AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

DIREITO DO TRABALHO



Atualizado e inteiramente revisado até janeiro de 2013

DIREITO DO TRABALHO

Curso e Discurso

Augusto César Leite de Carvalho

SOBRE O AUTOR

Augusto César Leite de Carvalho nasceu em Sergipe, na cidade de Aracaju. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, mestre em Direito Constitucional pela Universidade do Ceará, mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla La Mancha.

Ingressou na Magistratura Trabalhista em 1990 como Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 5ª Região (BA). Foi promovido ao cargo de Juiz Presidente da Segunda Junta de Conciliação e Julgamento de Aracaju, em abril de 1993. Atuou no Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE), inicialmente como juiz convocado – em 1994 e em 2001.

Em 2003 foi promovido a de Desembargador Federal do Trabalho e, no biênio 2004/2006, exerceu a Presidência do TRT da 20ª Região. Foi diretor da EMAT XX – Escola da Magistratura do Trabalho da Vigésima Região de 2007 até sua posse no cargo de Ministro do TST, em 14 de dezembro de 2009.

É professor assistente da Universidade Federal de Sergipe, ora licenciado, e professor do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

ÍNDICE

1 ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO
1.1 A pré-história do direito do trabalho
1.2 Os fatores econômicos que inspiraram o direito do trabalho
1.2.1 A revolução industrial
1.2.2 O trabalho humano, produtivo, alheio e livre
1.3 Os fatores sociais que inspiraram o direito do trabalho
1.3.1 Os primeiros movimentos de insurreição dos trabalhadores
1.3.1.1 A reação dos trabalhadores na Inglaterra
1.3.1.2 A reação dos trabalhadores na França
1.3.1.3 A reação dos trabalhadores na Alemanha
1.3.2 A organização das profissões
1.4 Os fatores políticos que inspiraram o direito do trabalho
2 HISTÓRIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO
2.1 Direito coletivo e institutos afetos – sindicato, greve e convenção coletiva
2.2 O sindicalismo no sistema capitalista de produção
2.3 O sindicalismo sob intervenção totalitária
3 HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL
3.1 Pré-história do direito do trabalho: trabalho escravo e corporações de arte e ofício no Brasil
3.1.1 As corporações de ofício na Europa e a analogia com o emprego
3.1.2 A escravidão na América e especialmente no Brasil
3.1.3 A escravidão inibe as corporações de ofício no Brasil
3.1.4 As leis trabalhistas surgiram antes da abolição da escravatura
3.2 A substituição do escravo africano pelo imigrante europeu
3.3 O direito do trabalho e a industrialização no Brasil
4 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO
4.1 Conceito

4.2 As fontes materiais e as fontes formais do direito
4.2.1 As fontes formais do direito do trabalho
4.3 Métodos de integração da norma jurídica
4.4 Eficácia da norma trabalhista no tempo e no espaço
4.4.1 Eficácia da norma trabalhista no tempo
4.4.2 Eficácia da norma trabalhista no espaço
5 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO
5.1 Conceito e funções do princípio
5.2 Preeminência do princípio constitucional da dignidade (da pessoa) humana
5.2.1 A importante contribuição do positivismo jurídico na conceituação da dignidade humana
5.2.2 A adoção do princípio da dignidade na relação entre capital e trabalho
5.3 Princípios especiais do direito do trabalho
5.3.1 Princípio da proteção
5.3.1.1 As regras in dubio pro operário, norma mais favorável e condição mais benéfica
5.3.1.2 A ultra-atividade das normas coletivas
5.3.2 Princípio da irrenunciabilidade
5.3.2.1. A indisponibilidade e a prescrição de pretensões trabalhistas
5.3.3 Princípio da continuidade
5.3.4 Princípio da primazia da realidade
5.3.5 Princípio da razoabilidade
5.3.6 Princípio da boa-fé
5.3.7 Princípio da igualdade de tratamento
5.3.8 Princípio da autodeterminação coletiva
5.3.8.1 A autonomia coletiva e os princípios regentes da organização sindical. Unicidade sindical e liberdade sindical
5.3.8.2 A autodeterminação coletiva e a *flexibilização* do direito do trabalho. O princípio constitucional da proteção ao trabalhador
6 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA
6.1 A prescrição e o temor de propor a ação

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

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

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

6.3.2 A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

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

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

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

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

6.3.7 A prescrição total de pretensão reparatória. A *actio nata* e os fundamentos da Súmula 278 do STJ

6.3.8 A prescrição em hipótese de lesão a direitos da personalidade

6.3.9 A lesão continuada e o termo inicial da prescrição

6.3.10 A pretensão que sobrevém à sua própria prescrição – uma heresia jurídica?

6.3.11 Prescrição contra domésticos, estagiários e avulsos

7 EMPREGADO

7.1 O conceito de empregado a partir da realidade social

7.2 Conceito legal de empregado. Requisitos da prestação laboral

7.2.1 A pessoalidade

7.2.2 A não eventualidade

7.2.2.1 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *intermitente*

7.2.2.2 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *temporário*

7.2.2.3 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *avulso*

7.2.2.3.1 Igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado

7.2.3 A subordinação

7.2.3.1 Fundamento e grau da subordinação

7.2.3.2 O poder de comando – contraface da subordinação

A) Morfologia do poder de comando
B) Natureza jurídica do poder de comando
C) Do *poder regulamentar* – extensão do poder diretivo
7.2.4 A onerosidade
7.3 Os elementos acidentais da prestação laboral
7.4 Empregados excluídos da proteção pela CLT
7.5 Tipos especiais de empregados e de trabalhadores subordinados
7.5.1 Altos-empregados. Os empregados-diretores e os diretores-empregadores
7.5.2 Os empregados públicos
7.5.3 Os empregados domésticos
7.5.4 O empregado em domicílio e o teletrabalho
7.5.5 O trabalho *intra-familiar* – entre filhos e pais ou entre cônjuges
7.5.6 O empregado aprendiz
7.5.6.1 Distinção de aprendizagem e estágio curricular
7.5.7 Os trabalhadores intelectuais
7.5.8 Os empregados-sócios
7.5.9 O trabalhador *cooperativado*
7.5.10 O trabalhador rural
8 EMPREGADOR
8.1 Empresa
8.2 O conceito legal de empregador
8.3 Empresa e estabelecimento
8.4 Sucessão de empregadores
8.4.1 A sucessão em outras searas do direito
8.4.1.1 Os efeitos da transferência do estabelecimento no direito civil
8.4.1.2 Os efeitos da transferência do estabelecimento na relação de consumo
8.4.1.3 Os efeitos da transferência de estabelecimento na relação tributária
8.4.2 A sucessão trabalhista no Brasil
8.4.3 A sucessão trabalhista em situações normais e anormais
8.4.3.1 A mudança na estrutura jurídica da sociedade empresária

8.4.3.2 A sucessão no âmbito de empresas prestadoras de serviço
8.4.3.3 A sucessão entre sociedades irregularmente constituídas
8.4.3.4 A invalidade da sucessão simulada
8.4.3.5 Os efeitos da sucessão predatória
8.4.3.6 A sucessão em hipóteses de falência e de recuperação judicial
8.5 A solidariedade entre entes empresariais que integram grupo econômico
8.5.1 Conceito de grupo econômico
8.5.2 Solidariedade passiva e solidariedade ativa (empregador único)
8.5.3 A sucessão no âmbito de uma das empresas do grupo econômico
8.6 A subcontratação e a intermediação de mão-de-obra
8.6.1 A subempreitada em vista da Súmula 331 do TST
8.6.2 A Súmula 331, IV e VI – a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, inclusive da administração pública
8.6.3 A extensão da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços
8.6.4 A subcontratação de serviços (*terceirização*) nas hipóteses de *contrato de facção*
8.6.5 A igualdade de direitos entre os empregados da tomadora dos serviços e os empregados da empresa prestadora
8.6.6 A terceirização da atividade-fim nos serviços de telefonia e de energia elétrica
9 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO
9.1 Conceito
9.1.1 As teorias da tripartição e da bipartição
9.2 O salário
9.2.1 O salário mínimo
9.2.1.1 Salário mínimo profissional. Piso salarial
9.2.1.2 O salário por unidade de tempo e o salário mínimo. Jornada reduzida
9.2.1.3 O salário variável e o salário mínimo. Hipótese de jornada reduzida
9.2.2 Salário-utilidade
9.2.2.1 Limites percentuais do salário-utilidade
9.2.2.2 Configuração do salário-utilidade

9.2.2.3 Conversão em dinheiro. Salário-utilidade na suspensão contratual
9.2.3 Modalidades de salário
9.2.3.1 Comissão e percentagem
9.2.3.2 Gratificações ajustadas
A) O décimo terceiro salário: a antiga gratificação natalina
B) A gratificação de função. Reversão ao cargo efetivo. Incorporação da gratificação ao salário
C) A gratificação e o prêmio
9.2.3.3 Diária para viagem. A distinção entre diária e ajuda de custo
9.2.3.4 Abono
9.2.4 O salário-base e os complementos salariais
9.2.4.1 A acessoriedade dos complementos salariais – a questão correlata da composição do salário mínimo
9.2.4.2 A periodicidade dos complementos salariais
9.2.4.3 A multicausalidade e a plurinormatividade dos complementos salariais
9.2.4.4 A condicionalidade dos complementos salariais
9.2.5 Prestações trabalhistas sem natureza salarial ou remuneratória
9.2.5.1 A participação nos lucros, resultados ou gestão da empresa
9.2.5.2 O Programa de Integração Social (PIS)
9.2.5.3 O Programa de Alimentação ao Trabalhador
9.2.5.4 O vale-transporte
9.3 A remuneração
9.3.1 A gorjeta imprópria
9.3.2 A oportunidade de ganho
9.3.2.1 O direito de arena como oportunidade de ganho
9.3.3 A remuneração, em especial a gorjeta, como base de cálculo de outras parcelas
9.4 Os adicionais - vedação à incidência recíproca
9.4.1 O adicional de hora extra
9.4.2. O adicional noturno
9.4.2.1 O trabalho noturno em regime de revezamento

9.4.2.2 O trabalho noturno decorrente da natureza da atividade
9.4.2.3 A prorrogação do trabalho noturno
9.4.2.4 O trabalho noturno do empregado rural
9.4.2.5 O trabalho noturno em regimes especiais – empregado portuário e advogado
9.4.3 Os adicionais de insalubridade e de periculosidade
9.4.3.1 Hipóteses de incidência
9.4.3.2 A base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade
9.4.3.3 A prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho
9.4.3.4 A necessidade de perícia técnica em sede judicial
9.4.3.5 A supressão do direito ao adicional pela neutralização ou eliminação do risco
9.4.3.6 A condicionalidade do direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade
9.4.3.7 A inacumulabilidade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade
9.4.4 O adicional de transferência
9.5 Os princípios informantes da teoria jurídica do salário
9.5.1 Princípio da irredutibilidade
9.5.2 Princípio da integridade do salário
9.5.2.1 A integridade do salário e sua determinação supletiva
9.5.2.2. A integridade do salário e a vedação de descontos
A) O desconto salarial e o risco da atividade econômica. Recebimento de cheques sem fundo por frentistas. Dano por colisão de veículo por culpa de motorista. As diferenças de caixa e a gratificação *quebra-de-caixa*
B) O desconto da contribuição assistencial
9.5.3 Princípio da intangibilidade do salário
9.5.3.1 Proteção contra a imprevidência do empregador. Falência. Recuperação judicial e extrajudicial. Liquidação extrajudicial
9.5.3.2 Proteção contra a imprevidência do empregado. Incessibilidade. Impenhorabilidade absoluta
9.5.4 Princípio da igualdade de salário
9.5.4.1 Os pressupostos da equiparação salarial com empregado brasileiro

9.5.4.2 A existência de quadro de carreira – fato impeditivo da equiparação. Direito ao enquadramento

9.5.4.3 Equiparação salarial com estrangeiro

9.5.5 Princípio da certeza do pagamento do salário

9.5.5.1 A certeza que emana do *modo* de pagar o salário. O recibo de pagamento e o salário complessivo

9.5.5.2 A certeza quanto ao valor do salário

9.5.5.3 A certeza quanto ao tempo e ao lugar do pagamento de salário

10 DURAÇÃO DO TRABALHO

10.1 Duração. Jornada. Horário

10.2 A jornada de trabalho

10.2.1 Critérios gerais de fixação da jornada

10.2.1.1 O tempo de trabalho e o tempo à disposição do empregador. O ônus da prova

10.2.1.2 O tempo de deslocamento residência-trabalho-residência

10.2.1.3. O tempo de afastamento justificado

10.2.2 Critérios especiais de fixação da jornada

10.2.2.1 O tempo de prontidão

10.2.2.2 O tempo de sobreaviso

10.2.2.3 O tempo de intervalo especial

10.2.3 Jornada extraordinária

10.2.3.1 Jornada realmente extraordinária

10.2.4 Jornadas normais reduzidas – bancários, telefonistas, operadores cinematográficos, mineiros, cabineiros de elevador, professores, advogados, motoristas, aeronautas, técnicos em radiologia, artistas, músicos

10.2.5 Compensação de jornadas. *Banco de horas* e fonte do direito

10.2.6 Turnos ininterruptos de revezamento

10.2.6.1 Os intervalos em turnos ininterruptos de revezamento

10.2.6.2 A sobrevigência da Lei 5811/72

10.2.6.3 A redução da hora noturna no sistema de turnos ininterruptos de revezamento

10.2.7 Trabalhadores não protegidos pela norma regente da duração do trabalho

10.3 Intervalos intrajornadas e interjornadas

10.3.1 Intervalos intrajornadas

10.3.1.1 Intervalo mínimo. Autorização do Ministério do Trabalho para redução e efeitos da supressão. Regra específica para o motorista profissional

10.3.1.2 Intervalo máximo. Possibilidade de prorrogação por norma escrita. Efeitos da dilação não autorizada

10.3.2 Intervalos interjornadas

10.3.2.1 Intervalo entre duas jornadas

10.3.2.2 Repouso semanal e em feriados
A) A *preferência* da folga aos domingos
B) A folga obrigatória em feriados
C) A folga e a remuneração da folga
D) A remuneração do trabalho em dia de folga
E) Os intervalos interjornadas dos motoristas profissionais
10.3.2.3 Férias
A) Conceito, finalidade e história das férias
B) Natureza jurídica das férias
C) Aquisição do direito ao gozo de férias
D) Período concessivo das férias. Poder patronal de datar a fruição das férias. Fracionamento. Aviso prévio e registros pertinentes
D–1) Período legal de fruição em meio ao período concessivo
E) Possibilidade de conversão em pecúnia
F) Remuneração das férias – base de cálculo, prazo legal e sanção jurídica
G) Férias não concedidas. Remuneração em dobro e outras sanções
H) Férias coletivas
I) Efeitos da cessação do contrato. Férias vencidas e proporcionais
J) Férias remuneradas mas não gozadas
K) As férias do empregado doméstico
L) Prescrição das férias
M) A Convenção 132 da OIT
11 NATUREZA DA RELAÇÃO DE EMPREGO
11.1 Natureza ou fonte das obrigações
11.2 As teorias anticontratualistas
A) A teoria da relação de trabalho
B) A teoria institucionalista
11.3 As teorias contratualistas
A) Teoria do contrato de locação
B) Teoria do contrato de compra e venda
C) Teoria do contrato de sociedade

D) Teoria do contrato de mandato
E) Teoria do contrato-realidade
12 CONTRATOS AFINS AO DE EMPREGO
12.1 Relação de emprego: espécie do gênero relação de trabalho
12.2 A relevância da subordinação como elemento distintivo
12.3 A locação de serviços e o *novo* contrato de prestação de serviços
12.4 Distinção entre emprego e empreitada
12.5 Distinção entre emprego e mandato
12.6 Distinção entre emprego e sociedade
12.7 Distinção entre emprego e relação de consumo
13 CARACTERES DO CONTRATO DE EMPREGO
13.1 Classificação do contrato de emprego
13.1.1 Contrato nominado
13.1.2 Contrato de direito privado
13.1.3 Contrato principal
13.1.4 Contrato consensual
13.1.5 Contrato bilateral
13.1.6 Contrato oneroso e comutativo
13.1.7 Contrato *intuitu personae*
13.1.8 Contrato continuado
13.1.9 Contrato de adesão
14 ELEMENTOS DO CONTRATO DE EMPREGO
14.1 O que são elementos de um contrato
14.2 Elementos essenciais do contrato de emprego
14.2.1 Os pressupostos: a *capacidade*, a *liceidade do objeto* e, em alguns casos, a *legitimação*
A) A capacidade trabalhista
B) A licitude do objeto
C) A legitimação
14.2.2 Os requisitos da relação de trabalho: *causa*, *consentimento* e, excepcionalmente, a *forma especial*

A) A causa
B) O consentimento
C) A forma escrita ou a exigência de solenidade
14.3 Elementos acidentais do contrato de emprego
15 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO
15.1 Classificação quanto aos sujeitos
15.2 Classificação dos contratos de emprego quanto à duração
15.2.1 O termo final em norma geral
15.2.2 O termo final em norma especial
15.2.3 Contrato de trabalho sob condição resolutiva
15.2.4 Peculiaridades dos contratos a termo. Duração máxima. Recondução tácita. Suspensão contratual. Ruptura antecipada. Aquisição de estabilidade. Sucessão de contratos com termo certo
16 CONTEÚDO DO CONTRATO DE EMPREGO
16.1 A semântica da teoria dos contratos – distinção entre *conteúdo* e *objeto mediato*
16.2 O conteúdo do contrato de emprego
17 ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO
17.1 A alteração contratual no âmbito do direito civil
17.2 Considerações gerais sobre a alteração contratual no âmbito do direito do trabalho. O direito de variar e o direito de resistir
17.3 Alterações por intervenção do Estado e por negociação coletiva
17.4 Alterações voluntárias do contrato de emprego
17.4.1 A alteração consensual do contrato de emprego
17.4.2 A inalterabilidade unilateral do contrato e o *jus variandi*
17.4.2.1 A alteração funcional e seu limite de licitude
17.4.2.2 A tentativa de padronizar o *jus variandi*
17.4.2.3 A mudança de localidade e seus efeitos pecuniários. Grupo econômico
17.4.2.4 O *jus variandi* extraordinário
18 SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREGO
18.1 A suspensão contratual sob a ótica do direito do trabalho

18.2 Nome e conteúdo dos tipos de suspensão
18.3 Classificação legal
18.3.1 Hipóteses de *interrupção* contratual
18.3.2 Hipóteses de *suspensão* contratual
18.3.2.1 Efeitos da suspensão contratual no tocante a prestações não sinalagmáticas – assistência escolar, médica ou odontológica
18.3.2.2 Efeitos da suspensão contratual no tocante à justa causa
18.3.2.3 A proteção ao empregado portador da AIDS
18.3.2.4 Efeitos da suspensão contratual no tocante à prescrição
18.3.3 Casos híbridos. Efeitos jurídicos
18.4 Conversibilidade da suspensão do contrato
19 CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO
19.1 Terminologia
19.2 Resilição do contrato de emprego. Direito potestativo, ônus da prova e aviso prévio
19.2.1 O aviso prévio
19.2.1.1 Conceito e cabimento do aviso prévio
19.2.1.2. Forma do aviso prévio. Aviso prévio de trabalhador menor
19.2.1.3. Indenização compensatória do aviso prévio. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado pelo empregador
19.2.1.4 Prazo de aviso prévio
19.2.1.5 Especificidades do aviso prévio devido pelo empregador
19.2.1.6 Natureza jurídica do aviso prévio
19.2.1.7 Aviso prévio e justa causa. Aquisição de estabilidade provisória
19.2.1.8 Aviso prévio e suspensão contratual
19.2.1.9 Aviso prévio, prazo para pagamento das resilitórias e prescrição
19.2.2 Assistência ao empregado demissionário. Empregado menor que se demite
19.3 Resolução do contrato de emprego. Extinção normal. Justa causa
19.3.1 A resolução mediante extinção normal do contrato de emprego
19.3.2 A justa causa – implemento da condição resolutiva tácita

19.3.2.1 A justa causa e a falta grave
19.3.2.2 As justas causas atribuíveis aos empregados
A) Ato de improbidade
B) Incontinência de conduta ou mau procedimento
C) Negociação habitual
D) Condenação criminal
E) Desídia no desempenho das funções
F) Embriaguez habitual ou em serviço
G) Violação de segredo da empresa
H) Indisciplina ou insubordinação
I) Abandono de emprego
J) Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas
K) Prática constante de jogos de azar
19.3.2.3 As justas causas atribuíveis aos empregadores
A) Serviços superiores às forças do empregado
B) Rigor excessivo
C) Perigo manifesto de mal considerável
D) Não cumprimento de obrigações do contrato
E) Ato lesivo da honra ou boa fama. Ofensas físicas
F) Redução do trabalho remunerado por peça ou tarefa
19.3.2.4 A culpa recíproca
19.3.2.5 Justa causa do empregado doméstico
19.3.2.6 A resolução do contrato de empregado público
19.3.2.7 A greve e a resolução contratual
19.4 Rescisão do contrato de emprego
19.5 Caducidade do contrato de emprego
A) Morte do empregado
B) Aposentadoria do empregado
C) Morte do empregador
D) Força maior que determina a extinção da empresa

E) *Factum principis*

F) Outros casos de cessação da empresa ou estabelecimento. Falência. Recuperação judicial. Liquidação extrajudicial

G) A confusão como causa extintiva da obrigação trabalhista

19.6 O regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

19.6.1 A história e a estrutura do sistema de depósitos

19.6.2 Alíquotas e titulares do direito ao FGTS

19.6.3 Natureza jurídica do FGTS. Contribuição social ou salário diferido. A Lei Complementar 110 e sua aparente inconstitucionalidade

19.6.4 A movimentação da conta vinculada

19.7 A forma e a força liberatória do recibo firmado no desate contratual

19.8 Efeitos da cessação do contrato de emprego

19.8.1 O direito à reintegração

A) Estabilidade

B) Reintegração na hipótese de suspensão do contrato

C) Dispensa discriminatória

D) Dispensa lesiva a direito fundamental – a garantia de indenidade

E) Dispensa de empregado público com motivo declarado e infundado

F) Anistia

19.8.2 As prestações típicas da dissolução do contrato

A) Indenização e integração do período de aviso prévio

B) Férias em dobro, simples e proporcionais

C) Décimo terceiro salário proporcional

D) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e acréscimo indenizatório de 40%

E) Multa do artigo 477, §8º, da CLT

F) Sanção do artigo 467 da CLT

G) Indenização adicional. Artigo 9º da Lei 7.238/84

H) Seguro-desemprego

I) Indenização por danos morais

20 ESTABILIDADE NO EMPREGO

20.1 Fonte jurídica e tipologia da estabilidade

20.2 A estabilidade definitiva
20.3 A estabilidade provisória (ou garantia de emprego)
20.3.1 A estabilidade sindical
20.3.2 A estabilidade dos membros da CIPA eleitos pelos empregados
20.3.3 A estabilidade da gestante
20.3.4 A estabilidade acidentária
20.3.5 A estabilidade dos membros da Comissão de Conciliação Prévia eleitos pelos empregados
20.3.6 A estabilidade do membro do Conselho Curador do FGTS
20.3.7 A estabilidade do empregado eleito diretor de cooperativa
20.3.8 A estabilidade do membro do CNPS
20.3.9 A estabilidade dos representantes dos trabalhadores na empresa
20.3.10 A estabilidade no período pré-eleitoral
21 DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE
21.1 A greve e o meio ambiente de trabalho
21.2 A interação entre a greve e os sistemas político e econômico
21.3 Conceito legal
21.4 A greve como direito fundamental
21.4.1 A greve como direito coletivo fundamental
21.4.1.1 As dimensões individual e coletiva do direito fundamental à greve
21.4.1.2 A greve como direito fundamental – a opção pela via pacífica e a preeminência como método de solução dos conflitos coletivos
21.4.1.3 O interesse coletivo e as greves geral, política e de solidariedade
21.4.1.4 A greve como direito fundamental – o *lock-in* e o *lock-out*
21.4.2 A greve e o princípio da boa-fé objetiva
21.4.2.1 Imunização da greve contra a perturbação patronal
21.4.2.2 Imunização da greve contra a perturbação obreira
21.4.3 A suspensão do contrato durante a greve
21.5 A greve sob intervenção judicial
21.6 A greve e o interdito proibitório
21.6.1 A ameaça à posse como pressuposto do interdito possessório

21.6.2 A necessidade de audiência de justificação para a concessão do mandado proibitório
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
NOTAS

1 ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

1.1 A pré-história do direito do trabalho

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

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

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

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

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

O aparecimento do direito do trabalho tem relação com um modo específico de produção capitalista que emergiu com a realidade social sobrevinda após os movimentos de ruptura sócio-política e econômica que caracterizaram o fim da

era moderna, no tumultuado século XVIII. As condições adversas do trabalho humano que se percebiam no âmbito do emprego industrial exigiam um sistema de compensação jurídica que por zelo ou hipocrisia as legitimasse, atenuando o seu caráter espoliativo, além de demandarem uma construção teórico-filosófica que fizesse face à ideia, desde antes difundida entre os colbertistas, de que o industrial deveria assegurar aos seus trabalhadores apenas a remuneração que lhes garantisse a sobrevivência, pois do contrário não ocorreria a acumulação de riqueza tão cara ao mercantilismo.

Há, a propósito, sistematização proposta por Maurício Godinho Delgado[v] que destaca os fatores econômicos, sociais e políticos que deflagraram o surgimento do direito do trabalho como ramo específico do direito privado.

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

1.2 Os fatores econômicos que inspiraram o direito do trabalho

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

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

1.2.1 A revolução industrial

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

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

> O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180º. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.[viii]

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

Interessa o tema, sobretudo aos sociólogos, e eles, quando instados ao conceito de revolução, concebem-na, como ocorrera a Marx, como "a busca

retroativa de um desenvolvimento obstaculizado", o que corresponderia, na sociedade de classes em constante conflito, ao momento em que "as forças materiais de produção na Sociedade caem em contradição com as relações de produção existentes".

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

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

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

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

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

O autor francês se referia ao maquinismo e à nova realidade social que dele emergia. E que progresso teve, afinal, a máquina, ao fim do século XVIII?

Historiando a Idade Contemporânea, Cláudio Vicentino[xii] anota que a revolução industrial se iniciou com a mecanização do setor têxtil, cuja produção tinha amplos mercados nas colônias, inglesas ou não, da América, África e Ásia. Alinha, entre as principais invenções mecânicas do período, a máquina de fiar, o tear hidráulico e o tear mecânico. Em 1712, Thomas Newcomen inventou a máquina movida a vapor, sendo sua invenção aperfeiçoda por James Watt (1765). Em 1805, surgiu o barco a vapor e em 1814, a locomotiva a vapor, sendo assim os transportes igualmente influenciados pela descoberta do vapor como força motriz.

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

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

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

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

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

A bem dizer, a segunda revolução industrial teve início na última metade do século XIX, quando se descobriu a eletricidade (o dínamo a ensejar a substituição do vapor), como fonte alternativa de energia para a indústria, e

invenção de Henry Bessemer permitiu a transformação do ferro em aço, este suplantando aquele por suas características de dureza, resistência e baixo custo - a invenção revolucionou a indústria metalúrgica, que passou a produzir o aço em larga escala.

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

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

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

> Quando comparada à libertação da escravidão, que caracterizou a Idade Média, e à libertação da fadiga, que caracterizou a sociedade industrial, a libertação do trabalho, que irá caracterizar a sociedade pós-industrial, delineia-se com traços peculiares. Posto que as máquinas se incumbirão de quase todo o trabalho físico, assim como de boa parte do trabalho intelectual do tipo executivo, o ser humano irá guardar para si o monopólio da atividade criativa que, por sua própria natureza, dá muito menos margem do que a atividade industrial para a alocação de

> tarefas e para a divisão entre tempo de trabalho e tempo livre. De modo diferente do desemprego, que necessariamente é acompanhado pelos males da miséria e da marginalização, a libertação do trabalho admite formas de vida muito mais livres e felizes.

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

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

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

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

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

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

1.2.2 O trabalho humano, produtivo, alheio e livre

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

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

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

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

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

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

O trabalho livre diferia, por igual, daquele que até então prevalecia nas organizações produtivas. Lembremos que a Antigüidade conheceu, predominantemente, o trabalho escravo. Segadas Viana[xx] anota que "aos

escravos eram dados os serviços manuais exaustivos não só por essa causa como, também, porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio e até desonroso para os homens válidos e livres [...] Na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis onde o operariado era todo composto de escravos. Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes, desde os pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas".

Aristóteles, que concebia o homem como um ser político, já preconizava, a seu modo, que a real igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Com essa proposição pretendia, porém, justificar a escravidão e a dizia mesmo necessária para que outros homens pudessem pensar. E supondo, num vaticínio não confirmado pela História, que a automação viria libertar o homem do trabalho, afirmou Aristóteles[xxi] que "se cada instrumento pudesse, a uma ordem dada, trabalhar por si, se as lançadeiras tecessem sozinhas, se o arco tocasse sozinho a cítara, os empreendedores não iriam precisar de operários e os patrões dispensariam os escravos".

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

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

Nessas cidades, as corporações de mercadores, que buscavam garantir o monopólio do comércio local, e as corporações de ofício, visando cada uma destas à monopolização de uma certa arte ou ofício, eram influenciadas pela cultura cristã conhecida como escolástica e, sob a sua doutrina, condenavam a usura. Por isso, uma mercadoria deveria sempre ser vendida pelo preço da matéria-prima utilizada mais o valor da mão-de-obra empregada[xxvi]. Apenas os companheiros (ou oficiais) eram remunerados como se fossem protótipos de

assalariados, pois o mestre-artesão retribuía o trabalho dos aprendizes, que ocupavam a base da pirâmide corporativa, através de alimentos, vestuário e alojamento, além do aprendizado.

Com o passar do tempo, muitos dos mestres se enriqueciam e exerciam, com rigor, a exclusividade da atividade artesanal. Os companheiros se uniam com o intuito de conquistar as parcelas de monopólio asseguradas à mestria, quando não se resignavam ante a ausência de perspectiva econômica mais favorável. Noutro passo, a burguesia, que se fortalecia economicamente, interessava-se na instituição de um poder central que reduzisse a influência política da nobreza, não tardando a se constituírem as monarquias nacionais, que grassaram por toda a Era Moderna.

Os avanços tecnológicos, de que tratamos quando referimos a Revolução Industrial, e, mais adiante, as novas técnicas de divisão do trabalho prometiam alargar oportunidades e permitir que o homem se libertasse, uma vez por todas, dos grilhões da escravatura e da servidão, sem as amarras que o corporativismo impunha ao desenvolvimento de atividades econômicas por quem delas não tinha o direito à mestria.

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

1.3 Os fatores sociais que inspiraram o direito do trabalho

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

1.3.1 Os primeiros movimentos de insurreição dos trabalhadores

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

1.3.1.1 A reação dos trabalhadores na Inglaterra

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

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

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

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

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

1.3.1.2 A reação dos trabalhadores na França

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

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

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

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

1.3.1.3 A reação dos trabalhadores na Alemanha

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

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

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

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

1.3.2 A organização das profissões

A alusão a esses movimentos obreiros permite verificar que, após o impacto da primeira revolução industrial, os trabalhadores formaram coalizões, que se dissolviam após a vitória ou insucesso de cada insurgência. Os sindicatos vieram depois, quando as vantagens de se instituírem organismos permanentes foram percebidas pelos trabalhadores. Sanseverino situa entre 1815 e 1848 a fase das coalizões e anota que "o mundo do trabalho encaminhou-se, definitivamente, rumo à consciente conquista da liberdade sindical" quando publicado o Manifesto Comunista de 1848, por Marx e Engels[xxxiv].

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

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

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

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

O sindicalismo não teria trajetória exitosa, porém, caso tivesse prescindido

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

1.4 Os fatores políticos que inspiraram o direito do trabalho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quando lembramos que Marx propunha a substituição da classe hegemônica pela via revolucionária, bem assim a substituição da sociedade estatal em sociedade não-estatal, parece paradoxal a necessidade que se apresentava aos socialistas, na maior parte da Europa ocidental (inclusive França e Alemanha), de apresentarem aos eleitores programas imediatos de reforma

dentro do sistema político e econômico. O chefe de governo era responsável perante o parlamento, parecendo, assim, inviável a obtenção do socialismo integral, a substituição revolucionária da classe dominante, sem a colaboração dos parlamentares.

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

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

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

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

2 HISTÓRIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

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

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

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

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

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

O movimento colegial guarda semelhanças, porém, com a experiência vivida pelos sindicatos. Após se expandirem, num crescimento espontâneo, e passarem a exercer influência no encaminhamento dos problemas do Império, o Senado Romano proibiu o seu funcionamento, à exceção apenas dos oito colégios criados por Numa Pompílio. Em estudo proveitoso, Russomano assinala que se seguiu a represália, mas "as novas forças se organizam e dispõem-se a

enfrentar, ao se sentirem poderosas, a resistência do Estado". A Lex Clodia (ano 59 a. C.) reconheceu enfim o direito de associação mas Júlio César percebeu a prosperidade dos colégios e resolveu novamente aboli-los. Em 56 a. C, após a morte de César, Augusto editou a Lex Julia, que reconheceu direitos e privilégios dos colégios romanos mas os transformou em órgãos oficiosos do Estado Romano, inclusive quanto à arrecadação de contribuições fiscais. É ainda do mestre gaúcho o remate:

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

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

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

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

Esse sentimento de angústia e desamparo por que passava o trabalhador é associada por Deveali às causas sociais do sindicalismo, em passagem emblemática de sua obra: "Essa transformação de caráter psicológico tem, na

nossa opinião, uma influência preponderante na formação da mentalidade classista que é o efeito e a causa, por sua vez, da união de massas indiferençadas, unidas exclusivamente por uma dor comum, por um sentir comum e pelo mesmo desejo de libertação, se não de vingança”[xliv].

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

2.2 O sindicalismo no sistema capitalista de produção

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

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

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

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

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

2.3 O sindicalismo sob intervenção totalitária

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

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

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

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

3 HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Augusto César Leite de Carvalho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2 A escravidão na América e especialmente no Brasil

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

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

O trabalho forçado foi utilizado tanto no Brasil como nos Estados Unidos[lii]. Sem embargo, é necessário entender as diferenças entre a colonização das zonas temperadas da América, inclusive das terras norte-americanas, e a colonização de zonas tropicais como aquela que teve lugar no Brasil.

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

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

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

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

Nas plantações no sul dos Estados Unidos e nos trópicos, muitos colonos europeus tiveram que submeter-se à condição degradante de escravos antes que se adotasse a escravidão de negros africanos. Ainda assim, a escravidão de colonos foi temporária e seria inteiramente substituída, não voltando a ser tentada nas outras colônias tropicais, inclusive no Brasil, já que Espanha e Portugal, aos quais pertencia a maioria delas, não tinham mão-de-obra excedente e disposta a emigrar a qualquer preço[lvii].

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

Bretanha antes da era vitoriana”[lviii].

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

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

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

A legislação pombalina foi revogada pela Carta Régia de 12 de maio de 1798, recomeçando as atrocidades contra os nativos[lxii]. Contudo, os efeitos da legislação de Pombal eram notáveis e muitos eram os índios integrados à civilização ou, por outro lado, resistentes a essa prática de aculturação ou de trabalho forçado[lxiii]. Por tal razão, a migração de negros cresceu desde a primeira metade do século XIX até a proibição do tráfico em 1850. Nos primeiros anos desse mesmo século, a terça parte da população brasileira era composta por negros africanos, havendo muita miscigenação no restante[lxiv]. Além do trabalho no cultivo da cana e na mineração, os serviços domésticos também eram realizados por escravos[lxv].

Enquanto se desenvolvia a revolução industrial na Europa, o elemento fundamental da economia brasileira era a propriedade, nela se realizando a monocultura por escravos africanos. A boa qualidade das terras do Nordeste brasileiro contribuiu para que assim se organizasse a agricultura, cabendo notar

que a partir do século XVIII a mineração se somou à agricultura como outra grande atividade econômica na colônia portuguesa, embora os métodos continuassem os mesmos: a extração de minerais em larga escala com o auxílio de escravos.

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

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

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

3.1.3 A escravidão inibe as corporações de ofício no Brasil

Em meio a tal realidade, não pareceria razoável que se forjassem no Brasil as corporações profissionais. Depois do fracasso das primeiras tentativas de industrialização[lxviii], remanesceram nas cidades somente os mecânicos que trabalhavam por encomenda e a quem se pagava somente o feitio. Por isso, os mecânicos nunca formaram grêmios profissionais à maneira de como procediam na Europa. Como esclarece Capistrano de Abreu[lxix], eles "eram para isso muito poucos, e se nas cidades podiam viver de um só ofício, em lugares de população menos densa precisavam de sete instrumentos para ganhar a subsistência. Mesmo nas cidades faziam-lhes concorrência os oficiais escravos".

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

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

À semelhança do que ocorria na Europa, a legislação estatal regulava o funcionamento das corporações, mas a verdade é que a lei brasileira, sob influência da reforma liberal, aboliu corporações que sequer existiam. Até a

primeira Constituição brasileira, a Ordenação do livro I, título 88, impunha aos mestres a preparação dos aprendizes em tempo razoável, ensinando-lhes a ler e escrever. Nesse mundo apenas de fantasia, o art. 179, XXV da Constituição brasileira de 1824, a única carta constitucional do período imperial, predizia: “Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juízes, Escrivães e Mestres”. Agiam os legisladores como se as corporações do tipo europeu aqui também estivessem instaladas.

3.1.4 As leis trabalhistas surgiram antes da abolição da escravatura

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

É que, sob a influência do ideário liberal preceituado pela Revolução Francesa, com feições individualistas, surgiram ao início do século XIX as primeiras leis que viriam regular os contratos escritos de prestação de serviços, sendo que a primeira dessas leis, em 1830, vedava tais contratos "aos africanos bárbaros, à exceção daqueles que atualmente existem no Brasil" (artigo 7º da Lei de 13 de setembro de 1830). A segunda lei é editada em 1837 (Lei 108, de 11 de outubro de 1837) e regula o contrato de *locação de serviços* celebrado por escrito, favorecendo a colonização agrícola.

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

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

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

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

3.2 A substituição do escravo africano pelo imigrante europeu

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

Em meados do século XIX, a classe dirigente da economia cafeeira despertou para a possível conveniência de adotar no Brasil o sistema por meio do qual se implementou a emigração inglesa para a América no período colonial, nele se dando a venda pelo imigrante do seu trabalho futuro. O empresário financiava a vinda do imigrante, que se obrigava a permanecer a seu serviço por tempo determinado.

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

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

É fato que em 1859 se proibiu a emigração alemã para o Brasil, pois se

formou na Europa uma opinião amplamente contrária ao império escravista da América, assim sucedendo por influência, sobretudo, dos viajantes europeus que por aqui passavam e percebiam a forma primitiva da vida dos colonos, dado que a vida econômica das colônias era mesmo extremamente precária.

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

De par com essa miríade de trabalhadores estrangeiros, vários deles cônscios do direito a uma condição mais digna de trabalho e a cerrarem fileiras no movimento anarquista[lxxvii], sobressaía uma doutrina jurídica marcadamente reivindicatória, em que figuravam, com destaque, Evaristo de Moraes, Sampaio Dória, Carvalho Netto e Francisco Alexandre. Mas a realidade era adversa, ainda assim, para os trabalhadores.

3.3 O direito do trabalho e a industrialização no Brasil

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

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

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

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

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

Observa Evaristo de Moraes[lxxx] que os primeiros anos da República foram de grande agitação, não apenas porque a Lei Áurea significou a primeira grande lei social entre nós, como também porque à pena da Princesa Isabel

faltou uma complementação necessária, qual seja, “uma lei de reforma agrária que fixasse o homem à terra, lhe tornasse proprietário, dividisse os latifúndios, com radical alteração do sistema rural até então vigente, a fim de que, com o novo regime, não se desorganizasse a produção dos campos”. Essa providência era cobrada por espíritos iluminados, como Silva Jardim, Joaquim Nabuco e Rui Barbosa.

