aquele que infringir qualquer dispositivo concernente ao salário-mínimo será passível ao pagamento da multa prevista no inciso II *caput* do art. 634-A.”

“Art. 153. As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas com a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 156. Compete especialmente à autoridade regional em matéria de inspeção do trabalho, nos limites de sua jurisdição:

.....”

Embargo ou interdição

“Art. 161. Conforme regulamento da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, a autoridade máxima regional em matéria de inspeção do trabalho, à vista do relatório técnico de Auditor Fiscal do Trabalho que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar atividade, estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de acidentes e doenças graves do trabalho.

§ 1º As autoridades federais, estaduais, distritais e municipais prestarão apoio imediato às medidas determinadas pela autoridade máxima regional em matéria de inspeção do trabalho.

§ 2º Da decisão da autoridade máxima regional em matéria de inspeção do trabalho caberá recurso no prazo de dez dias, contado da data de ciência da decisão.

§ 3º O recurso de que trata o § 2º será dirigido à Secretaria de Trabalho da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, que terá prazo para análise de cinco dias úteis, contado da data do protocolo, podendo ser concedido efeito suspensivo.

§ 4º

.....

..

§ 5º A autoridade máxima regional em matéria de inspeção do trabalho, independentemente de interposição de recurso, após relatório técnico do serviço competente, poderá levantar a interdição ou o embargo.

.....

..... ”

Redistribuição de aprovações burocráticas emitidas pelo extinto Ministério do Trabalho “Art. 167. O equipamento de proteção individual só poderá ser posto à venda ou utilizado com a indicação de certificado de conformidade emitido no âmbito do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Sinmetro ou de laudos de ensaio emitidos por laboratórios acreditados pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro, conforme o disposto em ato da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.”

“Art. 188. As caldeiras e os vasos de pressão serão periodicamente submetidos a inspeções de segurança, por engenheiro ou empresa especializada, em conformidade com as instruções normativas que, para esse fim, forem expedidas pelo Ministério da Economia.

.....

..... ”

Atualização do valor das multas “Art. 201. As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas com a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A

.....

..... ”

Trabalho aos sábados em bancos “Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica Federal, para aqueles que operam exclusivamente no caixa, será de até seis horas diárias, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana, podendo ser pactuada jornada superior, a qualquer tempo, nos termos do disposto no art. 58 desta Consolidação, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, hipóteses em que não se aplicará o disposto no § 2º.

.....

.....

§ 3º Para os demais empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica Federal, a jornada somente será considerada extraordinária após a oitava hora trabalhada.

§ 4º Na hipótese de decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção

prevista no § 2º, o valor devido relativo a horas extras e reflexos será integralmente deduzido ou compensado no valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado.”

Simplificação da legislação trabalhista em setores específicos “Art. 304.

.....
Parágrafo único. Para atender a motivos de força maior, poderá o empregado prestar serviços por mais tempo do que aquele permitido nesta Seção.”

“Art. 347. Aqueles que exercerem a profissão de químico sem ter preenchido as condições previstas no art. 325 incorrerão na multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 351. Os infratores dos dispositivos deste Capítulo incorrerão na multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 401. Pela infração de qualquer dispositivo deste Capítulo, será imposta ao empregador a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 434. Os infratores das disposições deste Capítulo ficam sujeitos à multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

Alimentação

“Art. 457.

.....
§ 5º O fornecimento de alimentação, seja *in natura* ou seja por meio de documentos de legitimação, tais como tíquetes, vales, cupons, cheques, cartões eletrônicos destinados à aquisição de refeições ou de gêneros alimentícios, não possui natureza salarial e nem é tributável para efeito da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários e •• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

tampouco integra a base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa física.”

“Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a habitação, o vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado, e, em nenhuma hipótese, será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

.....
.....”

Gorjetas

“Art. 457-A. A gorjeta não constitui receita própria dos empregadores, mas destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º Na hipótese de não existir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e de distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 2º e § 3º serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma prevista no art. 612.

§ 2º As empresas que cobrarem a gorjeta deverão inserir o seu valor correspondente em nota fiscal, além de: I – para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, a título de ressarcimento do valor de tributos pagos sobre o valor da gorjeta, cujo valor remanescente deverá 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 trinta e três por cento da arrecadação correspondente para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, derivados da sua integração à remuneração dos empregados, a título de ressarcimento do valor de tributos pagos sobre o valor da gorjeta, cujo valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e 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.

§ 3º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá os seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 2º.

§ 4º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referentes aos últimos doze meses.

§ 5º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata este artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, esta se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, exceto se estabelecido de forma diversa em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 6º Comprovado o descumprimento do disposto nos § 1º, § 3º, § 4º e § 6º, o empregador pagará ao empregado prejudicado, a título de pagamento de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta recebida pelo empregado por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese os princípios do contraditório e da ampla defesa.”

•• Sobre produção de efeitos, *vide* o art. 53, § 1.º, I, desta Medida Provisória.

“Art.

477.

§ 8º Sem prejuízo da aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A, a

inobservância ao disposto no § 6º sujeitará o infrator ao pagamento da multa em favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, exceto quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora.

.....”

“Art. 510. Às empresas que infringirem o disposto neste Título será aplicada a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 543.

.....”

§ 6º A empresa que, por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado ficará sujeita ao pagamento da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A, sem prejuízo da reparação a que o empregado tiver direito.”

“Art. 545.

.....”

Parágrafo único. O recolhimento à entidade sindical beneficiária do importe descontado deverá ser realizado até o décimo dia subsequente ao do desconto, sob pena de juros de mora no valor de dez por cento sobre o montante retido, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A e das cominações penais relativas à apropriação indébita.”

“Art. 553. As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas, segundo o seu caráter e a sua gravidade, com as seguintes penalidades: a) aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A;

.....”

f) aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A, aplicável ao associado que deixar de cumprir, sem causa justificada, o disposto no parágrafo único do art. 529.

.....”

“Art. 598. Sem prejuízo da ação criminal e das penalidades previstas no art. 553, as infrações ao disposto neste Título serão punidas com a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A.”

“TÍTULO VII DAS PENALIDADES E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I DA FISCALIZAÇÃO, DA AUTUAÇÃO E DA IMPOSIÇÃO DE MULTAS

Art. 626. Incumbe às autoridades competentes da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho

do Ministério da Economia a fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Parágrafo único. Compete exclusivamente aos Auditores Fiscais do Trabalho a fiscalização a que se refere este artigo, na forma estabelecida nas instruções normativas editadas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.”

“Art. 627. A fim de promover a instrução dos responsáveis no cumprimento das leis de proteção do trabalho, a fiscalização observará o critério de dupla visita nas seguintes hipóteses: I – quando ocorrer promulgação ou edição de novas leis, regulamentos ou instruções normativas, durante o prazo de cento e oitenta dias, contado da data de vigência das novas disposições normativas; II – quando se tratar de primeira inspeção em estabelecimentos ou locais de trabalho recentemente inaugurados, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de seu efetivo funcionamento; III – quando se tratar de microempresa, empresa de pequeno porte e estabelecimento ou local de trabalho com até vinte trabalhadores; IV – quando se tratar de infrações a preceitos legais ou a regulamentações sobre segurança e saúde do trabalhador de gradação leve, conforme regulamento editado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia; e V – quando se tratar de visitas técnicas de instrução previamente agendadas com a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

§ 1º O critério da dupla visita deverá ser aferido para cada item expressamente notificado por Auditor Fiscal do Trabalho em inspeção anterior, presencial ou remota, hipótese em que deverá haver, no mínimo, noventa dias entre as inspeções para que seja possível a emissão de auto de infração.

§ 2º O benefício da dupla visita não será aplicado para as infrações de falta de registro de empregado em Carteira de Trabalho e Previdência Social, atraso no pagamento de salário ou de FGTS, reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, nem nas hipóteses em que restar configurado acidente do trabalho fatal, trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.

§ 3º No caso de microempresa ou empresa de pequeno porte, o critério de dupla visita atenderá ao disposto no § 1º do art. 55 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

4º A inobservância ao critério de dupla visita implicará nulidade do auto de infração lavrado, independentemente da natureza principal ou acessória da obrigação.”

“Art. 627-A. Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, com o objetivo de fornecer orientações sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho e sobre a prevenção e o saneamento de infrações à legislação por meio de termo de compromisso, com eficácia de título executivo extrajudicial, na forma a ser disciplinada pelo Ministério da Economia.

§ 1º Os termos de ajustamento de conduta e os termos de compromisso em matéria trabalhista terão prazo máximo de dois anos, renovável por igual período desde que fundamentado por relatório técnico, e deverão ter suas penalidades atreladas aos valores das infrações contidas nesta Consolidação e em legislação esparsa trabalhista, hipótese em que caberá, em caso de descumprimento, a elevação das penalidades que forem infringidas três vezes.

§ 2º A empresa, em nenhuma hipótese, poderá ser obrigada a firmar dois acordos extrajudiciais, seja termo de compromisso, seja termo de ajustamento de conduta, seja outro instrumento equivalente, com base na mesma infração à legislação trabalhista.”

“Art. 627-B. O planejamento das ações de inspeção do trabalho deverá contemplar a elaboração de projetos especiais de fiscalização setorial para a prevenção de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e irregularidades trabalhistas a partir da análise dos dados de acidentalidade e adoecimento ocupacionais e do mercado de trabalho, conforme estabelecido em ato da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

§ 1º Caso detectados irregularidades reiteradas ou elevados níveis de acidentalidade ou adoecimentos ocupacionais em determinado setor econômico ou região geográfica, o planejamento da inspeção do trabalho deverá incluir ações coletivas de prevenção e saneamento das irregularidades, com a possibilidade de participação de outros órgãos públicos e entidades representativas de empregadores e de trabalhadores.