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

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

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

E havia, ademais, um claro obstáculo à ação protetiva do Estado. É que, além de o Estado liberal não agir – abstinha-se de intervir por pressupor a igualdade e a liberdade dos que protagonizam relações jurídicas –, esse modo de pensar justificou a revogação[lxxxiv] de leis, editadas ao tempo do Império, que regulavam a locação de serviços, também fazendo com que os legisladores civilistas não atentassem para a relevância social do trabalho. Comentando o projeto do Código Civil de 1916, Evaristo de Moraes, em obra publicada em

1905[lxxxv], ironiza:

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

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

A Europa já havia vivenciado a reação do proletariado, alimentada por movimentos socialistas de largo espectro e contida pelas medidas compensatórias empreendidas pela social-democracia, quando o operariado brasileiro se insurgiu e obteve a intervenção estatal. O Estado brasileiro era liberal, mas estava atento à experiência europeia e, por isso, promulgou normas que regulavam a jornada de menores cujo trabalho era permitido a partir de oito anos de idade (Decreto 1313/1891), o privilégio de salário pago a trabalhadores rurais (Decreto 1150/1904) e uma das seis primeiras leis, em todo o mundo, sobre férias remuneradas, fixando-as em quinze dias para empregados de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e de instituições beneficentes (Lei 4982/1925), além do Código de Menores de 1927 (Decreto 17934-A), que proibía o trabalho de menores de doze anos e limitava o trabalho de outros menores.

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

A CLT foi seguida de legislação que contribuiu para a atenuação das condições adversas em que se dava o trabalho do empregado brasileiro, abrindo

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

A Consolidação das Leis do Trabalho interveio em demasia, porém e contraditoriamente, na atuação dos sindicatos. Ao estudarmos a origem do direito coletivo do trabalho, vimos que a influência do ideário fascista deu ensejo, no Brasil dos anos 20, à intervenção do Estado no movimento sindical, a partir da adoção do princípio da unicidade sindical (um só sindicato representa a categoria em uma certa base territorial, sendo vedada a formação espontânea de uma nova entidade sindical), da instituição do imposto sindical (atualmente denominado contribuição sindical) e, até a Carta Política de 1988, através da investidura dos sindicatos através de Carta de Reconhecimento outorgada pelo Ministério do Trabalho.

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

4 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

4.1 Conceito

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

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

4.2 As fontes materiais e as fontes formais do direito

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

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

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

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

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

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

Cabe recordar que Hans Kelsen, o mais festejado expoente do positivismo jurídico, concebia a *teoria pura do direito* sem qualquer susceptibilidade, ao explicar a *norma* jurídica, a juízos de valor subjetivo[xciii]. Não lhe interessava, ao delimitar o universo de conhecimento a que haveria de se dedicar a ciência jurídica, indagar quais as fontes materiais do direito ou, em suas palavras, aquelas que "influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros"[xciv].

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

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

Lyra Filho, *litteris:*

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

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

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

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

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

4.2.1 As fontes formais do direito do trabalho

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

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

a) fontes de produção estatal;
b) fontes de produção profissional;
c) fontes de produção mista;
d) fontes de produção internacional.

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

> Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

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

Fontes de produção profissional são as convenções coletivas de trabalho, os acordos coletivos de trabalho e os regulamentos de empresa. A tentativa de

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

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

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

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

Fonte de produção mista é a *sentença normativa*, que ultima os processos coletivos (a Constituição e a CLT os denominam *dissídios coletivos*) instaurados

quando é malsucedida a negociação direta entre sindicato profissional e o empregador ou sua representação sindical. Também aqui se diferencia o direito laboral, em vista do *poder normativo* assegurado à Justiça do Trabalho pelo artigo 114, §2º, da Constituição.

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

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

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

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

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

tem como objetivos, como ensina Arnaldo Süssekind[cv]:

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

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

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

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

Mas há outras normas imperativas de direito internacional, enumeradas, com visível atualidade, por Amauri Mascaro Nascimento[cix]. Refere-se o autor às convenções internacionais da OIT e, além destas, aos *tratados internacionais* - bilaterais (a exemplo do *Tratado Bilateral de Itaipu*, em que Brasil e Paraguai regeram as relações surgidas na fronteira de seus territórios, a partir da construção da Usina de Itaipu) ou multilaterais; às *normas comunitárias* - que

são as normas vigentes para o âmbito de uma comunidade internacional (*Comunidade Européia, Mercosul* etc.) e aos *contratos coletivos internacionais* - que “resultam das negociações coletivas internacionais, como a convenção coletiva da indústria de automóveis (General Motors - Ford), comum às empresas instaladas no Canadá (Toronto) e Estados Unidos da América (Detroit)”.

4.3 Métodos de integração da norma jurídica

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

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

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

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

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

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

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

A ***analogia*** consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. Os tribunais trabalhistas, por exemplo, têm aplicado aos digitadores, por analogia, a regra relativa a intervalos em meio à jornada de trabalho, instituída pelo art. 72 da CLT em benefício dos mecanógrafos – o computador não compunha a realidade do legislador, quando incluído o tal preceito no texto consolidado. A Súmula 346 do TST findou por consolidar tal entendimento.

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

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

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

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

juízo de eqüidade, o juiz decide segundo sua consciência ou com base no próprio sentimento de justiça".

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

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

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

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

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

O *costume* se apresenta como norma geral e, não raro, o seu conteúdo passa

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

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

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

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

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

Já tratamos desse assunto quando mencionamos as fontes de produção internacional e ao estudo destas remetemos o nosso interlocutor. Cabe ressaltar, porém, que não têm relevância, no *processo sistemático* acima definido, apenas as normas elaboradas pelos organismos internacionais para aplicação nos Estados-membros, entre eles o Brasil. Interessam, agora, as normas que disciplinam as relações de trabalho em outros países, na verificação do alcance e sentido da norma trabalhista a viger em nosso território.

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

A informatização do trabalho, especialmente o *tele-trabalho* (que se desenvolve fora do estabelecimento empresarial, não raro no domicílio do

empregado, que interage com a empresa por meio telemático), tem contribuído para afastar o empregado de seus pares e, nessa medida, o sentimento de solidariedade social que fez surgir o direito do trabalho como um direito de conquista. Todavia, a lei preconiza que se perceba a prevalência do interesse público sobre o interesse individual, numa graduação em que o interesse transindividual, social ou coletivo, ocupa o degrau intermediário.

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

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

4.4 Eficácia da norma trabalhista no tempo e no espaço

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

4.4.1 Eficácia da norma trabalhista no tempo

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

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

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

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

4.4.2 Eficácia da norma trabalhista no espaço

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

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

No âmbito externo, nem sempre é tão singela a tarefa de identificar o elemento de conexão[cxxi] e, por meio dele, qual o direito a regular a relação entre trabalhadores – brasileiros ou não – que são contratados em um país e prestam serviço em outro ou em diversos países. Qual a norma trabalhista a prevalecer? Aquela vigente no Brasil ou o direito estrangeiro? A técnica recorrente é a da *territorialidade* (princípio da *lex loci executionis*) e sua melhor expressão estava consagrada, até recentemente, na Súmula 207 do TST (cancelada), a saber: "A relação jurídica é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação".

Esse critério, que elege como elemento de conexão o local da execução do contrato, e não o da constituição deste, estaria dissonante do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC[cxxii]), mas guardaria conformidade com o art. 198 do Código Bustamante[cxxiii], norma de direito internacional ratificada pelo Brasil[cxxiv]. Por outro lado, a Lei 7.064/1982 estabelecia uma exceção a essa regra, pois reservava aos trabalhadores do ramo da engenharia a regência pela lei trabalhista brasileira na hipótese de serem contratados no Brasil para laborar no exterior ou de serem transferidos para território estrangeiro enquanto se ativavam em terra brasileira.

A Lei 11.962, de 2009, promoveu, contudo, mudança significativa na regra

regente do elemento de conexão sob exame, porquanto ampliou os destinatários da citada Lei 7064/1982 de modo a converter a exceção em regra. Atendendo a tendência jurisprudencial que já se esboçava no sentido de universalizar a regra excepcional que até então contemplava somente a atividade de engenharia, a mencionada lei alterou a redação da Lei 7.064/1982 para estender a eficácia dessa lei a outras atividades.

Foi a centelha para que o Tribunal Superior do Trabalho cancelasse a Súmula 207 de sua jurisprudência. É que, com o novo texto atribuído à Lei 7.064/1982 em 2009, todos os trabalhadores, não apenas os que se enquadram na atividade de engenharia, desde que domiciliados no Brasil e aqui contratados para prestar serviço (não transitório[cxxv]) no exterior, ou para lá transferidos, beneficiam-se da regra antes exceptiva e agora mais abrangente, qual seja: "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei (Lei 7.064/82), quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria". Em princípio, a adoção do princípio da territorialidade, que consulta exclusivamente o local da prestação laboral, ficou destinada, assim, aos casos mais raros em que a demanda trabalhista não seja protagonizada por trabalhador domiciliado no Brasil que não se enquadre no perfil referido pela Lei 7.064/1982.

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

a) Em consonância com o art. 7º da LICC, a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. Em suma, não se deve perquirir o local da prestação de serviço, mas sim o domicílio, quando se quiser saber, *verbi gratia*, se o empregado tem ou não maioridade trabalhista.

b) É eficaz a norma trabalhista vigente no local onde o contrato é *normalmente executado*[cxxvi], ou, para outro segmento doutrinário, o direito vigente no país onde tem sede o empregador – ou ainda, como propõe Mallet[cxxvii], a lei *do local em que se encontrar o centro de direção econômica do grupo empregador* –, quando o empregado presta serviço transitório ou ocasional em vários países, o que se acentua no atual

processo de formação de comunidades ou blocos econômicos, integrando países em profusão, na esteira da regionalização do mercado e do capital.

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

5 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

5.1 Conceito e funções do princípio

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

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

Não é esta a hora ou a vez de identificarmos, na *teoria dos sistemas,* quais as possíveis características do sistema jurídico[cxxviii]. O que nos interessa agora, numa análise liminar, é enfatizar que o eventual contraste entre a regra legal e o princípio deverá implicar a ilegitimidade daquela ou a saturação deste, a necessidade de seu redimensionamento. O ideário que empresta harmonia às normas é enunciado, portanto, em postulados, que intitulamos *princípios.*

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

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

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

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

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

Tal peculiaridade dos princípios (são, a um só tempo, fontes materiais e normas de direito do trabalho), potencializa ainda uma característica que, regra geral, é-lhes inerente, qual seja: *a norma que provém do princípio permite que dela o princípio se extraia*. Há sempre essa via de mão-dupla que, a bem dizer, torna mais facilitada a tarefa de conferir a *legitimidade* que fará, quando presente, eficaz a norma trabalhista.

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

> [...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas

normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos[cxxxii].

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

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

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

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

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

O princípio da dignidade da pessoa humana igualmente não exaure a sua atuação no âmbito do direito laboral, pois interfere em setores variados da vida e do Direito. Mas, voltando os olhos à realidade dos que vivem um liame empregatício, uma tarefa deveras interessante seria a de identificar os direitos sociais que salvaguardariam, em qualquer sítio onde se realizasse o labor humano, as condições de trabalho mínimas, abaixo das quais não haveria trabalho digno. Estaríamos a contrastar a diversidade das pautas de direitos sociais com a necessária transcendentalidade de um atributo que é imanente ao gênero humano em qualquer atmosfera cultural, qual seja, a dignidade.

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

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

ao homem se refere.

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

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

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

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

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

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

força normativa que qualifica os princípios constitucionais[cxxxix], exigindo-lhes um significado jurídico.

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

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

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

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

Bem entendido, estamos a nos ambientar no plano teórico do positivismo jurídico e especulando, em outra dimensão (dogmático-normativa), sobre o conteúdo de um princípio, o da dignidade humana. Não nos interessa conjecturar sobre as características do direito positivo[cxli] (que é assunto afeto à teoria das normas), mas sim acerca do que significa aquele princípio, o da dignidade, segundo a análise positivista[cxlii].

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

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

Após afirmar que era impossível cumprir o desígnio (pregado pelos

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

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

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

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

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

Mas, como Rousseau, também Kant dizia ser a dignidade moral indissociável da pessoa humana, dotada de razão e de vontade livre, sem que mais nenhum outro ser vivente o seja. Dignidade, assim, é “o atributo de um ser

racional que não obedece a nenhuma outra lei senão a que ele mesmo se dá"[cxlvii]. Nesse contexto, Kant distingue entre aquilo que tem preço e o que tem dignidade:

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

Ora, se o homem é o único ser racional e pode fixar fins para si próprio, deverá ele, assim abstratamente considerado, ser o fim *em si mesmo* de toda intervenção humana: "a pessoa não pode ser tratada (por outra pessoa ou por si mesma) meramente como um meio, se não que tem que ser, em todo momento, utilizada como fim; nisso consiste a sua dignidade"[cxlix]. E quando estaria o homem a ferir a dignidade de outra pessoa, por impor-lhe conduta em que essa pessoa seria considerada um meio, não um fim?

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

a) algumas sanções estatais como a pena de morte, a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade intercorrente (por meio de indulto, por exemplo), as penas cruéis como a tortura e a prisão em célula "solitária" por tempo prolongado, sem contato com outras pessoas;

b) determinados métodos de interrogatório em processo penal, como o uso de narcóticos, o detector de mentiras, o hipnotismo e a tortura;

c) a negação de audiência judicial.

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

a) ataques à vida ou à honra;

b) incitação ao ódio, a medidas violentas ou arbitrárias contra indivíduos ou grupos.

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

a) a garantia da integridade pessoal contra a tortura e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25), inclusive em processo penal (art. 32);

b) os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26, no 1);

c) as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26, no 2 e 35);

d) a direito de resposta e retificação na imprensa (art. 37, no 4);

e) a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 67, no 4);

f) o direito de habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65, no 1);

g) a proteção da família para a realização pessoal de seus membros (art. 67, no 1).

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

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

a) a proibição de trabalho além da periodicidade diária e/ou semanal que permite ao empregado usar o salário para prover sua alimentação, moradia, descanso, lazer etc.;

b) a proibição de despedida arbitrária, pois esse modo de dispensar o empregado implica considerar o valor social do trabalho como um postulado menos relevante que o da livre iniciativa, instrumentalizando o trabalhador;

c) a garantia de salário que assegure a satisfação das necessidades vitais do trabalhador e de sua família, sendo esse o fim a ser alcançado;

d) a garantia de trabalho sem risco, a qual pode ser extraída das normas que impõem sanção jurídica para a hipótese de acidente de trabalho;

e) a proibição de trabalho insalubre ou perigoso (os quais conduziriam o empregado a enfermidade ou morte), de novo subtraindo-lhe o interesse de trabalhar para proporcionar a si e a aos seus a provisão de bens que lhes proporcionem felicidade;

f) a proibição de trabalho infantil em circunstâncias que inviabilizem a sua formação acadêmica, moral e física;

g) a adoção de sistema de revista de trabalhadores que exponha a intimidade destes, sobretudo quando se distinguem os meios de segurança patrimonial aplicados aos empregados e à clientela.

A dificuldade de encontrar o *mínimo existencial* que asseguraria uma vida digna e, no particular, um trabalho digno reclama, evidentemente, uma atuação discricionária dos que promovem ou atuam o direito, dos seus intérpretes enfim. Ademais, a resignação ou a anuência do trabalhador que é aviltado em sua

condição humana não interfere na qualificação da conduta patronal, cabendo lembrar, pelo seu apelo ilustrativo, trecho da obra de Ingo Sarlet[clii] em que ele faz referência a "polêmica decisão do Conselho de Estado da França, que considerou correta a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge, ao determinar a interdição de estabelecimento (casa de diversão) que promovia espetáculos nos quais os espectadores eram convidados a lançar um anão o mais longe possível, de um lado a outro do estabelecimento. Para o Conselho do Estado [...] estes 'campeonatos de anões' não poderiam ser tolerados por constituírem ofensa à dignidade da pessoa humana, considerando esta (pela primeira vez no direito francês) como elemento integrante da ordem pública, sendo irrelevante a voluntária participação dos anões no espetáculo, já que a dignidade constitui bem fora do comércio e é irrenunciável".

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

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

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

Ilustrando essa possibilidade de se confrontarem a repressão contra o ato ilícito e a dignidade da pessoa humana, Hoerster[cliv] lembra a ação de vítima

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

O problema se resolveria com a exigência de que a licitude da ação humana seria um pressuposto para a dignidade do trabalho que por ela se desenvolvesse. E então se abre, mesmo para Norbert Hoerster, uma fissura no conceito puramente formal até aqui desenvolvido: "se o princípio da dignidade humana (...) somente pode ser sensatamente entendido no sentido que implica *proteger as formas legítimas da autodeterminação humana*, então é inevitável que a aplicação desse princípio esteja vinculada a um juízo valorativo moral"[clvi]. É que nem sempre a ilicitude se esgota na transgressão à lei, por vezes se configurando na ação que, embora socialmente reprovável, não está descrita em tipo penal algum.

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

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

A evolução do conceito, a ponto de o princípio correlato ganhar a preferência dos Estados democráticos na decisão sobre o que haveria de dar

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

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

5.3 Princípios especiais do direito do trabalho

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

a) Princípio da proteção;
b) Princípio da irrenunciabilidade;
c) Princípio da continuidade;
d) Princípio da primazia da realidade;
e) Princípio da razoabilidade;
f) Princípio da boa-fé;
g) Princípio da igualdade de tratamento;
h) Princípio da autodeterminação coletiva.

5.3.1 Princípio da proteção

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

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

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

5.3.1.1 As regras in dubio pro operário, norma mais favorável e condição mais benéfica

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

a) a regra *in dubio pro operario*

b) a norma mais favorável

c) a condição mais benéfica

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

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

A técnica da *norma mais favorável* é de utilização frequente, aplicando-se, já agora, quando normas trabalhistas estão em aparente conflito. No direito comum, observa-se a hierarquia das normas, predisposta em forma piramidal. A partir da Constituição (que teria validade, segundo Kelsen, assegurada em norma pressuposta, a *norma fundamental*), as normas de escalão inferior teriam uma

norma de escalão superior a fixar a autoridade legisladora ou a *forma* a ser observada por esta norma infra-ordenada. A norma supra-ordenada, ainda em consonância com as lições de Hans Kelsen, seria então o *fundamento de validade* da norma abaixo escalonada – a Constituição em relação às leis ou *normas gerais*, estas em relação às sentenças ou *normas individuais*.

Logo, o conflito entre normas, no direito comum, é sempre aparente, resolvendo-se pela supremacia da norma acima escalonada, pelo critério da especialidade ou, em se tratando de normas com igual hierarquia, aplica-se o princípio *lex posterior derogat priori.* O direito do trabalho, por seu turno, é composto por normas que asseguram um mínimo de proteção ao trabalhador e, por isso, em vez de recorrer a essas técnicas tradicionais de solução de antinomias, prescreve a aplicação da norma *mais favorável,* aquela que apresenta a conquista mais significativa do conjunto de trabalhadores.

Aspecto muito relevante é o de não estar o direito laboral a negar vigência a normas de hierarquia superior quando contempla a prevalência da norma mais favorável, preferindo-a mesmo se essa preferência implica a incidência de lei ou convenção coletiva, em detrimento do direito mínimo assegurado no texto constitucional. Não há a preterição da norma superior porque esta, no sistema dos direitos sociais, garante apenas o patamar mínimo civilizatório, ou seja, a condição de vida ou de trabalho aquém da qual não se vislumbra dignidade humana. À lei cabe ampliar a proteção constitucional, como cabe à convenção coletiva elastecer o direito assegurado em lei, assim sucessivamente.

O artigo 7º da Constituição enuncia tal critério de expansão dos direitos sociais, ao prever que aos direitos elencados em seus múltiplos incisos se somarão *outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais.* A partir de tal preceito, todo o sistema jurídico-trabalhista, seja no plano constitucional ou mesmo legal, dispõe sobre o conteúdo mínimo do contrato de emprego, reservando a outras normas ou mesmo a cláusulas contratuais a tarefa de alargar a proteção do trabalhador subordinado. A pretensão expansionista, no sentido da proteção sempre maior, importa, em contraface e por definição, a vedação do retrocesso.

É significativo, portanto, o aspecto de o princípio da proteção ser princípio constitucional. Mas a *norma trabalhista* é elaborada, muita vez, em vista de uma realidade social particularizada ou, quando provém do Estado, abstrai de certas peculiaridades do labor desenvolvido por alguns de seus destinatários, em tal ou qual empresa. Por exemplo: A convenção coletiva que estatui férias por um

período maior pode prever a *remuneração* destas em valor menor, quando confrontada com um acordo coletivo de trabalho. Como identificar, em hipótese assim descrita, qual a *norma mais favorável?*

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

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

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

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

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

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

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

As três teorias seriam inadequadas, porém e para parte da doutrina, quando o conflito se apresenta entre normas vigentes em países diversos. Tal conflito haveria de ser dirimido pelo princípio da territorialidade ou em conformidade com os elementos de conexão cogitados no capítulo precedente. Por isso e ao comentar a antiga Súmula 207 do TST (que recomendava o princípio da territorialidade na definição da norma prevalente no espaço), Francisco Antônio de Oliveira, secundando Délio Maranhão, transcreve a pertinente orientação de Ernesto Krotoschin:

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

Tal entendimento, que grassa majoritário em meio à doutrina, poderá ser revisto, pensamos, na hipótese de se disseminar a prática do *dumping social*, efeito deletério da globalização da economia sobre o custo trabalhista das empresas transnacionais – menos por injunções da classe obreira, mas sobremodo por pressão dos provedores do capital que trasladam sua atividade econômica para sítios estrangeiros onde estão imunes à proteção trabalhista.

A propósito, a ordem jurídica não se mostra refratária à ideia de adotar a norma mais favorável como elemento de conexão que identifica a lei (nacional ou estrangeira) a ser aplicada quando o trabalhador presta serviço em vários países. Basta lembrar que o TST cancelou a sua Súmula 207 em razão de se ter alargado o ângulo de incidência da Lei 7.064/1982 a partir da alteração de seu texto, ocorrida em 2009. O art. 3º, II da Lei 7.064/1982 prevê a preferência da lei brasileira "quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

A regra da *condição mais benéfica* pressupõe a sucessão de normas trabalhistas, expressando o respeito ao *direito adquirido* no direito laboral. Distingue-se da regra que acabamos de estudar (a *norma mais favorável*) apenas pela circunstância de não resolver conflito entre normas coetâneas, ou vigentes à

mesma época. Diversamente do que ocorre nas hipóteses em que se aplica a *norma mais favorável,* já não mais se apresentam normas que vigoram simultaneamente, mas uma norma que passa a viger em detrimento de outra anterior, com conteúdo diverso. Aplica-se, entre nós e do mesmo modo como sucede quando as normas têm vigência concomitante, a condição mais benéfica. Essa orientação fez surgir, a propósito da sucessão de *regulamentos de empresa* às vezes ocorrente, a Súmula 51 do TST: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

5.3.1.2 A ultra-atividade das normas coletivas

Questão correlata à aplicação da condição mais benéfica quando normas trabalhistas se sucedem acerca de um mesmo tema é, por certo, aquela que diz sobre adotar-se a norma coletiva mais benéfica entre aquelas que são, entre si, consecutivas. A pergunta inquietante: poderia uma norma coletiva anterior prevalecer se a norma coletiva posterior reduz direitos do trabalhador?

A ultra-atividade é o atributo da norma coletiva que a faz eficaz após encerrar-se o seu período de vigência. A ultra-atividade seria incondicionada quando o direito previsto na norma coletiva anterior não pudesse ser reduzido, sequer por outra norma coletiva. E é condicionada quando essa eficácia da norma coletiva precedente vigora até que outra norma coletiva sobrevenha, tratando da mesma matéria. Por muito tempo, entendeu-se que as convenções e acordos coletivos contêm cláusula de vigência e por isso os direitos neles assegurados não poderiam continuar vigorando após o prazo convencionado. Não se aceitava, no sistema brasileiro, a ultra-atividade em qualquer de suas modalidades.

A questão vexatória não estava na eficácia da norma coletiva vigente à época do conflito mesmo quando essa norma era a menos benéfica, pois tal eficácia era e é condizente com o princípio da autodeterminação coletiva, que faz prevalecer a redução de direitos operada segundo a vontade da própria categoria de trabalhadores. A questão realmente embaraçosa estava no período de anomia jurídica que assim se estabelecia entre o final da vigência da norma coletiva anterior e a superveniência da norma coletiva seguinte. Era um período *sem* norma coletiva.

Tal modo de pensar, estreitamente inspirado no prazo de vigência das normas coletivas, revelou-se inconsistente pelas razões principiológicas e pragmáticas ora referidas, a que se somam mais três relevantes razões:

a) o prazo de vigência das normas coletivas não é uma opção das partes convenentes, pois a lei brasileira impede que ajustem, como pareceria mais consentâneo com o princípio da liberdade sindical, a vigência por tempo indefinido (a cláusula de vigência é uma imposição do artigo 614, §3º, da CLT);

b) a regra da ultra-atividade não impede que os interessados estabeleçam prazo para a eficácia de cláusula específica, pois assim se daria com a chancela da vontade coletiva e em caráter excepcional, sem contaminar a

regra geral de que os direitos laborais tendem à expansão, não à estagnação ou ao retrocesso;

c) a exigência de prazo de vigência para as normas coletivas pode ser vista sob a perspectiva de que, em verdade, o sistema positivado pela Consolidação das Leis do Trabalho pressupõe uma sequência ininterrupta de normas coletivas, ao regular a negociação coletiva de sorte a que a regência por esse tipo de norma jurídica não sofra solução de continuidade; para alcançar esse desiderato, o art. 616, §3º da CLT dispõe que a agremiação sindical instaure o dissídio coletivo "dentro dos sessenta dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo" e, cumprido tal prazo, a sentença normativa que se obterá no dissídio coletivo "vigorará a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa" (art. 867, parágrafo único, alínea b, da CLT) – extrai-se, portanto, que o sistema de direito do trabalho não consente com o hiato jurídico, com a existência de um tempo sem norma coletiva de trabalho.

Até setembro de 2012, a construção jurisprudencial que predominava era contrária à ultra-atividade da norma coletiva. A bem dizer, a ultra-atividade não prevalecia ante a orientação jurisprudencial consagrada na antiga redação da Súmula 277 do TST, que limitava a eficácia das convenções e acordos coletivos, não apenas das sentenças normativas, ao seu respectivo período de vigência.

Mas eis que sobreveio a Segunda Semana do TST, instituída com a finalidade de os ministros examinarem a possível existência de temas candentes da jurisprudência ainda não sumulados e também a atualidade dos fundamentos de algumas súmulas da jurisprudência trabalhista, selecionadas após a livre indicação dos próprios magistrados e também de advogados, procuradores do trabalho, professores universitários, entidades sindicais e patronais.

Com base na orientação jurisprudencial que até então vigorava, uma convenção coletiva cujo prazo de vigência se esgotasse estaria revogada, ainda que norma coletiva posterior sequer existisse ou fosse omissa a respeito da conquista obreira prevista na convenção anterior. O prazo de vigência, que é uma exigência (a nosso ver censurável) da lei, transmudava-se assim em obstáculo intransponível à ultra-atividade da norma coletiva, gerando vazios ou retrocessos normativos como prêmio para o empregador que se negasse à negociação com o sindicato representante dos seus empregados, tudo em contraste com as regras e práticas das negociações coletivas que se operam em tantos outros países do

ocidente.

Estudando a matéria, Roberto Pessoa e Rodolfo Pamplona referem-se a Argentina, Bélgica, México, Paraguai, Venezuela e Uruguai como estados nacionais que adotam a ultra-atividade absoluta ou incondicionada[clxiii], ou seja, sequer haveria a possibilidade, nesses países, de uma norma coletiva posterior revogar a vantagem assegurada em convenção ou acordo coletivo de trabalho, possibilidade que está prevista no texto que foi agora atribuído à Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho.

A nova redação da Súmula 277 preconiza a ultra-atividade condicionada, ou seja, a prevalência da vantagem assegurada coletivamente até que norma coletiva posterior modifique ou suprima a cláusula normativa que a contemplava a citada vantagem em favor dos trabalhadores. Essa orientação harmoniza a jurisprudência brasileira com o entendimento que prepondera em países como Alemanha[clxiv], Holanda[clxv], Espanha[clxvi], Itália[clxvii] e Portugal[clxviii], além de resgatar a regra prevista, por algum tempo, no art. 1º, §1º da Lei 8.542/1992[clxix].

Por tais e importantes razões, a nossa impressão sempre foi a de que a Súmula 277 do TST merecia uma inversão de sinal que afinasse a jurisprudência brasileira com a orientação predominante entre os povos que prestigiam a vontade coletiva e sobretudo com a atual Constituição Federal, pois é induvidoso que ela valoriza os processos de negociação coletiva, enaltecendo a necessária observância das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, XXVI). Com absoluta coerência, prescreveu, porém e em seguida, uma limitação ao poder normativo da Justiça do Trabalho, em seu artigo 114, §2º.: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as *convencionadas* anteriormente"[clxx]. Em suma: o direito assegurado em norma coletiva de trabalho está revestido de grau elevado de intangibilidade, a ponto de ser insusceptível de modificação pelo Poder Judiciário e ser vulnerável apenas a alteração que sobrevier mediante outra norma coletiva.

Se a sentença normativa não pode reduzir ou suprimir conquistas obreiras

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

Logo, as melhores condições de trabalho asseguradas em convenção coletiva anterior não podem ser suprimidas mediante ação normativa do Estado (Poder Judiciário) ou pela ausência de negociação coletiva de trabalho. Somente uma nova convenção coletiva, nunca uma sentença normativa ou o vazio normativo, poderá reduzir direitos resultantes de negociação coletiva de trabalho[clxxi].

Em verdade, a Seção de Dissídios Coletivos do TST vem emprestando ao art. 114, §2º da Constituição um alcance mais largo, uma intepretação teleológica mais consentânea com a intenção do poder constituinte, pois vem de proclamar a ultra-atividade das conquistas históricas da categoria, ainda quando a fonte do direito tenha episodicamente passado a ser não mais uma convenção ou acordo coletivo, e sim uma sentença normativa, como se pode extrair de aresto paradigmático:

> CLÁUSULA PREEXISTENTE. CONQUISTA DA CATEGORIA. A Constituição da República, no art. 114, § 2º, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, dispõe que no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica, pode a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Na hipótese, a garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou ocupacional é um direito reconhecido à categoria, conquistado desde 1985, conforme revela a prova produzida nos autos. Nesse contexto, em que pese a norma coletiva imediatamente anterior possuir natureza heterônoma (sentença normativa), é plausível, do ponto de vista social e jurídico, a manutenção da cláusula de garantia de emprego que vem sendo convencionada ao longo dos anos pelas partes, constando, inclusive, nas normas coletivas autônomas celebradas individualmente com integrantes da categoria econômica, sobretudo quando se constata que os sindicatos suscitados postulam a exclusão sem apresentar razões de cunho econômico, social ou mesmo operacional que inviabilizem a manutenção do direito. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e não provido (TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, RODC 2010000-68.2008.5.02.0000, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, julgado em 12/04/2010, DEJT 30/04/2010)

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

resistência, pura e simples. O empregador que não se oferecesse à negociação lograria obter a supressão das conquistas históricas da categoria obreira.

Por isso, está a nova redação da Súmula 277 do TST a orientar: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Em outras palavras: as cláusulas benéficas das convenções coletivas de trabalho seguem a regra geral de incorporar-se ao contrato, salvo se sobrevier condição ainda mais benéfica; à diferença, porém, do que sucede com outras normas trabalhistas, a cláusula normativa pode ser modificada ou suprimida, desde que o seja por norma coletiva posterior.

5.3.2 Princípio da irrenunciabilidade

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

Essa *irrenunciabilidade* é referida, às vezes, como *indisponibilidade* ou *imperatividade.* O caráter *imperativo* não é o da norma, porque toda norma o tem (enquanto *ordem*), mas concerne à peculiaridade de ser inderrogável (*jus cogens*) a norma trabalhista. Ao cogitar de *indisponibilidade,* parte da doutrina mantém a sua atenção voltada para a essência do princípio, porém lhe empresta maior amplitude, já que o direito *indisponível* não é apenas *irrenunciável*, mas igualmente insusceptível de ser objeto de *transação.*

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

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

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

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

5.3.2.1. A indisponibilidade e a prescrição de pretensões trabalhistas

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

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

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

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

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

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

com exigibilidade recente, caso a lesão tenha ocorrido antes do prazo liberatório).

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

5.3.3 Princípio da continuidade

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

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

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

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

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

ocorrido; resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; a manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

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

5.3.4 Princípio da primazia da realidade

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

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

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

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

Essas teorias anticontratualistas não preponderaram, mas tiveram marcada influência na evolução do direito obreiro. A mencionada teoria do contrato-realidade surge como uma forma mitigada de se negar à relação de trabalho subordinado a origem em um contrato de natureza civil. Sustenta De La Cueva que o contrato de trabalho se aperfeiçoa quando se inicia a prestação laboral, e

não ao tempo em que há o ajuste de vontades. Em pertinente passagem de sua obra, transladada por Plá Rodriguez[clxxviii], elucida De La Cueva:

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

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

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

5.3.5 Princípio da razoabilidade

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.6 Princípio da boa-fé

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

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

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

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

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

É preciso ressaltar que o princípio da boa-fé se irradiou de outros foros jurídicos para o âmbito do direito do trabalho. E ganha vigor em todos as searas do direito, pois, lembra-nos Miguel Reale[clxxxv], os artigos 113[clxxxvi], 187[clxxxvii] e 422[clxxxviii] do novo Código Civil referem-se ao princípio da boa-fé porque revelam a opção do legislador por *normas genéricas* ou *cláusulas*

gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, “a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”.

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

5.3.7 Princípio da igualdade de tratamento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

) ou de serem portadores do vírus da AIDS (E-RR-439.041/98

). Em tempo mais recente, o TST editou a Súmula 443 de sua jurisprudência: “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”.

A Súmula 443 do TST elucida alguns tópicos relevantes: a) o fato de o empregado ser portador de doença eventualmente estigmatizante é indício suficiente para que se declare a nulidade da dispensa, cabendo ao empregador o ônus de provar que outro fora o motivo para despedir o empregado; b) a consequência jurídica da nulidade é o direito, que o trabalhador tem, de retornar à condição anterior, ou seja, à condição de empregado junto ao empregador que cometeu a discriminação, ainda que não esteja protegido por qualquer espécie de estabilidade.

É plural, aliás, o modo como se concretiza o princípio da igualdade de tratamento no direito do trabalho. A sua função *interpretativa* sobressai na aplicação do artigo 461 da CLT, este a prescrever a equiparação salarial entre empregados que executam trabalho de igual valor. Noutro viés, o seu caráter *normativo* é pronunciado quando o empregador pune de modo desigual um empregado em relação aos demais, que cometeram igual falta em idênticas circunstâncias e grau de participação. A doutrina e a jurisprudência trabalhista são pródigas na indicação de hipóteses em que o princípio da igualdade de tratamento merece ser referido.

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

A bem dizer, o princípio constitucional revela um valor a ser alcançado, desafiando o Estado Democrático de Direito. Quando lhe atribuímos força normativa, apresenta-se o princípio não apenas como um item na pauta do legislador, mas sobretudo como uma meta a ser concretamente atingida pelos que atuam o direito positivo, sempre visando à sociedade ideal, mais justa e solidária.

5.3.8 Princípio da autodeterminação coletiva

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

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

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

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

Alguns autores invocam, porém, a nossa tradição – dir-se-ia de origem

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

> O ideal, para esses arautos do contratualismo coletivo hodierno, é que não haja instituições jurídicas que visem à regulação de qualquer vínculo laboral, que as partes relacionadas pelo trabalho prescindam de qualquer presença estatal, por mínima que seja, que não exista nenhuma previsão de conduta para o estabelecimento de relações trabalhistas, pois, assim ocorrendo, melhor será para a livre atuação e para o predomínio daquele que dispuser objetivamente de hegemonia. Não se deve cogitar de interesses humanos, mas, tão-somente, de interesses econômicos, cuja preponderância identifica a tese em que se apóia: o materialismo capitalista.
>
> Pressupondo uma total liberdade de relacionamento, esquecem-se de que essas relações não são meramente simpáticas, mas se desenvolvem num clima formal, que exige comportamentos previsíveis.
>
> Eis o pensamento contratualista coletivo que se pretende (e já se está conseguindo) disseminar no Brasil.

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

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

regiões inóspitas, em plataformas marítimas ou em locais de difícil acesso, com a venda mediante o teletrabalho ou o *telemarketing* etc.

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

5.3.8.1 A autonomia coletiva e os princípios regentes da organização sindical. Unicidade sindical e liberdade sindical

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

Há dois princípios que são, aparentemente, antinômicos, embora sejam normalmente referidos quando se estuda a estrutura sindical no Brasil. Estamos a tratar dos princípios da *unicidade* e da *liberdade sindical.* Em rigor, há, nessa dicotomia, uma necessária digressão semântica: dir-se-ia que a norma jurídica que regula a unicidade sindical (ou seja, não é permitido fundar mais de um sindicato para cada categoria e base territorial) descreve uma conduta e por isso estaria mais próxima do conceito de regra, não de princípio. A norma de textura aberta seria a liberdade sindical, ainda que por mal vezo – que também é nosso, por praticidade – denominamos um e outro de princípios. Sigamos, contudo, sem devotar maior atenção a essa importante distinção conceitual (princípio *vs* regra), dado que sem relevância para a análise a que ora nos propomos.

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

O Decreto n. 19.770, de 1931, exigia a unicidade, a neutralidade e a nacionalidade dos sindicatos, impedindo que estes veiculassem a doutrina marxista – cuja vocação para a universalidade era uma ameaça ao regime que, como visto, também perseguia a *totalidade* – e extraindo do movimento associativo a característica, a ele tão própria, de congregar, naturalmente, trabalhadores predispostos ao combate das ações patronais que promovem o

trabalho indigno, injusto, desumano. Se não contarmos o curto período de vigência da Constituição de 1934, que previa a pluralidade e a autonomia sindical, concluiremos que ordenamento jurídico brasileiro está, desde a década de 30, a impor a regra de o sindicato dever ser o único a representar uma dada categoria profissional, na base territorial que o seu estatuto delimitar. Assim se dá quanto à categoria profissional e, por igual, no tocante à categoria econômica, que reúne empregadores exercentes da mesma atividade econômica.

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

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

A Constituição em vigor não exige mais essa temporada como associação profissional e aboliu a necessidade de reconhecimento pelo Ministério do Trabalho para que se aperfeiçoe a investidura sindical, pois regula a matéria em seu artigo 8º, I, enaltecendo ser livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

> Art. 8º, I da CF – a lei não poderá exigir autorização do Estado par a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Nota-se que a Carta de Reconhecimento não pode mais ser outorgada, formando-se o sindicato mediante o “registro no órgão competente”. Mas, a que órgão competente estaria o constituinte a referir-se? Seria o cartório de registro de pessoas jurídicas, que controla o registro de estatutos das sociedades civis? Ou seria o Ministério do Trabalho, que sempre possuiu o controle da unicidade,

impedindo que novas entidades sindicais surjam para representar uma dada categoria, na mesma base territorial?

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

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

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

> Artigo 1º - Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho, para a qual esteja a vigor a presente Convenção, obriga-se a pôr em prática as seguintes disposições.
>
> Artigo 2º - Os trabalhadores e os empregadores, sem qualquer distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que julguem convenientes, assim como de se filiar a essas organizações, com a única condição de observar seus estatutos.
>
> Artigo 3º
>
> 1. As organizações de trabalhadores e empregadores têm o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, o de eleger livremente seus representantes, o de organizar sua administração e suas atividades, e de formular seu programa de ação.
>
> 2. As autoridades públicas deverão se abster de toda intervenção que vise a limitar esse direito ou a dificultar seu exercício legal.
>
> Artigo 4º - As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou suspensão por via administrativa.
>
> Artigo 5º - As organizações de trabalhadores e de empregadores têm direito de se constituir federações e confederações, assim como de filiar-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação tem o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.
>
> Artigo 6º - As disposições dos artigos 2o, 3o e 4o desta Convenção aplicam-se às federações e

> confederações de organizações de trabalhadores e de empregadores.

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

Podemos inferir do artigo 8º, II, da Constituição que a liberdade coletiva não está plenamente garantida, no Brasil, pois "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município". Logo, os grupos sociais não podem constituir, livremente, novo sindicato que os represente, na mesma base territorial em que já sejam representados por sindicato anteriormente constituído. O controle da unicidade sindical cabe ao Ministério do Trabalho, conforme elucida a Súmula 677 do Supremo Tribunal Federal:

> Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

Esse rigor tem sido, porém, atenuado, pois o Supremo Tribunal Federal, não obstante exija o registro no Cadastro Nacional das Entidades Sindicais para que o sindicato adquira personalidade sindical[cc], tem reiterado que "a criação de novo sindicato por desmembramento de sindicato preexistente não viola o princípio da unicidade sindical, desde que respeitada a base territorial mínima de um município"[cci]. A permissão para que se reduza a base territorial alcança apenas as hipóteses de *desmembramento*, não afetando, portanto, os casos – mais delicados – de *dissociação* (art. 571 da CLT), em que empresas e respectivos trabalhadores estão concentrados em torno de atividades similares ou conexas e um de seus segmentos resolve descolar-se desse conjunto amorfo, para instituir novo sindicato[ccii].

Na mesma linha de mitigação da regra da unicidade sindical, o artigo 37, VI, da Constituição prescreve: "É garantido ao servidor público civil o direito à

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

A última expressão da liberdade sindical é a que diz respeito à autonomia do sindicato para se organizar internamente. Vários foram os dispositivos da CLT que perderam fundamento de validade quando editada a Constituição em vigor, que veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (artigo 8º, I). Há um preceito da CLT, o seu artigo 522, que teve, contudo, a sua eficácia restaurada em razão do modo abusivo como os sindicatos vinham investindo, em seus órgãos de direção, um número excessivo de empregados. A seu tempo, vamos estudar a estabilidade que o artigo 8º, VIII, da Constituição garante aos dirigentes sindicais[cciv].

Deduz-se, portanto, que a unicidade sindical, para alguns indispensável na fase embrionária do sindicalismo brasileiro - ao tempo em que o seu oposto, a pluralidade, poderia dispersar os trabalhadores - e defendida por centrais sindicais e setores expressivos do patronato à época da Assembléia Nacional Constituinte (1988), está, hoje, a engessar a formação e a atuação dos sindicatos, nem sempre representativos. Dados estatísticos[ccv] apresentados pelo IBGE, no final de 2002, informavam que apenas metade dos sindicatos realizavam negociações coletivas, não sendo ainda mais inexpressivo esse número em razão de 62% e 63% dos sindicatos atuantes nas regiões Sul e Sudeste, respectivamente, cumprirem a sua missão supostamente congênita, a de negociar para obter mais justas condições de trabalho.

Há, portanto, quem sustente, por judiciosas razões, a possibilidade de o Judiciário brasileiro valer-se da textura aberta de nosso texto constitucional para promover uma necessária conciliação entre o princípio da liberdade sindical e a estrutura sindical em vigor no Brasil. Cristiano Paixão é enfático ao sustentar:

> É chegado o momento – ainda no campo do Direito Internacional e dos Direitos Humanos – de frisar um aspecto: o fato de a Convenção 87 ainda não ter sido ratificada pelo Brasil não significa que não possa vigorar, de forma efetiva, o primado da liberdade sindical no Brasil. Há

> várias normas internacionais em vigor, às quais o Brasil está vinculado, que versam sobre a organização sindical. Do conjunto dessas normas – e de suas relações com outros direitos humanos ligados ao mundo do trabalho – é possível concluir pela consagração, no plano internacional, da ideia de liberdade sindical.[ccvi]

Concorre para esse desiderato, por igual, o fato relevante de a Organização Internacional do Trabalho, por meio da "Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento", de junho de 1988, haver proclamado que:

> [...] todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é:
>
> (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
>
> (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
>
> (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e
>
> (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Quando inclui a liberdade sindical entre os princípios que se revelam em uma das convenções fundamentais, a OIT lembra: a) que ao incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se comprometeram a esforçar-se para atingir os objetivos gerais da Organização com o melhor de seus recursos e de acordo com suas condições específicas; b) que esses princípios e direitos se expressam e desenvolvem na forma de direitos e obrigações específicos em Convenções reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização[ccvii].

Se a unicidade sindical foi importante em um primeiro momento, porque assim se fortaleceram as entidades associativas que se formavam no conflagrado início do século XX, é certo, porém, que a herança do arbítrio estatal[ccviii], em cujo berço se forjou a ideia do monismo sindical, fez com que se preservassem associações sindicais forjadas por líderes políticos autoritários ou pelo próprio empregador, com o mal-disfarçado objetivo de neutralizar o espaço discursivo e reivindicatório que o sistema capitalista tolera, no ambiente empresarial. Soma-se ao *peleguismo* a criação de milhares de sindicatos, no Brasil, com o intuito pouco dissimulado de arrecadar a contribuição sindical – que seria obrigatória para todos os empregados e empregadores – ou, até há pouco tempo, indicar

representantes classistas para a Justiça do Trabalho.

Fato é, porém, que a unicidade sindical foi assimilada pela jurisprudência, como já visto, como uma regra constitucional a ser respeitada. São as chagas do corporativismo, ainda assim insuficientes para obscurecer a importância da negociação coletiva de trabalho, instrumento de solução dos conflitos coletivos que viabiliza a correção de injustiças e promove a adaptação da norma abstrata à realidade plural e complexa, prescindindo da intervenção estatal.

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

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

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

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

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

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

Existem, porém, princípios cujo sentido pode ser sintetizado em conceitos

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

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

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

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

É inverídica, a propósito, a afirmação de que a proteção celetista está esclerosada, porque remonta a 1943. Em vez disso, o que se tem é um conjunto de normas que se veio formando ao longo do processo de automação agrícola, industrialização, informatização e mesmo terciarização, vivenciado pelo Brasil em décadas bem mais recentes.

A regência das férias individuais e coletivas, como está na atual CLT, é de 1977, desse mesmo ano sendo as prescrições sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade; a norma excludente dos que exercem cargo de confiança (art. 62), no tocante à duração do trabalho, é de 1994; a proteção contra a supressão do intervalo intrajornada é também de 1994; a proteção do

trabalho da mulher sofreu alterações em 1989 e em 2001; os artigos da CLT que regulam a duração dos contratos sofreram alterações em 1967, em 1977, em 1989 e em 2001; o capítulo que trata da rescisão contratual também sofreu várias alterações, sobretudo em 1970 e em 1989; o título pertinente ao contrato individual do trabalho foi modificado em 1967, 1994 e 1997.

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

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

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

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

norma infraconstitucional, que o desconsidere, revele-se válida.

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

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

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

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

6 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Augusto César Leite de Carvalho

6.1 A prescrição e o temor de propor a ação

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

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

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

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

Em outra ocasião, e após estudo de algum fôlego acadêmico, já dissemos que a jurisprudência constitucional espanhola instituiu a *garantía de indenidad*, vale dizer, a imunização de todos quantos exerçam um direito fundamental, inclusive o direito de ação judicial trabalhista. Protege-se o empregado contra a

represália patronal que consista em ato de retaliação ou mesmo em ato de dispensa. O trabalhador europeu, por obra de construção jurisprudencial que mais tarde se converteu em lei e em *directiva* da União Europeia, tivera assim assegurado o seu retorno ao emprego sempre que dispensado em virtude de ousar a propositura de demanda judicial durante a relação empregatícia.

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

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

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

A pretexto de assim render ensejo à pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como

se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça do Trabalho, o art. 7º, XXIX da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual[ccx].

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

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

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

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

É certo que apenas as pretensões condenatórias estão sujeitas à prescrição extintiva. A pretensão declaratória não prescreve. Mas, a bem ver, a questão posta não trata da prescrição de pretensões declaratórias, nem da imprescritibilidade de pretensões condenatórias. Ao que parece, confunde-se o termo inicial da prescrição – que é, regra geral, a exigibilidade da pretensão – com o fato gerador dessa mesma pretensão.

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

Uma ilustração seria elucidativa. Pense-se na indenização prevista na

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

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

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

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

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

Conforme mencionamos em escrito anterior[ccxii], poderia questionar-se o estudioso da ciência jurídica: não seria a *prescrição trabalhista,* sob o enfoque prático, a *renúncia tácita* de um direito *irrenunciável?* Se o direito trabalhista é indisponível e a sua inobservância faz nula a cláusula ou alteração contratual infringente, como compatibilizar a *prescrição trabalhista* com o axioma universal de que *contra ato nulo o direito não prescreve* (art. 169 do Código Civil)? Duas regras seriam, aqui, inolvidáveis:

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

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

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

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

Plá Rodriguez[ccxvi] nomina vários laboralistas que propõem essa graduação da indisponibilidade, enfatizando que somente De La Cueva e De

Ferrari teriam sustentado que todas as normas trabalhistas seriam irrenunciáveis. A Súmula 294 do TST orienta:

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

Esquematizando a matéria:

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

O Tribunal Superior do Trabalho pareceu reduzir, portanto, as hipóteses de prescrição parcial (menos prejudiciais ao trabalhador), quando, ao editar a Súmula 294 da súmula de sua jurisprudência, não se referiu às normas abstratas de categoria (sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho), reportando-se apenas às normas contempladas em lei. Voltando, portanto, à orientação prevalecente, alguns exemplos poderiam aclará-la:

1º) Considerando um contrato ainda em vigor ou que tenha cessado há menos de dois anos (conforme artigo 7º, XXIX, da Constituição, o transcurso desse biênio, a partir da extinção do contrato, faria prescrita toda e qualquer pretensão relativa ao vínculo de emprego), imaginemos uma redução salarial ocorrida há sete anos. Duas resoluções possíveis: a) se a redução fez o salário menor que o mínimo legal ou convencional, o empregado terá direito apenas às diferenças salariais exigíveis nos cinco anos que antecederam a sua ação judicial - prescrição parcial; b) se a redução alterou, para menos, apenas o salário *contratual*, sem inobservância de texto de lei, a prescrição, sendo suscitada, será total, nenhuma diferença salarial sendo assegurada ao empregado.

2º) Na mesma relação de emprego imaginada no exemplo precedente, especulemos agora sobre a alteração da jornada de trabalho, que teria sido dilatada de seis para oito horas há dez anos. Por igual, duas soluções: a) se há jornada reduzida por obra de lei, a prescrição será parcial, sendo devidas, como horas extraordinárias, a sétima e a oitava

horas prestadas além do limite legal ou convencional; b) se a jornada de seis horas era meramente *contratual*, a alteração dessa cláusula do contrato ter-se-á consolidado após o transcurso dos cinco anos seguintes, nada sendo devido ao empregado que deixara o prazo se exaurir sem propor a ação judicial devida – prescrição total.

No campo conceitual, cabem, todavia, mais duas relevantes observações a respeito da distinção entre prescrição total e prescrição parcial: não se confunde a prescrição bienal que flui a partir da cessação do contrato (por alguns chamada igualmente de prescrição total) com a prescrição que é total e quinquenal. A prescrição total a que se refere a Súmula 294 do TST é a quinquenal (sob a vigência da Constituição de 1988[ccxvii]), não se distinguindo da prescrição parcial em razão do prazo prescritivo, mas sim pelo efeito devastador que gera, sequer pondo a salvo as prestações exigíveis no lustro anterior ao ajuizamento da ação. Segunda observação: a norma contra cuja violação corre prescrição parcial é a norma inserta em regra legal (em vigor), a lei em sentido estrito, sendo perceptível um primeiro momento em que a jurisprudência resistiu à ideia de adotar a prescrição parcial também para os casos em que a violação se dava a norma coletiva de trabalho ou mesmo a norma constitucional.

Em verdade, já se colhe na jurisprudência uma visível tentativa de revisitar esse tormentoso tema para estender-se a prescrição parcial às hipóteses de violação de norma coletiva ou de princípios constitucionais, especialmente do princípio da irredutibilidade de salário. A propósito da violação de normas coletivas, pondera-se, na linha das antigas lições de Délio Maranhão (que as incluía entre as normas regentes de direitos absolutamente indisponíveis), que "as convenções coletivas, embora possuam natureza privada e negocial, criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais e dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, consequentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato a todos aqueles a que se destinam. São, desse modo, do ponto de vista substantivo, diplomas desveladores de normas jurídicas típicas", como observou o Ministro Maurício Godinho Delgado em julgamento emblemático sobre a matéria[ccxviii].

E mais candente é a razão para que adote a prescrição apenas parcial nos casos de violação de normas constitucionais, que estão em um grau maior de abstração. Tratemos de pôr em análise essa última observação.

6.3.2 A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

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

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

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

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

total nessa hipótese.

Mas é fato que, em tempo recente, os julgados do TST sinalizam uma compreensão diferente para a matéria, pois se esboça uma clara inclinação em favor da tese que adota a prescrição parcial, apenas parcial, nas hipóteses de redução de salário estritamente contratual. Há inclusive precedentes da SBDI 1 que aderem a esse entendimento[ccxx] e revelam uma corrente jurisprudencial aparentemente segura na direção de não mais se aplicar a prescrição total em casos de violação do princípio constitucional da irredutibilidade do salário (art. 7º, VI da Constituição).

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

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

O que justifica a existência do direito do trabalho não é apenas a definição de marcos regulatórios para a atividade empresarial, pois dessa tarefa poderiam cuidar, com séculos de valiosa experiência, outros ramos do direito privado. A proteção à dignidade humana é o verdadeiro foco do direito laboral, cabendo à doutrina e à justiça especializada revelar o conteúdo dos direitos fundamentais de índole social e trabalhista, sempre de modo a assegurar existência e trabalho dignos a todos quantos os titularizem.

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

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

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

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

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

Houve tempo em que as categorias jurídicas hauridas no direito civil eram assimiladas com acentuada reserva pelos juslaboralistas, pois não se compatibilizava com os princípios do direito do trabalho aquele conjunto de regras extremamente formal (abstraía-se das causas do contrato e da boa-fé

objetiva) e de inspiração individualista (o fim social da empresa e dos direitos patrimoniais escapava das balizas do *pacta sunt servanda*).

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

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

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

> Inovando, o artigo 169 determina que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo". Em se tratando de negócio jurídico nulo, também no direito romano se acha a regra de Paulo, segundo a qual "*quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere*" (D. 50.17.29). Todavia, em hipóteses excepcionais, e por determinação do ordenamento jurídico, pode validar-se um negócio jurídico originariamente nulo com a confirmação dele pela pessoa que possa valer-se de sua nulidade (cfe. Fr. Vat. 294; D. 31.77.17; D. 32.33.2; D. 34.2.13).

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

> CIVIL - COMPRA E VENDA DE IMOVEL - NULIDADE DA ESCRITURA - PRESCRIÇÃO - MATERIA DE FATO. I- Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de

> que, em princípio não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. II- Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial. III- Recurso não conhecido (STJ, REsp 12.511/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 08/10/1991, DJ 04/11/1991 p. 15684)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se era para fazer alusão ao primeiro desses significados, o novo verbete (Enunciado 198), por dizer o óbvio, não parecia necessário. Provavelmente por essa razão, seis dos ministros que integravam o Pleno do TST votaram pela desnecessidade da alteração[ccxxx], outros três se insurgindo contra a sua redação[ccxxxi]. É certo que, no âmbito trabalhista, a Constituição atual inviabiliza, por ora, o debate sobre o tema, pois impõe[ccxxxii] a prescrição de

cinco anos a partir da exigibilidade da pretensão e, na hipótese sob análise, inexistiriam pretensões exigíveis no quinquênio que antecederia a propositura da ação. Logo, a prescrição total incide inexoravelmente contra a pretensão esgrimida para invalidar o ato único do empregador, nessa sua primeira modalidade.

O mesmo se diz no tocante à prescrição total do segundo tipo de pretensão, qual seja, aquela que se rebela contra ato patronal não caracterizado como alteração do contrato mas cujos efeitos refletem no restante da contratualidade. É, ilustrativamente, o caso de enquadramento em plano de cargos e salário que se mostre lesivo ao trabalhador. A inércia do empregado faz consolidar-se o enquadramento original e supostamente ilícito, não obstante se salvem as diferenças salariais que derivem de desvio funcional no caso de se verificar que a norma regulamentar violada ainda subsiste no período não alcançado pela prescrição (Súmula 275 do TST[ccxxxiii]).

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

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

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

a) Em princípio, o engessamento das cláusulas contratuais deveria ser questionado sob o argumento seguinte: “Os preceitos legais trabalhistas encerram garantias mínimas ao trabalhador, em virtude de intervenção do Estado com o fito de corrigir o desequilíbrio

econômico entre as partes contratantes. Observando-as (que) as partes podem, a partir daí, contratar o que melhor lhes aprouver. Frente ao contido nos artigos 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, diz-se, então, que as normas trabalhistas são imperativas quanto aos interesses dos empregados e dispositivas em relação àqueles que se colocara no âmbito do patrimônio do empregador. Os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade".

b) A CLT conteria dois dispositivos que tratavam da prescrição (artigos 11 e 119), sendo que enquanto o art. 11 estaria a estabelecer que "prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido", o art. 119, no capítulo regente do salário mínimo, seria explícito quanto à adoção da prescrição parcial: "Prescreve em 2 (dois) anos a ação para reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado". Portanto, a regra geral seria a prescrição total, reservando-se a prescrição parcial para as hipóteses de violação de preceito imperativo.

c) A prescrição da pretensão relativa à invalidade da alteração contratual contaminaria a pretensão concernente às prestações salariais mais recentes. Sob a égide da Constituição de 1967 e do antigo Código Civil, assim se manifestou, em seu voto vencedor, o Ministro Marco Aurélio: "O legislador trabalhista pátrio, atento ao caráter informativo dos princípios de direito, teve presente o da irrenunciabilidade, apontando como elemento definidor da licitude da alteração contratual a ausência de prejuízo para o empregado, ficando relegada a plano secundário a manifestação de vontade

deste. A pedra de toque do sistema é, portanto, o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se o empregador, contando, ou não, com a manifestação de vontade do empregado, causa-lhe prejuízo ao alterar o que fora contratado além da garantia mínima prevista em lei, dúvidas não pairam sobre o cometimento de um ilícito trabalhista, a teor do disposto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, no que assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. Verificado o ato, surge no patrimônio do prestador dos serviços um direito atual - o de ver mantidas as condições primitivas - e exigível: neste instante nasce o direito de ação. A partir do surgimento da ação exercitável tem início a contagem do prazo prescricional. O empregado conta com dois anos para pleitear a declaração e a reparação do direito, no interesse de preservar o statu quo ante, com o pagamento das diferenças das parcelas satisfeitas de forma imprópria, ou seja, com base nas condições que resultaram da alteração do contrato. Decorridos mais de dois anos da prática do ato violador do direito via alteração do contrato de trabalho, forçoso é concluir pela prescrição total. As diferenças pleiteadas não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto â outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório, jungidas ao principal, no caso, aquele pertinente à preservação das condições contratuais, como se infere da relação entre principal e acessório instituída pelo artigo 58 do Código Civil.” O ministro relator, à semelhança do procurador do trabalho que emitira parecer no IUJ, transcreveu decisão do STF

> nesse sentido: ‘Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este,não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito ãs prestações. Do contrário seria admitir efeito sem causa’ (Ac. la. Turma-STF, DJU de 11/09/81, p. 8794, RE-94.679-9-SP, Relator Ministro Soares Munõz). Da mesma forma decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE-94.136-3: ‘Decreto n. 20.910/32, artigo 19 – Gratificação pro labore. Extinção da ação para obter o benefício. Precedentes: Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso do prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido’. (STF-94.136-3, Relator Ministro Rafael Mayer, 1ª Turma, DJU de 19.09.81, p.91591).

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

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

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

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

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

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

Outra matéria instigante é, como visto, acerca da possibilidade de se aplicar, por extensão, o prazo bienal de prescrição a hipóteses não mencionadas na carta constitucional. E a primeira observação, na espécie, diz com a característica de o biênio prescritivo ter-se desgarrado, sob a vigência da Constituição de 1988, da premissa segundo a qual os prazos de prescrição devem iniciar-se com o surgimento da pretensão.

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

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

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

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

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

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

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

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

Há grandes empresas que criaram planos de complementação de proventos da aposentadoria com vistas a impedir que os seus empregados sofressem redução em seus ganhos quando optassem por dela se afastar, na ocasião em que se aposentassem. Regra geral, essas empresas instituíram entidades de previdência complementar, com personalidade jurídica própria, que progressivamente assumiram o custeio e a gestão dos fundos de pensão.

A lei de regência da previdência complementar é a Lei Complementar 109/2001, que em seu artigo 75 prediz:

> Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.

Ao ressalvar o direito ao benefício, mas submetendo as prestações aos efeitos da prescrição quinquenal, o citado dispositivo legal adota, ao que parece, a regra da prescrição parcial. Portanto, existe fundamento consistente para que se adote a prescrição parcial da pretensão alusiva à complementação de proventos da aposentadoria. A prescrição quinquenal e parcial seria, portanto, a regra universal na seara trabalhista, aplicando-se inclusive para os trabalhadores aposentados, que muita vez não mais se sujeitam ao comando patronal.

É certo, porém, que por vezes o empregador ou a entidade de previdência complementar que se comprometeu a completar os proventos da aposentadoria não honra a obrigação assumida. E então o trabalhador aposentado deduz pretensão em juízo visando à obtenção do direito à complementação de proventos ou à diferença do valor que vem sendo pago a menor.

Até maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho vinha resolvendo as contendas relativas a essa matéria com base nas suas Súmulas 326[ccxxxv] e 327[ccxxxvi], mas era visível que a acesa controvérsia sobre as hipóteses em que a pretensão atingia o fundo do direito fazia a corte trabalhista ampliar os casos nos quais adotava a prescrição total referida na Súmula 326, esvaziando-se, em verdade, a eficácia da Súmula 327, esta a recomendar a prescrição parcial e quinquenal.

Prova dessa gradual multiplicação dos casos em que se aplicava a prescrição total e bienal, prevista na Súmula 326, foram os processos assim julgados de modo a frustrar pretensões que, não obstante fossem concernentes a

diferenças de complementação de proventos que já se vinha recebendo, eram atinentes à incorporação, na complementação de proventos da aposentadoria, de verbas somente recebidas durante o vínculo de emprego[ccxxxvii] ou de parcelas obtidas em processos trabalhistas anteriores[ccxxxviii]. A SBDI-1 e as turmas do TST também passaram a aplicar a Súmula 326 para fazer malograr a pretensão de que fosse calculada a complementação de proventos com base em regulamento de benefício alterado quando ainda vigia o contrato de emprego[ccxxxix].

Com o tempo, o TST afastava-se da ideia inicial, segundo a qual somente incidiria a prescrição total de dois nos casos em que o próprio direito à complementação de proventos estava em debate. Na concepção original, aplicar-se-ia, fora dessa hipótese, a prescrição parcial de cinco anos.

O que prevaleceu em maio de 2011, em reunião plenária dos ministros do TST, foi o retorno a essa orientação inicial, ou seja, retomou-se a expressa recomendação de que se adotasse a prescrição quinquenal de parcelas em todos os casos nos quais a complementação de proventos da aposentadoria já está sendo recebida e o autor da ação postula apenas diferenças do valor que está a perceber. A prescrição total de dois anos ficou reservada à pretensão de receber a complementação, ela própria e por inteiro, não uma sua fração. As Súmulas 326 e 327 ganharam a redação seguinte:

> Súmula 326 - A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho.
>
> Súmula 327 - A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretenso direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.

Sem embargo de a nova orientação parecer-nos um considerável avanço, é fato que a incidência da Lei Complementar 109/2001 implicaria, em princípio, a adoção sempre do prazo quinquenal, inclusive na hipótese de o interessado jamais haver recebido qualquer valor a título de complementação de proventos. A Súmula 326 se refere, contudo, ao prazo bienal porque a maioria dos ministros do TST, pela judiciosa razão de que a pretensão seria remissiva às obrigações que integram o conteúdo do contrato de trabalho, entenderam que ela se tornaria inexigível dois anos após a cessação do contrato[ccxl]. É evidente que esse termo inicial de prescrição não será adotado quando a data da cessação do

contrato não coincidir com a da aposentadoria, ou mesmo com a data em que se tornar exigível a complementação de proventos[ccxli].

E se afigura igualmente importante observar que a parte final da Súmula 327 incorpora, em verdade, o conteúdo da antiga orientação jurisprudencial 156 da SBDI-1[ccxlii], cancelada exatamente para que o seu enunciado pudesse galgar, desse modo, a dignidade de súmula. A relação, nesse caso, é de acessoriedade: se inexigível, porque prescrita, a pretensão de receber a parcela que seria incluída na base de cálculo da complementação de proventos, prescrita igualmente estará a pretensão de receber a diferença correspondente na previdência complementar.

6.3.7 A prescrição total de pretensão reparatória. A *actio nata* e os fundamentos da Súmula 278 do STJ

Antes de a justiça laboral apreciar a matéria alusiva aos danos morais e materiais resultantes de acidente de trabalho típico ou de doenças relacionadas com o trabalho, fazia-o a justiça comum. É natural que os novos juízes se abeberem da experiência acumulada pelos juízes de antes, que enfrentaram o tema por longo tempo e aprofundaram a sua análise.

Quando houve de decidir sobre o marco inicial da prescrição que se opera contra a pretensão do trabalhador acidentado de obter a reparação do dano sofrido em razão do acidente, o Superior Tribunal de Justiça editou, para pôr cobro a controvérsias, a Súmula 278 de sua jurisprudência, a saber:

> O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Na ocasião, o STJ fez expressa referência ao art. 178, §6º, II do Código Civil de 1916, que dizia prescrever em um ano "a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato". O art. 206, §1º, II, b do Código Civil de 2002 prevê, em igual sentido, que o citado prazo de prescrição flui a partir da "ciência do fato gerador da pretensão".

De fato, os cinco precedentes[ccxliii] citados como embasamento para a edição da Súmula 278 do STJ cuidam de ações movidas em face de seguradoras contratadas por empregadores, porquanto elas tenham resistido à pretensão reparatória[ccxliv]. E quando aquela Corte foi provocada a propósito de o verbete de sua súmula ser aplicável apenas a questões previdenciárias, decidiu que assim não sucedia porque o enunciado era pertinente, por igual, às pretensões fundadas no direito comum, deduzidas em face do empregador[ccxlv].

A compreensão da "ciência inequívoca da incapacidade laboral" como termo inicial do prazo de prescrição atende, portanto, à diretriz legal, atendendo igualmente ao senso jurídico e sobretudo lógico de que os prazos de prescrição devem iniciar-se na data em que nasce a pretensão (*actio nata*), nunca antes. Mas a transposição dessa regra para as hipóteses nas quais o devedor acionado não é mais a companhia seguradora, mas sim a empregadora que causou o dano ou implementou condição de trabalho cujo risco gerou a predisposição para o

evento danoso[ccxlvi], deve realizar-se com algum temperamento.

Não se questiona, porque incensurável, a adoção da regra que Savigny denominou *actio nata*, ou seja, a de o prazo de prescrição se iniciar com "o nascimento do direito de ação, provocado pela violação de um direito subjetivo"[ccxlvii]. É importante observar, inclusive, que a jurisprudência trabalhista tem afirmado, decerto influenciada pelo modelo hermenêutico nascido no Superior Tribunal de Justiça, que a *actio nata* para a pretensão reparatória, alusiva a dano resultante de acidente ou doença relacionada com o trabalho, é a ciência inequívoca do mal e sua extensão. A partir daí seria aplicada a prescrição cível ou trabalhista, a depender de a lesão consumar-se antes ou depois da Emenda Constitucional 45, de 2004 (norma que fixou, em definitivo, a competência da Justiça do Trabalho para decidir a matéria)[ccxlviii].

Mas, se é indefectível dizer que o prazo prescricional não pode iniciar-se antes de surgir a pretensão, talvez não se possa dizer, com a mesma ênfase, que a prescrição afetaria, nesse caso, mais que as prestações correspondentes (pensão mensal, reembolso de despesas médicas etc.), também o fundo do direito. É como perguntar: seria de aplicar-se o mesmo entendimento quando a pretensão é deduzida em face do agente causador do dano (não da seguradora) e o dano ainda perdura? É lícito compreender que a pretensão se resolve definitivamente após o prazo prescricional, contado da ciência inequívoca, quando a vítima investe, não contra a sociedade seguradora (que dano nenhum lhe causou), mas sim contra a empresa que lhe subtraiu, à expressão de Pontes de Miranda, algum dos "direitos necessários a realização da personalidade e à sua inserção nas relações jurídicas"[ccxlix]?

Em outros dizeres, a mesma interrogação: a prescrição há de se consumar se a relação jurídica é de outra grandeza, sobrepujando os mais estreitos limites dos liames securitários, e o dano cometido não esgota instantaneamente a sua ação lesiva, dado que ela se protrai no tempo e continua a gerar inaptidão, às vezes novas sequelas físicas? A título de ilustração, os braços e pernas esmagados por prensas mecânicas podem causar lesão e desconforto progressivos, nascendo o interesse de reparação muito após a dor da amputação, ou somente quando a necrose ou apoptose do membro parcialmente perdido não for mais suportável. Dos males oriundos da absorção do amianto, pode-se dizer que o derrame pleural no mesotelioma é comum e recidivante, podendo ressurgir quando

passados mais de cinco anos da primeira vez em que foi diagnosticado; os sintomas da placa pleural podem revelar-se entre três e trinta anos; os da asbestose, de quinze a quarenta anos, pois curtos ou longos, às vezes muito longos, são os períodos de latência[ccl], tudo a fazer variado e incerto o tempo do diagnóstico definitivo.

E se a doença osteomuscular relacionada ao trabalho é agravada pelas condições de trabalho impostas ao empregado que já recebeu o inditoso diagnóstico de LER-DORT? A prevalecer a opinião de que o transcurso do prazo prescritivo, a partir da ciência inequívoca da patologia, faz prescrita a pretensão reparatória, imuniza-se o empregador que persevera na exposição do empregado aos fatores de risco que o fizeram adoecer, quando lhe devia oferecer terapia e procedimento de reabilitação[ccli].

Na relação entre a companhia seguradora e a empresa segurada, a responsabilidade gravita em torno de um contrato bilateral da classe dos aleatórios, sem conteúdo ou interesse que o faça contagiado pelos direitos da personalidade. Mesmo quando o empregado, como terceiro prejudicado na relação securitária, postula a indenização diretamente da seguradora, o vínculo que o liga à seguradora é de natureza processual, posto que ela se subrogue na obrigação atribuível ao empregador, esta sim uma obrigação que remete ao interesse de proteger a integridade física do trabalhador, ou seja, um interesse que toca ao desenvolvimento de sua personalidade, à sua capacidade de ser sujeito de direitos e realizar os atos da vida civil.

A aparente impropriedade de conspurcar, mediante prescrição total, a pretensão reparatória deduzida em face do empregador tem, como se verá em seguida, três desafios, todos de ordem jurídica, a superar: a) a lesão aos direitos da personalidade, mesmo quando os compreendemos como direitos imprescritíveis que induzem pretensões sujeitas a prescrição, geram direitos subjetivos cuja exigibilidade não cessa enquanto perdura a sua vulneração; b) a ordem jurídica não respalda, em princípio, a ideia de lesões permanentes corresponderem a prazos de prescrição que se iniciem antes de cessada a permanência; c) há pretensões, relativas a despesas por tratamento de saúde ou pensionamento, que são oriundas de acidentes de trabalho e somente se tornam exigíveis mais de cinco anos após nascer a primeira pretensão reparatória, não parecendo razoável que elas nasçam prescritas.

A nosso ver, há campo para uma mais detida reflexão sobre a matéria.

6.3.8 A prescrição em hipótese de lesão a direitos da personalidade

Conforme Francisco Amaral, os direitos da personalidade são imprescritíveis "no sentido de que não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo"[cclii]. Para José Jairo Gomes, afirma-se usualmente "que o exercício tardio de direito da personalidade não obstaculiza sua eficácia, por isso ele seria imprescritível. Todavia, não é correto falar-se em imprescritibilidade nesse caso, haja vista que a prescrição pressupõe a existência de pretensão. Esta decorre da violação a direito subjetivo. Note-se, porém, que a pretensão de reparação de reparação de danos decorrentes da ofensa perpetrada contra direito da personalidade sujeita-se à prescrição, mas, nesta hipótese, o que prescreve é a pretensão surgida com a violação do direito"[ccliii].

Não parece adequada a afirmação, com viés absoluto, de que seriam imprescritíveis as pretensões atinentes aos direitos da personalidade. O que não decai é o direito mesmo à titularidade dos bens e valores inatos à condição humana e necessários à celebração de negócios jurídicos, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, a imagem, o nome enfim. A pretensão, com índole patrimonial, de que se repare eventual lesão a algum desses direitos da personalidade está quase invariavelmente condicionada à prescrição.

O mais preeminente desses direitos, o direito à vida, gera pretensão cível ou penal prescritível quando tentado ou consumado o delito de eficácia letal. O tempo faz inexigíveis as postulações concernentes a homicídios ou infanticídios, por exemplo. Outro aspecto é aquele que diz sobre tornar-se inexigível a reparação quando o prazo prescritivo já fluiu inteiramente a partir do nascimento da pretensão, mas a vulneração do direito inerente à personalidade ainda não cessou.

É o que sucede, a bem ver, quando o empregado ainda se submete a fatores de risco na empresa em que contraiu, segundo tem ciência há mais de cinco anos, alguma doença profissional ou relacionada ao trabalho. A sua integridade física, sem a qual estaria inapto aos atos da vida civil, continua sofrendo a lesão, mas a pretensão estaria, por estranha razão, prescrita. A pronúncia de prescrição no tocante às prestações exigíveis há menos de cinco anos comprometeria o caráter irrenunciável, que o art. 11 do Código Civil consagra, dos direitos da personalidade. Parece mais consentâneo conceber-se prescrita apenas a pretensão alusiva às prestações devidas mais de cinco anos antes da propositura da ação.

6.3.9 A lesão continuada e o termo inicial da prescrição

Há lesões instantâneas com resultados instantâneos, a exemplo da queda do alto de um andaime que causa dor física, nada mais. Há lesões instantâneas com resultados permanentes, como a queda do mesmo andaime que gera um defeito físico irreversível – pode significar a vulneração de um direito fundamental, matéria versada no subitem anterior, mas decerto não se cuida de lesão permanente ou continuada. Há lesões, enfim, que são permanentes, porque a ação ou omissão lesiva continua incidindo no tempo, mantendo o seu efeito danoso e por vezes o potencializando.

Sobre o tema, o direito penal é ilustrativo: ao Supremo Tribunal Federal coube, não raro, distinguir crime permanente de crime instantâneo com resultado permanente, fazendo-o com a costumeira pertinência[cccliv]. E o fez porque, quando a ordem jurídica regula o termo inicial da prescrição incidente sobre os atos ilícitos permanentes, tal sucede no âmbito do direito penal para então se estabelecer que "a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr [...] nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência" (art. 111, III, do Código Penal).

Há, a propósito, ementa elucidativa do Tribunal Federal da 3ª Região a explicar: "Crime permanente é aquele cuja configuração depende da contínua atividade antijurídica do sujeito ativo, cuja cessação enseja o restabelecimento do bem lesado. É o que se verifica nos exemplos paradigmáticos adotados doutrinariamente (seqüestro, cárcere privado)"[cclv]. Na parte que interessa, enquanto se realiza a conduta ilícita e o seu resultado lesivo, não corre prescrição.

Situação próxima é, ainda, a que se refere aos danos ambientais, a cujo respeito assentou o STJ: "A continuada violação do direito de propriedade dos recorridos por atos sucessivos de poluição praticados pela recorrente importa em que se conte o prazo prescricional do último ato praticado"[cclvi].

O direito do trabalho deve não ignorar uma regra jurídica que guarda consonância com a lógica do razoável, com a equidade, com a inafastabilidade da atividade jurisdicional frente a violações ou ameaças a direito e, em especial, com a valorização da dignidade humana: a lesão que não cessa, enquanto não cessa, haverá de corresponder a uma pretensão imune à prescrição.

6.3.10 A pretensão que sobrevém à sua própria prescrição – uma heresia jurídica?

Os danos materiais resultantes de doenças relacionadas com o trabalho consistem em indenização que "além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu", na forma do art. 950 do Código Civil.

Quer nas hipóteses em que há lesão instantânea com efeitos diferidos, quer nos casos de lesão permanente, a circunstância de iniciar-se a prescrição quando o empregado tem ciência inequívoca do fato gerador rende ensejo a duas situações que podem criar algum desconforto intelectual, pois contrariam a própria regra da *actio nata*: a) a pensão mensal configurar-se-ia, ao menos em parte, uma prestação vincenda que, sendo exigida mais de cinco anos após o conhecimento da doença pelo trabalhador, prescreveria antes de a sua cobrança realizar-se; b) as despesas de tratamento que acaso sobreviessem ao quinquênio prescritivo seriam exigíveis somente quando a pretensão correspondente já estaria prescrita.

O contraponto, quanto à pensão, é a sua exigibilidade desde a lesão ao direito, não obstante a sua cobrança deva produzir-se em momento posterior. Em suma, a faculdade de postular a pensão a partir da ciência da lesão faria condizente o início, desde logo, do prazo prescricional. Se é válido dizer, porém, que a pensão mensal supre a ausência de salário – ou seja, de prestação de natureza alimentar – conclui-se defensável a tese de que, à semelhança dos alimentos *stricto sensu*, prescreveria a pensão relativa aos meses que distassem mais de cinco anos da propositura da ação, não o fundo do direito.

Mais grave é a possibilidade de o trabalhador acidentado não se interessar por deduzir logo a sua pretensão reparatória e, ante a despesa para tratamento que sobrevenha mais de cinco anos depois, ter que resignar-se ante a constatação de estar alcançado pela prescrição total o desejo de ser ressarcido. A gravidade reside no aspecto de a despesa haver surgido quando o direito inquestionável de reembolso já era inexigível, força de prescrição.

6.3.11 Prescrição contra domésticos, estagiários e avulsos

A prescrição é um dado necessário? Quando a lei é omissa, haverá o seu intérprete encontrar, ainda que por analogia, um prazo de prescrição contra a pretensão que, não sendo assim, far-se-ia imprescritível? Ao que parece, caminhamos para consolidar uma resposta positiva a esses questionamentos, decerto a pretexto de enfatizar a importância do princípio da segurança jurídica, que de resto estabilizaria as relações sociais. É possível ilustrar essa tendência com três exemplos, aqueles que tocam aos empregados domésticos, aos estagiários e aos avulsos.

Os empregados domésticos, como está visto, estão excluídos da proteção da CLT e são regidos pela Lei 5.859/1972 e pelos incisos do art. 7º da Constituição a que faz remissão o parágrafo único desse mesmo dispositivo constitucional. Nenhuma desssas normas contempla a prescrição das pretensões trabalhistas dos empregados domésticos, mas isso não impediu que evoluísse a construção jurisprudencial segundo a qual se aplica, aos domésticos, o mesmo prazo prescricional de cinco anos, com término virtualmente antecipado ao final do segundo ano que se seguir à extinção do contrato, previsto no art. 7º, XXIX da Constituição[cclvii].

Os estagiários, por sua vez, não se apresentam, como regra, na qualidade de empregados e a lei que rege a sua prestação de trabalho, a Lei 11.788/2008, não prevê a prescrição de suas respectivas pretensões. Ante a ausência de norma específica, poderia o aplicador do direito optar por declarar imprescritível a pretensão trabalhista dos estagiários ou fazê-la regida pelas regras genéricas do Código Civil. Entretanto, tem-se preferido adotar aos estagiários, por extensão, os prazos de prescrição referidos no art. 7º, XXIX da Constituição[cclviii].