§ 2º Não caberá lavratura de auto de infração no âmbito das ações coletivas de prevenção previstas neste artigo.”

“Art. 628. Salvo quanto ao disposto nos art. 627, art. 627-A e art. 627-B, toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração.

§ 3º Comprovada má-fé do agente da inspeção, ele responderá por falta grave no cumprimento do dever e ficará passível, desde logo, à aplicação da pena de suspensão de até trinta dias, hipótese em que será instaurado, obrigatoriamente, inquérito administrativo em caso de reincidência.

.....
.....”

“Art. 628-A. Fica instituído o Domicílio Eletrônico Trabalhista, regulamentado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, destinado a: I – cientificar o empregador de quaisquer atos administrativos, ações fiscais, intimações e avisos em geral; e II – receber, por parte do empregador, documentação eletrônica exigida no curso das ações fiscais ou apresentação de defesa e recurso no âmbito de processos administrativos.

§ 1º As comunicações eletrônicas realizadas pelo Domicílio Eletrônico Trabalhista dispensam a sua publicação no Diário Oficial da União e o envio por via postal e são consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

§ 2º A ciência por meio do sistema de comunicação eletrônica, com utilização de certificação digital ou de código de acesso, possuirá os requisitos de validade.

§ 3º A utilização do sistema de comunicação eletrônica previsto no *caput* é obrigatória para todos os empregadores, conforme estabelecido em ato da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, garantidos prazos diferenciados para as microempresas e as empresas de pequeno porte.

§ 4º O empregador deverá consultar o sistema de comunicação eletrônica no prazo de até dez dias, contado da data de notificação por correio eletrônico cadastrado.

§ 5º Encerrado o prazo a que se refere o § 4º, considera-se automaticamente que a comunicação eletrônica foi realizada.

§ 6º A comunicação eletrônica a que se refere o *caput*, em relação ao empregador doméstico, ocorrerá por meio da utilização de sistema eletrônico na forma prevista pelo art. 32 da Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015.

§ 7º A comunicação eletrônica a que se refere o *caput* não afasta a possibilidade de utilização de outros meios legais de comunicação com o empregador a serem utilizados a critério da autoridade competente.”

“Art. 629. O auto de infração será lavrado no curso da ação fiscal, sendo uma via entregue ao infrator, preferencialmente, em meio eletrônico, pessoalmente, mediante recibo, ou, excepcionalmente, por via postal.

§ 1º O auto de infração não terá o seu valor probante condicionado à assinatura do infrator ou de testemunhas.

§ 2º Lavrado o auto de infração, não poderá ele ser inutilizado, nem susgado o curso do respectivo processo, devendo o Auditor Fiscal do Trabalho apresentá-lo à autoridade competente, mesmo se incidir em erro.

§ 3º O prazo para apresentação de defesa será de trinta dias, inclusive para a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as suas autarquias e fundações de direito público, contado da data de recebimento do auto de infração.

§ 4º O auto de infração será registrado em meio eletrônico pelo órgão fiscalizador, de modo a assegurar o controle de seu processamento.”

“Art. 630. Nenhum Auditor Fiscal do Trabalho poderá exercer as atribuições do seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, fornecida pela autoridade competente.

.....
.....

§ 3º Os Auditores Fiscais do Trabalho terão livre acesso a todas dependências dos estabelecimentos sujeitos à legislação trabalhista, hipótese em que as empresas, por meio de seus dirigentes ou prepostos, ficarão obrigadas a prestar-lhes os esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais e a exibirem, quando exigidos, quaisquer documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

§ 4º Os documentos sujeitos à inspeção poderão ser apresentados nos locais de trabalho ou, alternativamente, em meio eletrônico ou, ainda, em meio físico, em dia e hora previamente estabelecidos pelo Auditor Fiscal do Trabalho.

§ 4º-A. As ações de inspeção, exceto se houver disposição legal em contrário, que necessitem de atestados, certidões ou outros documentos comprobatórios do cumprimento de obrigações

trabalhistas que constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente nas bases geridas pela entidade responsável e não poderão exigí-los do empregador ou do empregado.

.....
.....
§ 8º As autoridades policiais, quando solicitadas, deverão prestar aos Auditores Fiscais do Trabalho a assistência de que necessitarem para o fiel cumprimento de suas atribuições legais.”

“Art. 631. Qualquer cidadão, entidade ou agente público poderá comunicar à autoridade trabalhista as infrações que verificar, devendo esta proceder às apurações necessárias.

.....
.....”

“Art. 632. O autuado poderá apresentar documentos e requerer a produção das provas que lhe parecerem necessárias à elucidação do processo, nos prazos destinados à defesa e ao recurso e caberá à autoridade competente julgar a pertinência e a necessidade de tais provas.

Parágrafo único. Fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a compor prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo federal, exceto se existir dúvida fundamentada quanto à sua autenticidade.”

“Art. 634. A imposição de aplicação de multas compete à autoridade regional em matéria de inspeção do trabalho, na forma prevista neste Título e conforme estabelecido em ato da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

§ 1º A análise de defesa administrativa observará o requisito de desterritorialização sempre que os meios técnicos permitirem, hipótese em que será vedada a análise de defesa cujo auto de infração tenha sido lavrado naquela mesma unidade federativa.

§ 2º Será adotado sistema de distribuição aleatória de processos para análise, decisão e imposição de multas, a ser instituído na forma prevista no ato Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia a que se refere o *caput*.”

“Art. 634-A. A aplicação das multas administrativas por infrações à legislação de proteção ao trabalho observará os seguintes critérios: I – para as infrações sujeitas a multa de natureza variável, observado o porte econômico do infrator, serão aplicados os seguintes valores: a) de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para as infrações de natureza leve; b) de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para as infrações de natureza média; c) de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para as infrações de natureza grave; e d) de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para as infrações de natureza gravíssima; e II – para as infrações sujeitas a multa de natureza *per capita*, observados o porte econômico do infrator e o número de empregados em situação irregular, serão aplicados os seguintes valores: a) de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para as infrações de natureza leve; b) de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), para as infrações de natureza média; c) de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito

mil reais), para as infrações de natureza grave; e d) de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para as infrações de natureza gravíssima.

§ 1º Para as empresas individuais, as microempresas, as empresas de pequeno porte, as empresas com até vinte trabalhadores e os empregadores domésticos, os valores das multas aplicadas serão reduzidos pela metade.

§ 2º A classificação das multas e o enquadramento por porte econômico do infrator e a natureza da infração serão definidos em ato do Poder Executivo federal.

§ 3º Os valores serão atualizados anualmente em 1º de fevereiro de cada ano pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCAE, ou por índice que venha substituí-lo, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

§ 4º Permanecerão inalterados os valores das multas até que seja publicado o regulamento de que trata o § 2º.”

“Art. 634-B. São consideradas circunstâncias agravantes para fins de aplicação das multas administrativas por infração à legislação trabalhista, conforme disposto em ato do Poder Executivo federal: I – reincidência;

II – resistência ou embaraço à fiscalização;

III – trabalho em condições análogas à de escravo; ou IV – acidente de trabalho fatal.

§ 1º Ressalvadas as disposições específicas estabelecidas em lei, a configuração de quaisquer das circunstâncias agravantes acarretará a aplicação em dobro das penalidades decorrentes da mesma ação fiscal, exceto na hipótese prevista no inciso I do *caput*, na qual será agravada somente a infração reincidida.

§ 2º Será considerado reincidente o infrator que for autuado em razão do descumprimento do mesmo dispositivo legal no prazo de até dois anos, contado da data da decisão definitiva de imposição da multa.”

“Art. 634-C. Sobre os valores das multas aplicadas não recolhidos no prazo legal incidirão juros e multa de mora nas formas previstas no art. 13 da Lei n. 9.065, de 20 de junho de 1995, e no art. 84 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995.”

“Art. 635. Caberá recurso, em segunda instância administrativa, de toda decisão que impuser a aplicação de multa por infração das leis e das disposições reguladoras do trabalho, para a unidade competente para o julgamento de recursos da Secretaria de Trabalho da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

§ 1º As decisões serão sempre fundamentadas e atenderão aos princípios da impessoalidade, da ampla defesa e do contraditório.

§ 2º A decisão de recursos em segunda e última instância administrativa poderá valer-se de conselho recursal paritário, tripartite, integrante da estrutura da Secretaria de Trabalho da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e dos Auditores Fiscais do Trabalho,

designados pelo Secretário Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, na forma e nos prazos estabelecidos em regulamento.”

“Art. 636. O prazo para interposição de recurso é de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação, inclusive para a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as suas autarquias e fundações de direito público.

§ 1º O recurso de que trata este Capítulo terá efeito devolutivo e suspensivo e será apresentado perante a autoridade que houver imposto a aplicação da multa, a quem competirá o juízo dos requisitos formais de admissibilidade e o encaminhamento à autoridade de instância superior.

§ 2º A notificação somente será realizada por meio de edital, publicada em Diário Oficial, quando o infrator estiver em lugar incerto e não sabido.

§ 3º A notificação de que trata este artigo estabelecerá igualmente o prazo de trinta dias, contado da data de seu recebimento ou publicação, para que o infrator recolha o valor da multa, sob pena de cobrança executiva.

§ 4º O valor da multa será reduzido em trinta por cento se o infrator, renunciando ao direito de interposição de recurso, recolhê-la à Conta Única do Tesouro Nacional, no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação postal ou eletrônica ou da publicação do edital.

§ 5º O valor da multa será reduzido em cinquenta por cento se o infrator, sendo microempresa, empresa de pequeno porte e estabelecimento ou local de trabalho com até vinte trabalhadores renunciando ao direito de interposição de recurso, recolhê-la ao Tesouro Nacional dentro do prazo de trinta dias, contado da data do recebimento da notificação postal, eletrônica, ou da publicação do edital.