Algo semelhante ocorre aos trabalhadores avulsos, que não são empregados mas têm assegurada, no art. 7º, XXXIV da Constituição, a equiparação de direitos com os trabalhadores com vínculo empregatício. É de se quesionar: Seria justo que a eles se estendesse, não um direito, mas a sua inexigibilidade, a eles se aplicando, assim, a prescrição prevista no art. 7º, XXIX do texto constitucional para a pretensão de empregados?

Na mesma linha do que sucede a domésticos e estagiários, mas agora com o argumento de que a isonomia entre trabalhadores avulsos e empregados seria ampla, o suficiente para que eles fossem contemplados com bônus e ônus que proviessem dessa igualdade de tratamento, a jurisprudência logo se firmou na

direção de afirmar que os trabalhadores avulsos estavam submetidos à prescrição do art. 7º, XXIX da Constituição.

Em um primeiro momento, vigeu, quanto aos trabalhadores avulsos portuários, a orientação jurisprudencial n. 384 da SBDI 1: "É aplicável a prescrição bienal prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988 ao trabalhador avulso, tendo como marco inicial a cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço". Mas esse verbete foi cancelado por deliberação do Tribunal Pleno do TST, após os debates travados em meio à Segunda Semana do Tribunal Superior do Trabalho (10 a 14 de setembro de 2012).

Em rigor, a matéria exige detida reflexão. É que os personagens da atuação nos portos precisam ser bem compreendidos. Em primeiro lugar, os operadores portuários são empresas (com mais rigor, são pessoas jurídicas) responsáveis pela movimentação de passageiros e mercadorias, bem como de armazenagem destas, na área portuária, sobretudo dos portos explorados ou concedidos pela União (portos organizados). Nessa condição, os operadores portuários se responsabilizam pela remuneração do trabalhador avulso, conforme regulam os artigos 1º, §1º e 18, IV da Lei 8630/1993.

Os operadores portuários constituem o Órgão Gestor de Mão de Obra e ao OGMO, assim constituído, cabe treinar, habilitar, contratar, dirigir e, sendo o caso, punir o trabalhador portuário, responsabilizando-se por arrecadar a sua remuneração junto ao operador portuário e a repassá-la ao avulso (artigos 18 e 19 da Lei 8.630/1993). Logo, o vínculo se estabelece diretamente entre o trabalhador portuário e o OGMO, não com o operador portuário a quem o avulso presta serviço, ou com o tomador dos serviços enfim.

Parece-nos que a tendência jurisprudencial, com clara sinalização a partir do cancelamento da orientação jurisprudencial n. 384 da SBDI 1, é a de abolir a prescrição bienal nos casos de trabalho avulso, salvo se considerado, como termo incial do biênio, a data em que cancelado definitivamente o registro do trabalhador no OGMO[cclix]. Enquanto se mantiver o registro no OGMO e a atuação do trabalhador avulso na área portuária, incidirá somente a prescrição de cinco anos, apesar da lesão.

7 EMPREGADO

Augusto César Leite de Carvalho

7.1 O conceito de empregado a partir da realidade social

O direito do trabalho está vocacionado à regulação do vínculo jurídico que, nos moldes alinhados ao sistema capitalista e à concepção de empresa, envolve a atividade do homem em processo de produção de bens ou serviços. Houve, por isso, quem procurasse conceber o trabalhador, regido pelo direito laboral, como aquele que pertencesse a uma determinada classe social. Em suma, seria protegido pelo direito do trabalho o integrante da classe dos trabalhadores. A inexatidão dessa ideia fora, porém, anotada com acuidade cirúrgica pelo autor mexicano Mario de la Cueva[cclx]:

> O conceito *classe social* [...] é de natureza político-econômica, não é de natureza jurídica e não está apto a explicar a categoria jurídica *trabalhador*. Ademais, não se compreende por que é preciso que, antes de se definir a existência de uma relação jurídica de trabalho, deva-se colocar a pessoa dentre de uma classe social. Na realidade ocorre o inverso, ou seja, a existência de uma relação de trabalho determinará que o trabalhador, na perspectiva da posição que ocupa no fenômeno da produção, inclua-se na classe trabalhadora.

O critério, aqui como no México, haveria de ser o *legal*. Se era inviável identificar o destinatário da tutela trabalhista a partir do conceito de classe social, restava a alternativa de a lei lhe traçar o perfil, indicando quem seria, afinal, o trabalhador protegido pelo novo ramo do direito – numa frase: quem haveria de ser o *empregado.*

É curioso observar que o fato de as leis trabalhistas, nos vários países ocidentais, visarem à proteção do mesmo segmento social, não resultou na adoção de um conceito úniforme. A definição legal na Espanha[cclxi], por exemplo, enaltece a voluntariedade (ou o caráter contratual), a onerosidade, a alteridade (que no direito brasileiro é referida como elemento acidental) e a subordinação[cclxii]. Veremos, em seguida, como se definiu o empregado em nossa ordem jurídica.

7.2 Conceito legal de empregado. Requisitos da prestação laboral

Bem se vê que a relação jurídica é definida, inclusive quanto à sua norma de regência, por um de seus sujeitos, o trabalhador. No Brasil, o conceito de empregado está contemplado no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, *litteris:*

> Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Desse conceito legal se extraem os quatro elementos básicos da prestação de trabalho que servem à identificação do *empregado*. A saber:

- da alusão à pessoa física se infere a *pessoalidade;*
- na referência ao serviço de natureza não eventual um segundo e decisivo elemento, a *não eventualidade*;
- a dependência ao empregador implica, como veremos adiante, a *subordinação jurídica;*
- ao lembrar o salário, como contrapartida do trabalho, o legislador enfatiza a *onerosidade* como quarto e derradeiro pressuposto da prestação laboral que denuncia a caracterização do empregado e, via de conseqüência, da relação jurídica de emprego.

O conceito legal de empregado identifica o destinatário da proteção trabalhista, já o dissemos. O que parte expressiva da doutrina reclama, contudo, é a aparente fossilização dessa diretriz legal, que ignora a atual existência de outros trabalhadores subordinados carentes de proteção jurídica, deixando-os ao desamparo, ao tempo em que estende seu manto protecionista em favor de altos-empregados (gerentes, diretores técnicos etc.), aptos à livre negociação... Em meio a vários excertos doutrinários, sempre no mesmo sentido, conclui Robortella[cclxiii]:

> A tendência é substituir a noção única de subordinação por subordinações diferenciadas, com a conseqüente gradação protetora, inclusive quanto aos limites de derrogabilidade da lei estatal através de contratos coletivos.
>
> O grau de proteção deve centrar-se mais na debilidade contratual do que na intensidade da subordinação; a necessidade econômica e social é que determinará maior ou menor incidência da regra tutelar, num verdadeiro reencontro do direito do trabalho com a teoria da hipossuficiência.

Talvez atenuando o rigor desse viés crítico, o sistema de normas sociais ou trabalhistas tem abrandado o seu caráter tuitivo em favor de altos-

empregados[cclxiv], reduzindo, quanto a estes, o nível de proteção. Por outro lado, o mesmo sistema jurídico serve, há algum tempo, à tutela do trabalhador avulso (artigo 7º, XXXIV, da Constituição) e do trabalhador rural que não se enquadra na condição de empregado (artigo 17 da Lei 5889/73), por exemplo.

Embora nos pareça auspiciosa a proposta de a lei graduar a proteção jurídica na proporção direta em que ocorrer a dependência do empregado ou sua debilidade contratual, decerto que continuará demandando essa tutela, em grau acentuado, enorme contingente de trabalhadores que prestam serviço *pessoal, subordinado, não eventual* e *oneroso*. E porque a estes volta sua especial atenção o direito do trabalho, cabe consolidar o nosso conhecimento sobre cada uma dessas características, reveladoras do contrato de emprego.

Ainda sobre os elementos essenciais da prestação de trabalho (pessoalidade, não eventualidade, subordinação jurídica e onerosidade), uma observação pertinente do professor José Augusto Rodrigues Pinto[cclxv]:

> Em primeiro lugar, considere-se que os elementos essenciais são concorrentes, ou seja, a ausência de qualquer deles basta para a desfiguração do empregado. Isso mostra ser falsa, apesar de generalizada, a crença em que, havendo subordinação, se identifica o empregado, quando, na verdade, a identificação só estará completa se ela vier acompanhada da pessoalidade (seu corolário indispensável), da onerosidade e da permanência.

7.2.1 A pessoalidade

Regra geral, o trabalhador é contratado porque nele o empresário vislumbra o temperamento adequado, o conhecimento técnico ou a aptidão necessária ao cultivo de sua terra, ao torque de sua engrenagem industrial ou à mercancia que porventura desenvolva. No âmbito dos fatos, o empresário o quer em harmonia com os demais itens de seu empreendimento, sujeitando tal trabalhador, sua inteligência e sua técnica, aos interesses da empresa. Em suma, o empresário *escolhe* o trabalhador que a ele quer subordinado.

E por isso o obreiro não pode se fazer substituir por outro colega de ofício, sem a anuência do patrão. A relação de trabalho se inicia mediante o ajuste de vontades, o *contrato* em que o empregador investe na *virtualidade individual* (a expressão é de Rodrigues Pinto) desse seu novo empregado. Logo, para o empregado a obrigação é infungível, personalíssima *(intuitu personae).* O empregado, na síntese feliz de Martins Catharino[cclxvi], *obriga-se a trabalhar pessoalmente*. Nessa medida, o empregado haverá de ser *pessoa física,* por lógica dedutiva.

Ante um caso concreto, vale dizer, evidenciando-se numa relação laboral qualquer a existência de cláusula contratual que exige a prestação *pessoal* de trabalho, parece fácil concluir que houve ou há *relação de emprego,* sempre que instado o agente do direito a discernir qual a natureza do vínculo e não sobrem dúvidas sobre a presença dos outros elementos essenciais da prestação laboral. É preciso atentar, contudo, para dois aspectos da *pessoalidade* ora examinada: *primeiro*, impende ver que o caráter pessoal é inerente à prestação de trabalho e diz respeito, exclusivamente, ao empregado; *segundo*, insta lembrar que a aquiescência do empregador pode permitir a substituição do empregado, sem desfiguração ou necessário desfazimento do liame de emprego.

Quanto à primeira dessas nuances da pessoalidade, basta lembrar o ensinamento de Martins Catharino[cclxvii], *literis:* "Via de regra, o empregado celebra contrato com o empregador pessoalmente, mas nada impede possa fazê-lo por representante ou mensageiro, e, até, por telegrama ou carta". Quisesse o douto tratadista atualizar sua obra e, certamente, referir-se-ia às facilidades da comunicação por via eletrônica, especialmente via *internet.* O empregado pode se fazer representar na contratação, mas não na execução do contrato, por conseguinte.

Sobremais, a pessoalidade ou infungibilidade da prestação de trabalho não

importa dizer que também o empregador não pode se fazer substituir por outro empresário, no curso do contrato de emprego. Veremos, quando estudarmos o outro sujeito da relação empregatícia, que a sucessão de empregadores é possível, sem rompimento do vínculo.

O segundo aspecto da pessoalidade concerne à substituição do empregado por anuência, expressa ou tácita, do empregador. A lição é, uma vez mais, de José Martins Catharino[cclxviii]:

> Não há, imposta por lei, sucessão de empregados (...), mas nada impede, pela ou com a vontade do empregador, que o empregado, respectivamente, seja substituído por outro ou se faça substituir.
>
> Quanto à primeira hipótese, de substituição da iniciativa do empregador, não há dúvida alguma: o substituto, como o substituído, é empregado, apenas o contrato de emprego com o primeiro, por força mesmo da substituição, pode conter termo ou condição resolutiva (art. 475, §1o e 450 da CLT).

Quanto à segunda hipótese cogitada por Catharino, a de substituição por iniciativa do empregado, a situação se presta a dúvidas. A substituição pode resultar de acordo expresso ou tácito e o substituto também se torna empregado, em atividade, enquanto o contrato com o substituído estiver suspenso ou interrompido, ou mesmo quando não houver coligação entre os dois contratos. Se, efetivamente, o substituto começou a trabalhar, sem oposição manifesta do empregador, a presunção é a de que houve concordância tácita, sendo ele quem dirige o trabalho alheio.

Se, porém, o empregador impede o trabalho do substituto indicado pelo empregado, ou logo após tenha sido iniciado opõe-se a que continue a trabalhar, deve-se considerar ter o substituído infringido o contrato. No primeiro caso, a substituição não chegou a se fazer. No segundo, surge a questão: o substituto é empregado? Enfrentando-a, responde Catharino:

> A resposta deve ser negativa. Além do contrato de emprego ser simplesmente consensual [...], no caso não pode se ter como existente uma relação dele independente, não imposta por lei, nascida de uma violação contratual por parte do substituído.

Essa aparente relativização da pessoalidade, aqui compreendida como um dos elementos essenciais da prestação de trabalho, mereceu interessante observação de Tarso Fernando Genro[cclxix], quando esse estudioso do direito do trabalho tratou das peculiaridades do *contrato de trabalho dos profissionais liberais.* Assim se manifestou o autor gaúcho, com inegável pertinência, em trecho que podia ser lido apenas pelos que cultivam a dialética, no universo do

direito. V*erbo ad verbum:*

> A impessoalidade, ocorrida esporadicamente e com permissão do empregador, não desnatura nenhum contrato de trabalho. Esta afirmação, com base em unânime jurisprudência, basta, por si só, para que não se absolutize, no exame da relação de trabalho, este requisito como essencial para a verificação da existência ou não do contrato laboral. A pessoalidade, ainda que uma característica fundamental, expressa-se apenas por ser absolutamente dominante na relação. É comum, em ações de menores riscos, e com concordância do empregador, o advogado (o autor faz referência do advogado-empregado) fazer-se substituir pelo estagiário ou seu assistente. Mantida a subordinação relativa, a continuidade do vínculo, o que pode sobreviver, ao invés de desnaturar o contrato de trabalho, é o contrato de equipe que, no dizer de Alonso Olea (citado por Feldman) és aquel en que un patrono dá trabajo en común a una pluralidad de trabajadores.

Como regra e em consonância com os extratos de textos doutrinários acima postos, podemos entender que a *pessoalidade,* enquanto signifique a impossibilidade de o empregado se fazer substituir por outro trabalhador sem a anuência, expressa ou tácita, do empregador, é elemento que *domina* na relação de emprego, ausentando-se somente em casos excepcionais. É esta, pois, a graduação do caráter essencial a que tanto nos referimos.

7.2.2 A não eventualidade

A doutrina tem enfatizado a distinção, que precisa ser recordada, entre *não eventualidade* e *continuidade.* O trabalho *contínuo* seria aquele desenvolvido a todo dia e hora, ressalvados os intervalos previstos em lei. A noção fundamental é o curso do tempo, ao exame da *continuidade.* Quando o propósito é o de verificar se a prestação de trabalho é ou não *eventual*, indaga-se, em vez disso, sobre sua causa. Tarso Genro[cclxx] observa que a prestação de trabalho eventual, como tudo o que é eventual, "carrega consigo duas características essenciais: depende de acontecimento incerto, de um lado, e, de outro, por isso mesmo, não pode ser previsto".

A incerteza do acontecimento que dá causa à prestação de trabalho (o rompimento inesperado da tubulação de água ou fios elétricos, a quebra inopinada de uma máquina etc.) e sua conseqüente imprevisibilidade (sob o prisma subjetivo) são lembradas em outras obras, destacando-se Martins Catharino[cclxxi] ao frisar, *litteris:*

> Eventual significa casual, fortuito, que depende de acontecimento incerto. Mas, eventual em função de que e de quem? Do trabalho prestado por determinado trabalhador, ou da atividade do empregador? Eventualidade não é o mesmo que temporariedade ou transitoriedade. O empregado admitido a prazo (ver CLT, arts. 443 e 475, §2º) ou para trabalhar tempo reduzido não é, necessariamente, eventual. Assim ocorre, p. ex., com os empregados em experiência e os safristas [...], bem como com os contratados para trabalhar poucas horas por dia ou poucos dias por semana.

Anota Catharino, em seguida, que não convergem, em direito comparado, as técnicas utilizadas para a verificação da não eventualidade. Critérios diferentes são adotados na Itália – onde "predomina o critério da descontinuidade ou da falta de profissionalidade do trabalho prestado por determinado trabalhador" – e no México e Brasil, países em que se segue o critério da natureza do trabalho em função da atividade da empresa. No Brasil, *não eventual* seria a prestação de trabalho reclamada para atender a necessidade normal ou permanente da empresa (o *pintor* na construção civil e o *operador de caixa* na casa bancária, mas também o *enfermeiro* permanentemente necessário aos serviços do ambulatório instalado na construção da fábrica e o *motorista* que serve ao gerente do banco, sem que o trabalhador não eventual, como já se sustentou, exerça ofício necessariamente voltado à atividade-fim da empresa).

A orientação a que volvemos os olhos é sempre a mesma, sendo a seguinte a noção indispensável à compreensão da *não eventualidade:* a prestação de

trabalho eventual é aquela que depende de fato *incerto* e *imprevisto.* Fora daí, estará presente um dos elementos essenciais do trabalho prestado na relação de emprego.

Por fim, resta acentuar a diferença entre trabalhador *eventual* e o trabalhador *intermitente,* entre aquele e o trabalhador *temporário,* bem assim entre o citado trabalhador eventual e o trabalhador *avulso,* inclusive porque a este último o art. 7º, XXXIV, da Constituição assegurou igualdade de direitos em relação ao trabalhador com vínculo empregatício[cclxxii].

7.2.2.1 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *intermitente*

Trabalhador *intermitente* ou *adventício* é aquele que presta serviço não eventual, mas descontínuo (os autores que designam a *não eventualidade* como *continuidade* evidentemente preferem referir o trabalho intermitente como *periódico*, em vez de *descontínuo*). São o *safrista* e o *suplente*, especialmente.

Os trabalhadores *safristas ou estacionários* são, na lição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk[cclxxiii], aqueles "requisitados segundo as necessidades técnicas do estabelecimento; pela temporada (hotéis de turismo, cassinos, certos tipos de indústria, como a do sal); ou pelas estações do ano (colheita dos frutos, preparo e limpeza da terra)". Os trabalhadores *suplentes*, à expressão dos mesmos mestres, são aqueles "que podem ser chamados para substituir o pessoal do quadro efetivo", ou seja, os que ajustam *contratos de substituição*, provendo provisoriamente a vaga de empregados que se afastaram em razão de férias ou gozo de licença-gestante, por exemplo.

7.2.2.2 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *temporário*

O trabalhador *temporário*, por seu turno, é aquele regido, no Brasil, pela Lei 6019, de 1974, que o define como sendo "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços". Cuida-se de hipótese em que a legislação brasileira, em caráter excepcional, admite a intermediação de mão-de-obra, permitindo que o empregador substitua o seu empregado efetivo por trabalhador recrutado através de *empresa de trabalho temporário* devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho.

Na triangulação que se esboça entre o *trabalhador temporário* e a *empresa de trabalho temporário* e, no outro lado, entre esta e a *empresa cliente* ou *tomadora do serviço*, o polígono somente se forma quando, no caso de falência da *empresa de trabalho temporário*, advém a responsabilidade solidária da *empresa cliente* em relação aos créditos do *trabalhador temporário.* A não ser assim, cabe exclusivamente à *empresa de trabalho temporário* a responsabilidade pelo pagamento dos créditos do trabalhador, não havendo vínculo obrigacional entre o *trabalhador temporário* e a *empresa cliente* (art. 16 da Lei 6.019/74).

O contrato entre a *empresa cliente* e a *empresa de trabalho temporário* tem vigência máxima de três meses em relação a cada empregado (salvo autorização do Ministério do Trabalho), será obrigatoriamente escrito e de seu instrumento constará expressamente "o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço" (art. 9º da Lei 6.019/74).

A Lei 6.019/74 exige ainda que a condição de *temporário* seja registrada na CTPS do trabalhador assim contratado. Isso, porém, não o transforma em *empregado*[cclxxiv]. A nosso pensamento e não obstante o dissenso doutrinário e jurisprudencial, o trabalhador que presta serviço no estabelecimento de sociedade empresarial que não o contratara nem o remunera não se confunde com o *empregado*, salvo quando a *empresa de trabalho temporário* assim o contrata e o mantém em seus quadros permanentemente, para acudir a necessidade transitória de empresas clientes que se sucedem. A proteção a esse trabalhador, não sendo um empregado, é então dispensada pela citada Lei 6019 (o seu art. 12 enumera direitos) e, não há dúvida, pelo art. 7º da Constituição

(não há mais controvérsia, portanto e *verbi gratia*, quanto a ser devido o 13º salário ao *trabalhador temporário*).

7.2.2.3 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *avulso*

Falta distinguir o trabalhador *eventual* do trabalhador *avulso*. O artigo 7º, XXXIV, da Constituição, ao assegurar "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso", não converteu o trabalhador avulso em empregado, cuidando apenas de igualar direitos.

Na prática, o trabalho avulso sempre foi compreendido como aquele que se realizava nos portos visando à carga e descarga das embarcações neles fundeadas. Como veremos adiante, a Lei 12.023, de 2009, caracterizou como avulso também o trabalhador que faz o carregamento ou descarregamento de mercadorias em centros urbanos ou rurais, desde que o faça com a intermediação do sindicato que representa a sua categoria.

E quem seria, afinal, o trabalhador avulso? Neste ponto, insta registrar que os juslaboralistas usavam restringir a figura do *avulso* àquele que...

> [...] exerce sua atividade no porto, uma vez que também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com uma certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-o as empresas para as quais o serviço portuário é realizado. O sindicato é só intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros"[cclxxv].

Todavia, o trabalho *avulso* não mais é associado, necessariamente, ao trabalho portuário e à intermediação sindical. Também nos parece inadequado que se sustente a distinção entre o trabalhador *avulso* e o *eventual* "porque a atividade exigida do avulso coincide com a atividade-fim do tomador, o que não acontece no trabalho eventual"[cclxxvi]. Desde logo ousamos contrariar essa vertente doutrinária, porquanto pode o trabalhador eventual ser chamado a solucionar problema que, embora incerto e imprevisto, guarda relação com a atividade-fim do tomador.

Imagine-se, *exempli gratia*, o bombeiro hidráulico de uma construtora que toca obra em terreno vizinho à sede de outra empresa de construção civil e é convidado por essa outra empresa a resolver uma emergência de pequena monta em seu escritório. Supor seja esse trabalhador um *avulso* importaria garantir-lhe a formalidade do contrato a termo ou a concessão de um aviso prévio, a remuneração especificada do seu repouso semanal e o recolhimento de FGTS, tudo a beirar o imponderável.

A exata identificação do trabalhador *avulso* fora dificultada por muitos

operadores do direito laboral que, interpretando as normas trabalhistas e sob o impacto positivo da inovação trazida pelo citado art. 7º, XXXIV, da Constituição, optaram por restringir a eficácia desse dispositivo, durante longos anos, ao universo dos portuários cujo labor era intermediado pelo sindicato. Secundando Eugênio Haddock Lobo e Julio César do Prado Leite, o constitucionalista José Afonso da Silva[cclxxvii] sustenta, talvez por fazer alusão a essa primeira e mais restrita abrangência da expressão "trabalhador avulso", que assim deve ser compreendido "aquele prestador de serviços na orla marítima que realiza serviços para empresas marítimas, por conta destas, mediante rodízio controlado pelo sindicato da respectiva categoria que o agrupa".

Parece que, em igual medida, Martins Catharino nos convida a evoluir através de suas velhas lições, notadamente quando leciona que "no sentido vulgar avulso significa separado, desligado, insulado. Trabalhador avulso: aquele separado, não inserido em uma organização empresária ou assemelhada, mas, de qualquer maneira, trabalhando para e por ela remunerado". Após dizer da dificuldade de se distinguirem, na prática, o *avulso* do *eventual* ou do *empregado,* o autor antecipa a polêmica que inquietaria a doutrina tantos anos depois (sobre haver a necessidade de intermediação do sindicato para a configuração do *avulso*) e a previne terapeuticamente[cclxxviii]:

> A figura do trabalhador avulso comporta classificação: avulso individual e avulso sindical. O primeiro presta serviços direta e isoladamente; o segundo, associado de sindicato para prestação de serviços, trabalha em conjunto: trata-se da chamada mão de obra sindical, requisitada por empresas a sindicato, a quem cabe escolher e dirigir associados seus para atendimento da requisição. A distinção é importante porque o avulso individual pode ser realmente eventual, ou até verdadeiro empregado, enquanto que o sindical, trabalhando em grupo, jamais pode ser empregado de empresa tomadora de serviços. Ao trabalhador avulso verdadeiro e próprio, não empregado, já foram estendidos vários direitos trabalhistas [...]

Para responder à indagação sobre o modo de se identificar um trabalhador avulso, uma primeira premissa: qualquer que seja a largueza do conceito que ora se examina, estamos de acordo quanto a ser *avulso* o trabalhador portuário cujo labor é intermediado, nos portos em que se cumprem as exigências da Lei 8.630, de 1993, pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO). E igualmente o seria o trabalhador que movimenta cargas com a intermediação do sindicato que representa a sua categoria, nos termos da Lei 12.023/2009.

Mas ousamos ponderar que não seriam avulsos apenas esses trabalhadores.

Também podemos pressupor que o constituinte não quis se referir ao

trabalhador *eventual* ao assegurar, consoante sobrevisto, igualdade de direitos entre *avulsos* e *empregados.* Quisesse proteger os trabalhadores *eventuais* e o teria dito, sem rodeios. Com propriedade, José Afonso da Silva observa a propósito do trabalhador avulso contemplado na carta constitucional:

> A natureza de seu trabalho não é eventual, mas constante, ainda que o tomador do serviço varie. Tem, pois, o avulso uma relação de trabalho constante e até permanente no sentido de que seu trabalho não é temporário, esporádico, nem é trabalhador que deva deslocar-se para outros lugares na busca de nova e aleatória oportunidade. O trabalhador que busca trabalho aqui e ali é eventual, não é avulso, que é fixo no seu posto de trabalho, esperando apenas ser destacado pelo seu sindicato para realizar o trabalho, segundo rodízio controlado.[cclxxix]

Por outro lado, não seria *avulso* apenas o trabalhador que presta serviço eventual, mas voltado à atividade-fim do tomador de serviço, pois a prestação de trabalho do estivador, por exemplo, não depende de um fato incerto, a ele faltando, portanto, a sugerida eventualidade. O trabalho avulso é, em rigor, um trabalho intermitente *não eventual* e, regra geral, esse modelo de trabalho, quando voltado à atividade-fim, pode ser executado por empregado, mediante contrato a termo, como se verá em capítulo pertinente à tipologia dos contratos de trabalho.

A nosso pensamento, a correta conceituação do trabalhador *avulso* precisa ter como base o seu tipo incontroverso – o portuário cuja relação laboral é mediada pelo OGMO ou o carregador de mercadorias cuja contratação é mediada pelo sindicato – mas apenas para que dele se extraiam as suas mais visíveis peculiaridades, ou seja, as características que impedem a sua classificação em outra categoria de trabalhadores subordinados (*empregado* ou *eventual*). O que caracteriza o trabalho portuário e a movimentação de cargas são a *alternância* do tomador dos serviços e a *intermediação*, ou seja, o fato de o OGMO ou o sindicato agenciarem a prestação de trabalho e repassar a remuneração, sem que se estabeleça qualquer ajuste direto, quanto às condições de trabalho e ao pagamento das verbas remuneratórias, entre trabalhador e tomador dos serviços.

Logo, o trabalho *avulso* não se configura através dos elementos objetivos preconizados por parte da doutrina, quais sejam, a pertinência entre o serviço prestado e a atividade-fim do tomador desse serviço, a intermediação (antes, pelo sindicato; atualmente, pelo OGMO) e a realização do trabalho em âmbitos específicos (movimentação de cargas e trabalho portuário). Da norma constitucional se deve, a nosso ver, evitar essa inteligência restritiva. Interessa verificar, ao revés, se há o agenciamento do serviço por terceiro e como se

estabelece o vínculo entre os três sujeitos dessa relação triangular: terceiro, trabalhador e tomador de serviço.

Se a relação é dispersiva entre o trabalhador e o tomador de serviço, mas concentrada no lado que une aquele ao terceiro que agencia o seu serviço, o trabalho é *avulso*. Trabalhador *avulso* é o que presta trabalho não-eventual para aquele que não o contrata nem o remunera diretamente, havendo a alternância do tomador de seus serviços. É o portuário, como também o *bóia-fria* vinculado a um contratante intermediário (diz-se *empreiteiro* no meio rural), o carregador *chapa* contratado por agente interposto etc. E o que diferencia o trabalho *avulso* do *temporário?* Em boa parte dos casos, a observância da Lei 6.019/74 no trabalho *temporário,* que é exigente de autorização do Ministério do Trabalho, forma e prazo certo.

Ainda quanto ao modo de caracterizar o trabalho *avulso,* sentimos ser convergente a orientação de Ribeiro de Vilhena e Márcio Túlio Viana[cclxxx], quando dizem configurá-lo a alternância dos tomadores de serviço, e não a intermediação sindical. Remata o último destes autores: “Ao contrário do que sucede com o eventual, seu trabalho é essencial à empresa, embora de forma intermitente. Assim, aqueles bóias-frias não são eventuais, mas avulsos”.

Em verdade, essa cizânia entre a lei e seus intérpretes sobre a necessidade, para a caracterização do trabalho avulso, de intermediação e de prestação de trabalho na área dos portos sofreu algumas intervenções importantes do legislador.

Assim, e com o objetivo de *modernizar* os portos brasileiros e o trabalho que neles se realizava, a Lei 8.630/93 rompeu a tradição[cclxxxi] de facultar aos sindicatos, ou facultar-lhes prioritariamente, a intermediação do trabalho nos portos, passando a exigir que dela cuidasse, exclusivamente, o órgão de gestão de mão-de-obra (OGMO).

Por outro lado, o hábito de vincular a expressão *trabalho avulso* ao labor nos portos foi finalmente superado pela Lei 12.023, de 27 de agosto de 2009, que inaugurou entre nós a proteção do trabalhador avulso que não presta serviço no âmbito dos portos, embora realize no campo ou na cidade, sem vínculo empregatício, alguma atividade de movimentação de mercadorias[cclxxxii]. Já não era sem tempo.

7.2.2.3.1 Igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado

O art. 7º, XXXIV da Constituição equiparou os direitos do trabalhador avulso aos do empregado, mas cabe averiguar em que medida o legislador e a jurisprudência têm garantido a eficácia desse preceito. Inclusive porque se trata de direito social, espécie do gênero direito fundamental, a reclamar eficácia plena e proibição de retrocesso.

Conforme já vimos, a Lei 12.023, de 2009, atribuiu aos trabalhadores que se ativam na movimentação de mercadorias, em cidades ou no campo, a qualidade de trabalhadores avulsos. A nova lei exige, porém, a intermediação desse trabalho pelos sindicatos das categorias profissionais correspondentes, esclarecendo que a relação deve ser regida por meio de norma coletiva de trabalho e que são direitos inerentes ao trabalho avulso o repouso remunerado, o FGTS, férias, 13º salário, adicionais noturno e por labor extraordinário.

Quanto ao trabalhador portuário que se qualifica como trabalhador avulso, o art. 57, §3º da Lei 8.630/1.993 esclarece que assim se considera aquele que executa, nas instalações portuárias, os serviços de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco[cclxxxiii], mas o *caput* do citado art. 57 preconiza a multifuncionalidade dos trabalhadores portuários.

A partir da Lei 8.630, de 1993, o tomador dos serviços portuários é o operador portuário (art. 11, IV) e o intermediário não é mais o sindicato, mas sim o OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra, um órgão constituído pelos operadores portuários para esse fim. Cabe ao OGMO recrutar, para cada operação portuária, os trabalhadores avulsos que mantêm registrados ou, à falta desses, os avulsos que mantém cadastrados[cclxxxiv], bem assim a obrigação de arrecadar (junto ao operador portuário) e repassar a remuneração devida ao trabalhador avulso (art. 18, VII). A contratação de trabalhadores portuários como empregados não está proibida e até tem sido praticada[cclxxxv], mas somente aqueles registrados (não apenas cadastrados) no OGMO podem ser contratados, mediante vínculo empregatício, para executar, por tempo indeterminado, serviços de estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância das embarcações (art. 26).

Parece-nos interessante verificar, a esse propósito, os direitos que o trabalhador avulso tem conquistado em vista da igualdade com os empregados,

prevista na Constituição. Mesmo antes de ser editada a carta constitucional de 1988, o artigo 3º da Lei 605, de 1949, já obrigava o tomador dos serviços avulsos a acrescer a remuneração dos dias de repouso à paga pelo trabalho realizado. Por seu turno, a Lei 9.719, de 1998, obriga o operador portuário (ou seja, o tomador dos serviços) recolher o FGTS e pagar as frações proporcionais de férias e 13º salário, cabendo ao OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra repassar esses valores para a conta do trabalhador avulso.

A jurisprudência tem identificado, com o passar do tempo, a exata medida em que outros direitos assegurados aos empregados devem ser estendidos aos trabalhadores avulsos, em razão da isonomia imposta no texto constitucional. Tem-se entendido, por exemplo, que o intervalo intrajornada de até duas horas (art. 71 da CLT) e o intervalo entre jornadas de onze horas (art. 66 da CLT) devem ser garantidos ao trabalhador avulso, mas a jurisprudência ressalva a possibilidade de norma coletiva isentar operador portuário e OGMO dessa obrigação em situações excepcionais, inerentes às condições do trabalho nos portos[cclxxxvi]. Ademais, a obrigação de remunerar as férias não implica, segundo a corrente jurisprudencial prevalecente, a obrigação de definir os períodos de gozo das férias, razão pela qual seria indevida a indenização em dobro por férias não gozadas pelos avulsos[cclxxxvii].

Uma observação derradeira sobre o trabalhador *avulso:* embora não seja contratado e remunerado diretamente pelo operador portuário, ou seja, pela pessoa jurídica a quem aproveita a utilidade da prestação laboral – o tomador dos serviços –, é dele, operador portuário, a responsabilidade primária pela retribuição do trabalho prestado. Ao OGMO cabe arrecadar a remuneração do tabalho avulso junto ao operador portuário e repassá-la ao trabalhador, respondendo solidariamente pelo pagamento que assim se deve realizar[cclxxxviii].

7.2.3 A subordinação

A opinião de juízes e doutrinadores converge quando se invoca a importância deste elemento da prestação laboral, na categorização da relação de trabalho: a *subordinação*. Embora não baste para identificar a *relação de emprego*, inexiste esta sem que o poder de dominação, inerente à sociedade capitalista, atomize-se no vínculo entre o trabalhador e o credor da sua prestação de trabalho.

Mas exatamente porque estamos a cuidar da *subordinação* que ocorre no âmbito do direito do trabalho, tratemos logo de arrostar a ideia de *submissão pessoal* do trabalhador, como ocorria ao escravo ou, atenuadamente, ao servo de gleba. A *subordinação* ou *dependência* contemplada no art. 3º da CLT concerne à prestação laboral, não à pessoa mesma do trabalhador.

Mais adiante, veremos que a alienação da utilidade do trabalho e dos riscos da atividade econômica, que englobaremos no conceito de *alteridade*, mostra-se relevante para sinalizar, em cada caso, a presença da subordinação, malgrado não deva ser necessariamente investigada, porquanto se trate de um dado da realidade sempre presente nas situações em que o trabalhador concorda em prestar serviço subordinado. É como dizer: onde há subordinação, pressupõe-se a alteridade.

Conceitualmente, podemos compreender a *subordinação* como a *sujeição ao poder de comando do empregador* e então temos os dois extremos dessa linha que une os sujeitos da relação empregatícia: a *subordinação* (na perspectiva do empregado) e o *poder de comando* (titularizado pelo empregador). O sentido entre aquela e este é o da complementaridade (são *dois lados de uma só moeda*), porquanto se unam na formação do elemento a que designamos, em síntese e já agora agregando ao termo o fundamento contratual, de *subordinação jurídica*.

7.2.3.1 Fundamento e grau da subordinação

Ressaltamos o fundamento contratual (quando qualificamos a *subordinação* como *jurídica*) e é preciso que o examinemos, para que as palavras não sejam lançadas a esmo. Antes de a doutrina trabalhista assimilar a natureza contratual da *subordinação*, propôs-se que haveria *subordinação econômica*, já que o empregado dependia do salário para a sua sobrevivência. Essa orientação não preponderou porque, como observa Rodrigues Pinto[cclxxxix]:

> [...] se tal qualificação poderia ser considerada correta nos primórdios da Revolução Industrial, dissolveu-se cada vez mais rapidamente, durante seu desdobramento, a ponto de tornar-se hoje imprestável para a explicação que deseja dar. Efetivamente, a especialização das tarefas e a qualificação crescentemente sofisticada do empregado para executá-las tornam-no cada vez menos dependente da retribuição por um empregador para subsistir na sociedade. São até comuns casos de empregados com mais de um emprego [...]

Imaginou-se então que a *subordinação* seria *técnica*, partindo-se do pressuposto, que também não se confirmou com o evolver da industrialização, de que o empregador monopolizava o conhecimento técnico sobre as formas de produção. Atualmente é o empregado, muita vez, quem domina o método ou, antes, a tecnologia aplicada ao processo industrial, fazendo dele depender o empregador.

Cogitou-se enfim da *subordinação social* (fusão da subordinação econômica com a jurídica, padecendo da ineficiência, no plano conceitual, de uma e outra) e da *subordinação moral*, a provocar o rasgo verbal de Catharino, em transcrição bem aproveitada por Rodrigues Pinto[ccxc]: "O vínculo moral, gerador de deveres, pressupõe relações humanas interpessoais, geralmente inexistentes entre empregador e empregado. E quando elas existem no ambiente de trabalho, como na família, causam retração da legislação trabalhista, como já vimos".

Evoluiu a doutrina para inaugurar a orientação hoje predominante, no sentido de ser *jurídica*, ou seja, fundada no *contrato* a *subordinação* do empregado ao empregador. Como observa Alice Monteiro de Barros[ccxci], os partidários dessa teoria consideram que da relação contratual surge para o empregado o estado de subordinação e, para o empregador, o poder hierárquico. Empregado e empregador contratam nestes termos porque de outro modo não dariam curso à relação de emprego, que estão a instituir mediante o contrato assim celebrado.

É bom notar, porém, que essa teoria contratualista vem prevalecendo, mas sem a incolumidade às vezes preconizada, notadamente quando se examina a *subordinação* pelo ângulo por que a visualiza o empregador, ou melhor, quando se questiona a natureza jurídica do poder de comando ou de direção em que este se encontra investido. Disso trataremos em seguida, após dilucidar em que consiste, sob a ótica do empregado, o mencionado estado de sujeição ao dito poder diretivo.

Como se caracteriza, afinal, o estado de subordinação que denuncia a existência de relação de emprego? O professor Rodrigues Pinto[ccxcii] adverte que não apenas pela natureza contratual, mas igualmente pelo *grau* (ou intensidade) da *subordinação* se pode concluir pela ocorrência, ou não, de vínculo empregatício. Para tanto, distinguem-se a subordinação em grau *absoluto,* que se afigura presente no contrato de emprego, e a subordinação em grau *relativo,* peculiar a outros tipos contratuais. A lição do magistrado e professor baiano é assim exposta:

> O grau de subordinação do empregado ao empregador constitui um estado, sendo, portanto, absoluto e fazendo notar-se pela sujeição da energia em si mesma, seja ela utilizada ou não.
>
> Já nas demais situações o grau de subordinação é relativo, posto que não se dirige para a energia, mas somente para o fim em que será aplicada, conservando o prestador total autonomia, quanto aos meios da execução contratual.

Num exemplo que se pretende elucidativo, dir-se-ia que um marceneiro poderia ser contratado para a fabricação de uma mesa, que porventura guarneceria uma sala de jantar, ou, em vez disso, poderia ser contratado para operar, simplesmente como carpina, um equipamento qualquer em uma indústria de móveis. Na primeira hipótese, ser-lhe-ia cobrado o resultado (ajustado) de seu trabalho e, sendo assim, não haveria subordinação em grau absoluto, inexistindo relação de emprego. Na hipótese derradeira, o profissional da carpintaria estaria pondo a sua energia de trabalho à disposição do titular da indústria, sujeitando-se ao método ou técnica de trabalho por este imposta. Mesmo que por algum tempo se fizesse desnecessária ou impossível a prestação laboral, por retração de demanda ou defeito mecânico no maquinário, a sua força de trabalho continuaria disponível, para ser utilizada em consonância com a orientação ou ordem direta emanada do empresário. A subordinação ocorreria, já agora, em grau *absoluto,* a revelar a existência de *emprego.*

7.2.3.2 O poder de comando – contraface da subordinação

Mas, por vezes, não basta a análise de uma relação de trabalho sob tal enfoque, quando o propósito é qualificá-la ou não como *relação de trabalho subordinado.* Não é fácil verificar o grau ou intensidade da subordinação quando se trata, por exemplo, de trabalho em domicílio, serviços externos de vendedores ou representantes comerciais, cobradores de títulos de crédito e mesmo quando está em questão o serviço autômato de um carregador, um motorista etc.

Assim também o alto-empregado, que é aquele normalmente distinguido pelo fato de ocupar cargo preeminente na hierarquia empresarial, a ponto de o empregador lhe outorgar parcela considerável de seu poder diretivo (a capacidade de organizar o estabelecimento em consonância com as diretrizes traçadas para a organização de toda a empresa, de ordenar serviços e punir empregados) e o poder de representar esse mesmo empregador perante terceiros (aptidão para o gerente geral de uma agência bancária, por exemplo, firmar contratos de empréstimo ou financiamento). Essas duas características dos altos-empregados (a investidura de parte do poder diretivo e o poder de representação) dificultam, sobremodo, a operação de medir a intensidade com que a sua prestação de trabalho está sujeita ao poder de comando ainda reservado, como sobra, ao empregador.

Ao tema, Luísa Riva Sanseverino[ccxciii] dera enfoque que faz irresistível extratar trecho de sua obra. De início, a autora lembra que "não é possível, relativamente ao trabalho subordinado, conceber a prestação de trabalho senão destinada, mais ou menos explícita e de forma imediata, à obtenção de um resultado", como, por outro lado, "não é possível, relativamente ao trabalho autônomo, ter presente determinado resultado, prescindindo-se de qualquer consideração a respeito da prestação de trabalho necessária para consegui-lo". Ante o aparente impasse, remata a eminente jurista italiana:

> Diversa é, porém, nos dois casos, a recíproca importância formal do trabalho prestado e do resultado conseguido: a) no trabalho subordinado, a tônica cai no desenvolvimento de certa atividade, e se trata de trabalho genérico, para ser mais preciso, de obrigação duradoura de meios ou de comportamento, vinculada às diretrizes técnicas e organizativas do credor; b) no trabalho autônomo, a nota recai na obtenção de um resultado, tratando-se de trabalho específico e, por melhor dizer, de obrigação instantânea de resultado em senso estrito.

A bem dizer, a insuficiência do critério reside na sua unilateralidade, ou seja, na circunstância de o mesmo centrar atenção no estado de *subordinação* do

empregado, não considerando a necessidade de se perquirir, também, como os fatos ocorrem à vista do empregador, em que medida está o mesmo a exercer *poder de comando.*

A) Morfologia do poder de comando

Mais que investigar *se* e *com que intensidade* está o trabalhador sujeito a ordens de serviço (critério subjetivista), submetendo-se à fiscalização e direção daquele a quem ele imputa a condição de empregador, interessa desvendar o exercício do poder diretivo por este suposto empregador, notadamente no que concerne à mais óbvia de suas manifestações, que é o *poder de organização* (perceba-se a importância deste na hipótese do alto-empregado). Como ressalta Alice Monteiro de Barros[ccxciv], "a subordinação, hoje, gira em torno, também, da integração da atividade do trabalhador no processo produtivo empresarial".

E como se manifesta esse poder de direção ou comando, titularizado pelo empregador? Manifesta-se através do *poder de organização* (1), do *poder diretivo* stricto sensu (2) e do *poder disciplinar* (3). Vamos relevar, logo, qualquer dissensão doutrinária a propósito da divisão do poder diretivo patronal e adotar logo essa setorização tripartite, proposta por Márcio Túlio Viana[ccxcv], sob a esteira do que leciona Magano, este a assim se expressar:

> Poder de organização é a capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta". Poder diretivo stricto sensu é a capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa". Poder disciplinar é o complemento do poder diretivo, mediante o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último.

De conseguinte, para que saibamos se há ou não *relação de emprego* em um vínculo entre pessoas é necessário, primeiro, que observemos se o trabalhador se submete a ordens relativas ao modo como deve executar a prestação laboral e, mais que isso, se a sua energia de trabalho está à disposição do tomador de serviço. Sendo insuficiente ou impreciso tal critério, no caso concreto, procuraremos ver se o tomador de serviço está a exercer poder de comando, inicialmente perquirindo em que medida se encontra a prestação de trabalho inserida em uma *organização*. Como anota Sanseverino[ccxcvi], "a prestação de trabalho insere-se, sempre, em uma mínima forma de organização, embora não venha, sempre, a coincidir com a empresa". Mais adiante, a mesma autora enfatiza, com pertinência indiscutível, que a subordinação do trabalhador...

> [...] corresponde à exigência imprescindível de organização do trabalho, quando, como sucede quase sempre, seja simultaneamente prestado por várias pessoas na mesma empresa, organização do trabalho que é coordenação de vários fatores com vista a um resultado final...

> E, em geral, a posição subordinada do trabalhador resulta coerente com a idéia de que havendo um grupo social organizado (Estado, família, empresa) não se pode prescindir da sujeição a uma vontade organizadora, justo para que os fins institucionais possam ser alcançados; daí decorre o caráter de aspecto instrumental da subordinação a que está obrigado o trabalhador.

Por outro lado, estará investido o tomador de serviço de *poder diretivo stricto sensu* se lhe cabe, porventura, indicar *como, onde* e *quando* será utilizada a força de trabalho do outro sujeito dessa relação laboral (o trabalhador), dando conteúdo concreto à atividade deste. Nota-se bem que essa segunda expressão do poder de comando (o *poder diretivo strictu senso*) é o exato contraposto da *subordinação*, a visão desta pelo método da transparência. Lembra Alice Monteiro de Barros[ccxcvii] que o poder de direção "tem ainda a função de controle, que consiste na faculdade de o empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados".

Num último ato de investigação, haveremos de indagar se, na relação concreta que nos é posta sob exame, o tomador do serviço se apresenta habilitado ao exercício do *poder disciplinar* ou está a exercitá-lo, propriamente. Como observa Alice Monteiro de Barros[ccxcviii], "não é imprescindível que o empregador exerça sua autoridade sobre o empregado em todo o curso da prestação de trabalho, basta a possibilidade de fazê-lo".

Interessa saber se o tomador de serviço evoca o poder de punir como instrumento de persuasão ou se, em realidade, acontecem mesmo punições (advertências, suspensões ou despedidas por justa causa), de modo claro ou dissimulado; válido ressaltar que a orientação jurisprudencial prevalente proscreve as penas de multa (vedação no art. 462 da CLT), transferência (art. 469 da CLT), rebaixamento (art. 468 da CLT) e redução salarial (art. 7º, VI, da Constituição) e remete à Justiça do Trabalho o controle externo das sanções disciplinares, podendo ser estas anuladas, mas não dosadas, pelo órgão judiciário.

B) Natureza jurídica do poder de comando

Quando tratávamos dos fundamentos da *subordinação* e dizíamos da sua natureza contratual (daí por que subordinação *jurídica*), adiantávamos que alguma ressalva precisava ser feita em relação à natureza contratual do *poder de comando*, a contraface da citada subordinação.

De pronto, é fácil justificar a tendência de renomados laboralistas que vislumbraram ser a *propriedade privada* o fundamento do *poder de organização,* sendo o *contrato* o fundamento do *poder diretivo stricto sensu.* Alice Monteiro de Barros[ccxcix] relembra a divergência entre Evaristo de Moraes Filho e Nélio Reis, aquele a proclamar que "(...) no regime capitalista, sob o qual vivemos, é o patrão o proprietário de seu negócio, julgando, por isso, o senhor dos céus e da terra. Tudo o mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar". E Nélio Reis, a contrariar essa tese com argumento aparentemente indefectível:

> Os defensores desta doutrina se impressionaram mais com os aspectos econômicos do que com os aspectos jurídicos que devem presidir à análise do problema. Não há dúvida de que economicamente e até que se opere uma transformação no regime capitalista em que vivemos, o patrão é o dono da empresa, compreendida esta no seu todo perfeito. Mas a integração nesta dos trabalhadores não se opera pelo direito de propriedade, e, sim, pela via contratual, à semelhança das ligações entre empresas e outros organismos da vida social. O empregador possui a empresa e, em nome desta, em relação ao elemento humano de sua execução, contrata os prestadores de serviço, os empregados.

Por essa última análise, gravitaria em torno do *contrato* o fundamento dos poderes de *organização* e de *direção stricto sensu* em que investido o empregador. A bem ver, podemos entender que o contrato é o fundamento último do poder diretivo *stricto sensu* e o fundamento próximo do poder de organização (o fundamento último deste seria o direito de propriedade).

Também quanto ao poder *disciplinar,* afigura-se eloqüente a vertente doutrinária que o compreende como mero corolário do poder diretivo *stricto sensu*, uma faculdade atribuída ao empregador para assegurar efetividade às suas ordens de serviço – e se o contrato é o fundamento do poder diretivo *stricto sensu*, não seria outro o fundamento do poder disciplinar. Quando se está a cuidar desse poder de um homem punir o seu semelhante, sem estar acometido de poder estatal, irresistível é reproduzir o pensamento de Luisa Riva Sanseverino[ccc] sobre o tema:

> Os remédios apresentados pelo direito comum não eram suficientes nem adequados à natureza

> particular das obrigações que derivam, em relação ao trabalhador, do contrato de trabalho; seja porque em muitos casos em que uma sanção fosse inoportuna, o direito comum não oferecia, pela ausência dos pressupostos necessários, a possibilidade de aplicá-la; seja porque tais remédios requerem procedimento longo e complexo, o qual atenuaria, notavelmente, sua eficácia; seja, em suma, porque as sanções civis visam, tão só, à restauração patrimonial, enquanto as sanções disciplinares intentam salvaguardar determinada organização do trabalho na empresa.

Nesse diapasão, a citada laboralista italiana conclui que as sanções disciplinares previstas pelo direito do trabalho constituem formas de penalidade do tipo privado e que, na ausência de explícitas disposições legais, a existência legítima de tais sanções poderia ser deduzida da estrutura do contrato de trabalho e da relação de subordinação, que lhe é específica.

Há orientação doutrinária, porém, que concebe o poder diretivo – e, a partir deste, também o poder disciplinar – como um *direito-função*, sendo neste sentido a observação de Octavio Bueno Magano[ccci]:

> Enquanto o empresário concentrava em suas mãos todos os cordéis de que depende a atividade da empresa, o poder diretivo se exercia para a satisfação de seu interesse individual. Entretanto, à medida que a empresa se foi transformando em um cento de convergência de interesses, a saber, interesses do empresário, dos administradores, da coletividade, representada pelo Estado, e dos trabalhadores, representadas pelos seus sindicatos, o poder diretivo tem-se tornado direito-função, passando a ser exercido no interesse da própria empresa. Suppiej chega a afirmar que, divorciando-se dessa finalidade, ele excede os seus limites e configura verdadeiro abuso de poder.

Não obstante todas essas digressões, que permitem nos situemos em meio à dissensão doutrinária, parece-nos acertada a conclusão dialética alcançada por Márcio Túlio Viana[cccii], após criterioso e exaustivo estudo sobre a natureza do poder diretivo. *Litteris:*

> Na verdade, a discussão passa, mais uma vez, pela concepção que se possa ter da empresa: se a considerarmos apenas o patrimônio do empresário, será difícil adotarmos a tese do poder diretivo como direito-função; se, ao contrário, a visualizarmos como instituição, a natureza do poder diretivo só poderá ser aquela.
>
> Como dizíamos linhas atrás, o poder diretivo stricto sensu encontra melhor fundamentação na teoria do contrato; o poder organizacional, na teoria da propriedade; o poder disciplinar, na da instituição.

Qual a importância, então, de se saber o fundamento do poder de comando ou de direção, em qualquer de suas formas (poderes de *organização*, de *direção stricto sensu* e *disciplinar*)? É que esse poder diretivo somente estará legitimado na medida em que se adequar:

a) Aos limites gizados pela concepção que temos do *poder de*

organização como emanação do direito de *propriedade*. Lembremos, *verbi gratia*, o modo como são disciplinados, genericamente, a localização topográfica do estabelecimento empresarial e de suas seções internas; a organização do trabalho em turnos; os locais e horários das refeições dos trabalhadores; a partição do comando da empresa em divisões administrativas, técnicas e financeiras; o organograma da empresa etc.

b) À dimensão dada ao *poder diretivo stricto sensu* pela sua origem *contratual*. Assim, o empregado poderá resistir à ordem de serviço que não esteja em consonância com as condições de trabalho inicialmente ajustadas, nos limites razoavelmente atribuíveis a tal ajuste.

c) À acepção do *poder disciplinar* como *direito-função*, sendo abusiva a pena ou sanção que não derive da transgressão de regra geral ou ordem direta que guarde relação com os interesses da empresa enquanto *instituição*, que atende a interesse social ao produzir bens ou serviços, e não a interesse particular da pessoa do empregador. Ressaem, pois, a juridicidade da sanção disciplinar aplicada em razão de o trabalhador subtrair ou danificar, dolosamente, coisa que integre o patrimônio que serve aos fins da empresa ou viole segredo estratégico desta, bem assim a ilicitude da pena se é esta imposta para aplacar o desejo persecutório ou simplesmente emulativo desse mesmo empregador.

C) Do *poder regulamentar* – extensão do poder diretivo

Mas há um último e interessante modo por que se manifesta o poder de direção ou comando. Referimo-nos ao *poder regulamentar,* que consiste na discricionariedade permitida ao empregador de estabelecer regras genéricas sobre a organização produtiva ou mesmo sobre condições de trabalho que permearão todos os contratos individuais. São os *planos de cargo e salário*, os *regulamentos de fábrica*, os *quadros de carreira*, que fizeram Alice Monteiro de Barros[cccciii] assim se posicionar:

> Embora sejamos partidários da corrente contratualista, como fundamento do poder diretivo, atribuímos ao regulamento natureza mista, entendendo que o mesmo contém, de um lado, regras de natureza estatutária relacionadas com a determinação de ordens técnicas e com a disciplina que deve existir na organização empresarial; e de outro, regras de feição contratual, como são as cláusulas sobre salário, jornada e outras matérias com a mesma conotação, as quais constituirão o conteúdo dos contratos de trabalho, matéria, aliás, já sedimentada, a teor do Enunciado da Súmula n. 51 do E. TST.

Entendemos, como a ilustre magistrada mineira, que o poder regulamentar tem mesmo natureza híbrida, a depender de seu conteúdo versar sobre matéria inerente à organização ou a cláusulas contratuais. Mas o assimilamos como poder *instrumental,* somente e por isso mesmo. Cuida-se de uma forma de exteriorização do poder de organizar a empresa ou dirigi-la.

Quando o propósito é o de dirimir dúvida sobre a existência de vínculo empregatício, frente a um caso concreto, ou ainda quando se questiona a legitimidade da norma regulamentar, ordem de serviço ou pena dirigida ao empregado, importa notar que a subordinação se revela como a sujeição ao poder de comando e este, com os fundamentos expostos, manifesta-se através dos poderes de organização, diretivo *stricto sensu* e disciplinar.

7.2.4 A onerosidade

O contrato de trabalho é *oneroso*, ou seja, não se o executa por benemerência ou altruísmo. A prestação de trabalho que encerra uma liberalidade, um simples favor ou um ato - mesmo continuado ou persistente - de boa-vontade, não acontece no âmbito de uma relação de emprego.

Percebe-se que não se está a cogitar do fato objetivo de o trabalhador *receber salário,* mas do interesse, que a este anima, de trabalhar para recebê-lo.

Aliás, o salário será necessariamente devido quando evidenciada essa *onerosidade* da prestação laboral e o seu valor, quando não ajustado previamente, será arbitrado pela Justiça do Trabalho, em conformidade com o art. 460 da CLT.

7.3 Os elementos acidentais da prestação laboral

Ao lado dos elementos essenciais da prestação de trabalho inerente à relação de emprego, exigidos pelo artigo 3º da CLT, Rodrigues Pinto[cccix] lembra os *elementos acidentais ou facultativos*, que, podendo aparecer na prestação de trabalho, *"desempenham papel auxiliar na identificação do empregado"*. A saber, são os seguintes os elementos acidentais, consoante lição do ilustrado mestre:

a) o *alheamento ao risco da empresa*, uma vez que, regra regral, cabe ao empregador o risco pelo empreendimento. Voltaremos ao tema quando estudarmos a figura do empregador, mas desde logo acentuamos a relatividade desse elemento distintivo, porquanto também ocorra, nas hipóteses de o salário ou parte deste ser fixado à razão da quantidade de serviço (comissão do vendedor) ou obra (peceiro etc.), de o trabalhador ter a sua remuneração vinculada ao êxito ou insucesso da empresa;

b) a *alteridade*, que viria a ser o aspecto de a utilidade do trabalho beneficiar sempre o empregador, jamais aproveitando diretamente ao empregado. Em verdade, o sistema capitalista é alienante da força de trabalho, pois o empregado nele sobrevive se, em troca de salário, concorda em contribuir para a produção de bem ou serviço que será posto à disposição do mercado, em proveito somente do empregador. Essa situação desfavorável ao empregado é, para este e muita vez, irresistível, dada a ausência de outro meio apto a garantir sua subsistência. Não fosse por isso e ele não aceitaria se sujeitar ao poder diretivo do empresário. E como não se ambienta o direito do trabalho fora do sistema capitalista de produção, deduz-se que não há emprego sem alteridade. Em rigor, a alteridade importa a alienação não somente do proveito do trabalho, mas também dos riscos da atividade produtiva (o trabalhador não compartilha lucros ou perdas), da titularidade da organização empresarial (o trabalhador não compartilha a propriedade dos meios de produção) e da ação no mercado (o trabalhador não interage com o destinatário final do que ele produz), como revelam Vida, Monereo e Molina[cccv]. Mas também está visto que a alteridade é um pressuposto da subordinação. Logo, a verificação da alteridade não é necessária porque basta que se constate a subordinação em grau absoluto,

da qual é um antecedente lógico[cccvi]. Por essa razão, tem-se a alteridade como elemento acidental (embora dispensável investigar-se a sua presença em cada caso concreto, é induvidoso que ela está sempre presente na relação de emprego).

c) a *continuidade*, aqui compreendida como o fato de o empregado estar todo o tempo à disposição do empregador (já distinguimos, neste mesmo capítulo, a *continuidade* e a *não eventualidade*). O fato da *continuidade* permite conjecturar, em um caso concreto qualquer, que o trabalho *contínuo* não deve ter decorrido de fato incerto ou imprevisto, mas ainda assim será a *não eventualidade*, e não a *continuidade*, a nota característica da relação de emprego;

d) a *exclusividade*, que "retrata a prestação para um só tomador". Em vez disso, como observa o laboralista Rodrigues Pinto, "a possibilidade da múltipla prestação guarda uma razão direta com o trabalho intelectual e inversa com o manual ou braçal, em virtude das peculiaridades da prestação nesses dois terrenos, quanto ao tempo demandado para atendê-la. Mesmo assim, nada impede o trabalhador braçal de manter mais de uma relação de emprego, nem o intelectual de manter uma só, até em razão de cláusula contratual. Isso serve para demonstrar a acidentalidade de manifestação da exclusividade..."

7.4 Empregados excluídos da proteção pela CLT

O art. 7º da CLT exclui da proteção do texto consolidado os empregados domésticos, os rurais e os servidores públicos. A regra excludente deve ser, porém, examinada em vista das normas que surgiram, historicamente, para regular o trabalho de cada uma dessas categorias inicialmente excluídas.

A norma de regência dos servidores públicos é normalmente um estatuto próprio, que corresponde, no caso dos servidores da União, à Lei 8.112/90. O art. 39 da Constituição exige um só regime jurídico no âmbito de cada uma das entidades da federação, tendo sido recusado o regime da CLT pela imensa maioria dos entes públicos.

Há, inclusive, forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de compreender que estados e municípios não podem estabelecer a CLT como regime jurídico de seus servidores, pois assim estariam legislando sobre direito do trabalho e invadindo, nessa medida, a competência legislativa exclusiva da União. Há, nesse entendimento e a nosso sentir, uma evidente confusão entre a competência para legislar sobre direito do trabalho – que os estados e municípios realmente não têm – e a autonomia de que eles se investem para adotar, por remissão, o regime da CLT como o regime próprio. Invasão de competência haveria se o que estabelecessem para seus servidores também fosse aplicado para os empregados de empresas privadas. Quem bebe a água de um rio não lhe seca a nascente.

O labor dos domésticos continua excluído da proteção da CLT e, quanto aos rurícolas, veremos que a regência pela CLT foi-lhes restituída pela lei que disciplina o trabalho rural, num efeito *bumerangue* que o legislador da década de 40 não podia prever. Por dever de síntese, preferimos tratar mais detalhadamente dos servidores públicos, domésticos e rurícolas nos subitens que versarão, logo adiante, sobre os tipos especiais de empregados.

7.5 Tipos especiais de empregados e de trabalhadores subordinados

Várias categorias de empregados mereceram tratamento diferenciado pelo sistema jurídico-trabalhista, seja mediante destaque em capítulos próprios da CLT, seja através da edição de leis dispersas. Entre aqueles, podemos referir os professores, os bancários e os telefônicos, como todos os demais trabalhadores contemplados, principalmente no que concerne à jornada de trabalho, no Título III, Capítulo II, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por sua vez, médicos (Lei 3.999/61) e engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e veterinários (Lei 4.950-A/66) são protegidos, especialmente no que toca ao salário, por leis específicas. Também há os empregados cujos contratos são regidos por regras especiais no que concerne à sua vigência ou forma, a exemplo dos atletas profissionais (Leis 6354/76 e 8672/93).

Não precipitaremos, entretanto, o estudo de normas relativas a contratos a termo, salário e duração do trabalho, pois o objetivo agora é apenas o de perceber a existência de relação de emprego em recantos da vida nos quais os já estudados elementos essenciais da prestação laboral têm apresentação fluida. Ou ainda o contrato de emprego que não se insere na realidade da *empresa*, embora não se desfigure, ainda assim. Trataremos do trabalho subordinado no campo, nas residências, bem como do estagiário e do menor aprendiz, do trabalho intelectual e cooperativado, mas sem minudenciar, como faremos em capítulos próximos, as regras que excedem aquelas necessárias à qualificação do vínculo.

7.5.1 Altos-empregados. Os empregados-diretores e os diretores-empregadores

Ao discorrermos sobre uma primeira dificuldade enfrentada pelo legislador, ante a missão de distinguir o destinatário da proteção trabalhista, concluímos que a sua decisão fora a de optar por um conceito legal. O artigo 3º da CLT, resultado desse esforço intelectual, não inclui alguns trabalhadores subordinados que realizariam trabalho sem os requisitos especificados no citado dispositivo legal (avulsos, eventuais etc.) e, numa aparente incoerência, contempla, na definição de empregado, os trabalhadores que já obtiveram um maior grau de aptidão administrativa ou capacidade gerencial e, por isso, ajustam as suas condições de trabalho em situação de quase igualdade com o empregador, a quem disponibilizam sua energia laboral.

Atento à conveniência de devolver harmonia ao sistema trabalhista, o legislador reduziu os direitos dos altos-empregados, negando-lhes toda a proteção concernente à duração do trabalho (artigo 62, II, da CLT), à manutenção de sua localidade de trabalho (artigo 469, §1º, da CLT) e à estabilidade decenal (artigo 499 da CLT), como veremos ao estudarmos cada um dos temas. Interessa, agora, identificar o alto-empregado, a quem o legislador prefere denominar *gerente*, noutras passagens referindo-se a ele como o empregado que exerce *cargo de confiança.*

Regra geral, os altos-empregados se diferenciam por dois claros aspectos de sua atuação profissional, a saber:

a) A altos-empregados é delegado, parcialmente, o poder de comando em que está investido o empregador. Isso lhes permite estabelecer novas regras na divisão de trabalho, em estabelecimento que dirijam, cabendo-lhes ainda dar ordens em níveis elevados da hierarquia que se observa em tal estabelecimento e, nos limites deste, impor penas disciplinares. O exercício desse poder diretivo o faz um estranho entre os empregados, malgrado esteja ele, como estes, a disponibilizar sua energia de trabalho e se caracterizar, assim, como um empregado.

b) A altos-empregados é outorgado, por procuração tácita ou expressa, o poder de representar o empregador perante terceiros, a exemplo dos gerentes gerais de agência bancária, que firmam com a clientela contratos de empréstimo ou financiamento.

Quanto à exclusão dos direitos assegurados no Capítulo II do Título II da

Consolidação das Leis do Trabalho, que são aqueles pertinentes à duração do trabalho (jornada de oito horas, adicional noturno, repouso semanal remunerado etc.), o artigo 62, parágrafo único, da CLT[cccvii], acrescenta, na caracterização desse alto-empregado, a exigência de ele receber salário que, somado à gratificação de função (se houver tal gratificação), seja igual ou superior ao valor do salário efetivo, acrescido de 40%.

Uma questão correlata é aquela relativa ao exercício, pelo até então empregado, de cargo de direção. Distinguem-se, *exempli gratia*, os diretores das sociedades anônimas. A sociedade anônima tem como órgãos a Assembléia Geral, a Diretoria, o Conselho Fiscal e, sendo o caso, o Conselho de Administração. A *Diretoria* é o *órgão* de representação da companhia e o *órgão* de execução das deliberações da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração. Os componentes da Diretoria são eleitos pela Assembléia Geral ou, quando há o Conselho de Administração, por este. Enquanto órgão da sociedade, o *diretor* não pode ser, ao mesmo tempo, um seu empregado.

E se havia, anteriormente, contrato de emprego? Prepondera, então, a orientação contida no verbete n. 269 da súmula de jurisprudência do TST:

> O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

A Súmula 269 do TST não exclui a possibilidade de o exercício de cargo de direção, em outros tipos de sociedade empresária – distinta da sociedade anônima –, também importar a suspensão do contrato de emprego. O fundamental é que não se mantenha, na hipótese, a sujeição do poder de comando, exercido pelo empregador. Comentando o referido enunciado da súmula do TST, Francisco Antonio de Oliveira[cccviii], juiz integrante do TRT da 2ª Região, distingue o *empregado-diretor* do *diretor-empregador,* sendo pertinente a sua orientação:

> Empregado diretor é aquele designado pelo empregador para o exercício de cargo da sua confiança imediata. Esse empregado de confiança, embora tenha poderes de mando e gestão em certa intensidade, não chega a substituir o empregador na sua inteireza. Não deixa de ser empregado sujeito à subordinação jurídica.

Há casos, entenda-se bem, em que as empresas são geridas por *diretores*, que podem ou não estar unidos à sociedade empresarial mediante contrato de emprego. Rodrigues Pinto[cccix] explica:

> Nas empresas de envergadura menor, que correspondem a sociedade de estrutura jurídica menos complexa, o diretor tanto poderá caracterizar-se como sócio, nos termos do contrato social, quanto poderá revelar-se um alto-empregado, se for contratado sob subordinação aos sócios da empresa para geri-la em nome destes. No primeiro caso, o exercício da direção é corolário natural da participação societária do diretor, não interessando ao Direito do Trabalho. No segundo, a relação com a sociedade é de emprego, com diminuição da tutela do trabalhador, já assinalada em referência aos altos-empregados.

A doutrina e a jurisprudência têm ressaltado a diferença entre a *direção administrativa* e a *direção técnica*, lembrando que nesta última pode estar investido um médico, um engenheiro, um advogado ou qualquer outro profissional especializado, mas que atua como um empregado comum, subordinado e assalariado. O diretor técnico tenderia a ser empregado, portanto. O diretor administrativo será empregado, se estiver ele subordinado em grau absoluto, ou, não sendo o caso, inexistirá emprego.

Acontece, ainda e por vezes, de o empregador promover a conversão do empregado em acionista minoritário, com o objetivo de dar ao vínculo uma outra natureza jurídica, antes de investir esse seu empregado na condição de diretor. É interessante notar que o disfarce de acionista é, *grosso modo*, uma homenagem à *aparência* em detrimento da realidade, pois nem o diretor precisa ser acionista[cccx], nem a eleição do diretor basta à desfiguração do emprego, como se dessume da Súmula 269 do TST e há muito já acentuava Pontes de Miranda, ao prefaciar obra clássica de Antero de Carvalho[cccxi]:

> Outro ponto que se há de pôr em relevo é o referente à dicotomia ´direção administrativa´ e ´direção técnica´. Administradores podem ser órgãos sociais, ou empregados. [...] A tecnicidade das funções – e do cargo – não basta para que se fazer empregado efetivo. O diretor-técnico pode ser de confiança, ainda quando não se trate de órgão social, ´empregado de confiança´, no sentido da legislação do trabalho [...]. Também a eleição não é critério estreme. Certamente, quem foi eleito para certo período, ou sob condição, não pode pretender estabilizar a sua inestabilidade; mas nada obsta a que os Estatutos adotem que o provimento dos empregos estáveis, ou de alguns empregos estáveis, seja por eleição das assembléias gerais, ou da diretoria.

Não obstante o jurista alagoano tivesse à vista a legislação vigente em 1949, quando assim se manifestou, é certo que o artigo 146 da Lei 6.404, de 1976, autoriza, ainda hoje, a exigência, em norma estatutária, de eleição para o provimento de cargos de administração da sociedade anônima que não integrem o seu conselho de administração nem a sua diretoria. Portanto, a eleição do diretor não o impede de ser empregado e, por outro lado, há cargos de administração da sociedade anônima que, por disposição estatutária, somente podem ser providos por empregados e mediante eleição.

7.5.2 Os empregados públicos

O art. 39 da Constituição, em sua redação original, estabelecia que os entes públicos deveriam instituir, no âmbito de suas competências, o regime trabalhista único. Comentando o preceito, a jurisprudência e a doutrina não tardaram a defender que o regime de trabalho mais ajustado aos princípios regentes da administração pública seria, como de fato ainda é, o regime estatutário. Celso Antônio Bandeira de Mello o diz:

> A Constituição, nos artigos 39 a 41, ao tratar dos 'servidores públicos', empenhou-se em traçar, nos numerosos parágrafos e incisos que os compõem, os caracteres básicos de um regime específico, distinto do trabalhista e tratado com amplitude. Certamente não o fez para permitir, ao depois, que tal regime ofsse desprezado e adotado o regime laboral comum (ainda que sujeito a certas refrações). Seria um contra-senso a abertura de toda uma 'seção', com minuciosa disciplina atinente aos ocupantes de cargo público, se não fora para ser este o regime de pessoal eleito com prioridade sobre qualquer outro.
>
> Além disto, o §3º do art. 39 determinou que aos servidores ocupantes de cargo público aplicar-se-iam determinados dispositivos do art. 7º, ou seja: concernentes à proteção dos trabalhadores em geral, urbanos e rurais, do País. Daí também se depreende a prevalência do regime de cargo, tico como o normal, o corrente. Com efeito, se o regime prevalente devesse ser o trabalhista, seria despicienda a aludida remissão e não estaria cifrada a alguns incisos do art. 7º, porque todos eles se aplicariam normalmente.
>
> Finalmente, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos de atuação do Estado. **[cccxii]**

A tendência de se instituir o regime estatutário para todos os servidores da administração direta, bem assim das autarquias e fundações, consolidou-se, no nível federal, por meio da Lei 8112/90, assemelhando-se ao seu teor o regime jurídico, igualmente único, instituído pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, surgiu sob inspiração do *princípio da eficiência*, que por obra sua somou-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no elenco de princípios da Administração Pública, todos elevados ao nível de princípio constitucional (artigo 37 da Constituição).

Tratando do princípio da eficiência, a publicista Maria Sylvia Zanella di Pietro[cccxiii] lembra o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, porque nele se afirma que "reformar o Estado significa melhorar não

apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil". A citada emenda constitucional deu curso e vez àquela que foi denominada a *Reforma Administrativa*, sendo uma alteração relevante, em seu bojo, o fim do regime jurídico único previsto, até então, no art. 39 da Constituição. Di Pietro explica:

> Com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único, ficará cada esfera de governo com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual, ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como atividades exclusivas do Estado, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo art. 32 da Emenda Constitucional n. 19/98[cccxiv].

Como era de esperar, a Lei 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, surgiu com a pretensão de estatuir que o regime jurídico dos novos servidores públicos, admitidos que fossem pela Administração direta, autárquica e fundacional, seria o da CLT e legislação correlata. Porém, sobreveio, em março de 2008, medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de restabelecer o regime jurídico único, em virtude de defeito formal que identificou na votação da Emenda Constitucional n. 19. A decisão foi proferida nos autos da ADI 2135 MC/DF e, em razão de seu efeito *ex nunc*, mantiveram-se regidos pela CLT apenas os servidores da administração direta, autarquias ou fundações investidos em emprego público desde a edição da EC 19 até a mencionada decisão do STF.

Além deles, os empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas são servidores públicos *lato sensu* que continuam regidos pela CLT, dado que trabalham para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta.

7.5.3 Os empregados domésticos

Sabemos que o empregado doméstico, desenganadamente um *empregado*, fora excluído da proteção celetista (artigo 7º, a, da CLT), sendo titular, tão-somente, dos direitos trabalhistas previstos na Lei 5.859, de 1972 (férias anuais remuneradas, benefícios e serviços da legislação previdenciária, anotação do contrato na CTPS e, por opção do empregador, FGTS e seguro-desemprego[cccxv]) e dos direitos sociais assegurados no artigo 7º da Constituição, se não subtraídos em seu parágrafo único (salário mínimo, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias, licença à gestante, licença paternidade, aviso prévio e aposentadoria).

Também o *empregado doméstico* é titular, a nosso pensamento, de direitos previstos em leis trabalhistas esparsas que, destinando-se à proteção geral dos empregados, não o discriminem. Para efeito exemplificativo, podemos lembrar que a Lei 605/49 (repouso em domingos – hoje assegurado ao doméstico por preceito constitucional – e em feriados, conforme seu art. 5º) e a Lei 8.036/90 (FGTS – art. 15, §3º) retiram expressamente o doméstico de seu raio de proteção[cccxvi], mas inexiste motivo para que essa mesma e abominável restrição se estenda às hipóteses em que a lei deixe de privar os domésticos do direito nela instituído, embora quanto a estes seja silente. É o caso, *v.g.*, do vale-transporte, porquanto a Lei 7.418/85 não exclui, claramente, o empregado doméstico da proteção que assegura, cabendo, pois, lembrar a máxima *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*, tão simpática aos hermeneutas.

Quem seria, afinal, o *doméstico?* O antigo conceito inserido no sétimo artigo da CLT recebera melhor versão no artigo 1º da Lei 5.859/72, que considera empregado doméstico, *ipsis verbis*[***cccxvii***]*:*

> aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas [...]

Logo, o empregado descrito pelo legislador é, em primeiro lugar, o que se caracteriza pela *continuidade* do trabalho em âmbito residencial. A jurisprudência tem patrocinado uma segunda exclusão aos chamados *diaristas*, por isso mesmo. É que, como esses trabalhadores não prestam serviço doméstico em todos os dias (*continuadamente*), mas em um ou poucos dias a cada semana, tem-se entendido que os mesmos também não se enquadram na definição de empregado doméstico. Perceba-se que, enquanto o artigo 3º da CLT mencionara

a *não eventualidade* na configuração do empregado comum, a lei específica exigira a *continuidade* na modelagem do empregado doméstico.

A segunda característica do empregado doméstico é a *finalidade não lucrativa*do seu serviço, em relação à atividade do empregador. Octacílio Silva[cccxviii] observa que tal elemento...

> [...] não passa de expediente hábil para discriminar os domésticos, visto que os legisladores, consciente ou inconscientemente, são interessados na questão, visto que, em regra, são empregadores domésticos. A prova é que, se por um lado, no Brasil, a legislação obreira, nas últimas décadas, tem andado à frente dos nossos costumes e exigências sociais, no que se refere aos domésticos, as imposições de mercado é que têm tomado a dianteira, como é o caso, por exemplo, do salário mínimo, do repouso semanal remunerado, das férias integrais, da jornada da trabalho, sobretudo nos grandes centros.

Alguma dificuldade por vezes existe, na identificação do empregado como doméstico, quando a sua energia de trabalho é utilizada pelo empregador não apenas para os serviços caseiros de faxina ou cozinha, por exemplo, mas também para a limpeza de um escritório ou consultório, salão de beleza ou pequeno ambiente (extensão da casa residencial) em que o empregador explore algum comércio. Desde que essa atividade lucrativa não se revele eventual (no sentido de depender de acontecimento incerto ou imprevisto), temos como induvidoso que o empregado perderá a condição de doméstico, assim se posicionando, por igual, Amauri Mascaro Nascimento[cccxix].

A terceira e última característica do emprego doméstico é o fato de o trabalhador desenvolver os seus misteres no *âmbito residencial de pessoa ou família*. Anota Rodrigues Pinto[cccxx], em consonância com orientação doutrinária preponderante, que:

> [...] deve ser considerado que o trabalho se caracteriza como doméstico mesmo prestado fora do âmbito residencial, desde que voltado para o serviço da família do tomador. É o que acontece, reconhecidamente, com o chamado motorista particular, cuja prestação é bem diversa, em termos de âmbito, da entregue pelo jardineiro ou pela governanta da residência, embora todos eles sejam empregados domésticos, para os efeitos laborais.

A alusão à *residência* não é de rigor técnico (a *residência* é definida, pelos civilistas, como o lugar em que a pessoa mora ou tem o centro de suas ocupações), compreendendo-se, por isso e para os fins da Lei 5.859/72, que há trabalho no *âmbito residencial* quando tal sucede na casa de veraneio ou no *trailer* onde se usufruem as férias. É bom ver, ainda, que o empregado doméstico pode prestar serviço na cidade ou no campo, assim se apresentando o caseiro de chácara de recreio ou, mesmo em propriedade rural desenvolvida com vistas ao

lucro, o empregado cuja força de trabalho seja destinada exclusivamente a prendas do lar.

Ainda no tocante ao âmbito residencial, a lei o refere como o da residência da pessoa ou da família. Com razão, alguns autores[cccxxi] têm enfatizado que, a salvo os casos em que o dono da casa mora sozinho, como sucede a celibatários e a misantropos, a qualidade de *empregador doméstico* deve ser atribuída à família, inclusive quanto à representação em juízo.

Por fim, impende ressaltar que a Lei 2757, de 1956, garantiu aos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais a regência de seus respectivos contratos pela Consolidação das Leis do Trabalho, embora não haja dúvida quanto ao caráter contínuo e não lucrativo dos serviços prestados, por esses trabalhadores, no âmbito residencial dos condôminos. É indubitável que não somente aos empregados em *prédios de apartamentos residenciais*, mas também àqueles que se empreguem em qualquer outro condomínio (casas residenciais ou de campo) estender-se-ão as vantagens da Lei 2.757/56, sob pena de se emprestar ao seu preceito uma inteligência que, sendo restritiva demais, agrediria o fim social que lhe é inerente.