§ 6º A guia para recolhimento do valor da multa será expedida e conferida eletronicamente para fins de concessão do desconto, verificação do valor pago e arquivamento do processo.

..... ”

“Art. 637-A. Instituído o conselho na forma prevista no § 2º do art. 635, caberá pedido de uniformização de jurisprudência no prazo de quinze dias, contado da data de ciência do acórdão ao interessado, de decisão que der à lei interpretação divergente daquela que lhe tenha dado outra câmara, turma ou órgão similar.”

“Art. 638. São definitivas as decisões de:

I – primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto; e II – segunda instância, ressalvada a hipótese prevista no art. 637-A.”

“Art. 641. Na hipótese de o infrator não comparecer ou não depositar a importância da multa ou da penalidade, o processo será encaminhado para o órgão responsável pela inscrição em dívida ativa da União e cobrança executiva.”

“Art. 642. A cobrança judicial das multas impostas pelas autoridades regionais em matéria de inspeção do trabalho obedecerá ao disposto na legislação aplicável à cobrança da dívida ativa da

União.

.....”

“Art. 722.

.....”
a) multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A;

.....”

“Art. 729. Ao empregador que deixar de cumprir decisão transitada em julgado sobre a readmissão ou a reintegração de empregado, além do pagamento dos salários devido ao referido empregado, será aplicada multa de natureza leve, prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 730. Àqueles que se recusarem a depor como testemunhas, sem motivo justificado, será aplicada a multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 733. As infrações ao disposto neste Título para as quais não haja penalidade cominada serão punidas com a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A.”

“Art. 879.

.....”
§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela variação do IPCA-E, ou por índice que venha substituí-lo, calculado pelo IBGE, que deverá ser aplicado de forma uniforme por todo o prazo decorrido entre a condenação e o cumprimento da sentença.”

“Art. 883. Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora equivalentes aos aplicados à caderneta de poupança, sendo estes, em qualquer caso, devidos somente a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.”

Descanso semanal

Art. 29. A Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º Todo empregado tem direito a um descanso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas”.

Harmonização de multas trabalhistas constantes de legislações esparsas “Art. 12. As infrações ao disposto nesta Lei serão punidas com a aplicação da multa administrativa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943.”

Art. 30. A Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 3º Acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, as infrações ao disposto:

.....
.....”

“Art. 4º O salário pago fora dos prazos previstos em lei, acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas sujeitará o infrator à aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1943, exceto por motivo de força maior, observado o disposto no art. 501 da referida Consolidação.”

Art. 31. A Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 10. A ausência da comunicação a que se refere o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo estabelecido, acarretará a aplicação automática da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 32. A Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 7º O descumprimento do disposto nos art. 3º e art. 4º desta Lei pelo empregador acarretará a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, por trabalhador contratado nos moldes do art. 1º desta Lei, que se constituirá receita adicional do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, de que trata a Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990”.

Art. 33. A Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 18. As infrações aos dispositivos desta Lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto na hipótese do art. 13 desta Lei, em que será aplicada a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da referida Consolidação.

.....
.....

§ 3º A fiscalização do Ministério da Economia exigirá dos empregadores rurais ou produtores equiparados a comprovação do recolhimento da Contribuição Sindical Rural das categorias

econômica e profissional, observada a exigência da autorização prévia e expressa de que trata o art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943”.

Art. 34. A Lei n. 12.023, de 27 de agosto de 2009, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 10. A inobservância dos deveres estipulados nos art. 5º e art. 6º sujeita os respectivos infratores à aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

.....”

Art. 35. A Lei n. 6.615, de 16 de dezembro de 1978, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 27 As infrações ao disposto nesta Lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 36. A Lei n. 6.533, de 24 de maio de 1978, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 33. As infrações ao disposto nesta Lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 37. A Lei n. 3.857, de 22 de dezembro de 1960, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 56. A infração aos dispositivos desta Lei acarreta a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 38. O Decreto-lei n. 972, de 17 de outubro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 13. A fiscalização do cumprimento das disposições deste Decreto-lei será feita na forma prevista nos art. 626 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as infrações às disposições acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da referida Consolidação.

.....”

Art. 39. A Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 16. As infrações ao disposto nesta Lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 40. A Lei n. 6.224, de 14 de julho de 1975, passa a vigorar com as seguintes alterações:
“Art. 4º As infrações às disposições desta Lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

Art. 41. O Decreto-lei n. 806, de 4 de setembro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 10. As infrações às disposições deste Decreto-lei acarretarão a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho,

aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

.....”

Art. 42. A Lei nº 2.690, de 19 de julho de 2012, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.

17

.....”
§ 1º A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa prevista no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

.....”

Art. 43. A Lei n. 7.998, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 4-B. Sobre os valores pagos ao beneficiário do seguro-desemprego será descontada a respectiva contribuição previdenciária e o período será computado para efeito de concessão de benefícios previdenciários”.

“Art. 9º-A. O abono será pago por meio de instituições financeiras, mediante:

.....”

“Art. 15. Os pagamentos dos benefícios do Programa Seguro-Desemprego e do abono salarial serão realizados por meio de instituições financeiras, conforme regulamento editado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

.....”

“Art. 25. As infrações às disposições desta Lei pelo empregador acarretam a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.”

Art. 44. A Lei n. 9.719, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10. As infrações às disposições desta Lei acarretam a aplicação da multa prevista: I – no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, na hipótese de infração ao disposto no *caput* do art. 7º e no art. 9º; e III – no inciso II do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, na hipótese de infração ao disposto no parágrafo único do art. 7º e nos demais artigos.

Parágrafo único. As multas de que tratam este artigo serão aplicadas sem prejuízo das penalidades previstas na legislação previdenciária”.

Art. 45. A Lei n. 13.475, de 28 de agosto de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 77. Sem prejuízo do disposto no Capítulo III do Título IX da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, as infrações às disposições desta Lei acarreta a aplicação da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

.....
.....”

Art. 46. A Lei n. 8.036, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 23

.....
§ 2º A inobservância ao disposto no § 1º sujeitará o infrator às seguintes multas: a) nos casos dos incisos II e III do § 1º, o pagamento da multa prevista no inciso I do *caput* do art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; b) nos casos dos incisos I, IV e V do § 1º, o pagamento de multa no valor de 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito lançado; e c) no caso do inciso VI do § 1º, o pagamento de multa no valor de R\$100,00 (cem reais) a R\$300,00 (trezentos reais) por trabalhador prejudicado.

.....
.....
§ 4º Sobre os valores das multas não recolhidas no prazo legal incidirão juros e multa de mora nas formas previstas no art. 13 da Lei n. 9.065, de 20 de junho de 1995, e no art. 84, da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

.....
.....
§ 8º As penas previstas no § 2º serão reduzidas pela metade, quando o infrator for empregador doméstico, microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 9º Não serão objeto de sanção as infrações previstas nos incisos I, IV, V e VI do §1º, na hipótese de o empregador ou responsável, anteriormente ao início do procedimento administrativo ou da medida de fiscalização: I – proceder ao recolhimento integral dos débitos, com os acréscimos legais; II – formalizar termo de parcelamento junto à Secretaria do Trabalho da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, no exercício da competência prevista no inciso IV do *caput* do art. 23-B desta Lei; ou III – apresentar as informações de que trata o art. 17-A desta Lei, via sistema de escrituração digital, ainda que fora do prazo legal.

§ 10. Na hipótese prevista nos incisos I e II do § 2º, será aplicada a multa pela metade, mediante quitação do débito ou do parcelamento deferido na forma do inciso V do *caput* do art. 23-B, no curso de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionada com a infração.

§ 11. Os valores expressos em moeda corrente na alínea ‘c’ do § 2º serão reajustados anualmente, em 1º de fevereiro, de acordo com Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, acumulado no ano imediatamente anterior ou de acordo com outro índice que vier a

substituí-lo.

§ 12. Os sujeitos passivos de que trata o § 8º que incorrerem nas condutas expressas no § 3º, perderão o direito à regra atenuante prevista, sem prejuízo da aplicação das agravantes.

§ 13. Na hipótese de constatação de celebração de contratos de trabalho sem a devida formalização ou que incorram na hipótese prevista no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, a autoridade fiscal competente efetuará o lançamento dos créditos de FGTS e da Contribuição Social instituída pela Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, decorrentes dos fatos geradores apurados”.

Juros em débitos trabalhistas Art. 47. A Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador ou pelo empregado, nos termos previstos em lei, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa ou cláusula contratual, sofrerão juros de mora equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, no período compreendido entre o mês subsequente ao vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos celebrados em ação trabalhista não pagos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação serão acrescidos de juros de mora equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, a partir da data do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

.....
.....”

Participação nos lucros e prêmios Art. 48. A Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 2º

.....
I – comissão paritária escolhida pelas partes;

.....
§ 3º-A. A não equiparação de que trata o inciso II do § 3º não é aplicável às hipóteses em que tenham sido utilizados índices de produtividade ou qualidade ou programas de metas, resultados e prazos.

.....
§ 5º As partes podem: I – adotar os procedimentos de negociação estabelecidos nos incisos I e II do caput e no § 10º simultaneamente; e II – estabelecer múltiplos programas de participação nos lucros ou nos resultados, observada a periodicidade estabelecida pelo § 1º do art. 3º.

§ 6º Na fixação dos direitos substantivos e das regras adjetivas, inclusive no que se refere à fixação dos valores e à utilização exclusiva de metas individuais, a autonomia da vontade das

partes contratantes será respeitada e prevalecerá em face do interesse de terceiros.

§ 7º Consideram-se previamente estabelecidas as regras fixadas em instrumento assinado: I – anteriormente ao pagamento da antecipação, quando prevista; e II – com antecedência de, no mínimo, noventa dias da data do pagamento da parcela única ou da parcela final, caso haja pagamento de antecipação.

§ 8º A inobservância à periodicidade estabelecida no § 2º do art. 3º macula exclusivamente os pagamentos feitos em desacordo com a norma, assim entendidos: I – os pagamentos excedentes ao segundo, feitos a um mesmo empregado, dentro do mesmo ano civil; e II – os pagamentos efetuados a um mesmo empregado, em periodicidade inferior a um trimestre civil do pagamento anterior.

§ 9º Na hipótese do inciso II do § 8º, mantêm-se a higidez dos demais pagamentos.

§ 10. A participação nos lucros ou nos resultados de que trata esta Lei poderá ser fixada diretamente com o empregado de que trata o parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943”.

“Art. 5º-A. São válidos os prêmios de que tratam os § 2º e § 4º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943, e a alínea ‘z’ do § 9º do art. 28 desta Lei, independentemente da forma de seu pagamento e do meio utilizado para a sua fixação, inclusive por ato unilateral do empregador, ajuste deste com o empregado ou grupo de empregados, bem como por norma coletiva, inclusive quando pagos por fundações e associações, desde que sejam observados os seguintes requisitos: I – sejam pagos, exclusivamente, a empregados, de forma individual ou coletiva; II – decorram de desempenho superior ao ordinariamente esperado, avaliado discricionariamente pelo empregador, desde que o desempenho ordinário tenha sido previamente definido; III – o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores seja limitado a quatro vezes no mesmo ano civil e, no máximo, de um no mesmo trimestre civil; IV – as regras para a percepção do prêmio devem ser estabelecidas previamente ao pagamento; e V – as regras que disciplinam o pagamento do prêmio devem permanecer arquivadas por qualquer meio, pelo prazo de seis anos, contado da data de pagamento.”

CAPÍTULO VI DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 49. A Lei n. 8.212, de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 12.

.....
§ 16. O beneficiário do Seguro-Desemprego concedido nos termos do disposto na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e na Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, é segurado obrigatório da previdência social durante os meses de percepção do benefício”.

“Art.

28.
.....

.....
 ..
 a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, exceto o salário-maternidade e o Seguro-Desemprego concedidos na forma da Lei n. 7.998, de 1990, e da Lei n. 10.779, de 2003;

.....
 § 12. Considera-se salário de contribuição a parcela mensal do Seguro- Desemprego, de que trata a Lei nº 7.998, de 1990, e a Lei nº 10.779, de 2003.”

“Art. 30.

.....
 XIV – a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia fica obrigada a reter as contribuições dos beneficiários do Seguro-Desemprego de que trata a Lei nº 7.998, de 1990, e a Lei nº 10.779, de 2003, e recolhê-las ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social.

..... ”

Art. 50. A Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 11.

.....
 § 14. O beneficiário do Seguro-Desemprego concedido nos termos do disposto na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e da Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, é segurado obrigatório da previdência social, durante os meses de percepção do benefício”.

“Art. 15.

.....
 II – até doze meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, que estiver suspenso ou licenciado sem remuneração ou que deixar de receber o benefício do Seguro-Desemprego;

..... ”

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme situações discriminadas no regulamento.

§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do benefício de aposentadoria por invalidez a que o segurado teria direito e será devido somente enquanto persistirem as condições de que trata o *caput*.

§ 1º-A. Na hipótese de manutenção das condições que ensejaram o reconhecimento do auxílio-acidente, o auxílio será devido até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

.....

.....

§ 6º As sequelas a que se refere o *caput* serão especificadas em lista elaborada e atualizada a cada três anos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, de acordo com critérios técnicos e científicos.”

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 51. Ficam revogados:

I – os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1943: a) o § 1º do art. 47; b) o parágrafo único do art. 68;

c) o parágrafo único do art. 75;

d) o parágrafo único do art. 153;

e) o inciso III do *caput* do art. 155; f) o art. 159;

g) o art. 160;

h) o § 3º do art. 188; i) o § 2º do art. 227; j) o art. 313;

k) o art. 319;

l) o art. 326;

m) o art. 327;

n) o parágrafo único do art. 328;

o) o art. 329;

p) o art. 330;

q) o art. 333;

r) o art. 345;

s) a alínea “c” do *caput* do art. 346; t) o parágrafo único do art. 351;

u) o art. 360;

v) o art. 361;

w) o art. 385;

x) o art. 386;

y) os § 1º e § 2º do art. 401; z) o art. 435;

aa) o art. 438;

ab) o art. 557;

ac) o parágrafo único do art. 598;

ad) as alíneas “a” e “b” do *caput* do art. 627; ae) os § 1º e § 2º do art. 628; af) o parágrafo único do art. 635;

ag) o art. 639;

ah) o art. 640;

ai) o art. 726;

aj) o art. 727; e

ak) os § 1º e § 2º do art. 729; II – os art. 8º ao art. 10 da Lei n. 605, de 1949; III – a Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964; IV – os seguintes dispositivos do Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966: a) a alínea “e” do *caput* do art. 8º; b) o inciso XII do *caput* do art. 32; c) o inciso VIII do *caput* do art. 34; d) os art. 122 ao art. 125;

e) o art. 127; e

f) o art. 128;

V – os art. 8º ao art. 10 da Lei n. 4.680, de 1965; VI – os seguintes dispositivos do Decreto-lei n. 806, de 1969: a) os art. 2º ao art. 4º; e b) o § 2º do art. 10; VII – os seguintes dispositivos do Decreto-lei n. 972, de 1969: a) o art. 4º;

b) o art. 5º;

c) o art. 8º; e

d) os art. 10 ao art. 12;

VIII – a Lei n. 6.242, de 23 de setembro de 1975; IX – o art. 4º da Lei n. 6.546, de 4 de julho de 1978; X – os seguintes dispositivos da Lei n. 6.615, de 1978: a) os art. 6º ao art. 8º; b) o art. 10;

c) o art. 21;

d) o parágrafo único do art. 27;

e) o art. 29; e

f) o art. 31;

XI – o art. 57 da Lei n. 3.857, de 1960;

XII – a Lei n. 4.178, de 11 de dezembro de 1962; XIII – os seguintes dispositivos da Lei n. 4.739, de 15 de julho de 1965: a) os § 1º e § 2º do art. 2º; b) o art. 3º; e

c) o art. 4º;

XIV – o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 4.923, de 1965; XV – o art. 6º da Lei n. 6.888, de 10 de dezembro de 1980; XVI – o art. 6º da Lei n. 7.377, de 30 de setembro de 1985; XVII – o inciso IV do *caput* do art. 3º da Lei n. 7.855, de 1989; XVIII – o § 1º do art. 9º-A da Lei n. 7.998, de 1990; XIX – os seguintes dispositivos da Lei n. 8.213, de 1991: a) a alínea “b” do

inciso III do *caput* do art. 18; b) a alínea “d” do inciso IV do *caput* do art. 21; e c) o art. 91;

XX – o inciso II do *caput* do art. 10 da Lei n. 9.719, de 1998; XXI – os art. 6º ao art. 6º-B da Lei n. 10.101, de 2000; XXII – o art. 20-A da Lei n. 10.855, de 1º de abril de 2004; XXIII – o inciso II do *caput* do art. 2º da Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009; e XIV – os seguintes dispositivos da Lei n. 13.636, de 2018: a) o § 4º do art. 1º, e b) os incisos I ao XV do § 1º do art. 7º.

Art. 52. Ressalvado o disposto no Capítulo I, as disposições desta Medida Provisória aplicam-se, integralmente, aos contratos de trabalho vigentes.

Art. 53. Esta Medida Provisória entra em vigor: I – noventa dias após a data de sua publicação, quanto às alterações promovidas pelo art. 28 nos art. 161, art. 634 e art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943; II – no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação desta Medida Provisória, quanto à inclusão do art. 4º-B na Lei nº 7.998, de 1990, promovida pelo art. 43; e III – na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.

§ 1º Esta Medida Provisória produzirá efeitos: I – quanto ao disposto no art. 9º, no art. 12, no art. 19, no art. 20, no art. 21, no art. 25, no art. 26, no art. 28 na parte em que altera o art. 457 e o art. 457-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, no art. 48 na parte em que altera o art. 2º da Lei nº 10.101, de 2000, somente quando atestado, por ato do Ministro de Estado da Economia, a compatibilidade com as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias e o atendimento ao disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e aos dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias relacionados com a matéria; II – quanto ao art. 24, em 1º de janeiro de 2020; e III – quanto aos demais dispositivos, nas datas estabelecidas no *caput*.

§ 2º As disposições desta Medida Provisória que vinculem receita, concedam, ampliem ou renovem benefícios de natureza tributária deverão respeitar o prazo de, no máximo, cinco anos de vigência, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória.