7.5.4 O empregado em domicílio e o teletrabalho

Se o trabalho não é prestado na residência do empregador – como no emprego doméstico –, mas, sim, no domicílio do trabalhador? Ainda assim poderá haver vínculo de emprego? A resposta está no art. 6º da CLT, *verbis:*

> Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Basta, portanto, que estejam presentes os elementos essenciais da prestação laboral, previstos no art. 3º da CLT (*pessoalidade*, *não eventualidade*, *subordinação* e *onerosidade*). A circunstância de o trabalhador prestar serviço em seu próprio domicílio (casa, escritório, oficina de arte ou ofício etc.) não impedirá a configuração do liame empregatício. A dificuldade está, porém, na tarefa de se perscrutar a ocorrência desses elementos, notadamente da *subordinação* e da *não eventualidade*, quando o trabalho é realizado longe dos olhos do suposto empregador e, assim, há um inevitável abrandamento do poder de controle.

Quanto à subordinação, melhor é perquiri-la sob o enfoque inverso, ou seja, cabe investigar, frente a um caso concreto, sobretudo se a prestação de trabalho está inserida na estrutura econômica ou técnica de que se vale o tomador do serviço para tocar o seu negócio. Em suma, compete discernir se o pretenso empregado está sujeito ao *poder de organização* exercido pelo suposto empregador ou se, em vez disso, este último, o empresário, pode prescindir da utilidade do trabalho sem suprir essa sua falta mediante a contratação de outro provedor da força laborativa.

Mais adiante, veremos que o empresário constitui sua *empresa* quando *organiza os fatores de produção* com vistas à produção de bens ou serviços. O trabalho em domicílio pode, ou não, estar entre os fatores de produção *organizados* pelo empresário, existindo emprego, por óbvio, somente no caso afirmativo. O exercício do poder diretivo (em sua modalidade *poder de organização*) pode, inclusive, ser inferido do seguinte trecho, extratado da obra de Martins Catharino[cccxxii]:

> O trabalhador a domicílio distingue-se do artesão pelo fato principal de não ter contato com a clientela consumidora. Ou seja, não produz para o mercado, e sim para outrem determinado, de quem recebe matéria prima, e até ferramentas, com as quais, especificando a primeira, manufatura, com ou sem o auxílio de máquinas simples, determinados produtos, em local por si escolhido..., do qual tem a posse ou a propriedade.

Os demais componentes da subordinação serão observados com critério,

não obstante já tenhamos ressaltado a sua atenuação no trabalho a domicílio. Imaginemos, por exemplo, uma cozinheira ou uma lavadeira que atenda, em sua casa, a serviços permanentemente necessários ao desenvolvimento de uma empresa, ou ainda, um alfaiate que preste serviço em seu domicílio, mas com a regularidade daquele que o faz no estabelecimento empresarial.

Cumpre, então, ao agente do direito, seriamente interessado em identificar a natureza de uma relação de trabalho qualquer, indagar se o tomador do serviço está a controlar, mediante a definição de técnica de produção ou prévia estipulação de quantidade de peças ou tarefas produzidas em período certo, a prestação laboral. É que só assim haverá subordinação em grau absoluto. E se acaso confirmar, também, o exercício do poder diretivo *stricto sensu*, será fácil concluir que o descumprimento da ordem expõe o trabalhador a virtual punição, configurando-se o exercício do poder disciplinar.

Sobremais, é evidente que a *não eventualidade* será o outro elemento distintivo cuja presença terá, sempre, relevo inescondível, no trabalho em domicílio. Naqueles exemplos acima propostos, podemos entender que os serviços de cozinha, lavanderia ou costura serão provavelmente prestados por *empregados* se estes provirem necessidades permanentes de empresas – voltadas ou não à atividade correlata. Nesse sentido, suponhamos que os citados trabalhadores em domicílio estejam atendendo a empresários que se dediquem ao fornecimento de marmita ou alimentos enlatados, no caso do cozinheiro; à atividade de lavanderia, no exemplo referente à lavadeira de roupas; à indústria de confecções, na hipótese do alfaiate. Em todos essas situações, avulta a relevância do *nexo entre as atividades do prestador e do tomador,* tida por Rodrigues Pinto[cccxxiii] como fundamental para desvendar a necessária subordinação.

Mas também pode ocorrer de o serviço em domicílio consistir na lavagem de fardamento dos empregados, utilizado na prestação de trabalho fabril ou, por outra, como uniforme de equipe amadora de futebol. Nada a ver com a atividade-fim da suposta empregadora, portanto. Ainda assim, somente o fato de o serviço em domicílio ter decorrido de fato incerto, como a participação da empresa, por seus empregados, em torneio esportivo episódico, poderá descartar o elemento ora examinado (a *não eventualidade*), desnaturando a relação de emprego. Por sua vez, os que lavassem o fardamento usado rotineiramente pelos industriários seriam, a princípio, empregados.

Um derradeiro parêntese sobre o trabalho em domicílio: a inserção do

preceito insculpido no art. 6º da CLT derivou da necessidade de o legislador proscrever a prática empresarial intitulada *sweating system*, que Martins Catharino[cccxxiv] classifica como "uma das páginas mais negras da História do Trabalho. Uma das formas mais agudas da exploração da pessoa humana durante o arranco do capitalismo. Várias indústrias nascentes criaram um sistema de produção altamente explorador, através da fábrica disseminada (Gide) ou dispersa (J. Pinto Antunes...)". Curiosamente, essa forma de produção econômica, que o autor baiano disse estar superada em 1972 (ano de edição da obra consultada), parece ressurgir qual Fênix, a ave mitológica, nas cinzas do teletrabalho.

O teletrabalho é aquele que se realiza à distância, ou seja, fora do estabelecimento empresarial, sempre que a prestação laboral seja dirigida por meio telemático ou informatizado. Em rigor, o teletrabalho não é necessariamente executado no domicílio do empregado, podendo sê-lo em telecentros (locais situados fora da sede da empresa, a exemplo dos centros satélites, que são pequenos estabelecimentos interligados com a sede da empresa por meio eletrônico, e dos centros comunitários compartilhados), além de também configurar-se, em outros casos, o trabalho nômade (que se produz em lugares variados, sem referência topográfica específica) e o trabalho transnacional (executado em um país para empregador sediado em outro país) [cccxxv].

Reportando-se ao teletrabalho, explica Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro[cccxxvi]:

> Nesse quadro, o trabalho em domicílio ganha novo significado e, com ele, o trabalho a distância, realizado fora do ambiente de empresa, se intensifica pelo uso dos meios telemáticos e informatizados. Uma das formas mais distacadas do trabalho a distância corresponde ao teletrabalho, que implica o uso da tecnologia. O legislador tomou em conta as inovações tecnológicas para alterar o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a equiparação dos meios telemáticos e informatizados aos meios pessoais e diretos, como formas de comando, controle e supervisão para os efeitos jurídicos da subordinação.

A autora faz menção, com propriedade, à inovação trazida com o parágrafo único do art. 6º da CLT, *verbis:* "Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio". Deu-se, por meio desse novo dispositivo, a positivação da mudança, a sinalização de estar o direito do trabalho se descolando do modelo de

regulação do trabalho no estabelecimento empresarial, no *chão da fábrica*, para absorver definitivamente a disciplina normativa do trabalho que se realiza em qualquer lugar e a qualquer tempo, desde que o seja sob o comando, pessoal ou remoto, do titular da organização produtiva.

Ante a possibilidade de o trabalhador ser dirigido por meio telemático (telefone celular ou dispositivos móveis, *tablets*, computadores portáteis etc.) e realizar a prestação de trabalho em razão de ordem assim recebida, dão-se mudanças muito significativas, sendo possível exemplificá-las:

a) o estabelecimento empresarial deixa de ser a referência espacial necessária à prestação laboral, cabendo a hipótese de o empregado sequer conhecê-lo;

b) o comparecimento à sede da empresa e o horário de seu funcionamento não são mais dados reveladores da jornada de trabalho, pois o tempo à disposição do empregador independe do contato pessoal, mas sim da acessibilidade do sistema virtual de comunicação;

c) o fato de o empregador colocar ao alcance do trabalhador o uso dos meios informáticos não o autoriza a praticar condutas invasivas à privacidade[cccxxvii], cabendo ao direito do trabalho envidar esforços para coibir a vigilância eletrônica da intimidade do trabalhador (por meio de *webcam*, acesso remoto, *upload* etc.) que ocorreria a pretexto da necessidade de comunicação virtual;

d) a fiscalização das condições de trabalho pelo Ministério do Trabalho, inclusive no tocante a aspectos ergonômicos que tocam aos serviços de entradas de dados (*vide* item 17.4.3 da Norma Regulamentadora 17 do MTE)[cccxxviii], resultam dificultadas haja vista a invulnerabilidade das residências ou mesmo a indefinição do local de trabalho, o que implicará a inoperância ou exigirá a adoção de fórmulas criativas da auditoria fiscal do trabalho;

e) a dispersão da massa de empregados que não mais interage, porque não compartilha o mesmo local de prestação de serviço, impacta a sociologia do trabalho em temas como o associativismo sindical, a formação de categorias e a eficácia de meios de resistência coletiva (sobretudo da greve)[cccxxix].

Porque comprometidas as referências de tempo e espaço, que o sistema capitalista havia considerado desde o seu surgimento[cccxxx], algumas relevantes categorias jurídicas reclamam uma nova intervenção hermenêutica, numa teia dialética de difícil resolução. Por exemplo, talvez não se afigure adequado exigir que o teletrabalhador goze seu intervalo intrajornada em tempo único e contínuo (atualmente, prevalece o direito ao intervalo de até duas horas contínuas para quem trabalha mais de seis horas por dia), pois teria ele um relativo domínio de seu tempo de descanso e poderia optar pela fragmentação de seu próprio intervalo; mas também não pareceria justo que se liberasse o empregador da obrigação de conceder o intervalo entre jornadas (de pelo menos onze horas), porquanto isso permitiria a conexão eletrônica (*on line*) com a rede patronal por todas as horas do dia e noturnas, em prejuízo da fisiologia e da concretização de direitos fundamentais do trabalhador (horas de sono, de lazer, de alimentação e de usufruir plenamente o direito à moradia em convivência com a celular familiar etc.).

Nesta quadra de adaptação à nova realidade, tão importante quanto as respostas a todas essas inquietações é decerto identificar as perguntas, os questionamentos inexoráveis ante as vantagens e desvantagens das novas condições de trabalho. Como passo decisivo na direção de preconizar uma ordem jurídica mais justa no que tange à jornada de trabalho dos empregados submetidos a controle eletrônico de suas atividades, o Tribunal Superior do Trabalho reviu a Súmula 428 de sua jurisprudência em setembro de 2012, nela fazendo constar:

> 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 o 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.

Voltaremos ao tema quando estudarmos, no capítulo concernente à duração do trabalho, os métodos de definição da jornada do empregado.

7.5.5 O trabalho *intra-familiar* – entre filhos e pais ou entre cônjuges

Pai e filho podem ser sujeitos de um contrato de emprego, como empregador e empregado, ou vice-versa? É claro que poderá haver contrato de emprego assim constituído, especialmente se ausente o ânimo da gratuidade. A nossa experiência, como magistrado, permitiu-nos visualizar onerosidade, todavia, em poucos dos processos nos quais uma controvérsia de tal ordem fora posta à apreciação. Noutros, o amor filial se deixara invadir pelo interesse de retaliar alguma atitude malquista do pai até então amantíssimo, mas sem efeito retroativo. O que fora o *intuito de colaboração* numa empresa familiar não se converte, em etapa posterior e sob a influência de conflito eclíptico ou imprevisto.

Délio Maranhão[cccxxxi] anota, com o nosso usual acatamento, que "alguns autores, como Clóvis e M. I. Carvalho de Mendonça, comentando o art. 1132 do Código Civil, sustentam que a proibição legal" – refere-se à impossibilidade de o pai vender ao filho ou com este permutar sem a anuência dos demais – "se estende a todo e qualquer contrato que tenha por fim fraudar a legítima. Mas, aí, é o intuito da fraude que invalida o contrato".

Situação diversa é a dos cônjuges, quando um destes se apresenta como trabalhador a serviço do outro. Malgrado a festejada divergência de Evaristo de Moraes Filho e Martins Catharino[cccxxxii], que admitem a configuração do vínculo de emprego qualquer que seja o regime de bens, estamos novamente a concordar com Délio Maranhão[cccxxxiii], *litteris:*

> Se o regime dos bens é o da comunhão universal, quando assim for validamente convencionado (art. 258 do Código Civil[cccxxxiv]), não vemos como se possa estabelecer um contrato de trabalho entre os esposos. Até a dissolução da sociedade conjugal, os bens de ambos os cônjuges permanecem em um estado de indivisão. Ora, o patrimônio do empregador responde pelas obrigações resultantes do contrato de trabalho. Como admitir, portanto, que um cônjuge se torne credor do outro?

O regime da comunhão universal de bens impede mesmo a formação do vínculo ou subsistência da relação de emprego anterior ao casamento. Não há, com efeito, como supor que o cônjuge empregado possa executar o seu crédito em face do outro, vez que sobre o patrimônio comum recairia a constrição judicial. E a *confusão* (artigo 381 do novo Código Civil) extingue a obrigação, afinal.

Acontece, enfim, de o vínculo de emprego não se estabelecer entre pessoas

da mesma família, mas, em vez disso, de alguns familiares auxiliarem aquele, entre eles, que se responsabiliza pela provisão de alimentos para todos, trabalhando como empregado para terceiro. É comum, *exempli gratia*, o trabalhador rural se valer de mulher e filhos, muitas vezes menores, para tarefas que são rotineiras no campo, como o pastoreio de pequenas reses ou a guarda de galináceos. Essa solidariedade no seio familiar acontece também no trabalho em domicílio, longe dos olhos de quem toma os serviços.

Se o empregador do esposo ou do pai vale-se, conscientemente, dessa força adicional de trabalho, exigindo-a das pessoas que integram a família de seu empregado e que realmente a despendem, o reconhecimento de vínculo empregatício com todos os familiares, que para ele trabalham, parece-nos inevitável. O mesmo não sucede, porém, quando o titular da empresa, urbana ou rural, cobra a prestação de trabalho somente de um dos membros da família e este, à revelia do seu empregador, transfere para cônjuge ou filhos a responsabilidade de cumprir os seus afazeres. Sendo pessoais os atos de emprego (o que implica a consideração, pelo empregador, dos atributos morais e profissionais de quem contrata), não assimilamos como razoável a configuração de liame empregatício entre o titular da empresa e aqueles que, sem o seu consentimento, para ele laboram, movidos por interesse afeto à solidariedade que caracteriza as relações familiares.

7.5.6 O empregado aprendiz

O art. 428, da CLT, define o "contrato de aprendizagem como o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação"[cccxxxv]. A idade máxima do aprendiz não se aplica aos deficientes (art. 428, § 5º, da CLT).

Como se nota, ao menor será então assegurada, além da contraprestação salarial (ou como parte desta, segundo alguns doutrinadores), a *aprendizagem* de ofício ou ocupação, mediante curso ministrado pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem ou, quando não ofertarem estes o curso específico ou dispuserem de vaga, pelas Escolas Técnicas de Educação ou por entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente[cccxxxvi]. Somente nessa derradeira hipótese (aprendizagem promovida por entidade sem fim lucrativo) o aprendiz não será um empregado, sendo-o nas demais.

Até a edição da Lei 10.097, de 2000, sempre coube ao SENAI e ao SENAC relacionar os ofícios e ocupações que podiam ser objeto de aprendizagem metódica, especificando o tempo necessário a essa aprendizagem em cada caso. Tudo se dava com expressa aprovação pelo Ministério do Trabalho, através da Portaria n. 43, de 1953. A depender do ofício ou ocupação, a aprendizagem podia durar até três anos, não sendo possível que perdurasse além do tempo previsto pelo SENAI ou pelo SENAC, na relação sobredita. A citada lei (Lei 10.097/00) reduziu a dois anos o prazo máximo para a aprendizagem, não mais prestigiando o tempo necessário à capacitação de cada ofício ou profissão, antes recomendado por mencionadas instituições. O prazo de dois anos para o encerramento do estágio somente não se aplica nos casos de aprendizes que sejam portadores de deficiência física, como se extrai da nova redação do art. 428, §3º, da CLT.

E como repercute o tempo de aprendizagem no contrato de emprego? O término da aprendizagem implica, necessariamente, o desate contratual? É conveniente distinguir a aprendizagem *compulsória*, exigida pelo art. 429 da

CLT[cccxxxvii], da aprendizagem *facultativa.* Sendo facultativa, a vigência do contrato de emprego poderá ser fixada em consonância com o tempo de aprendizagem ou poderá ainda o contrato ser por tempo indeterminado, não contaminando a sua vigência o término da formação profissional (não haverá então, *contrato de aprendizagem*, mas sim *cláusula de aprendizagem* em contrato por tempo indeterminado).

Cuidando-se de aprendizagem compulsória, são duas as alternativas: o menor aprendiz completar vinte e quatro anos de idade ou se esgotar o tempo máximo de aprendizagem antes desse limite etário. Neste último caso, considera-se que o contrato é a prazo e, salvo na hipótese de se converter este em contrato por tempo indeterminado pelo simples fato de o trabalho continuar sendo prestado, teremos a extinção do contrato de emprego, sem que o empregador deva qualquer indenização. Neste sentido, a lição de Délio Maranhão[cccxxxviii].

Na hipótese de o período de aprendizagem compulsória (compulsória, vale dizer, para o empregador, que deve ter em seus quadros um determinado número de aprendizes), parece que se entrechocam o fim social dessa exigência (de contar a empresa com aprendizes) com a inconveniência de impor ao empregador a manutenção de empregado que, em verdade, somente teria sido contratado para atender à dita compulsoriedade. Antes de a regência da aprendizagem ser alterada pela Lei 10097/00, essa situação não era regulada por norma estatal e, a cavalheiro, Délio Maranhão propunha a solução que lhe parecia a mais justa: “Nessa hipótese, o contrato considera-se prorrogado, com o mesmo caráter de aprendizagem, até que termine aquela formação. Parece-nos que esta solução é a que melhor se harmoniza com a finalidade do instituto”.

Atualmente, o artigo 433 da CLT está a enumerar as causas de cessação do contrato de aprendizagem, incluindo já em seu *caput* os casos de extinção normal desse contrato, quais sejam, o advento do termo final (tempo previsto de aprendizagem) e também o fato de o aprendiz completar vinte e quatro anos de idade. Ante a expressa previsão legal em sentido oposto, não nos parece mais sustentável o ensinamento de Délio Maranhão, fundado apenas na eqüidade.

A doutrina divergia quanto ao contrato de aprendizagem ser ou não formal, uma vez que o art. 5º do Decreto 31.546/52 impunha a sua anotação na CTPS, mas era eloqüente a observação de Délio Maranhão[cccxxxix], ao se redimir este renomado laboralista de posição antes defendida e sustentar, *litteris:*

> A exigência da anotação do contrato na carteira para sua validade não está na lei. O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho e este, nos termos da lei, sendo consensual, prova-se por todos os meios em direito permitidos. Não podia, assim, um simples decreto fazer da anotação na carteira condição essencial para a validade do contrato.

Parece-nos que a questão merece, hoje, outro tratamento, ante a inclusão, no §1º do artigo 428 da CLT, de norma expressa: "A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica". A frequência à escola de nível médio somente é dispensada nas localidades onde não haja escola disponível e desde que o aprendiz já tenha concluído o ensino fundamental (§7º do art. 428 da CLT).

Assim, não há contrato válido de aprendizagem sem a sua prévia anotação na CTPS do empregado e a real submissão deste, por promoção do empregador, ao ensino metódico de profissão ou ofício. Na hipótese de serem desatendidas essas exigências de caráter formal, o contrato poderá ser de emprego, mas não se classificará como contrato de aprendizagem, para o efeito, *exempli gratia*, de exonerar o empregador da cota de aprendizes a que está obrigado.

7.5.6.1 Distinção de aprendizagem e estágio curricular

Não podemos confundir o contrato de aprendizagem com o contrato de estágio que é, a seu turno, regulado atualmente pela Lei 11.788 de 25 de setembro de 2008. Enquanto a aprendizagem se apresenta normalmente como uma etapa inicial da própria relação de emprego, o estágio é, por definição legal, um ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular. Ali há emprego, ou emprego preferencialmente, enquanto cá, no estágio, o que existe é uma extensão da atividade pedagógica.

Conforme preceitua o art. 15 da citada lei de regência, o desvirtuamento do contrato de estágio o converte em contrato de emprego e o órgão público ou estabelecimento empresarial que promoveu a simulação ficam impedidos de receber estagiários por dois anos. A orientação jurisprudencial n. 366 da SBDI 1 do TST ressalva apenas a hipótese de a parte infratora ser a administração pública, quando então o reconhecimento de vínculo de emprego estaria vedado pela inocorrência de prévio concurso, sabidamente exigido pelo art. 37, II, da Constituição.

O estagiário haverá sempre de estar frequentando o ensino regular em instituição de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1º da Lei 11.788/2008), sendo que o estágio pode ser obrigatório ou não. Será obrigatório quando definido como tal no projeto do curso e sua carga horária for requisito para a obtenção do diploma. O estágio não obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescido à carga horária regular e obrigatória (art. 2º)[cccxl].

O contrato de estágio tem sempre uma composição tripartite, pois dele participam a instituição de ensino, a parte concedente (empresa ou órgão público que recebe o estudante) e o próprio estagiário. Inicia-se mediante a subscrição por todos de termo de compromisso, no qual são indicadas as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar, como está a exigir, textualmente, o art. 7º, I, da Lei 11.788/2008. Entre outras incumbências atribuídas à instituição de ensino, reza esse dispositivo que lhe cabe a indicação de professor orientador, especializado na área a ser desenvolvida no estágio, o qual figurará como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades

do estagiário, cabendo-lhe ainda exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a seis meses, de relatório de atividades.

A frequência com que a Justiça do Trabalho é provocada por trabalhadores que são formalmente contratados como estagiários, mas em verdade protagonizam uma maldisfarçada relação de emprego, pois nada do que fazem se associa ao programa de estudos a que se submetem na instituição de ensino, impôs ao legislador uma preocupação à parte, qual seja, a de exigir que a instituição de ensino indique um orientador, consoante já explicado, e que a parte concedente designe uma pessoa de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar cada grupo de até dez estudantes (art. 9o, III, da Lei 11.788/2008). A parte concedente deverá enviar à instituição de ensino um relatório de atividades, pelo menos a cada seis meses, entregando ao estagiário, ao fim do contrato, um termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho (art. 9o, V e VII).

Ademais, o mesmo legislador estabeleceu, preventivamente, um cota máxima de estagiários quando não se tratar de estudantes de nível superior ou de nível médio profissional, a ser observada na proporção dos empregados que prestam trabalho em cada estabelecimento da parte concedente (art. 17); e assim agiu, certamente, para evitar que se disseminem os falsos estágios oferecidos para o ensino fundamental ou médio, exatamente onde a correlação necessária entre o programa pedagógico e o trabalho porventura cobrado do estagiário é de mais difícil percepção. A essa cota máxima se associa uma cota mínima de 10% das vagas de estágio oferecidas, em favor dos deficientes físicos, combinando-se assim a prevenção contra a fraude à proteção trabalhista com a discriminação positiva das pessoas com necessidades especiais.

A novidade mais auspiciosa é, porém e certamente, o elenco de direitos trabalhistas que o Capítulo IV da Lei 11.788/2008 enumera em favor dos estagiários e que agora se somam à possibilidade de remuneração a título de bolsa e à imposição de seguro contra acidentes pessoais. Agora lhes é assegurada jornada máxima de quatro horas ou vinte horas semanais no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos; de seis horas diárias ou trinta horas semanais no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular; de quarenta horas semanais nos estágios relativos a cursos que alternem teoria e prática, nos períodos sem aulas

presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino. Essa carga horária se reduz pelo menos à metade nos períodos de prova ou avaliação aplicada pela instituição de ensino.

À semelhança das férias asseguradas aos empregados, restou garantido ao estagiário o direito a recesso de trinta dias, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a um ano, a ser gozado preferencialmente durante as férias escolares. Sendo remunerado o estágio, remunerar-se-á igualmente o recesso. E quando o estágio durar menos de um ano, o recesso será concedido de maneira proporcional.

Enfim, é dizer que embora estejam a *aprendizagem* e o *estágio* a bendizer o art. 205 da Constituição, que concebe a educação com vistas ao desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, possível é ressaltar notas distintivas. Como se pode perceber, a *aprendizagem* importa o ensino metódico de ofício ou ocupação propiciado por um contrato de emprego, com a colaboração de entes sociais autônomos; o *estágio* consiste, por sua vez, na preparação do estudante para o exercício de profissão, em etapa prévia à admissão no mercado de trabalho, com a colaboração de instituição de ensino público ou particular.

Como visto, o único caso de aprendizagem que não configura emprego é aquele em que, dada a impossibilidade de o ser pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem, a formação metódica é ministrada por entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, como se pode extrair dos artigos 430, II e 431, *in fine*, da CLT.

7.5.7 Os trabalhadores intelectuais

Houve tempo em que ao trabalho não era atribuído valor social, notadamente ao trabalho *material*. Adianta Sanseverino[cccxli] que "nas civilizações antigas até, digamos, o advento do Cristianismo, encontramos generalizado desprezo pelo trabalho; todas as sociedades primitivas aparecem de fato organizadas com base numa divisão de atribuições, que reservava o trabalho às classes mais baixas e, em particular, aos escravos".

Remata a mesma autora que "esta organização social, que se repete em Roma, teve direta influência sobre a disciplina do trabalho no direito romano. Com efeito, a hipótese de um trabalho retribuído era quase sempre relacionada ao trabalho material, as operae illiberales, as quais deviam ser prestadas apenas por indivíduos considerados no mesmo plano dos escravos." Mais adiante, veremos os trabalhadores intelectuais (geômetras, advogados etc.) percebendo retribuição, pelos serviços que prestavam, a título de honorários (etimologia: *honor* ou "honra"), e, num movimento igualmente centrípeto, a dignidade do trabalho material implicando a sua proteção e a contrapartida salarial. No núcleo desse átomo, para o qual convergiam essas tendências, florescia, emergente, o direito do trabalho.

Proscrevendo, definitivamente, qualquer distinção entre um e outro trabalhador, surgiram normas que, a exemplo do artigo 7º, XXXII, da Constituição, prescrevem a "proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos". A dificuldade está, porém, em dizer da existência de contrato de emprego quando o trabalho é intelectual, ou seja, quando o trabalhador é um *profissionista*, que é *"aquele empregado"*, sendo empregado, *"cujo trabalho supõe uma especial cultura científica ou artística"*, à expressão de Orlando Gomes e Elson Gottschalk[cccxlii].

Esses ilustrados autores baianos propõem que se examine, primeiramente, em que medida o *profissionista* (um médico, dentista, advogado, engenheiro, químico, arquiteto, agrônomo, veterinário etc.) está prestando serviço exclusivamente ao suposto empregador, a tempo parcial ou total. É evidente que a *exclusividade*, como já vimos, é elemento apenas acidental da prestação de trabalho, mas, não há dúvida: induz *subordinação.*

Riva Sanseverino[cccxliii] lembra que o conceito de colaboração,

encontrado na doutrina alienígena como a referir um dos elementos distintivos da relação de emprego privado, ajuda a divisar a figura do *empregado-trabalhador intelectual*. Porque já temos a idéia, bem consolidada, de que a subordinação importa a sujeição ao *poder diretivo* e que este se expressa também através do *poder de organização,* parece-nos elucidativa a transcrição seguinte, em que a juslaboralista peninsular utiliza o termo *operário* para identificar o prestador de trabalho predominantemente manual e a palavra *empregado* para distinguir o trabalhador intelectual. *Verbis:*

> [...] os operários colaboram, em geral, na atividade da empresa, quando dirigida para a produção de bens e serviços, ao passo que os empregados colaboram, em particular, na organização (e na gestão) da própria empresa. Por outras palavras, enquanto os operários colaboram na empresa, os empregados colaboram (...) com a empresa.

Essa maneira de visualizar o trabalhador intelectual no contexto da empresa auxilia, por vezes (a relatividade do critério é admitido pela autora citada), na compreensão do modo como se perfaz o exercício do *poder de organização,* quando se está a cuidar do trabalho intelectual.

Mas há um outro elemento, componente da *subordinação*, que aparece delgado, menos denso, quando o trabalhador é um *profissionista*. O operador do direito laboral deve compreender que o *poder diretivo* se esgarça, embora não se desfigure, quando o advogado, não obstante seja reconhecidamente um empregado, elege o tipo de ação e a oportunidade de propô-la em juízo, redigindo-a em atenção à estratégia processual que entende mais útil à tutela dos interesses patronais, sem ouvir ou aguardar a ordem do empregador que, num contraponto, poderia ferir a ética profissional ou acarretar, porque tardia, a prescrição extintiva. Bem assim o dentista ou o médico, cuja técnica de trabalho refoge à orientação do credor de sua prestação laboral.

Vimos, contudo, que a *subordinação técnica* não é elemento essencial da prestação laboral (a subordinação *jurídica*, com fundamento no *contrato,* é o elemento caracterizador do vínculo de emprego), porquanto possam ser *empregados* o advogado, o médico ou o dentista mencionados, no exemplo supra, se mantiverem a sua energia de trabalho à disposição do empregador. Vale dizer: o empregador não os recruta para serviços instantâneos ou isolados, mas para atender a necessidades permanentes da empresa, que importem a colaboração desses trabalhadores *com a organização empresarial* ou impliquem a submissão destes a condições de trabalho *organizadas pelo empregador*.

Por derradeiro, cabe lembrar interessante questionamento proposto por

Tarso Fernando Genro[cccxliv], quanto ao *advogado*, particularmente o que dá assistência trabalhista, ter o dever ético de prevenir o cliente para a existência de contrato de trabalho, em face das condições concretas em que a prestação se opera. A resposta é do mesmo e renomado laboralista gaúcho:

> A essência das relações existentes no contrato de trabalho não é, pois, como já sustentamos, a vontade aprioristicamente examinada, mas o aperfeiçoamento da relação de trabalho em direção a um determinado tipo, o qual, nas suas manifestações materiais, nem sempre previne as partes, de forma mecânica, da existência da relação de emprego. Detonado o rompimento contratual da comunhão de interesses que unia o advogado a outra parte, nada mais moral que ele busque na Justiça a declaração judicial das verdadeiras relações existentes.

O ofício, pois, de distinguir as hipóteses em que se afigura o *trabalhador intelectual subordinado* daquelas outras hipóteses em que milita o *profissional liberal autônomo* é quase sempre dificultoso e não pode prescindir da aplicação, sempre que possível, das noções apreendidas quando do estudo do princípio da razoabilidade.

7.5.8 Os empregados-sócios

O tema talvez estivesse mais bem situado no capítulo em que estudamos o princípio da primazia da realidade, porque ganha foro de relevância exatamente em razão da profusão de casos em que contratos de sociedade são simulados com o firme propósito de assim se dissimular um contrato de emprego. São trabalhadores que aparecem nos estatutos sociais como *sócios* minoritários e, em verdade, não mantém com os reais integrantes da sociedade a *affectio societatis*, que é, segundo Fábio Ulhoa Coelho[cccxlv]:

> [...] a disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade comercial, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência de um negócio comum. Esta disposição, este ânimo, é pressuposto de fato da existência da sociedade, posto que, sem ela, não haverá a conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo.

Há tipos societários mais permeáveis a iniciativas fraudulentas. O novo Código Civil não mais inclui a sociedade de capital e indústria entre as espécies de sociedade[cccxlvi]; porém, sob a regência do Código Comercial de 1850, ocorreu de se prestarem à fraude essas sociedades, em que o sócio de indústria contribui para a formação da sociedade apenas com o seu trabalho (sendo-lhe vedado integrar o capital social com bens, crédito ou dinheiro), não tendo responsabilidade, sequer subsidiária, pelas obrigações sociais. Um campo aberto, portanto, a que trabalhador fosse contratado por empresário menos escrupuloso a pretexto de constituírem, com o conteúdo de um liame empregatício, um contrato que tivesse a forma de uma sociedade de capital e indústria.

Não é difícil percebermos, também, contratos de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em que a distribuição das cotas sociais, visivelmente desproporcional, e a aparente impossibilidade de se apurar o modo de integralização das cotas minoritárias mascaram, a mais não poder, a real existência de um contrato de trabalho subordinado.

Até aqui cogitamos de fraude e, nem por isso, perfilhamos entre os que sustentam a impossibilidade jurídica de se ser, ao mesmo tempo, sócio e empregado. Nessa corrente oposta, parecem estar Gomes e Gottschalk[cccxlvii], para quem, “em uma empresa, o indivíduo não pode ser simultaneamente sócio e empregado. Se é sócio, sua condição é de empregador. Ora, ninguém pode ser empregado de si próprio. Não há, portanto, possibilidade de confusão”. Os citados autores rematam: “Nas dobras de um contrato de sociedade oculta-se, não raro, uma relação de emprego. O indivíduo é nominalmente sócio, mas,

realmente, empregado. Participa do contrato social, mas trabalha como os outros empregados [...]”

Essa orientação não pode prevalecer, porém, nos casos em que as condições de sócio e empregado coexistem, harmoniosamente. Por exemplo, o sócio (diz-se *acionista*) de uma sociedade anônima, titular de algumas poucas ações, pode ser um de seus empregados, nada obsta.

7.5.9 O trabalhador *cooperativado*

O estudo das cooperativas, no âmbito do direito do trabalho, deve considerar duas quadras históricas distintas: uma primeira fase de convivência relativamente pacífica entre os sistemas de cooperativas e de emprego, seguida por um período conturbado em que a inclusão do parágrafo único no art. 442 da CLT despertou os agentes econômicos para a possibilidade de inovarem, no Brasil, as cooperativas de trabalho, um modelo de terceirização de serviços até então não tolerado, menos ainda regulado em lei.

Na primeira fase, a cooperativa tradicionalmente se caracterizou como um sistema de ajuda mútua, em que as pessoas se unem para estabelecer formas de produzir bens ou serviços (cooperativas de produção), de consumir bens que atendam às suas necessidades (cooperativas de consumo) ou de obter linhas de financiamento ou crédito (cooperativas de crédito), eliminando a figura do intermediário (agente do capital). Conforme observa Waldírio Bulgarelli[cccxlviii], a cooperativa age assim "tentando conseguir o justo preço e atua como forma organizada para a produção de bens e serviços, portanto, uma empresa".

Rodrigues Pinto[cccxlix] define o *cooperativismo* como "a união de pobres para produzirem riqueza sem a interferência dos ricos". A definição tem o mérito de acentuar, com forte poder de síntese, os dois principais elementos do cooperativismo: o *propósito de ajuda mútua* e a *substituição do intermediário.* O mesmo autor ressalta ainda que a Lei 5.764, de 1971, especificou o *fim da atividade* das cooperativas como sendo *prestar serviços aos associados*. A bem dizer, o novo Código Civil ressalva a sobrevigência da legislação especial (artigo 1.093), mas adianta características da sociedade cooperativa que vêm ao encontro do sentimento de cooperação e solidariedade a que nos referimos. Reza o artigo 1.094 do novo Código Civil que são características da sociedade cooperativa:

I – variabilidade, ou dispensa do capital social;

II – concurso de sócio em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à

entidade, ainda que por herança;

V – *quorum*, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;

VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

A sociedade que desatender a essas características ou ao postulado da cooperação mútua, que é a elas subjacente, decerto está a disfarçar um outro tipo societário, não é uma cooperativa propriamente.

A cooperativa pode ter empregados, contudo. Não os teria, no entanto, entre os seus associados, unidos pelo objetivo único da solidariedade, estranho ao sentimento dos sujeitos do contrato de emprego.

Sucede, todavia, que o parágrafo único do artigo 442 da CLT, acrescido ao texto consolidado pela Lei 8.949, de 1994, propõe seja legitimado um quarto tipo de cooperativa (que acresce às cooperativas de produção, de consumo e de crédito), ao dispor:

> Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela**.**

A primeira parte do dispositivo diz o óbvio: inexiste possibilidade de o cooperativado ser empregado da cooperativa, que está a integrar como tal. Mas, ao cogitar de cooperativas que prestem serviço a terceiros e, portanto, não estejam destinadas a satisfazer apenas as necessidades dos cooperativados, o legislador deu base legal às chamadas *cooperativas de trabalho* ou *cooperativas de mão-de-obra*. Jorge Luiz Souto Maior[cccl] sustenta a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 442 da CLT, acima transcrito, lembrando que o artigo 1º, IV, da Constituição adota como princípio fundamental o *valor social do trabalho* e...

> [...] as cooperativas, portanto, apesar de terem evidentes objetivos empresariais, pois visam à melhoria das condições de vida de seus associados, não podem ser constituídas com o único propósito de colocar mão-de-obra a serviço de outrem. O trabalho humano, no nosso atual

> ordenamento jurídico, é protegido pelas regras trabalhistas e não há métodos intermediários juridicamente possíveis para regular o trabalho não eventual, remunerado e subordinado de uma pessoa por outra.

Contra esse entendimento há, todavia, o *fato social* que dera origem à norma. Em verdade, o preceito consolidado, que se imagina em contraste com o princípio constitucional, fora positivado por influência dos partidos políticos que ostentam grande afinidade com as causas sociais, pois grassava, então, a notícia de que entidades comprometidas com projetos alternativos de reforma agrária estariam interessadas em afastar, das relações de trabalho estabelecidas nas cooperativas de trabalho que os seus agentes formavam, o espectro do direito laboral.

Apareceram, por exemplo e sob a proteção do mencionado dispositivo, cooperativas de vigilantes e de motoristas, por exemplo, com o claro e auspicioso propósito de substituir as sociedades empresárias que intermediavam esse tipo de trabalho junto a entes paraestatais (é consabido que em relação a estes não pode ser reconhecido o vínculo de emprego, ante a proibição contida no artigo 37, II, da Constituição). Embora seja difícil essa intermediação de trabalho sem que se submetam os trabalhadores cooperativados aos critérios da subordinação e da pessoalidade – que revelariam a existência de emprego –, não custa tentar. Alvíssaras sejam rendidas à possibilidade de o acréscimo de remuneração do trabalho ser convertido em um *plus* para o cooperativado, e não em lucro para a empresa prestadora de serviço assim substituída.

Não nos parece razoável, portanto, que sustentemos a inconstitucionalidade de um dispositivo legal com base em um princípio que visa, num contrassenso, à proteção daqueles a quem interessa a norma inserta nesse dispositivo. A solução ideal seria reservar a cooperativa de trabalho à hipótese em que tal intermediação se daria sem vulneração da orientação jurisprudencial consagrada na Súmula 331 do TST, que proscreve a terceirização precarizante do trabalho subordinado. Afinal, para que se deduza a existência de emprego, basta que se perceba a pessoalidade e a subordinação do prestador de trabalho, pretenso cooperativado, ao tomador final do serviço.

A muitos parece cerebrina a citada hipótese de a cooperativa de trabalho intermediar a mão-de-obra sem que isso implique a subordinação do trabalhador, ou seja, sem a sujeição deste ao poder diretivo exercido pelo tomador de serviço. Em implacável restrição ao art. 442, parágrafo único, da CLT, Rodrigues Pinto[cccli] conjectura:

> [...] muito mais frutuoso seria (ou será) que, excepcionalmente, se autorize a cooperativa a celebrar diretamente com o apropriador o contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, de cuja execução ficará excluída a pessoalidade, assumindo o ônus de indicar o associado ou associados que, sem vínculo de subordinação, vão desenvolver a atividade, e repassando ou repartindo a prestação que receber.

Não obstante a crítica severa que a doutrina trabalhista tem dirigido à novidade trazida com o art. 442, parágrafo único, da CLT, é certo que o legislador tentou, por meio da Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, disciplinar a atuação das cooperativas de trabalho, com os olhos voltados para a sua atuação sem a precarização, hoje tão comum, das relações laborais. A ideia era a de inclusive revogar o art. 442, parágrafo único, da CLT, mas um veto presidencial frustrou essa expectativa, com a justificativa de que "o dispositivo da CLT que se pretende revogar disciplina a matéria de forma ampla e suficiente, sendo desnecessária regra específica para as cooperativas de trabalho"[cccliii].