Brasília, 11 de novembro de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

- ¹ Aos que quiserem aprofundar o estudo, sugiro a leitura da obra *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*, dos autores Irany Ferrari, Amauri Mascaro Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins Filho, da Editora LTr.
- ² OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 1997. p. 45.
- ³ MARTINS FILHO, I. G.; FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M. *História do trabalho: do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 158.
- ⁴ Idem, *ibidem*, p. 165.
- ⁵ Idem, *ibidem*, p. 166-168.
- ⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.
- ⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.
- ⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: Ltr, 2017, p. 23.
- ⁹ MARTINS FILHO, I. G.; FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M. *Op. cit.*, p. 168.
- ¹⁰ *Ibidem*, p. 33.
- ¹¹ *Ibid.*, p. 162.
- ¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 338-339.
- ¹³ *Op. cit.*, p. 174.
- ¹⁴ *Op. cit.*, p. 339-340.
- ¹⁵ Idem, p. 340.
- ¹⁶ Idem, p. 341-342.
- ¹⁷ *Op. cit.*, p. 646.
- ¹⁸ *Op. cit.*, p. 348-354.
- ¹⁹ *Op. cit.*, p. 209-213.
- ²⁰ *Op. cit.*, p. 345.
- ²¹ Idem, p. 346-347.
- ²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 636.
- ²³ ALEMÃO, Ivan. Relação de emprego: policial militar e civil. *Revista Síntese Trabalhista* n. 119, São Paulo, maio/1999, p. 33.
- ²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 637.
- ²⁵ *Op. cit.*, p. 333-334.
- ²⁶ Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6221>.
- ²⁷ CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 661.
- ²⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 2. ed. rev. Salvador: JusPodivm,

- 2017, p. 96.
- ²⁹ Op. cit., p. 435.
- ³⁰ Este valor é o considerado à época da entrada em vigor da lei: 11-11-2017.
- ³¹ Op. cit., p. 435-436.
- ³² Op. cit., p. 400-401.
- ³³ Op. cit., p. 435-436.
- ³⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.
- ³⁵ Op. cit., p. 435-436.
- ³⁶ Op. cit., p. 436.
- ³⁷ Op. cit., p. 400-401.
- ³⁸ Op. cit., p. 401-402.
- ³⁹ Fonte: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).
- ⁴⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 105.
- ⁴¹ Op. cit., p. 657.
- ⁴² Idem, p. 658.
- ⁴³ CALVO, Adriana. *Diretor de sociedade anônima: patrão-empregado?* São Paulo: LTr, 2006.
- ⁴⁴ O artigo pode ser encontrado no site www.calvo.pro.br ou disponível em: <[http://jusvi.com/ autores/477](http://jusvi.com/autores/477)>.
- ⁴⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-46.
- ⁴⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 359.
- ⁴⁷ Op. cit., p. 227.
- ⁴⁸ Op. cit., p. 44.
- ⁴⁹ Op. cit., p. 443.
- ⁵⁰ Op. cit., p. 223.
- ⁵¹ Op. cit., p. 446-447.
- ⁵² Op. cit., p. 265.
- ⁵³ Idem, p. 247.
- ⁵⁴ Idem, p. 222.
- ⁵⁵ Op. cit., p. 455-456.
- ⁵⁶ As alíquotas de IR e INSS têm como referência o mês de outubro de 2015.
- ⁵⁷ Op. cit., p. 274.
- ⁵⁸ Op. cit., p. 678.
- ⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.
- ⁶⁰ GALDINO, Dirceu; LOPES, Aparecido Domingos Errerias. *Manual do direito do trabalho*

rural. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 493.

- ⁶¹ SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da. *Direito do trabalho rural*. Coord. Francisco Alberto da Motta, Melcíades Rodrigues Martins e Tarcio José Vidotti. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 366.
- ⁶² Op. cit., p. 678-679.
- ⁶³ Op. cit., p. 163.
- ⁶⁴ Op. cit., p. 644.
- ⁶⁵ Op. cit., p. 343.
- ⁶⁶ Op. cit., p. 343.
- ⁶⁷ Op. cit., p. 344.
- ⁶⁸ Op. cit., p. 332.
- ⁶⁹ O art. 452-B perdeu a validade com o fim da vigência da MP n. 808/2017 em 23-4-2018.
- ⁷⁰ *O avulso não portuário e intermediação do sindicato*. Disponível em: <<http://trabalhoavulso.com.br/Pareceres/amaurimascaro.htm>>. Acesso em: 1º ago. 2011.
- ⁷¹ Op. cit., p. 404-405.
- ⁷² VILHENA, Paulo Ribeiro Emílio de. *Relação de emprego, estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 386.
- ⁷³ RODRIGUES, Aluísio. *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. Coord. José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995, p. 100-101.
- ⁷⁴ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O trabalhador avulso movimentador de mercadorias e a Lei n. 12.023/2009. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2253, 1º set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13425>>. Acesso em: 27 jul. 2012.
- ⁷⁵ BASÍLIO, Paulo Sérgio. O Trabalhador Avulso Urbano e Rural – Primeiras Linhas sobre a Lei n. 12.023/2009. *Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária* n. 245 – nov./2009, p. 18-41.
- ⁷⁶ Op. cit., p. 410-412.
- ⁷⁷ Op. cit., p. 413.
- ⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de (Trabalho Voluntário e Trabalho Religioso). *Revista do TST*, Brasília, v. 66, jan.-mar., 2000, p. 100-101.
- ⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Trabalho Voluntário e Trabalho Religioso. *Revista do TST*, Brasília, v. 66, jan.-mar., 2000, p. 100.
- ⁸⁰ *Ibid.*, p. 295.
- ⁸¹ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 305.
- ⁸² *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 297.
- ⁸³ Op. cit., p. 434.
- ⁸⁴ Op. cit., p. 309.
- ⁸⁵ O trabalho temporário, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/25/trabalho-temporario-reforma-trabalhista/>>. Acesso em:

23 dez. 2017.

⁸⁶ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 297.

⁸⁷ *Idem*, p. 297.

⁸⁸ *Idem*, p. 299.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 568.

⁹⁰ *Idem*, p. 436-437.

⁹¹ *Idem*, p. 537.

⁹² *Idem*, p. 537-538.

⁹³ *Idem*, p. 446-447.

⁹⁴ Fonte: *site* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

⁹⁵ Referido decreto abrange apenas o Poder Executivo, já que se trata de ato administrativo e, assim, só tem sua eficácia em relação àqueles órgãos submetidos ao poder hierárquico da autoridade que expediu o ato, não se aplicando aos demais poderes.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 80.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 90.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 444.

⁹⁹ Fonte: *site* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 211-212.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 213.

¹⁰² CASSAR, Volia Bomfim. *Curso de direito do trabalho*, 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 428-429.

¹⁰³ *Op. cit.*, *Comentários a reforma trabalhista*, p. 101.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, *Comentários a reforma trabalhista*, p. 101-102.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 432-433.

¹⁰⁶ Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*, 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 23-25.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 448.

¹⁰⁹ “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

¹¹⁰ “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 221.

¹¹² *Op. cit.*, p. 226.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 227.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 228.

- ¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 610.
- ¹¹⁶ Op. cit., p. 625.
- ¹¹⁷ Op. cit, p. 624-625.
- ¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 624.
- ¹¹⁹ Ibid., p. 358-359.
- ¹²⁰ Ibid., p. 362.
- ¹²¹ Idem, ibidem, p. 362-363.
- ¹²² Ibid., p. 358-359.
- ¹²³ Idem, ibidem, p. 361.
- ¹²⁴ Ibid., p. 359.
- ¹²⁵ Idem, ibidem, p. 359-360.
- ¹²⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 402-404.
- ¹²⁷ Ibid., p. 360-361.
- ¹²⁸ Op. cit., p. 361-362.
- ¹²⁹ Ibid., p. 362.
- ¹³⁰ Ibid., p. 364-367.
- ¹³¹ Ibid., p. 367-368.
- ¹³² Apud MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, v. II, p. 20.
- ¹³³ Op. cit., p. 20.
- ¹³⁴ Op. cit., p. 365-366.
- ¹³⁵ Idem, p. 367.
- ¹³⁶ Idem, p. 358.
- ¹³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 976.
- ¹³⁸ Op. cit., p. 643.
- ¹³⁹ Op. cit, p. 976.
- ¹⁴⁰ Op. cit., p. 643.
- ¹⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr: 2017, p. 319.
- ¹⁴² Op. cit., p. 648.
- ¹⁴³ Op. cit., p. 320.
- ¹⁴⁴ Op. et loc. cit., p. 517.
- ¹⁴⁵ Op. et loc. cit., p. 320.
- ¹⁴⁶ Op. cit., p. 982.

- ¹⁴⁷ Op. cit., p. 983.
- ¹⁴⁸ Ibid., p. 649.
- ¹⁴⁹ Idem, p. 671.
- ¹⁵⁰ Op. cit., p. 872.
- ¹⁵¹ Op. cit., p. 321.
- ¹⁵² Idem, p. 324.
- ¹⁵³ Ibid., p. 674.
- ¹⁵⁴ Op. cit., p. 675.
- ¹⁵⁵ Op. cit., p. 321-322.
- ¹⁵⁶ Op. cit., p. 874.
- ¹⁵⁷ Op. cit., p. 323.
- ¹⁵⁸ Op. cit., p. 876.
- ¹⁵⁹ Op. cit., p. 545.
- ¹⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 977.
- ¹⁶¹ Op. cit., p. 689-690.
- ¹⁶² Idem, p. 693.
- ¹⁶³ Op. cit., p. 983.
- ¹⁶⁴ Idem, p. 983.
- ¹⁶⁵ Op. cit., p. 528.
- ¹⁶⁶ Idem, p. 652-653.
- ¹⁶⁷ Idem, p. 654.
- ¹⁶⁸ Idem, p. 658-659.
- ¹⁶⁹ Idem, p. 655.
- ¹⁷⁰ Idem, p. 655.
- ¹⁷¹ Idem, p. 655-656.

- ¹⁷² DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- ¹⁷³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 309.
- ¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.
- ¹⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1203.
- ¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 1090.
- ¹⁷⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 969.
- ¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 556.
- ¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 1199-1200.
- ¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 1200.
- ¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 1200-1201.
- ¹⁸² *Ibid.*, p. 1103.
- ¹⁸³ Idem, p. 1104.
- ¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1208-1209.
- ¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 982.
- ¹⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 532
- ¹⁸⁷ MARANHÃO, Délio *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2, p. 554.
- ¹⁸⁸ Viana, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 214-215.
- ¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 556.
- ¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 1203-1204.
- ¹⁹¹ *Op. cit.*, ed. de 1993, p. 90.
- ¹⁹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 966-967.
- ¹⁹³ Viana, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.
- ¹⁹⁴ Idem.
- ¹⁹⁵ Idem.
- ¹⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 963.
- ¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 981.
- ¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 79.
- ¹⁹⁹ Idem.
- ²⁰⁰ *Ibid.*, p. 556.
- ²⁰¹ *Op. cit.*, p. 1213.
- ²⁰² *Op. cit.*, p. 1213-1214.