A mencionada lei trata a *cooperativa de trabalho* como gênero de que são espécies a *cooperativa de produção*, constituída por sócios que produzem em comum usando meios de produção pertencentes à própria cooperativa, e a *cooperativa de servço*, quando os sócios cooperativados prestam serviço especializado a terceiro (art. 4º). A cooperativa de serviço é, portanto, a que se oferece à intermediação de trabalho, mas a lei esclarece que não podem estar presentes, nela, os pressupostos da relação de emprego (art. 4º, II), reiterando que a cooperativa não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada (art. 5º).

Buscando, nessa mesma toada, cessar a prática de fundar-se cooperativa de trabalho com o objetivo de tornar as condições de trabalho precárias e imunes à fiscalização das autoridades responsáveis pela eficácia do direito laboral, o art. 3º da Lei 12.690/2012 impõe às cooperativas de trabalho os seguintes princípios e valores:

I - adesão voluntária e livre;

II - gestão democrática;

III - participação econômica dos membros;

IV - autonomia e independência;

V - educação, formação e informação;

VI - intercooperação;

VII - interesse pela comunidade;

VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

IX - não precarização do trabalho;

X - respeito às decisões de asssembleia, observado o disposto nesta Lei;

XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

De todo modo, a cooperativa de trabalho, especialmente a do tipo cooperativa de serviços, serve à intermediação de trabalho e, por isso, a Lei 12.690/2012 estabelece as condições mínimas de trabalho dos sócios cooperativados, aquém das quais há precarização do labor, a ser inibida pela auditoria fiscal do trabalho (art. 17). Para tanto, o art. 7º prevê que a cooperativa pode exigir, em favor dos sócios, os seguintes direitos: retiradas em valor não inferior ao piso da categoria profissional (ou, não havendo tal piso, em valor não inferior ao salário mínimo), repouso semanal remunerado, repouso anual remunerado, retirada em valor superior para trabalho noturno, insalubre ou perigoso, além de seguro de acidente de trabalho.

Está claro que o legislador quis acreditar na possibilidade de as cooperativas intermediarem serviços sem que o tomador desses serviços dirija a prestação laboral dos sócios cooperativados – que estariam atentos, assim, apenas à hierarquia própria das cooperativas. O tempo dirá se a experiência atenderá aos novos ditames da lógica jurídica.

7.5.10 O trabalhador rural

A atividade rural surgiu antes da indústria ou do comércio, inclusive porque a agricultura e a pecuária provêem a esses outros setores da economia de matéria-prima com produtos aptos às transações mercantis. No campo, as condições de habitação e alimentação, lazer e transporte do trabalhador se diferenciam ou são supridas através de outros meios, que ao homem citadino não satisfazem. E ocorre mesmo, nesse diapasão, de o trabalho no campo ser regido por legislação específica.

O artigo 7º da CLT excluiu o trabalhador rural da proteção do texto consolidado. Em 1963, surgiu, porém, o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4214/63), com minuciosa regulação do trabalho no campo. Finalmente, sobreveio a Lei 5.889, de 8.6.73, que revogou o ETR e previu, em seu artigo 1º, a aplicação subsidiária da CLT. O parágrafo único do citado artigo 1º da Lei 5889/73 mandou que se aplicassem outras tantas leis (que disciplinam o repouso remunerado, 13º salário etc.) em favor do rurícola, *observadas as peculiaridades do trabalho rural.*

Em suma, a Lei 5.889/73 passou a ser a lei de regência do trabalho rural e, por obra de seu primeiro artigo, a exclusão prevista no artigo 7º da CLT restou inoculada de antídoto eficiente, ante a possibilidade de se adotar, supletivamente e *no que com ela não colidir*, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim ainda ocorre, mas já agora o artigo 7º da Constituição veio em acréscimo, ao enumerar direitos sociais que cabem, igualmente, a trabalhadores urbanos ou rurais. O poder constituinte havia inclusive mantido, no que tange aos rurícolas e em benefício indireto para estes, a prescrição bienal que corria somente a partir da extinção do contrato. A Emenda Constitucional n. 28, de 2000, alterou a redação do art. 7º, XXIX, da Constituição para ordenar que, dali por diante, fosse aplicável aos rurícolas a prescrição de parcelas que suprime, no prazo de cada cinco anos, os direitos adquiridos pelos trabalhadores urbanos.

Resta esclarecer quem seriam, enfim, os trabalhadores rurais. A lei em vigor não os identifica do mesmo modo como operava o art. 7º, b, da CLT, que os definia a partir da natureza da função exercida pelo próprio empregado (função diretamente ligada à agricultura ou à pecuária) e não permitia que assim se classificasse o trabalhador cujas atribuições guardassem pertinência com a atividade industrial ou comercial. Em vez disso, a Lei 5889, de 1973 propôs para o empregado rural um conceito quase reflexo, que se mostra parcialmente

derivado do conceito de empregador rural, ao dispor, em seu art. 2º:

> Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta servicos de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

Como se pode facilmente perceber, o conceito de empregado rural repete, *ipsis verbis*, o de empregado, previsto no art. 3º da CLT, salvo quando se reporta ao local do trabalho (*em propriedade rural ou prédio rústico*) e exige o pressuposto do trabalho *para empregador rural.*

Quando invoca o trabalho em propriedade rural ou prédio rústico (as duas expressões seriam sinônimas ou teriam significado semelhante), o legislador enaltece o fim destinado ao imóvel (rural = tocante ao campo ou à vida agrícola) e, neste mesmo passo, exclui da regência da Lei 5889/73 os trabalhadores contratados por empregadores rurais para prestar serviço, exclusivamente, em imóveis urbanos, a exemplo de secretários e contínuos do escritório que serve à empresa rural nos grandes centros. Não há, porém, consenso jurisprudencial[cccliii] e a doutrina prefere, por vezes, enfatizar a destinação rural devotada ao estabelecimento, não enfrentando, ao que nos parece, a situação híbrida em que uma rotina de escrituração ou mercancia, tipicamente urbana, desenvolve-se em escritório de empresa rural, situado na cidade.

E porque vinculado um conceito ao outro (o de *empregado rural* ao de *empregador rural*), precisou o legislador dizer: “Considera-se empregador rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados” (art. 3º da Lei 5889/73).

Com mais técnica que a utilizada na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador rural é identificado, inicialmente, como “a pessoa física ou jurídica que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário”. Voltaremos a esta oração, que é fundamental na compreensão do conceito sobrevisto.

Antes, porém, cabe notar que o legislador observou a desnecessidade de o empregador ser o *proprietário* do imóvel rural, enaltecendo o fato de ser titular da empresa e, portanto, empregador, aquele que organiza os fatores de produção (matéria-prima, capital e trabalho), seja ele o dono, o parceiro ou o arrendatário, *verbi gratia*, dos meios de produção. Num parêntese, cabe observar que essa desnecessidade de o empregador ser o proprietário dos meios de produção,

bastando que ele os organize, é regra em qualquer empresa (rural ou urbana).

O dispositivo legal faz referência, ainda, à possibilidade de o empregador explorar atividade agroeconômica *diretamente ou através de prepostos*. A propósito, esclarece Márcio Túlio Viana[cccliv]:

> [...] pouco importa, também, se o empregador se faz substituir pelo tão conhecido gato, turmeiro ou zangão, que recruta os lavradores e, muitas vezes, bate enxada, lado a lado com eles. Na verdade, ele próprio é um empregado, exceto quando eventual; e como não há empregado de empregado, a relação de emprego se forma, diretamente, entre cada um dos membros da turma e o produtor.

A lei prevê que o *empregador rural* deverá ter o *auxílio de empregados*. Óbvio: como qualquer outro empregador, somente o é quem *emprega*, tornando-se sujeito de relação empregatícia.

Voltemos, pois, à essência do conceito de empregador, ou melhor, à alusão que há, neste, ao *exercício de atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário*. Na obra já extratada, Márcio Túlio Viana observa, com pertinência, que "agroeconômica *é a atividade agrícola ou pastoril, voltada para a economia de mercado"*.

Logo, não será regido pela Lei 5.889/73 o trabalho em pedreiras, onde a atividade extrativa é apenas acessória da atividade mercantil e, sobremais, não tem pertinência com a agricultura ou a pecuária. O intuito do lucro é aventado, por boa parte dos doutrinadores, como igualmente necessário à caracterização da atividade agroeconômica (não o sendo a atividade campestre desenvolvida por entidades beneficentes, sem a exploração comercial, por exemplo).

O §1º do artigo 3º da Lei 5.889/73 incluiu como atividade agroeconômica a *exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho.* A que indústria estaria fazendo alusão a lei? A doutrina adotou, em expressiva maioria, o critério proposto no artigo 2º, §4º, do decreto que regulamenta a Lei 5.889/73 (Decreto n. 73.626/74), considerando exploração industrial em estabelecimento agrário, para os fins previstos na Lei do Trabalhador Rural, "as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários *in natura* sem transformá-los em sua natureza".

A prevalecer tal entendimento, seria agroeconômica a atividade empresarial que consiste na colheita da cana-de-açúcar e do algodão, salvo se desenvolvida por usina de álcool e açúcar ou indústria têxtil, que promovem a transformação da matéria-prima em produto que não preserva o seu estado natural.

A jurisprudência também se posicionou assim, inicialmente, tanto que a

Súmula 196 do STF e o antigo Enunciado 57 do TST orientavam os tribunais no sentido de imputar aos *trabalhadores agrícolas* das usinas de açúcar a condição de *industriários*. O entendimento permitia a tais trabalhadores as vantagens asseguradas em convenções coletivas regentes do trabalho na indústria, inclusive reajustes salariais. Contudo, era combatida por esses mesmos trabalhadores enquanto os expunha à prescrição de parcelas – a prescrição só corria a partir da extinção do contrato, quando o trabalhador era um rurícola.

A Resolução TST n. 03/93[cccliv] mudou essa perspectiva, ao cancelar definitivamente o Enunciado 57 do TST. Venceu enfim a orientação no sentido de se prestigiar, novamente, a natureza da função exercida pelo empregado, recusando-se a classificação como empregados *rurais* àqueles a quem são atribuídas tarefas que não têm a ver com a atividade agrícola ou pecuária.

A bem ver, o tema continua vexatório, pois para uma parte dos intérpretes e agentes do direito do trabalho o conceito reflexo, previsto no artigo 2º da Lei 5.889/73, implicaria a exigência de que deve ser considerado *empregado rural* o trabalhador que prestar qualquer serviço a *empregador rural*, igualmente definido em lei. O entendimento do TST inclina-se por ressuscitar essa compreensão, como se pode inferir da orientação jurisprudencial n. 419 da sua SBDI 1:

> Considera-se rurícola empregado que, a despeito da atividade exercida, presta serviços a empregador agroindustrial (art. 3º, § 1º, da Lei nº 5.889, de 08.06.1973), visto que, neste caso, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento.

Para outro segmento jurisprudencial, e especialmente no que concerne ao labor para indústrias rurais, pomo da controvérsia, somente seriam *empregados rurais* os trabalhadores que prestam serviço tipicamente agrícola ou pastoril para a indústria rural (referida, como antevisto, no artigo 3º, §1º, da Lei 5.889/73). É o que se dessome de alguns precedentes mais antigos do TST[cccvi].

Não perfilhamos, a propósito, a primeira posição da jurisprudência, exteriorizada pela OJ 419 da SBDI 1. Além de o verbete vir sendo aplicado aos empregados da indústria açucareira (que não seria rural, como visto, porque empreenderia a transformação da matéria prima), entendemos, *a contrario sensu*, que nem todos que trabalham para o empregador urbano seriam empregados urbanos, podendo ser empregados rurais se realizam atividade essencialmente agrícola ou pastoril – foi essa, a nosso ver, a razão de o TST, em tempos idos, haver cancelado a Súmula 57 de sua jurisprudência.

Quando nos reportamos ao serviço tipicamente rural, não estamos aludindo, restritamente, ao homem que gira a foice ou bate a enxada, usando métodos acaso primitivos de desenvolver a agricultura. Como rurícola pode incluir-se, por exemplo, o tratorista ou mesmo o motorista que vive a realidade campesina, como vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho[cccLVII], inclusive ao editar a orientação jurisprudencial n. 315 da SBDI 1:

> É considerado trabalhador rural o motorista que trabalha no âmbito de empresa cuja atividade é preponderantemente rural, considerando que, de modo geral, não enfrenta o trânsito das estradas e cidades.

A nosso pensamento, o critério legal (o rurícola deveria ser empregado de empregador rural qualquer que fosse a natureza de seu serviço) e a resistência jurisprudencial (a natureza do serviço deve ser considerada) podem conciliar-se facilmente nos casos em que está presente o empregador rural, pois a controvérsia sobre a natureza do serviço se resolveria na obediência ao outro critério, igualmente legal (art. 2º da Lei 5.584/70), de que o rurícola preste serviço "em propriedade rural ou prédio rústico". É difícil imaginar o trabalhador que, unindo as duas características (trabalho para empregador rural e em imóvel rural), não realize labor tipicamente agrícola ou pastoril.

O debate se manteria apenas em relação aos trabalhadores que laboram no campo para prover a matéria-prima de indústria que não desenvolve, segundo o critério estabelecido pelo Decreto 73.626/74 e há pouco referido, atividade agroeconômica. É o caso, por exemplo, do lavrador que corta a cana para a indústria açucareira. Nessa hipótese específica – e somente nela – justifica-se, a nosso pensamento, a evolução jurisprudencial que, desgarrando-se do conceito reflexo previsto no art. 2º da Lei 5.889/73, preconiza a caracterização como empregado rural desse trabalhador. Não se há olvidar, contudo, que se trata de interpretação *de lege ferenda*.

A seu turno, engenheiros agrônomos e veterinários são regidos por lei especial (Lei 4.950A/66), ao menos no que tange ao salário. Ainda assim, nada impede que se cogite de enquadrar tais trabalhadores como rurícolas, mormente em virtude de a jurisprudência[cccLVIII] não vir reconhecendo, muita vez, o fato de eles integrarem categoria profissional diferenciada. Tal orientação jurisprudencial mantém agrônomos e veterinários sob a égide da Lei 5889/73, sempre que o seu preceito não colide com a norma especial.

Há, ainda não estudados, aspectos interessantes da Lei 5889: em seu artigo

4º, está equiparada ao empregador rural "a pessoa física ou jurídica que, *habitualmente*, em *caráter profissional*, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária mediante utilização do trabalho de outrem". Como se pode notar, o titular da empresa rural poderá ser empregador mesmo que exerça a atividade agroeconômica *temporariamente* (art. 3º da Lei 5889). O empregador rural *por equiparação*, aquele que utiliza a força de trabalho por conta de terceiro, somente o é, todavia, se o fizer *habitualmente*. Exemplo elucidativo é o de Márcio Túlio Viana: uma empresa de terraplanagem, que, vez por outra, destoca pastos.

Outros assuntos relativos aos trabalhadores rurais serão estudados em tópicos futuros de nosso curso. É imperioso que enfatizemos, desde logo, o que preceitua o art. 17 da Lei 5889/73 sobre *as normas previstas nesta lei serem aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição de empregado rural, que prestem serviços a empregador rural*. O artigo 14 do Regulamento da Lei do Trabalho Rural (Lei 5889/73) indica que as normas compatíveis são, entre outras, aquelas referentes à jornada de trabalho, trabalho noturno e trabalho do menor. Resta a pergunta: que trabalhadores serão estes, protegidos pela Lei do Trabalho Rural, embora não sejam *empregados?*

Certamente são destinatários dessa tutela os trabalhadores rurais subsumíveis na condição de *eventuais* ou *avulsos*, porquanto exibam os mesmos, pouco orgulhosos, a característica de *subordinados*. Há autores que incluem também os parceiros[ccclix] e até arrendatários[ccclx].

O mais curioso é perceber que a citada norma, inserta no art. 17 da Lei 5889/73, evita que se vislumbre a aplicação subsidiária (possível apenas quando é *omissa* a lei especial e *compatível* a norma supletiva) do art. 442, parágrafo único, da CLT, que trata, como vimos, de cooperativas, cooperativados e tomadores de serviços. Se o aplicássemos, restaria vedado o reconhecimento de vínculo empregatício entre o cooperativado e o tomador de serviço agrícola. O tratamento especial dispensado ao trabalhador rural subordinado, não empregado, evidencia, porém, a incompatibilidade da regra restritiva, acalentada no questionado parágrafo do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

8 EMPREGADOR

Augusto César Leite de Carvalho

8.1 Empresa

O segundo artigo da CLT enuncia que empregador é a *empresa*, individual ou coletiva. Como ainda há pouco esclareceu Arnaldo Süssekind[cccLXI], o desejo da comissão de procuradores do trabalho, que elaborou o texto consolidado, foi certamente o de associar o empregado, na caracterização do liame empregatício, mais à empresa que à pessoa física ou jurídica de seu titular. No mundo capitalista, a tentativa de hipostasiar esse conceito inusitado de empregador não pode ser desprezada, pois é fato que o trabalhador desconhece, muita vez, o outro sujeito da relação de trabalho, sendo contratado e comandado por pessoa que se insere na organização empresarial como ele, no *status* de trabalhador subordinado, embora em cargo mais elevado.

As inovações tecnológicas surgidas ao final do século XVIII e o fim do corporativismo permitiram, a burgueses daquele tempo, o uso de suas riquezas na aquisição de maquinário útil à transformação de bens da natureza. Já não estavam jungidos ao monopólio da atividade produtiva, podendo exercer a atividade econômica que lhes aprouvesse. A empresa industrial nascia, assim, como uma atividade fabril que consistia na reunião de matéria-prima, capital e trabalho, visando à produção de bens culturais, vale dizer, de bens criados pelo homem para prover necessidades, que o homem também criou. O modo de produção capitalista é, por assim dizer, essencialmente cultural, dele podendo prescindir o ser humano em sua relação com a natureza.

Mas é de empresa que estamos a cuidar, objetivamente. E se não basta ao detentor do capital reunir os fatores de produção (matéria-prima, capital e trabalho), porque para exercer atividade econômica é preciso organizá-los, *empresa* é a *organização* dos fatores de produção, com vistas ao exercício de atividade econômica. Embora o vocábulo *empresa* seja comum a outros ramos do direito, o seu conceito relevante, para nosso estudo, é aquele em que se associa o seu significado a um empreendimento, que visa à produção de bens ou serviços e utiliza o trabalho humano subordinado com essa finalidade. A empresa que não tem o contrato de emprego como um de seus elementos desinteressa ao direito do trabalho.

É certo, ainda, que a participação na economia do seu setor secundário, onde se situa a indústria, é menos acentuada que antes, sobrevindo empresas comerciais e prestadoras de serviço que, intermediando a venda do produto industrial à sociedade ou atuando de modo a prover esta de informação ou maior

conforto, têm gerado circulação mais intensa de capital. Ademais, a empresa contemporânea nem sempre se situa em um espaço topográfico bem definido, não raro se valendo de recursos oferecidos pela informática para sediar-se em lugar onde a sua atividade econômica é reduzida e também para ocupar lares e outros ambientes em que sua presença é ativa e marcante, não obstante virtual.

Essa nova realidade provoca discussão de fôlego sobre a centralidade do trabalho na empresa de nosso tempo[ccclxii], mas decerto que o sistema normativo regulador das relações de trabalho ainda se alimenta, em boa parte, das velhas categorias jurídicas, forjadas para o modelo de emprego industrial, esse modelo que é, agora, obsoleto em centros econômicos que comandam a economia global e está seriamente ameaçado nas sociedades periféricas da economia capitalista, dada a constante possibilidade de a proteção trabalhista, estatal ou convencional, ocasionar a transferência de plantas industriais para o território de países onde a mão-de-obra é menos onerosa.

De toda sorte, a empresa ou organização produtiva, em que se insere o empregado, permitindo que sua força de trabalho a ela se incorpore como um de seus elementos[ccclxiii], não pode ser confundida com o titular dessa empresa, ou seja, distingue-se a empresa da pessoa que detinha o capital e a instituiu, visando à produção de bens ou serviços.

O Código Civil possui um livro que regula, com exclusividade, os direitos de empresa (artigos 966 a 1195). Em seu primeiro capítulo, define *empresário* como aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços". Adiante, ressalva: "Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

O Código Civil está a distinguir *empresário* e *empresa*, ao diferenciar o *empresário* da *atividade econômica* que ele exerce. Voltando ao âmbito do direito do trabalho, podemos afirmar que *empregador* é o empresário que se utiliza de empregados. Mas também é a pessoa que, mesmo sem ter constituído empresa (e, por isso, deixando de se caracterizar como empresário), contrata o trabalho pessoal, subordinado, não-eventual e oneroso de outras pessoas, os seus empregados. Para efeitos obrigacionais, o empregador é sempre um ente apto a contrair direitos e obrigações na ordem civil, usualmente se apresentando, assim, como pessoa física ou jurídica investida de capacidade de gozo ou de direito.

8.2 O conceito legal de empregador

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho define empregador como "a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". O parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo acrescenta: "Equipara-se a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados". Os teóricos do direito do trabalho desferem crítica implacável, porém, a essas definições de *empregador* e de *empregador por equiparação*.

Na verdade, o legislador pretendeu realçar a estreiteza do vínculo entre o empregado e a organização produtiva, quando propôs a sinonímia entre *empregador* e *empresa*. Cedeu à tentação de cunhar uma metáfora, bem se pôde perceber.

Além disso, repetiu a exigência de *subordinação em grau absoluto, onerosidade* e *pessoalidade*, imposta na definição de empregado (artigo 3º da CLT), ao assentar que o empregador *assalaria* e *dirige* a prestação *pessoal* de serviço. Com razão, o professor José Augusto Rodrigues Pinto observa que, sendo *empregador* e *empregado* figuras simetricamente opostas de uma relação jurídica[cccl xiv], poderiam os autores da Consolidação das Leis do Trabalho ter optado por um conceito reflexo, em que o empregador seria definido, simplesmente, como "a pessoa física ou jurídica que utiliza, em caráter permanente, a energia pessoal de empregados, mediante retribuição e subordinação, visando a um fim determinado, econômico ou não". Em suma, empregador é a pessoa que contrata empregado. Não precisava ter definido empregador e empregado, se o que importava e importa são as condições de trabalho deste último, na caracterização do liame empregatício.

Ocorreu, enfim, de o legislador ter acrescido ao conceito de empregador um elemento que escapava à sua essência, qual seja, a assunção dos riscos da atividade econômica. Ao analisarmos o empregado, em capítulo precedente, ressaltamos que é esse um elemento meramente acidental, tanto porque o empregador pode não exercer atividade econômica alguma, a exemplo do que sucede ao empregador doméstico, como em razão de ao empregado ser transferida, muita vez, uma parcela do risco empresarial, assim acontecendo com os vendedores que recebem apenas comissão pelas vendas que realizam.

Uma vez que o legislador ousou reduzir o empregador àquele que constitui empresa e, assim, exerce atividade econômica[cccLxv] com seus inerentes riscos, o mesmo legislador teve que somar a esse seu primeiro equívoco um outro, forjando então a figura do *empregador por equiparação* e a definindo, como acima se viu. Se houvesse investido no conceito reflexo, proposto pelos teóricos do direito trabalhista, certamente teria permitido que o conceito do mundo dos fatos fosse o mesmo conceito legal, sendo empregador o ente que contrata empregados, apenas isso.

Pode-se afirmar, contudo, que o modo como o legislador enfatizou o termo *empresa*, no momento em que identificou um dos sujeitos da relação de emprego, deve ser associado ao fenômeno da despersonalização do empregador, ou seja, ao aspecto, que é comum a grandes conglomerados econômicos ou a sociedades anônimas, de o empregado desconhecer o outro contratante em pessoa, já que não tem acesso ao ser humano ou à gente que organizou os fatores de produção e inseriu contratos de trabalho nessa organização. Como o empregador apresentava-se impessoalmente, propôs o legislador, com respaldo na teoria institucionalista[cccLxvi] então em voga, que o outro sujeito da obrigação fosse a empresa, parecendo atribuir a esta personalidade jurídica[cccLxvii].

Ainda que essa intuição do legislador não tenha obtido a repercussão almejada entre os teóricos do direito do trabalho, decerto que ela ainda tem relativa influência na prática trabalhista e pode ser associada, por exemplo, à prática de os juízes do trabalho tolerarem, muitas vezes, a indicação do nome de fantasia, usado para identificar uma empresa, como se por ele se indicasse o nome do reclamado (réu da ação trabalhista).

A bem ver, o reclamado deveria ser sempre indigitado pelo seu nome, se pessoa física, ou pelo nome comercial da sociedade empresária, com assento no registro do comércio. Mas, como o empregado trabalha, às vezes por anos consecutivos, sem conhecer o nome correto de seu empregador, pois não ocorreu a este de assim se identificar, impedir a tal empregado usar o nome de fantasia – o único nome que ele associa à empresa em que trabalhou –, na hora de referir o reclamado, em sua ação trabalhista, importaria recusar-lhe o direito de acesso à justiça, que é garantia constitucional. O processo do trabalho também deve se adequar ao contorno social.

8.3 Empresa e estabelecimento

Sendo a empresa uma organização que visa à produção de bens ou serviços, fácil é notar a sua imaterialidade, a impossibilidade de a empresa, apresentando-se como atividade econômica, ser reduzida a matéria. A sua representação material se associa, pois, ao *estabelecimento*, porque é nele que os fatores de produção, imbricados pelo empresário, apresentam-se para o mundo fenomenológico, onde coisas e pessoas têm nome, forma e utilidade[cccLxviii].

Há autores de nomeada que preferem associar *estabelecimento* à idéia de um elemento do conjunto *empresa*, para eles se revelando nesta, e não naquele, o grau maior de autonomia contábil e financeira, a superioridade hierárquica e a assunção dos riscos da atividade econômica[cccLxix]. Em verdade, esses critérios distintivos nos remetem mais à pessoa do empresário (ou empregador, se possui empregados) e nos fazem lembrar que se ele constituiu vários estabelecimentos, tencionando organizar em cada um deles os mesmos fatores de produção, para em todos realizar igual fim econômico, a sua responsabilidade não se divide na mesma proporção em que se partiu a sua ação econômica, respondendo o empresário e todo o seu patrimônio por obrigações tributárias, civis ou essencialmente trabalhistas que contrair em qualquer de seus estabelecimentos.

Preferimos, por isso, o apego à idéia, sobremodo singela, de o estabelecimento ser a representação material da empresa[cccLxx], pura e simplesmente. Se a empresa se *materializa* em vários estabelecimentos, é provável que em um deles se aloje o seu titular e este o eleja, assim, como a sede da sua empresa, não importando se ali se desenvolve atividade produtiva ou apenas de comando. Noutras vezes, um só estabelecimento é constituído, confundindo-se ele com a sede da organização empresarial. Essas realidades distintas não exercem influência no conceito de empresa e de estabelecimento, como se pode notar.

Uma questão derradeira, que por vezes é suscitada a propósito de ser o estabelecimento a representação material da empresa, tem a ver com a possibilidade de contratos de emprego serem utilizados na constituição das chamadas empresas virtuais, que implicam o desenvolvimento de atividade produtiva através do trabalho de empregados em suas residências (referimo-nos ao chamado *teletrabalho*) e sem o uso de um espaço topográfico previamente definido; ou ainda com o fato de o emprego existir em empresas voltadas à

prestação de serviços, nos casos em que os seus titulares têm domicílio ou escritório central, mas realizam a sua atividade produtiva mediante o fornecimento de empregados que laboram em estabelecimentos de outras empresas.

A bem ver, tais exemplos ilustram apenas como o conceito de estabelecimento não deve ser engessado nem pode ter a mesma importância para qualquer empresa, na sociedade contemporânea. Se é certo que os tradicionais estabelecimentos fabris sempre tiveram uma referência territorial, também o é que há, hoje, empresas que não se *estabelecem* no mesmo local em que o seu titular utiliza força de trabalho alheia para exercer atividade econômica.

Como essa discussão, travada a partir da existência (ou inexistência) de estabelecimentos em algumas empresas contemporâneas, vai repercutir em estudo que se avizinha, sobre a sucessão de empregadores, cabe ao intérprete do direito duas alternativas. Ou se apega ele à origem etimológica[cccLxxi] da palavra *estabelecimento,* ou dela abstrai para fundar um novo conceito.

É que o estabelecimento das citadas empresas virtuais e prestadoras de serviço não têm a referência territorial exigida pelos autores que proclamaram, por exemplo, a impossibilidade de um estabelecimento ser transferido, dando-se nessa hipótese a extinção de um estabelecimento e a abertura de um novo. Se não há trabalho subordinado no local que se apresenta, sob o ponto de vista estritamente formal, como o estabelecimento da empresa, compete ao intérprete do direito deduzir a inexistência de estabelecimento ou, como preferimos, o alargamento do conceito para que ao seu objeto se integre toda atividade produtiva vinculada a uma certa unidade técnica do empregador, ainda que se exerça essa atividade, total ou parcialmente, em local onde outras empresas também têm estabelecimento. Tais noções serão revisitadas no subitem que segue, em que trataremos de sucessão de empregadores.

8.4 Sucessão de empregadores

Ao estudarmos o princípio da continuidade, pudemos notar que o instituto da sucessão tem tratamento diferenciado, no direito do trabalho. E assim acontece porque prepondera, entre nós, a clara intenção de preservar o contrato de emprego enquanto sobreviver a empresa no mercado, dada a relação entre *conjunto* e *elemento* que há entre a empresa e o citado contrato. Mas essa peculiaridade tem assento apenas do lado do empregador – que pode suceder um outro empregador, sem que isso importe a celebração de um novo contrato –, já que é inviável ao empregado se fazer substituir ou suceder por outro, sem a anuência do empregador[ccclxxii].

8.4.1 A sucessão em outras searas do direito

Em outros ramos do direito privado, dá-se uma restrição maior à possibilidade de as pessoas se sucederem como sujeitos de uma relação jurídica qualquer. Não se concebe, por exemplo, que o locatário de um imóvel residencial se faça suceder por outra pessoa sem a prévia anuência do senhorio. Por seu turno, na relação jurídica de propriedade, agora no âmbito do direito real, a lei estabelece o modo formal como os bens imóveis podem ter o seu domínio transferido entre pessoas vivas, sendo minudente quando cuida da sucessão por legado ou herança.

Constata-se, ainda, que a sucessão trabalhista ainda se distingue em outro ponto: como nota Délio Maranhão[cccLxxiii], "a sucessão (o autor se reporta à regra geral do direito civil) pode ser a título particular ou a título universal, e somente neste último caso responde o sucessor pelos encargos do sucedido. Ora, enquanto a primeira pode ocorrer por ato 'inter vivos', a segunda é, sempre, 'mortis causa'. Como explicar, então, os efeitos da sucessão no direito do trabalho? O novo empregador responde pelos contratos de trabalho concluídos pelo antigo, a quem sucede, porque lhe adquiriu o estabelecimento, cujo conceito, como verificamos, é unitário. É uma conseqüência da transferência do estabelecimento como organização produtiva".

Nem sempre e em todos os países a norma é a mesma, sendo as regras da sucessão, no direito privado, assunto de política legislativa. Vamos, pois, à hipótese que nos interessa, que é a cessão ou transferência de estabelecimento. Quando um empresário aliena um seu estabelecimento – ou toda a sua empresa – a outro empresário, essa sucessão pode trazer alguma inquietude no tocante a algumas obrigações contraídas pelo alienante, sendo interessante notar o que ocorre a quatro espécies de obrigação, quais sejam: a relação normalmente paritária que o unia a seus fornecedores, a relação com os seus clientes ou consumidores, a obrigação tributária e, por fim, a relação de trabalho com os seus empregados.

8.4.1.1 Os efeitos da transferência do estabelecimento no direito civil

Quanto à relação do empresário alienante com os seus credores civis ou fornecedores, o artigo 1145 do novo Código Civil nega eficácia à alienação de estabelecimento que se realize sem o pagamento ou o consentimento de todos os credores sempre que faltarem ao alienante bem suficientes para solver o seu passivo. O citado preceito exige que, nesse caso, os credores sejam notificados para responderem, em trinta dias, se concordam com a alienação do estabelecimento.

O dispositivo seguinte, o artigo 1146 do Código Civil, prescreve: "O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de 1 (um) ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento". Bem entendido, a "publicação" aí referida é a do artigo 1144 do mesmo digesto, que valida, perante terceiros, o contrato que tenha como objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento de estabelecimento, somente depois de sua averbação à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis e de sua publicação na imprensa oficial.

Assim, se o comerciante não está em condição de insolvência, pode ele alienar ou arrendar o seu estabelecimento sem a prévia anuência de seus credores, que podem cobrar do sucessor as dívidas regularmente contabilizadas – pois este, o adquirente, tinha delas conhecimento ao assenhorear-se do estabelecimento –, sendo-lhes facultado cobrar esses débitos também do empresário sucedido, como devedor solidário e pelo prazo de um ano, contado da publicação do ato de transferência do estabelecimento na imprensa oficial ou, se vincenda a dívida, a partir de sua exigibilidade.

Todavia, se há insolvência do comerciante que alienou o estabelecimento, a alienação não surte efeitos jurídicos em relação aos seus credores e podem estes requerer a falência de tal empresário, salvo se concordaram, expressa ou tacitamente, com a referida alienação[ccclxxiv].

8.4.1.2 Os efeitos da transferência do estabelecimento na relação de consumo

Na relação jurídica de consumo, a alienação do estabelecimento implicará a cessão de créditos ao empresário ou sociedade empresária adquirente a partir da data em que publicado, na imprensa oficial, o ato de transferência do estabelecimento, mas o consumidor (devedor) se exonera quando paga, de boa-fé, ao empresário sucedido (artigo 1149 do novo Código Civil). De todo modo, essa sucessão de credores não poderá permitir que a prestação do consumidor se torne mais gravosa, sem o seu prévio conhecimento e anuência (artigo 46 da Lei 8.078/90).

Isso não obstante, é bom notar que, tanto na relação entre o comerciante e seus credores, como na relação de consumo, o direito civil tem-se inclinado ao reconhecimento da responsabilidade do adquirente do estabelecimento, com ressalvas que atendem a peculiaridades da relação paritária ou ao princípio da boa-fé, que é informante, sem dúvida, da nova ordem civil. Ainda assim, a responsabilidade incondicional da pessoa que adquire ou arrenda o estabelecimento pressupõe algum ato formal – a regularidade da escrita contábil ou a publicação do contrato na imprensa oficial –, o que não ocorre, como veremos, no direito do trabalho.

8.4.1.3 Os efeitos da transferência de estabelecimento na relação tributária

Transitando um pouco pelo direito público, podemos notar que uma solução mitigada foi posta no art. 133 do Código Tributário Nacional, que prevê a responsabilidade tributária integral de quem adquire um estabelecimento na hipótese de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, sendo subsidiariamente responsável o adquirente quando o alienante mantiver-se no exercício da mesma atividade econômica ou a outra atividade se dedicar, dentro de seis meses contados da alienação de seu estabelecimento.

8.4.2 A sucessão trabalhista no Brasil

No direito do trabalho, o legislador poderia ter optado pela responsabilidade solidária dos dois empresários, ou seja, daquele que aliena e do que adquire o estabelecimento. Gilberto Gomes[ccclxxv] anota que, no México, dá-se a responsabilidade solidária do empregador sucedido nos seis meses seguintes à alienação, na Bolívia há responsabilidade subsidiária por igual tempo e, na Colômbia, os empregados podem acordar com o empregador sucedido a indenização pelo tempo de serviço, sem embargo de ter continuidade a relação de emprego com o empregador sucessor.

No Brasil, extrai-se dos artigos 10 e 448 da CLT que a responsabilidade recai exclusivamente sobre o novo empregador, vale dizer, sobre aquele que adquire o estabelecimento ou toda a empresa[ccclxxvi]. O ato formal de alteração da estrutura da sociedade empresária revela a sucessão que assim acontece – referimo-nos, por exemplo, à mudança de tipo societário, ou à constituição de sociedade empresária por pessoa física que desenvolvia a atividade econômica, que somente por documentos se pode comprovar. Quanto ao mais, a sucessão trabalhista tem a realidade, e não os atos constitutivos da sociedade empregadora, como prova. Assim, o ato formal de transferência do estabelecimento pode servir à prova de que houve a sucessão entre empregadores, embora seja dispensável.

O princípio a atuar é, claramente, o da primazia da realidade. A sucessão trabalhista se opera quando há o fato da alienação ou arrendamento de estabelecimento, ainda que documentos não a revelem. Vejamos, a seguir, com se revela, na ordem fática, a sucessão trabalhista.

Um empresário sucede o outro, assumindo as obrigações trabalhistas por este contraídas, pelo simples fato de lhe adquirir ou arrendar um *negócio*, seja um estabelecimento ou toda a organização produtiva. Neste ponto, é interessante frisar que o empregador não é, necessariamente, o *proprietário* dos meios de produção ou mesmo do imóvel onde ele exerce a sua atividade econômica. O empregador pode ser dono de coisa nenhuma.

Quando reúne meios materiais (imóvel e maquinário, por exemplo) e os insere em uma organização formada também por pessoas (empregados etc.) e finalidade econômica (produção de bens ou serviços), o empresário pode não ser proprietário dos bens que reuniu (suponha-se que os tenha arrendado), mas, ainda assim, será o titular da empresa e, virtualmente, empregador (se recorre à

energia de trabalho de empregados). É bastante que tenha organizado referidos meios materiais, pessoais e imateriais visando ao desenvolvimento de alguma atividade produtiva.

Recorramos a um exemplo elucidativo: imagine-se o titular de uma empresa qualquer que vem a ser, também e embora não fosse isso necessário, o proprietário do imóvel onde está situado o seu único estabelecimento. Suponha-se, pois, uma farmácia, em tais condições. Se a pessoa que era, até então, o *dono* da farmácia mantém consigo a propriedade do imóvel, mas o aluga a outro empresário, a este arrendando também o *estabelecimento* – ou seja, a organização produtiva e os meios de produção a ela afetos –, há sucessão de empregadores, responsabilizando-se o arrendatário pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo antigo titular da empresa e proprietário, antes como agora, dos bens materiais utilizados no comércio de medicamentos[cccLxxvii].

Logo, não há *sucessão de empresas*, como se diz às vezes, equivocadamente. Ao revés, os empregadores é que se sucedem quando a empresa (ou um seu estabelecimento) é objeto, entre eles, de translação. Se a empresa não for mais a mesma, porque o empresário que adquiriu o imóvel, onde funcionava um estabelecimento qualquer, passou a exercer ali outra atividade econômica, não cabe falar de sucessão trabalhista. A regra atinente à sucessão de empregadores tem como fundamento o princípio da continuidade da empresa, por isso esclarecendo Délio Maranhão[cccLxxviii] que são dois os requisitos indispensáveis à sucessão de empregadores: "a) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe de um para outro titular; b) que a prestação de serviço (preferiríamos dizer atividade econômica) pelos empregadores não sofra solução de continuidade".

8.4.3 A sucessão trabalhista em situações normais e anormais

Há cinco situações que merecem, porém, uma mais detida reflexão, quando o tema é sucessão trabalhista: a mudança na estrutura jurídica da sociedade, a sucessão das prestadoras de serviço, a sucessão da sociedade de fato, a sucessão simulada e, por último, a aquisição de estabelecimento com vistas à eliminação da concorrência.

Antes de examinarmos cada uma dessas hipóteses, parece-nos conveniente advertir o leitor de que a morte do empregador, quando é este pessoa física, somente acarreta sucessão quando o estabelecimento empresarial é mantido sob a gestão dos herdeiros e o empregado não opta pela resolução contratual (artigo 483, §2º, da CLT). Voltaremos a tratar desse assunto no capítulo pertinente à cessação do contrato. Por ora, retomemos a análise das cinco hipóteses diferenciadas de sucessão trabalhista.

8.4.3.1 A mudança na estrutura jurídica da sociedade empresária

Sobre a mudança na estrutura jurídica da sociedade, reza o artigo 10 da Consolidação das Leis do Trabalho que "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados". Mais à frente, o artigo 448 do mesmo texto consolidado estatui que "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". Quanto à *mudança na propriedade da empresa*, vimos que o legislador está a referir-se à mudança na titularidade da empresa, sendo sucessor aquele que a adquire, por certo.