- ²⁰³ Ibid., p. 1215.
- ²⁰⁴ Ibid., p. 1220.
- ²⁰⁵ Ibid., p. 1219.
- ²⁰⁶ Ibid., p. 1220.
- ²⁰⁷ Ibid., p. 1220.
- ²⁰⁸ Ibid., p. 557.
- ²⁰⁹ Ibid, p. 557.
- ²¹⁰ Ibid., p. 1220.
- ²¹¹ Ibid, p. 558
- ²¹² Ibid., p. 1220-1221.
- ²¹³ Ibid., p. 1223.
- ²¹⁴ Idem, p. 557.
- ²¹⁵ Op. cit. p. 977-978.
- ²¹⁶ Ibid., p. 1223.
- ²¹⁷ Ibid., p. 557.
- ²¹⁸ Idem, p. 558-559.
- ²¹⁹ Dallegrave é Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, advogado membro do IAB e da Academia Nacional de Direito do Trabalho e professor de Direito da FIC.
- ²²⁰ Disponível em: <www.apej.com.br/doutrinasselecionadas>.
- ²²¹ *Indenização por acúmulo ou desvio funcional.* Disponível em: <www.apej.com.br/doutrinasselecionadas>.
- ²²² Ibid., p. 978-979.
- ²²³ Ibid., p. 1236.
- ²²⁴ Ibid., p. 1236-1237.
- ²²⁵ Ibid., p. 1237-1238.
- ²²⁶ Ibid., p. 561.
- ²²⁷ Disponível em: <<http://www.megajuridico.com/novidades-do-ppe-da-mp-680-a-recente-lei-13189/>>.
- ²²⁸ Ibid., p. 564.
- ²²⁹ Ibid., p. 1246-1247.

- ²³⁰ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ²³¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 567.
- ²³² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 327-328.
- ²³³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 938.
- ²³⁴ Op. cit., p. 328-329.
- ²³⁵ Op. cit., p. 1270.
- ²³⁶ Op. cit., p. 568.
- ²³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1109.
- ²³⁸ Op. cit., p. 938.
- ²³⁹ Op. cit., p. 1039.
- ²⁴⁰ Op. cit., p. 568.
- ²⁴¹ Op. cit., p. 337.
- ²⁴² Op. cit., p. 953.
- ²⁴³ Op. cit., p. 938.
- ²⁴⁴ Op. cit., p. 332.
- ²⁴⁵ Op. cit., p. 937-938.
- ²⁴⁶ Op. cit., p. 332.
- ²⁴⁷ Op. cit., p. 943.
- ²⁴⁸ Op. cit., p. 942.
- ²⁴⁹ Op. cit., p. 1100.
- ²⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 35. ed. São PAULO: Saraiva Educação, 2019. p. 550.
- ²⁵¹ Idem, p. 552.
- ²⁵² Op. cit., p. 338.
- ²⁵³ Idem, p. 339.
- ²⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 342.
- ²⁵⁵ Disponível em: <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00_suspensao_contrato_trabalho_qualific_profissional.php#_ftn1>. Acesso em: 1º mar. 2011.
- ²⁵⁶ Op. cit., p. **204**.
- ²⁵⁷ Idem.
- ²⁵⁸ Op. cit., p. 205-206.
- ²⁵⁹ Idem, p. 207.
- ²⁶⁰ Op. cit., p. 576.

- ²⁶¹ Op. cit., p. 1274.
- ²⁶² Op. cit., p. 952.
- ²⁶³ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329.
- ²⁶⁴ Op. cit., p. 1276.
- ²⁶⁵ Op. cit., p. 576.
- ²⁶⁶ Op. cit., p. 942.
- ²⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 570.
- ²⁶⁸ Op. cit., p. 573.
- ²⁶⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 493.
- ²⁷⁰ Op. cit., p. 1112.
- ²⁷¹ Op. cit., p. 947.
- ²⁷² MAGANO, Octávio Bueno. *Manual e direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2, p. 316.
- ²⁷³ *Direito do trabalho*, cit., p. 569.
- ²⁷⁴ Op. cit., p. 249.
- ²⁷⁵ Op. cit., p. 1277.
- ²⁷⁶ Idem, p. 1280.
- ²⁷⁷ Op. cit., p. 573.

- ²⁷⁸ Op. cit, p. 1336.
- ²⁷⁹ 1968:13.
- ²⁸⁰ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 320.
- ²⁸¹ 1991:398-399.
- ²⁸² 1992 v.1:526.
- ²⁸³ Op. cit., p. 1072.
- ²⁸⁴ Ibid., p. 620.
- ²⁸⁵ Op. cit., p. 1400.
- ²⁸⁶ Ibid., p. 447.
- ²⁸⁷ Op. cit., p. 1123.
- ²⁸⁸ Idem.
- ²⁸⁹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159.
- ²⁹⁰ Op. cit., p. 1125.
- ²⁹¹ Op. cit., p. 625.
- ²⁹² Op. cit., p. 1488.
- ²⁹³ Idem.
- ²⁹⁴ Op. cit., p. 632.
- ²⁹⁵ Idem.
- ²⁹⁶ Op. cit, p. 61.
- ²⁹⁷ Op. cit, p. 61-62.
- ²⁹⁸ ALMEIDA, Renato Rua de. *Proteção contra a despedida arbitrária*. Disponível em: <www.calvo.pro.br/renato_rua_almeida>.
- ²⁹⁹ *Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?* Disponível em: <www.calvo.pro.br/renato_rua_almeida>.
- ³⁰⁰ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/trt-impede-demissao-massa-professores-universitarios>>. Acesso em 02 fev.2018.
- ³⁰¹ Op. cit., p. 644.
- ³⁰² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 1130.
- ³⁰³ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/4784042>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- ³⁰⁴ GIGLIO, Wagner D. *Justa causa para despedimento do empregado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.
- ³⁰⁵ Idem, p. 16.
- ³⁰⁶ Idem, p. 14.
- ³⁰⁷ Op. cit., p. 579.

- ³⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1202.
- ³⁰⁹ Op. cit., p. 1413.
- ³¹⁰ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1203.
- ³¹¹ Op. cit., p. 580.
- ³¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 595.
- ³¹³ Op. cit., p. 1416-1418.
- ³¹⁴ Idem, p. 1416.
- ³¹⁵ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1211.
- ³¹⁶ Op. cit., p. 1416.
- ³¹⁷ Op. cit., p. 592-593.
- ³¹⁸ Op. cit., p. 594.
- ³¹⁹ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1204.
- ³²⁰ Op. cit., p. 45.
- ³²¹ Op. cit., p. 580.
- ³²² Op. cit., p. 1419.
- ³²³ Op. cit., p. 581.
- ³²⁴ Op. cit., p. 1421.
- ³²⁵ *Curso de direito do trabalho*, p. 1210.
- ³²⁶ Op. cit., p. 581.
- ³²⁷ Op. cit., p. 1421.
- ³²⁸ Op. cit., p. 582.
- ³²⁹ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1211.
- ³³⁰ Op. cit., p. 1422.
- ³³¹ Op. cit., p. 583-584.
- ³³² Idem.
- ³³³ Op. cit., p. 1423.
- ³³⁴ Op. cit., p. 585.
- ³³⁵ Op. cit., p. 1423.
- ³³⁶ Idem, p. 1423.
- ³³⁷ Idem, 1424.
- ³³⁸ LAMARCA, Antônio. *Manual das justas causas*. 5. ed., 1997, p. 404 e s.
- ³³⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*, 3. ed., v. II, p. 682.
- ³⁴⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A sentença penal condenatória e a resolução do contrato de trabalho, *Revista LTr* 52-9/88, p. 143-144.

- ³⁴¹ Idem, p. 144
- ³⁴² Op. cit., p. 1425.
- ³⁴³ Op. cit., p. 587.
- ³⁴⁴ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1212.
- ³⁴⁵ Op. cit., p. 1426.
- ³⁴⁶ Op. cit., p. 589.
- ³⁴⁷ Op. cit., p. 1426-1427.
- ³⁴⁸ Op. cit., p. 1426.
- ³⁴⁹ Op. cit., p. 180.
- ³⁵⁰ Op. cit., p. 590.
- ³⁵¹ Idem.
- ³⁵² *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1212.
- ³⁵³ Op. cit., p. 1428.
- ³⁵⁴ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1212.
- ³⁵⁵ Op. cit., p. 590.
- ³⁵⁶ Op. cit., p. 1428-1429.
- ³⁵⁷ Op. cit., p. 590.
- ³⁵⁸ Op. cit., p. 1430.
- ³⁵⁹ Op. cit., p. 591.
- ³⁶⁰ Op. cit., p. 326.
- ³⁶¹ Op. cit., p. 591.
- ³⁶² Op. cit., p. 350.
- ³⁶³ Idem.
- ³⁶⁴ Op. cit., p. 511.
- ³⁶⁵ Op. cit., p. 333.
- ³⁶⁶ SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 258-259.
- ³⁶⁷ Op. cit., p. 1431.
- ³⁶⁸ Op. cit., p. 592.
- ³⁶⁹ Op. cit., p. 333.
- ³⁷⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 566.
- ³⁷¹ Op. cit., p. 1145.
- ³⁷² Idem, p. 1467.
- ³⁷³ Op. cit., p. 323.
- ³⁷⁴ *Curso do direito do trabalho*, cit., p. 1214-1215.
- ³⁷⁵ Op. cit., p. 593.

- ³⁷⁶ Op. cit., p. 1447.
- ³⁷⁷ Idem, p. 1447.
- ³⁷⁸ Idem, p. 1451.
- ³⁷⁹ Idem, p. 1448.
- ³⁸⁰ Idem, p. 1449-1450.
- ³⁸¹ SALEM, Luciano Rossignoli; SALEM, Diná Rossignoli. *Justa causa e rescisão indireta*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995, p. 364.
- ³⁸² Op. cit., p. 376.
- ³⁸³ Op. cit., p. 594.
- ³⁸⁴ Op. cit., p. 1452.
- ³⁸⁵ LAMARCA, Antônio. *Manual das justas causas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 569.
- ³⁸⁶ Op. cit., p. 365.
- ³⁸⁷ LACERDA, Dorval de. *A falta grave no direito do trabalho*. Rio de Janeiro. Edição da Revista do Trabalho, 1947, p. 227.
- ³⁸⁸ Op. cit., p. 1460.
- ³⁸⁹ Op. cit., p. 366.
- ³⁹⁰ Op. cit., p. 380.
- ³⁹¹ Op. cit., p. 594.
- ³⁹² Op. cit., p. 570.
- ³⁹³ Op. cit., p. 367.
- ³⁹⁴ Op. cit., p. 594.
- ³⁹⁵ Op. cit., p. 570.
- ³⁹⁶ Op. cit., p. 383.
- ³⁹⁷ Op. cit., p. 594.
- ³⁹⁸ Op. cit., p. 1452.
- ³⁹⁹ Idem.
- ⁴⁰⁰ Op. cit., p. 391.
- ⁴⁰¹ Op. cit., p. 572.
- ⁴⁰² Op. cit., p. 384.
- ⁴⁰³ Op. cit., p. 594.
- ⁴⁰⁴ Op. cit., p. 1452.
- ⁴⁰⁵ Op. cit., p. 1453.
- ⁴⁰⁶ Op. cit., p. 47.
- ⁴⁰⁷ Op. cit., p. 398.
- ⁴⁰⁸ Op. cit., p. 525.

- ⁴⁰⁹ Op. cit., p. 397.
- ⁴¹⁰ Op. cit., p. 268.
- ⁴¹¹ Op. cit., p. 600.
- ⁴¹² Op. cit., p. 405.
- ⁴¹³ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 40. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 491.
- ⁴¹⁴ Op. cit., p. 1454.
- ⁴¹⁵ Op. cit., p. 267.
- ⁴¹⁶ Op. cit., p. 599.
- ⁴¹⁷ Op. cit., p. 265.
- ⁴¹⁸ Op. cit., p. 1455.
- ⁴¹⁹ Op. cit., p. 449.
- ⁴²⁰ Op. cit., p. 1463.
- ⁴²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
- ⁴²² ALCALÁ, Nogera Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Mexico: Universidad Autónoma Nacional de Mexico, 2003, p. 1.
- ⁴²³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 13.
- ⁴²⁴ Ibid., p. 13.
- ⁴²⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 31.
- ⁴²⁶ Ibid., p. 32.
- ⁴²⁷ AMARAL, 2007, p. 31.
- ⁴²⁸ Ibid., p. 32.
- ⁴²⁹ Ibid., p. 30.
- ⁴³⁰ AMARAL, 2007, p. 22.
- ⁴³¹ ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997, p. 20.
- ⁴³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.
- ⁴³³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 44.
- ⁴³⁴ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2012.
- ⁴³⁵ LAFER, 1988, p. 26 apud SANTOS, 2005, p. 30.
- ⁴³⁶ Perfil completo de Ronald Dworkin pode ser encontrado na enciclopédia livre Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin>. Acesso em: 1º mar. 2013.

- 437 Ibidem.
- 438 BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão dos princípios constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 82.
- 439 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Prefácio, p. 13.
- 440 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-28.
- 441 DWORKIN, 1999, p. 11.
- 442 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 276.
- 443 DWORKIN, 2002, p. 93-94.
- 444 BRANCO, 2007, p. 84.
- 445 DWORKIN, 2002, p. 36.
- 446 DWORKIN, 2002, p. 39-41.
- 447 DWORKIN, 2002, p. 86-87.
- 448 ESPÍNDOLA, 1999 apud AMARAL, 2007, p. 65.
- 449 Perfil completo de Robert Alexy pode ser encontrado na enciclopédia livre Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy>. Acesso em: 1º mar. 2013.
- 450 BONAVIDES, 2004, p. 276-278.
- 451 BRANCO, 2007, p. 88-89.
- 452 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 83.
- 453 BRANCO, op. cit., p. 88.
- 454 ALEXY, 2001, p. 92-95.
- 455 ALEXY, op. cit., p. 92-95.
- 456 Ibid., p. 92-95.
- 457 ALEXY, 2001, p. 92-95.
- 458 AMARAL, 2007, p. 52.
- 459 Ibid., p. 54.
- 460 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.
- 461 AMARAL, 2007, p. 59.
- 462 MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 57.
- 463 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: dogmática geral*. Parte I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 145.
- 464 PINERO, Rodriguez; FERRER, Miguel Bravo. Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo. *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, n. 1-2, p. 15, 1996.

- 465 GAMONAL C., Sérgio. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2012, p. 12.
- 466 AMARAL, 2007, p. 80 apud GUTIÉRREZ, 2001, p. 85-86.
- 467 AMARAL, 2007, p. 84.
- 468 ALMEIDA, 2012, p. 1.
- 469 ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. *Revista LTr*, Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 76, p. 1, 2012.
- 470 ALMEIDA, 2012, p. 2.
- 471 ALMEIDA, 2012, p. 2.
- 472 PACHECO, 2007, p. 23.
- 473 AMARAL, 2007, p. 54.
- 474 Op. cit., p. 57.
- 475 Op. cit., p. 57.
- 476 Fonte: *site* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).
- 477 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista cit., p. 65-66.
- 478 Op. cit., p. 40-41.
- 479 Definição dada no Recurso de Revista (RR) 10347420145150002, publicação em 13-11-2015.
- 480 SANTOS, Aloysio. *Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 30-31.
- 481 Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-ejustica/news/82661/?noticia=DEBATES+COM+LYDIA+GUEVARA+SOBRE+O+MUNDO+DO+TRABALHO+LATINO+AMERICANO>>. Acesso em: 10 fev. 2010.
- 482 Disponível em: <<http://tablerodecomando.ning.com>>. Acesso em: 10 fev. 2010.
- 483 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 24-25.
- 484 ALEVATO, Hilda Maria Rodrigues. *Relação entre a formação da liderança e os fatores socioambientais de risco à saúde no trabalho*. Disponível em: <<http://www.senac.br/BTS/291/boltec291a.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- 485 Loc. cit.
- 486 Op. cit., p. 27-29.
- 487 O pesquisador coordena também o movimento conhecido como “Collana” *Mobbing* – em que reúne obras de pesquisadores e especialistas sobre violência psicológica e assuntos correlatos ao fenômeno social em estudo.
- 488 Op. cit.
- 489 BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC – Editora PUCSP, 2000.
- 490 GUEDES, Márcia Novaes. Op. cit., p. 32-33.
- 491 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. *Revista da*

Justiça do Trabalho, n. 228. Porto Alegre: HS Ed., p. 16-17.

⁴⁹² Apud GUEDES, Márcia Neves. Op. cit., p. 65.

⁴⁹³ Art. e loc. cits.

⁴⁹⁴ BARRETO, Maria. *Uma jornada de humilhações*. 2000. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – PUCSP. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

⁴⁹⁵ GUEDES, Márcia Novaes. Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores, *Revista da Amatra II*, São Paulo, dez. 2003, p. 38.

⁴⁹⁶ Apud GUEDES, Márcia Novaes. Op. cit., p. 112.

⁴⁹⁷ Informe da OIT sobre “Acabar com a violência e o assédio contra as mulheres e os homens no trabalho”. Disponível em <file:///C:/Users/Dell/Desktop/estudo%20OIT%20sobre%20acoso.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

⁴⁹⁸ Centro Canadense de Saúde e Segurança do Trabalho, 2016, Academia de Peritos especializados em estresse traumáticos. Chappell e Di Martino, 2006.

⁴⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 136.

⁵⁰⁰ UK National Workplace Bullying. *Bullying what is it?* Disponível em: <<http://www.bullyonline.org/workbully/bully.htm>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

⁵⁰¹ EINARSEN, S. *et al.* The concept of bullying at work: the european tradition. In: _____. (Ed.). *Bullying and emotional abuse in the workplace: international perspectives in research and practice*. London: Taylor and Francis, 2003, p. 3-30.

⁵⁰² GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea (Orgs.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009, p. 28.

⁵⁰³ EINARSEN et al., op. cit., p. 3-30.

⁵⁰⁴ GOSDAL; SOBOLL, op. cit., p. 19.

⁵⁰⁵ GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 38.

⁵⁰⁶ CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental no ambiente do trabalho: o combate ao assédio moral institucional*. São Paulo: LTr, 2014.

- ¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 758.
- ² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 437.
- ³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1001.
- ⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 757.
- ⁵ Op. cit., p. 1020.
- ⁶ Op. cit., p. 436.
- ⁷ Op. cit., p. 1027.
- ⁸ Idem, p. 1027.
- ⁹ Idem, p. 1027-1028.
- ¹⁰ Idem, 1027.
- ¹¹ Idem, 1074-1075.
- ¹² “Jornada do Motorista Profissional diante da Lei 13.103/2015”, *Revista do TRT da 9ª Região*.
- ¹³ *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários a Lei 13.467/2017*, cit., p. 123.
- ¹⁴ Op. cit., p. 23.
- ¹⁵ Op. cit., p. 24.
- ¹⁶ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 445-446.
- ¹⁷ Fonte: *site* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).
- ¹⁸ Op. cit., p. 816-817.
- ¹⁹ Idem, p. 817-818.
- ²⁰ Idem, p. 1034-1036.
- ²¹ Op. cit., p. 766.
- ²² *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 444.
- ²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 211.
- ²⁴ Op. cit., p. 1076-1077.
- ²⁵ Ibid, p. 1077.
- ²⁶ Idem, p. 1076-1077.
- ²⁷ Idem, p. 852.
- ²⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Duração do trabalho. Jornada de trabalho. Duração e horário. Trabalho extraordinário. Trabalho noturno. Trabalho em regime de revezamento. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Fundamentos do direito do trabalho: Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França*. São Paulo: LTr, 2000, p. 459.
- ²⁹ Idem, p. 1077.
- ³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 35. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva

Educação, 2019, p. 834.

- ³¹ Op. cit., p. 1077-1078.
- ³² Op. cit., *Comentários à reforma trabalhista*, p. 27-28.
- ³³ Op. cit., *Comentários à reforma trabalhista*, p. 27-28.
- ³⁴ Op. cit., *Comentários a reforma trabalhista*, p. 27.
- ³⁵ Op. cit., *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários a Lei 13.467/2017*, p. 132.
- ³⁶ Op. cit., *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários a Lei 13.467/2017*, p. 131.
- ³⁷ Op. cit., *Comentários à reforma trabalhista*, p. 27.
- ³⁸ Op. cit., p. 1059.
- ³⁹ Idem, p. 1058.
- ⁴⁰ Idem, p. 843.
- ⁴¹ Op. cit., p. 775-776.
- ⁴² *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 448.
- ⁴³ Op. cit., p. 1025-1026.
- ⁴⁴ Idem, p. 1026.
- ⁴⁵ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 448.
- ⁴⁶ Idem, p. 448.
- ⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017* cit., p. 132.
- ⁴⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.
- ⁴⁹ Fonte: *site* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).
- ⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017* cit., p. 129.
- ⁵¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.
- ⁵² Op. cit., p. 768-769.
- ⁵³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- ⁵⁴ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo: LTr, 2009, p. 116.
- ⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017* cit., p. 75.
- ⁵⁶ Idem, p. 1083.
- ⁵⁷ Idem, p. 1083-1084.
- ⁵⁸ Op. cit., p. 766.
- ⁵⁹ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 438.
- ⁶⁰ Op. cit., p. 1092.

⁶¹ Idem, p. 1093.

⁶² *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 437.

⁶³ Op. cit., p. 1083-1084.

⁶⁴ Op. cit., p. 1108-1109.

⁶⁵ Idem, p. 1112.

⁶⁶ Idem, p. 891.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017* cit., p. 134.

⁶⁸ Op. cit., p. 570.

⁶⁹ *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 474.

⁷⁰ Idem, p. 571.

⁷¹ Idem, p. 475.

- ⁷² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 713.
- ⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 482.
- ⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 789.
- ⁷⁵ Op. cit., p. 713.
- ⁷⁶ Revista *Veja on-line*. Edição n. 1.736, de 30-1-2002. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/300102/ponto_de_vista.html>. Acesso em: 23 mar. 2010.
- ⁷⁷ SILVEIRA, Sheila Stolz da. O direito fundamental a férias anuais remuneradas desde a perspectiva do direito comunitário europeu. Análise de uma sentença judicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – TJCE. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, n. 31, de 31-7-2006 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1658>. Acesso em: 3 abr. 2010.
- ⁷⁸ Boa sugestão de leitura para aprofundar o tema do direito fundamental do trabalhador ao lazer é o livro de Otávio Amaral Calvet, *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- ⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1152.
- ⁸⁰ Op. cit., p. 483.
- ⁸¹ Op. cit., p. 714.
- ⁸² Op. cit., p. 788.
- ⁸³ Op. cit., p. 1152.
- ⁸⁴ Op. cit., p. 483.
- ⁸⁵ Op. cit., p. 715.
- ⁸⁶ Op. cit., p. 483.
- ⁸⁷ PA = período aquisitivo.
- ⁸⁸ PC = período concessivo.
- ⁸⁹ Souza, Josyanne Nazareth. *Direito do trabalho*. Coleção Pockets jurídicos coordenados por Fernando Capez e Rodrigo Colnago. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.
- ⁹⁰ *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017* cit., p. 142.
- ⁹¹ Op. cit., p. 486.
- ⁹² VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, Coleção Roteiros Jurídicos, coordenada por José Fábio Rodrigues Maciel, p. 122.
- ⁹³ Disponível em: <<http://www.aatsp.com.br/Conteudo/download.asp?idarquivobanco=203>>. Acesso em: 10 mar. 2010.
- ⁹⁴ Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 23 mar. 2010.
- ⁹⁵ Op. cit., p. 724.

⁹⁶ Op. cit., p. 487.

⁹⁷ *Vide* nota 22.

⁹⁸ As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT. Disponível em: <http://apej.com.br/artigos_doutrina_va_31_>. Acesso em: 1º jul. 2012.

- ⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 376.
- ¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito e proteção*. São Paulo: LTr, 2008, p. 56.
- ¹⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 57.
- ¹⁰² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 836.
- ¹⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 491.
- ¹⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 801-802.
- ¹⁰⁵ Op. cit., p. 513.
- ¹⁰⁶ Op. cit., p. 841.
- ¹⁰⁷ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=6045>. Acesso em: 20 jul. 2011.
- ¹⁰⁸ Op. cit., p. 511.
- ¹⁰⁹ GRISARD, Luiz Antônio. *Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1º nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3490>>. Acesso em: 14 jul. 2011.
- ¹¹⁰ Op. cit., p. 871-875.
- ¹¹¹ Op. cit., p. 111-112.
- ¹¹² Idem, p. 131.
- ¹¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_20/artigos/AironSayao_rev20.htm>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- ¹¹⁴ Op. cit., p. 499.
- ¹¹⁵ Op. cit., p. 503.
- ¹¹⁶ Idem, p. 501.
- ¹¹⁷ Idem, p. 500.
- ¹¹⁸ Idem, p. 502.
- ¹¹⁹ Idem.
- ¹²⁰ BATISTA, Thales Ponte. *Comissão do empregado vendedor e seu regramento em caso de inadimplência do comprador do produto ou serviço que a ensejou*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6043>. Acesso em: 1º jun. 2011.
- ¹²¹ Op. cit., p. 503.
- ¹²² Op. cit., p. 915.
- ¹²³ Op. cit., p. 503.
- ¹²⁴ Op. cit., p. 906.
- ¹²⁵ Op. cit., p. 522.

- ¹²⁶ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 567.
- ¹²⁷ Idem, *ibidem*, p. 568.
- ¹²⁸ Op. cit., p. 527-528.
- ¹²⁹ GEHRINGER, Max. Nem só de benefícios vive o profissional. *Época*, n. 479, de 19-7-2007.
- ¹³⁰ Op. cit., p. 495.
- ¹³¹ Op. cit., p. 531.
- ¹³² Op. cit., p. 494.
- ¹³³ Idem.
- ¹³⁴ Op. cit., p. 496.
- ¹³⁵ Disponível em: <www.calvo.pro.br/artigos>.
- ¹³⁶ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 328.
- ¹³⁷ Op. cit., p. 542.
- ¹³⁸ Op. cit., p. 976.
- ¹³⁹ Op. cit., p. 976.
- ¹⁴⁰ Op. cit., p. 543.
- ¹⁴¹ Idem, p. 544.
- ¹⁴² Op. cit., p. 977.
- ¹⁴³ Op. cit., p. 547-548.
- ¹⁴⁴ Op. cit., p. 978.
- ¹⁴⁵ Idem.
- ¹⁴⁶ Op. cit., p. 544.
- ¹⁴⁷ Op. cit., p. 979-980.
- ¹⁴⁸ Op. cit., p. 102.
- ¹⁴⁹ Idem, p. 980.
- ¹⁵⁰ Idem, p. 980-981.
- ¹⁵¹ Idem, p. 981.
- ¹⁵² Op. cit., p. 102.
- ¹⁵³ Idem, p. 981.
- ¹⁵⁴ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Princípios gerais de equiparação salarial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1997, p. 98.
- ¹⁵⁵ DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Equiparação salarial*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995, p. 111.
- ¹⁵⁶ Op. cit., p. 548.
- ¹⁵⁷ Op. cit., p. 982.
- ¹⁵⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 323.

- ¹⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Isonomia salarial. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 113, p. 131, nov. 1998.
- ¹⁶⁰ Op. cit., p. 105.
- ¹⁶¹ MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.
- ¹⁶² Op. cit, p. 173.
- ¹⁶³ Idem, p. 985.
- ¹⁶⁴ Op. cit., p. 130.
- ¹⁶⁵ MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011, p. 11.
- ¹⁶⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor.
- ¹⁶⁷ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- ¹⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.
- ¹⁶⁹ FILHO PRAGMÁCIO, Eduardo. Nova base do adicional de periculosidade. Disponível no site www.conjur.com.br na data de 14-12-2012. Acesso em: 13 jun. 2013.
- ¹⁷⁰ LIMA, Francisco Gerson Marques da. Adicional de periculosidade em situação de risco de vida. Aplicabilidade da Lei n. 12.740, de 8-12-2012. Profissionais vigilantes. Disponível no site da Procuradoria do Ministério Público do Trabalho da 7ª Região: http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2013/Fev_2013%20-%20Vigilantes%20-%20Lei%2012740_2012%20-%20aplicabilidade%20-%20Gerson.pdf. Atualizado em 18-2-2013. Acesso em: 10 jun. 2013.
- ¹⁷¹ Op. cit., p. 929-932.
- ¹⁷² Idem, p. 935.
- ¹⁷³ Idem, p. 935.
- ¹⁷⁴ Idem, p. 941.
- ¹⁷⁵ Idem, p. 947.
- ¹⁷⁶ Idem, p. 947-949.
- ¹⁷⁷ Idem, p. 1014.