Se há, em vez disso, alteração na estrutura jurídica da sociedade (e não *da empresa*, como confundiu o legislador), os contratos de emprego permanecem imunizados ao fato, por exemplo, de uma sociedade limitada passar à condição de sociedade anônima, ou de sociedades anônimas se fundirem, ou mesmo de uma destas incorporar qualquer outra sociedade. A sociedade que se mantiver na titularidade da empresa, ou porventura a assumir, será a empregadora, sem que essa alteração em sua estrutura jurídica implique a realização de novos contratos de emprego. Não custa recordar que estamos regidos pelo princípio da continuidade, devendo ser preservados os contratos de trabalho enquanto a empresa for a mesma[cccLxxix].

8.4.3.2 A sucessão no âmbito de empresas prestadoras de serviço

A segunda situação, a merecer enfoque especial em se tratando de sucessão trabalhista, é aquela atinente à sucessão de sociedades empresariais cuja atividade é a prestação de serviços, notadamente aquelas que se apresentam como empresas de trabalho temporário ou simples fornecedoras de mão-de-obra[cccl xxx]. São comuns os contratos de prestação de serviço firmados por essas sociedades e órgãos da administração pública direta ou indireta, deixando perplexos os agentes do direito do trabalho quando, não raro, têm que discernir se importa sucessão trabalhista a ruptura, pela Administração, de um contrato, seguida da contratação de outro empresário ou sociedade empresária, para realizar o mesmo serviço, no mesmo local.

A nosso pensamento, a sucessão não se opera somente por isso. O estado de perplexidade, em que mergulha o intérprete do direito, é conseqüente da confusão que se faz a propósito do conceito de estabelecimento, pois é em sede de estabelecimento que se dá a sucessão trabalhista. Conforme antecipamos, os empregados da sociedade, cujo contrato administrativo for rompido, continuam vinculados ao estabelecimento dessa sociedade, salvo se dissolverem o seu contrato com ela e forem admitidos pela sociedade que, dali por diante, prestar o serviço à Administração.

8.4.3.3 A sucessão entre sociedades irregularmente constituídas

A terceira situação extraordinária é aquela que concerne à sucessão que se dá entre sociedades não constituídas regularmente. Com razão, Gilberto Gomes[cccLxxxi] lembra que a solução, para a hipótese sob comento, precisa transitar pelas regras que se inspiram no princípio da desconsideração da pessoa jurídica, vale dizer, no "exercício pleno de faculdades jurídicas do empregado contra abuso, qualquer abuso, inclusive o do exercício de uma atividade à margem da Lei". Diz Gomes, ainda e agora secundando Hugo Gueiros Bernardes, que "se o sucessor já está no comando, mas a sucessão não foi legalizada, terá havido espontânea vinculação do adquirente à relação de emprego, sem a virtude de excluir ainda o alienante, [...] porque um e outro se fazem temporariamente solidários". É a situação de fato que estará, na medida em que é conotativa de ilegalidade e abuso por parte do credor da prestação de trabalho, a impor essa solidariedade, em caráter excepcional.

8.4.3.4 A invalidade da sucessão simulada

A quarta situação se relaciona com contratos defeituosos entre empresários, um deles simulando a aquisição da empresa com o objetivo de exonerar o seu antigo titular de prestações salariais ou tributárias. Nada impede que os empregados façam uso do artigo 167 do novo Código Civil[cccLxxxii] para postular a nulidade do contrato entre os empresários[cccLxxxiii]. Contudo, é evidente que, aqui como no tópico seguinte, basta o exame da teleologia da norma para que se verifique a ineficácia da sucessão simulada no tocante à relação de emprego. O fim social visado, quando da inserção dos artigos 10 e 448 no texto da CLT, não foi, por certo, autorizar a transferência de dívidas salariais mediante ardil ou simulacro. Além disso, interessa notar quem está à frente do estabelecimento e, com base no princípio da primazia da realidade, imputar-lhe a responsabilidade trabalhista.

Questionar-se-ia: e se a transferência do estabelecimento inocorreu, mas houve a cessão a outra pessoa, sem lastro econômico nem correção no cumprimento de prestações trabalhistas, de partes dos bens que o integravam? A resposta é de Délio Maranhão[cccLxxxiv]: "Não é possível, portanto, falar-se em sucessão quando tenha havido a alienação de, apenas, parte de um negócio, que não possa ser considerada uma unidade econômico-produtiva, ou de máquinas e coisas vendidas como bens singulares. Nessa hipótese, não havendo transferência de estabelecimento, não há sucessão, no sentido de ficarem os empregados obrigados a aceitar o novo empregador". É eloqüente a advertência do mesmo autor:

> Além dessas considerações jurídicas, impõe ressaltar que o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, que informa o próprio direito do trabalho, insurge-se contra a idéia de ser ele cedido, como engrenagem de máquina, juntamente com a cessão de coisas singulares. Não se admite que, sob novo color, se reedite a figura medieval do servo da gleba.

As alterações simuladas de contrato social padecem, portanto, de ineficácia jurídica, sobremodo no âmbito trabalhista. A sociedade empresária que tenciona preservar o patrimônio de seus sócios deve ter o seu capital social integralizado, sob pena de se presumir a sua dissolução irregular e, com efeito, adotar-se a *desconsideração da pessoa jurídica*. Cogitando-se ou não de sucessão trabalhista, parece-nos compatível com a relação jurídica de emprego a regra inserta no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor[cccLxxxv], *verbis:*

> O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

As mesmas razões, que justificam a aplicação dessa regra na relação de consumo, impõem-na em benefício do empregado, pois é este, em síntese, também a parte hipossuficiente de uma relação constituída por contrato de adesão.

8.4.3.5 Os efeitos da sucessão predatória

A quinta situação é alusiva, conforme antevisto, à aquisição de estabelecimento fabril ou comercial com o objetivo de excluí-lo do mercado, sendo comum acontecer, em nossa *aldeia global*, de grandes corporações econômicas, eventualmente transnacionais, adquirirem uma fábrica ou loja de âmbito mais modesto, para tomar-lhe, com maior facilidade, a clientela.

Ocorre, no exemplo dado, de a adquirente paralisar a atividade produtiva, impedindo, por essa via, que se dê, como é normal, a sucessão trabalhista na ambiência do estabelecimento alienado. É certo, todavia, que a sociedade adquirente não estaria objetivando a propriedade do imóvel, onde tinha sede o estabelecimento, quando o adquirira, mas estaria voltando seus ambiciosos olhos para a atividade econômica que ali se desenvolvia, ainda que fosse seu o intuito de cessá-la, para aumentar assim a quantidade dos que estariam aptos, virtualmente, a consumir o seu produto. A interpretação finalística do texto consolidado faz intuir a sucessão trabalhista nesses casos e, afinal, ela se opera mesmo[cccLxxxvi].

8.4.3.6 A sucessão em hipóteses de falência e de recuperação judicial

O art. 141, II da Lei 11.101/2005, a atual Lei de Falências, prevê que na hipótese de se adquirir alguma unidade da massa falida, “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.”

Em síntese, o empresário ou a sociedade empresária que adquire uma das empresas que compõem a massa falida não se obriga em relação às dívidas trabalhistas da empresa adquirida, obrigando-se apenas a pagar o valor pelo qual arrematou essa empresa, no juízo universal da falência.

Quanto à sociedade empresária que se encontre em recuperação judicial, o art. 60, parágrafo único, da mesma Lei 11.101/2005 preceitua: “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

Apesar de o art. 60, parágrafo único, não se referir, como na regulação da falência acima mencionada, aos débitos oriundos da relação de trabalho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o empresário adquirente de uma empresa em recuperação judicial não se obriga em relação ao passivo trabalhista dessa empresa, se a adquire perante o juízo cível em que se processa a recuperação judicial[cccLxxxvii].

O modelo hermenêutico assim desenvolvido parte de uma premissa instigante, a de que se deve sacrificar o crédito trabalhista dos antigos empregados da massa falida ou da empresa em recuperação judicial em proveito da obtenção de uma quantia maior, que seria então ofertado pela empresa (falida ou em recuperação judicial), quantia essa que, por via transversa, reverteria em favor desses mesmos credores trabalhistas impedidos de demandar em juízo contra a sociedade adquirente.

8.5 A solidariedade entre entes empresariais que integram grupo econômico

É preciso lembrar que há solidariedade, como esclarece o artigo 264 do novo Código Civil, quando "na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". À citada pluralidade de credores denomina-se *solidariedade ativa*, enquanto a pluralidade de devedores dá ensejo à *solidariedade passiva*. Se é necessário que se esgote a expropriação de uma primeira pessoa, para que se possa investir sobre o patrimônio de outra, dizemos que dessa outra pessoa acionada há responsabilidade subsidiária[cccLxxxviii].

O artigo 2º, § 2º, da CLT prevê a solidariedade entre *empresas* que compõem um grupo econômico e, à sua leitura, logo se percebe que o legislador continua insistindo no erro de chamar *empresa* o sujeito da relação de emprego. O uso indevido do vocábulo faz notar, entretanto, que somente há solidariedade dos entes que exercem atividade econômica, vale dizer, entre pessoas físicas ou jurídicas que são titulares de empresa e apenas enquanto assim se apresentarem[cccLxxxix].

Cabe indagar, neste ponto, o que se deve entender por *grupo econômico* e o tipo de solidariedade – se apenas passiva ou também ativa – regulada por tal preceito de lei.

8.5.1 Conceito de grupo econômico

Desde quando Adam Smith sustentou que a divisão do trabalho permitiria, por exemplo, que, numa fábrica de alfinetes, dez pessoas conseguissem produzir mais de 48 mil alfinetes por dia, enquanto um operário que se incumbisse de todas as etapas de fabricação dessa pequena haste de metal dificilmente concluiria a produção de um único alfinete em todo um dia[cccxc], decerto que os empresários têm dispensado maior atenção às técnicas de produção e de organização do trabalho que assegurem mais acentuada eficiência ou produtividade.

Quando a divisão interna de trabalho não bastou a esse desiderato, os empresários desencadearam processos de integração econômica verticais ou horizontais[cccxci], constituindo empresas que, com aparente autonomia, dedicavam-se, respectivamente, a cada etapa da cadeia produtiva ou a cada modo diferente de oferecer ao consumo a mercadoria produzida.

Essas formas de organização da produção e do trabalho mal escondiam, por vezes, a intenção de não comprometer o patrimônio da velha empresa com o ônus financeiro decorrente das novas e desafiadoras iniciativas empresariais, isso bastando para justificar a preocupação, que teve o legislador, de tornar todas as unidades do grupo econômico solidariamente responsáveis pelas dívidas trabalhistas contraídas por qualquer delas. O trabalho humano não é um insumo reles na produção de bens ou serviços, pois é dos insumos aquele único que deve ter preservada a sua dignidade. A sua utilização e o seu custo, em qualquer empreendimento, integram o risco do negócio e oneram, somente, a pessoa ou sociedade empresarial que reparte a sua atividade econômica, sem poder acarretar sobressaltos para o empregado.

É fato, ainda, que os agentes econômicos não seguem uma linha de conduta predefinida, sendo, freqüentemente, influenciados pela própria intuição mercadológica. Por isso, nem sempre os grupos econômicos se formaram a partir dos processos de integração vertical ou horizontal acima referidos. Quando se mostrou lucrativo ou de algum modo interessante, o empresário diversificou a sua ação produtiva, desvinculando suas ações, uma da outra. Muita vez, o agricultor, o industrial e o comerciante já não se distinguem, sendo todos uma mesma pessoa.

De outra feita, essa prática de concentrar ou monopolizar ações econômicas vem dando lugar, nos dias que correm e num contraponto, à necessidade que

alguns empresários sentem de se especializar em atividades que exercem de modo mais competitivo, pondo a descarte aquelas que servem de meio à atividade principal, notadamente quando nelas não auferem o lucro que as tornaria cativantes. Disso trataremos, porém, no item seguinte, quando cuidarmos da subcontratação e da interposição de mão-de-obra.

Interessa, antes, perceber que essa maneira espontânea de os atores econômicos se manifestarem dificulta a caracterização, na prática, do grupo econômico, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que sua existência não se presume, devendo ser provada por quem a alega[cccxcii]. O artigo 2º, §2º, da CLT é enfático ao definir o grupo econômico como aquele que se apresenta "sempre que uma ou mais empresas[cccxciii], tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica [...]". Assim, a lei está a exigir que haja uma empresa-mãe, ou empresa-matriz, a que estejam subordinadas todas as outras, sob pena de desconfigurar-se o grupo econômico.

O direito é dinâmico, todavia, e essa norma estaria atualizada, para boa parte dos laboralistas, pela regra inserta no artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 5.889/73 (Lei do Trabalho Rural), que repete o texto da CLT, mas acrescenta que mesmo quando inexiste uma empresa-mãe e as empresas guardam, cada uma, a sua autonomia, há grupo econômico ou financeiro rural. Então, renasce o problema: não se exigindo o pressuposto da estrutura hierarquizada, como identificar o grupo econômico?

O grupo de empresas sempre se caracterizará pelo comando unificado, sendo restrita a discussão à polêmica sobre o comando único dever ser exercido por uma empresa-mãe ou se basta, como intuímos e sugere a lei dos rurícolas, que uma pessoa ou um grupo de pessoas detenha, nas empresas, uma participação majoritária em cotas ou ações, de modo a lhes outorgar o controle de todas elas. Por ora, a jurisprudência é incipiente quanto à possibilidade, a princípio rejeitada, de o sistema de *franchising* configurar grupo econômico[cccxciv].

8.5.2 Solidariedade passiva e solidariedade ativa (empregador único)

Os teóricos e agentes do direito divergem ainda mais, porém, quando instados a responder se a solidariedade prevista no artigo de lei, sob comento, seria apenas a *solidariedade passiva* ou se ali estaria igualmente consagrada a *solidariedade ativa* dos entes empresariais que integram grupos econômicos. Seriam eles, os titulares das empresas consorciadas, apenas devedores solidários, obrigando-se todos pela dívida trabalhista de cada qual (solidariedade passiva)? Ou cada ente empresarial seria também credor da prestação de trabalho contratada no âmbito de qualquer das empresas componentes do grupo econômico (solidariedade ativa)?

Na esteira de João Antônio Pereira Leite[cccxcv], autores de nomeada dizem-se atentos ao fato de o multicitado artigo 2º, §2º da CLT prever que as *empresas* integrantes do grupo econômico são "solidariamente *responsáveis*" e que "quem responde ou é responsável na relação obrigacional é o devedor, nunca o credor".

Antes de o dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho assim estatuir, a revogada Lei 435/37 continha, como observa Amauri Mascaro Nascimento[cccxcvi], um artigo de igual teor, sucedido, entretanto, por um parágrafo único que assegurava a solidariedade ativa, ao rematar: "essa solidariedade não se dará entre empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas elas como um mesmo empregador". Dada a derrogação desse parágrafo único, estaria prevista apenas a solidariedade passiva na opinião de consagrados teóricos do direito do trabalho[cccxcvii].

Apesar disso, a lei que não se enquadra à realidade perde, ou vê diluída, a sua aptidão normativa. A norma desprovida de eficácia social é, em última análise, um pedaço de papel, talvez um objeto de estudo para positivistas da escola exegética do Direito, apegados à eficácia formal da norma jurídica. Sendo real e comum, porém, a existência de empregados que, contratados por uma sociedade empresarial, prestam serviço a esta e nas outras empresas que integram o grupo econômico (operando o caixa que serve a várias destas, *exempli gratia*), à jurisprudência coube a desafiadora missão de solucionar os conflitos a isso atinentes, dizendo, afinal, se haveria tantos contratos quantas fossem as empresas ou se o contrato e o empregador eram unitários. Aderindo à

tese do empregador unitário (ou *empregador único*, como usualmente se diz), assentou o TST, no verbete 129 da súmula de sua jurisprudência:

> A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Na esteira desse entendimento, recomendou ainda a Súmula 93 do TST:

> Integra a remuneração do bancário a vantagem pecuniária por ele auferida na colocação ou na venda de papéis ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, quando exercida essa atividade no horário e local de trabalho e com o consentimento, tácito ou expresso, do banco empregador.

Noutras palavras, o empregado pode, por força de contrato formalizado no âmbito de empresa que integre grupo econômico, prestar trabalho em outra(s) das empresas consorciadas, sendo um único o contrato, o empregador e o salário (ainda que parte deste salário provenha de outras empresas do grupo).

Parecia, então, uniformizada a questão no nível jurisprudencial, não sendo poucas as decisões regionais que endossaram a tese do empregador único[cccxcviii]. Mais que a possibilidade de o empregado trabalhar para várias empresas do grupo econômico, o acolhimento da solidariedade ativa estaria a implicar, por exemplo, que o empregado teria direito a somar o tempo de serviço prestado, sucessivamente, em diferentes empresas do grupo econômico (*accessio temporis*), para efeito de férias, indenização de antigüidade e acréscimo de 40% sobre o FGTS, ou ainda a exigir adicional de transferência sempre que fosse formalizada a cessação de seu contrato em uma localidade e se forjasse a sua admissão, em outra empresa do grupo, em localidade diversa.

Engana-se, porém, quem imagina pacificada a matéria. Há decisões recentes do TST que revelam o dissenso jurisprudencial acerca dessa concepção sobre empregador único[cccxcix]. O intérprete do direito tem, aqui e portanto, um solo rico e dócil à sua exploração.

8.5.3 A sucessão no âmbito de uma das empresas do grupo econômico

Questão tormentosa é a que diz sobre os efeitos da sucessão trabalhista quando ela se opera no âmbito restrito de uma das empresas que integram o grupo econômico. A dúvida que assoma tem a ver com o aspecto de o trabalhador que tinha o direito de investir contra qualquer das sociedades empresárias que integravam o grupo a que pertencia a sociedade sucedida pretender, com algum apelo à boa lógica, alcançar a sociedade sucessora de outra sociedade do grupo, transferindo assim à sociedade sucessora de alguma das unidades do conjunto a responsabilidade pela sucessão de todo o grupo econômico, ou seja, de todo o conjunto.

Mesclam-se as regras atinentes à sucessão e à solidariedade passiva? Ao enfrentar a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho assim se posicionou: “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”. É esse o texto da orientação jurisprudencial n. 411 da SBDI 1.

Em suma, a aquisição de uma empresa não torna o empresário adquirente sucessor de todas as sociedades empresárias que compunham o grupo econômico da empresa adquirida. Assim se consolida a jurisprudência.

8.6 A subcontratação e a intermediação de mão-de-obra

Frisamos, há pouco, que a concentração econômica inspiradora do art. 2º, §2º, da CLT vinha se contrapondo, em tempo mais recente, à especialização da atividade empresarial. German Barreiro Gonzalez[cd], catedrático da Universidade de León, notou esse "duplo movimento de sentido aparentemente antagônico, mas em muitos casos complementar". O autor distingue, assim, os processos de concentração ou distensão da atividade econômica:

> De um lado estão aquelas organizações produtivas que buscam aumentar sua dimensão, ser maiores para competir melhor, através de alternativas de crescimento estratégico juridicamente materializado em fusões e absorções; de outro, aquelas que preconizam como torna a empresa mais competitiva o fato de ela adelgaçar sua estrutura produtiva, em uma tentativa de reduzir sua dimensão até o limite do que se pode considerar estritamente necessário para o desenvolvimento de sua competência básica.

O mesmo autor observa que o primeiro fenômeno (*insourcing*) corresponderia à formação de grupos de empresa de composição vertical, enquanto o *adelgaçamento* (ou *enxugamento*, como preferem dizer os agentes do mercado) da estrutura produtiva se manifestaria através da subcontratação ou do *outsourcing*, "se bem que este último seja precisamente, em muitos casos, a fórmula mais fácil para converter, aproveitando as lacunas do ordenamento jurídico, uma empresa em um grupo de empresas horizontal, descentralizando só o risco, porém conservando, em última análise, o controle de toda a atividade produtiva (...)"[cdi]. Bem se vê que essa digressão do autor nos remete à possibilidade de se fundirem, disfarçadamente, a subcontratação e a formação (dissimulada) de grupo econômico. Interessa-nos, porém e agora, tratar, estritamente, das subcontratações.

Poder-se-ia dizer que há duas formas de subcontratar ou, como se diz sem rigor etimológico, de *terceirizar* a atividade empresarial: a uma primeira denominaremos *subcontratação integral*, rivalizando esta com o segundo tipo, a *subcontratação parcial.*

A subcontratação integral ocorre quando a empresa[cdii] subcontratada não fornece apenas mão-de-obra, ou seja, não reserva ao tomador dos serviços o poder de comandar os trabalhadores *fornecidos.* Em vez disso, a empresa subcontratada assegura a execução do serviço ajustado e exerce, não raro através de prepostos, o poder diretivo sobre a prestação de trabalho de seus próprios empregados, mesmo quando estes laboram no estabelecimento da empresa

tomadora dos serviços. Na subcontratação parcial, o tomador dos serviços exerce poder de comando sobre a prestação de trabalho desenvolvida pelos empregados da empresa subcontratada.

A ordem jurídica legitima alguns tipos de uma e outra subcontratações, como se pode perceber à leitura dos seis enunciados da Súmula 331 do TST:

> I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6019, de 3-1-74).
>
> II – A contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
>
> III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica 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.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre 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.

O item I está a proclamar que a jurisprudência trabalhista proscreve a subcontratação e os dois itens seguintes referem as exceções a essa regra proibitiva. O item IV concerne, como se verá, à responsabilidade do tomador de serviço nas hipóteses em que a subcontratação, por se adequar a algumas das citadas exceções, é lícita. O item V foi incluído para distinguir, no âmbito da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, a hipótese em que esse tomador dos serviços é órgão ou empresa da administração pública. O item VI se volta à extensão da responsabilidade subsidiária, como se analisará em seguida. Examinemos, então, cada uma dessas regras.

Voltando à nossa classificação, vimos que a subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada fornece mão-de-obra e o seu titular dirige a prestação de trabalho dos trabalhadores *fornecidos.* A subcontratação integral é lícita, salvo quando ocorre na atividade-meio da empresa tomadora dos serviços (item III da Súmula 331). Exemplo: é lícita a subcontratação dos serviços de

limpeza ou pintura de fábrica de tecidos (atividade-meio), não o sendo, nesta, a subcontratação do serviço afeto ao operador de máquina da tecelagem (atividade-fim).

A subcontratação parcial é, também já o vimos, aquela em que o tomador dos serviços dirige a prestação laboral dos trabalhadores fornecidos pela empresa subcontratada. Ela é ilícita e, quando acontece, podem os trabalhadores exigir, na Justiça do Trabalho, o reconhecimento de vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços, salvo na hipótese de trabalho temporário (item I da Súmula 331) e naqueles em que figura como tomador dos serviços algum órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional. Nesse último caso, o vínculo de emprego com a Administração deixa de se estabelecer pela simples razão de os empregos públicos serem providos apenas mediante concurso.

Uma observação é, aqui, necessária. Interessa notar que a interlocução direta entre o vigilante e a pessoa vigiada ou o titular do bem guardado (tomador dos serviços) não implica, a princípio, subordinação direta daquele a algum destes. O vigilante não é empregado do tomador dos serviços apenas porque, em alguns momentos, dirige-lhe a palavra. A vigilância exige pessoal capacitado e cadastrado na Superintendência Regional do Trabalho, recrutado de quadro próprio de empregados ou através da intermediação de empresa especializada em segurança (Lei 7.102/83). A constante interação entre o exercente do serviço de guarda e o proprietário da coisa vigiada não os converte, somente por isso, em sujeitos de vínculo de emprego. Parece-nos ser esta a melhor exegese do item III da Súmula 331, acima transcrito.

Em seguida, vamos enfrentar seis temas relacionados com a adoção da Súmula 331 do TST que inquietam a jurisprudência trabalhista: a subempreitada tradicionalmente regulada pelo artigo 455 da CLT; as nuances da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, incluída a administração pública; a extensão dessa responsabilidade subsidiária no que toca às obrigações por ela alcançadas; as peculiaridades dos contratos de facção; a igualdade de direitos entre os empregados da tomadora dos serviços e os empregados da empresa prestadora que realizam igual função; enfim, a vexatória questão relativa à *terceirização* da atividade-fim nos serviços de energia elétrica e de telefonia.

8.6.1 A subempreitada em vista da Súmula 331 do TST

Prescreve o artigo 455 da CLT, *verbis:* "Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro". O dispositivo não está tornando lícitas todas as subcontratações (inclusive as que ocorrem na atividade-fim do tomador de serviços), mas apenas está a prever a solidariedade do empreiteiro principal e, assim estatuindo, assegura o direito de empregados dos subempreiteiros, em casos de subcontratações lícitas, ajuizarem ação trabalhista em face do empreiteiro principal.

A jurisprudência sempre foi pouco receptiva à idéia de responsabilizar, também e subsidiariamente, o dono da obra, embora alguma doutrina sustentasse a sua responsabilidade (não somente do empreiteiro principal), sempre que agisse ele, o dono da obra, com culpa na escolha (*in eligendo*) do empreiteiro principal, ou ainda quando negligenciasse a fiscalização (culpa *in vigilando*) do cumprimento, por este, das obrigações trabalhistas. O advento do item IV da Súmula 331 do TST poderia significar, contudo, um sinal de mudança da orientação jurisprudencial, que estaria aderindo à mencionada construção doutrinária, no tocante à responsabilização do dono da obra por culpa.

Ocorre, porém, que o mesmo TST continua se posicionando no sentido de não haver responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra, "salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora"[cdiii]. O que podemos notar é que a contratação de uma *obra* a empresa especializada não acarretará, segundo essa orientação jurisprudencial, a responsabilidade do seu tomador, ou seja, a responsabilidade do dono da obra. A "obra" é aqui assimilada, como se pode concluir, como o resultado de um *serviço transitório* (mais adiante, poderemos perceber que o TST está compreendendo como obra como *um serviço transitório de construção civil*). Optou-se, bem se vê, por um conceito restrito de "obra", deixando-se à regência da Súmula 331, IV, do TST a intermediação dos serviços *permanentes*.

Ressai uma indagação: por que há responsabilidade do dono da obra quando é ele uma construtora ou uma incorporadora? Pela razão simples de a obra de construção civil não ser, para a construtora ou para a incorporadora, um serviço transitório. Nem seria razoável, mesmo, que se permitisse à construtora

intermediar mão-de-obra para a execução de serviço que é permanentemente necessário ao exercício de sua atividade econômica.

É fato, portanto, que se uma pessoa física ou jurídica contrata uma obra a uma empresa de construção civil, a orientação jurisprudencial 191 da SBDI-1 fará responsável apenas essa empresa pelas obrigações trabalhistas que ela contrair, não se estendendo tal responsabilidade a quem a contratou, ou seja, ao dono da obra.

Uma crítica se faz, nesse passo, inevitável: a imunização do dono da obra (sempre que não é ele uma construtora ou incorporadora) relativiza a regra geral da responsabilidade civil no âmbito das relações de emprego, apenas nesse âmbito. Em uma mesma obra, o dano causado pela negligência da construtora escolhida sem o devido critério, ou que realiza os seus serviços de engenharia civil sem a fiscalização adequada do tomador dos serviços, onerará esse tomador dos serviços, por imposição dos artigos 186 e 927 do Código Civil, *salvo se o dano se revestir de natureza trabalhista* – por exemplo, uma pedra que resvale do alto de uma construção e atinja um transeunte ou um desafortunado vizinho gerará o direito à reparação, porque entre a vítima e o causador mediato do dano não há um vínculo de emprego.

Poder-se-ia argumentar, com base em doutrina já bem consolidada de direito ambiental, que a responsabilidade do dono da obra em relação ao dano que causa à circunvizinhança seria inclusive objetiva, pois o art. 225, §3° da Constituição a imporia sem a necessidade de verificar-se a sua culpa. Nesse novo panorama, dizer-se que o dono da obra não tem responsabilidade solidária, sequer subsidiária, quando a sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando* gera um dano trabalhista, significa expropriar o trabalhador de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois é odiosa a consideração de que o direito laboral existiria para restringir direitos garantidos pela ordem civil.

E é ainda mais gravosa a situação quando se percebe que a Justiça do Trabalho poderia valer-se da competência que lhe é dada para apreciar causas relacionadas com acidentes de trabalho e, aplicando a mesma regra da imunização do dono da obra, decidir que a pedra caída sobre um empregado da construtora contratada para a execução da obra não implicaria a responsabilidade do dono da obra mesmo se ele houvesse incorrido em culpa na escolha da construtora ou na fiscalização dos seus serviços. Caísse a pedra sobre um estranho e a responsabilidade seria direta e objetiva, mas o empregado, por sê-lo, teria direito de cobrar apenas da construtora contratada, fosse idônea ou não. Melhor não pensar na hipótese de cair, no lugar da pedra, um empregado sobre

um transeunte.

8.6.2 A Súmula 331, IV e VI – a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, inclusive da administração pública

A essa altura, impende tratar da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, recomendada pelo item IV da Súmula 331 do TST. Essa responsabilização do tomador dos serviços teria como fundamento jurídico a regra insculpida nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que pressupõe – embora o enunciado da súmula a isso não faça referência – a culpa de quem contrata uma empresa interposta, sem ser criterioso ao escolhê-la ou na fiscalização de seus serviços.

Para outros, a responsabilidade do tomador dos serviços estaria fundada, *de lege ferenda*, na teoria do risco profissional, pois do ônus pela utilização de trabalho alheio não se poderia eximir o ente, pessoa ou empresa, a quem aproveitaria, em última análise, a utilidade dessa prestação laboral. Como o mencionado item IV da Súmula 331 não faz menção à culpa, está franqueada a discussão em que se digladiarão os defensores da culpa presumida (cabendo ao tomador dos serviços tentar elidir essa presunção) e os arautos do risco profissional.

A mais intensa polêmica se criou, todavia, no tocante à possibilidade de se responsabilizar o ente público ou paraestatal quando ele figurasse como tomador dos serviços, uma vez que a Lei 8.666/93 (a lei regente das licitações públicas) os teria exonerado, ao regular:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> §1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Sem embargo de ser essa a dicção legal, é imperioso lembrar que o artigo 173 da Constituição restringiu os casos em que o Estado brasileiro pode explorar atividade econômica e enfatizou, em seu parágrafo primeiro, inciso segundo, a sujeição de empresas públicas e sociedades de economia mista "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Logo, seria inconstitucional o artigo 71 da Lei 8.666/93 se pretendesse assegurar às empresas públicas e sociedades de economia mista um privilégio – isenção trabalhista – que não estende às empresas privadas, com as quais concorrem os citados entes paraestatais.

Isso faria questionável, porém, a adoção da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços nos casos em que é ele ente público sem atuação no mercado de bens ou serviços, já que haveria então a incidência do artigo 71 da Lei 8.666/93 sem que se pudesse cogitar de contraste entre o seu preceito e a ordem econômica consagrada pelo texto constitucional.

O Tribunal Superior do Trabalho assumiu, contudo, posição de vanguarda, ao enfatizar que o artigo 71 da Lei 8.666/93 vedava a solidariedade, mas não a responsabilidade subsidiária da Administração. E foi além, para explicitar que o fundamento jurídico para a responsabilização do órgão público ou da empresa estatal que exerce serviço público[cdiv], quando utilizam a força de trabalho humana através de empresa interposta, bem poderia ser o artigo 37, §6º, da Constituição, que assim dispõe:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa[cdv].

Tal fundamento foi, porém, afastado pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a ADC 16 ressaltou a impossibilidade de se aplicar o artigo 37, §6º, da Constituição para atribuir-se responsabilidade à administração pública quando esta promove a subcontratação de seus serviços. Aquela elevada corte afirmou que somente a existência de culpa *in vigilando* dos órgãos administrativos justificaria a imputação de mencionado ônus ao erário.

Em seguida, o TST revisitou o tema e o fez para decompor o item IV da Súmula 331 em dois enunciados, o primeiro a cuidar apenas da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços privado, nos moldes de sua jurisprudência já antes consagrada, e um novo item para tratar somente da hipótese em que o tomador dos serviços é órgão da administração direta ou indireta. Como acima se viu, acresceu-se o item V à Súmula 331 do TST para restar esclarecido que “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.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Em respeito à recomendação do STF, esclareceu-se, no mesmo item V, que “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Vale dizer: a

responsabilidade subsidiária da administração pública, pelo fato de ela figurar como tomadora dos serviços, pressupõe a contratação irregular da empresa prestadora dos serviços ou a negligência da administração na fiscalização dos serviços terceirizados. Fora daí não se cogita de responsabilizar-se o ente público quando a empresa por ele contratada para a prestação de serviços descumpre obrigações trabalhistas.

O TST poderia ter construído a sua jurisprudência de maneira a impor a responsabilidade direta da administração pública quando age ela com culpa na vigilância dos trabalhos terceirizados. Preferiu entender, contudo, que o artigo 71 da Lei 8.666/93 estaria vedando a responsabilidade direta ou a solidariedade do órgão ou empresa pública contratante, mas não a responsabilidade subsidiária destes. Se a vedasse, seria inconstitucional quanto aos entes da administração pública que realizam atividade econômica e de todo modo não incidiria (o art. 71 da Lei 8666) nos casos em que a responsabilidade derivasse da culpa do tomador dos serviços, ente da administração pública que atrairia contra si os preceitos que regem a responsabilidade civil (artigos 186 e 927 do Código Civil) por não ter fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Ao adotar essa linha de pensamento, a Justiça do Trabalho reage, com esteio na ordem jurídica, ao modo indisciplinado como os entes públicos vinham contratando empresas inidôneas para a viabilização dos serviços públicos, numa busca desenfreada por imunidade trabalhista, ao tempo em que assume o seu encargo político de fazer preponderar a dignidade do trabalho humano e o compromisso com a prevalência de direitos sociais que, por obra da Constituição em vigor, conferem identidade ao nosso Estado Democrático de Direito.

Conforme ponderou o ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADC 16, é preciso considerar que, ao transigirmos quanto à licitude da *terceirização* dos serviços públicos, estamos tolerando um modo de realização dos serviços públicos que escapa das balizas preconcebidas pela ordem constitucional, dado que a Carta de 1988 previu a desoneração da atividade estatal mediante o trabalho de servidores diretamente vinculados ao Estado brasileiro (art. 37 da Constituição). Não há sentido em abrir o sistema jurídico-constitucional, sobretudo na delicada área da proteção ao servidor público *lato sensu*, para ao final consentir a precarização do trabalho humano.

Como quer que seja, os itens IV e V da Súmula 331 do TST não convertem o tomador dos serviços em empregador, apenas fazendo recair sobre ele responsabilidade trabalhista subsidiária na hipótese de subcontratação lícita. Diferente é o que sucede por influência do item I do mesmo verbete sumulado,

que trata da subcontratação ilícita e importa a atribuição ao tomador dos serviços da qualidade de empregador.

8.6.3 A extensão da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

Fixada a premissa de que não se pode *terceirizar* serviços, ainda que se o faça licitamente (no âmbito de atividade-meio, por exemplo), sem que o tomador desses serviços assuma responsabilidade por obrigações trabalhistas contraídas pela empresa contratada, grassava alguma dúvida na jurisprudência a propósito de essa responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços abranger algumas cominações de natureza processual ou puramente sancionatórias, como aquelas previstas nos artigos 467 (acréscimo de 50% sobre verbas da cessação do contrato não quitadas até a primeira audiência) e 477, §8° (multa de valor equivalente a um salário pela mora na quitação de verbas da cessação do contrato) da CLT.

A fim de dirimir qualquer dúvida, o TST decidiu acrescentar ao verbete 331 da súmula de sua jurisprudência o item VI: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. Portanto, todas as parcelas de natureza pecuniária devidas pelo empregador são subsidiariamente devidas pelo tomador dos serviços, nos casos de *terceirização* lícita (conforme já se viu, na *terceirização* ilícita a responsabilidade é somente do tomador dos serviços, que passa a figurar na condição de empregador).

8.6.4 A subcontratação de serviços (*terceirização*) nas hipóteses de *contrato de facção*

Nada mais inquietante, para o estudioso do direito do trabalho, que os novos contratos de facção. Para que se compreenda a modalidade contratual que agora submetemos a análise, cabe reproduzir a pertinente digressão conceitual do magistrado catarinense Oscar Krost:

> Com o passar dos anos, pela dinâmica da vida e pela incessante busca pelo incremento da produção, acompanhada da redução de custos, criou-se uma figura híbrida na indústria, com elementos de "terceirização" e de empreitada, conhecida por "facção".
>
> Por tal ajuste, ocorre a fragmentação do processo fabril e o desmembramento do ciclo produtivo de manufatura, antes setorizado, dentro de uma mesma empresa. Há o repasse a um "terceiro" da realização de parte (facção) das atividades necessárias à obtenção de um produto final, fenômeno comum no ramo têxtil.
>
> Ocorre, por óbvio, a transferência de significativa parcela dos riscos do empreendimento, em grande parte das vezes a pequenos artífices, ex-empregados da contratante da "facção", os quais se veem obrigados a admitir outros trabalhadores, cujos direitos não encontram garantia no real beneficiário dos serviços.[cdvi]

Ilustrando o tema, vale notar que tal decomposição do processo produtivo tem sido relativamente comum no ramo de confecções, quando a indústria transfere para outras empresas as partes da atividade fabril que respeitam, por exemplo, ao desenho inicial, ao acabamento ou à etiquetagem. Embora se subcontrate a atividade-fim nesses casos, existem duas situações diferentes em que essa *terceirização* de serviços pode desenvolver-se: a empresa de facção pode atuar exclusivamente para uma determinada indústria de confecções ou oferecer seus serviços especializados para várias indústrias.

É evidente que a atribuição da qualidade de empregador ao tomador dos serviços resulta dificultada quando são várias as indústrias que assim se apresentam e o trabalhador ambientado na empresa de facção realiza serviços indistintamente para todas elas. O Tribunal Superior do Trabalho tem preferido, nesses casos, não reconhecer a ilicitude da prática de facção e, inclusive pelas razões práticas ora referidas, também não tem atribuído responsabilidade solidária ou subsidiária a uma determinada indústria, além daquela que seria imposta ao titular da empresa de facção[cdvii].

A matéria de não é, em verdade, de fácil deslinde, como se pode extrair de outro trecho do mesmo artigo jurídico de Oscar Krost:

> Se o próprio Direito Civil admite a atribuição de responsabilidade, de forma ampla e geral, a todos os responsáveis pela produção de um dano, em sentido lato, não há justificativa, pelo que

dispõe o art. 8º da CLT, para deixar de adotar este entendimento na esfera trabalhista, principalmente se considerada a natureza alimentar dos créditos nela originados.

A ausência de pessoalidade e de subordinação pelo empregado da empresa contratada não podem servir de óbice à responsabilização da contratante, já que tais requisitos não são exigidos pela jurisprudência quando ajustada a "terceirização" (TST, Súmula 331).

De outro lado, a exclusividade na prestação de serviços sequer se apresenta como elemento essencial do liame de emprego, podendo um empregado manter contratos com empregadores diversos, de modo concomitante, sem que um interfira no outro, caso típico de professores e de médicos, tampouco sendo exigida na "terceirização".

O cunho civil do pacto firmado entre contratante e contratada também não serve de impeditivo à co-responsabilização daquela, já que desta natureza também se revestem os contratos de "terceirização", de empreitada e de subempreitada.

O fato do trabalhador atuar fora do parque fabril da beneficiária final do trabalho não apresenta incompatibildade com a co-responsabilização desta por créditos trabalhistas gerados em face da contratada, já que a própria CLT, ao reger a relação de emprego "típica", regula hipótese de trabalho em domicílio, em seus arts. 6º e 83. Se dá, tão-somente, a mitigação da pessoalidade, fato igualmente ocorrido na "terceirização" e nas hipóteses de "teletrabalho".

No campo normativo, amparam a atribuição de responsabilidade solidária entre contratante e contratada no negócio de "facção" pelos préstimos dos empregados desta o disposto nos arts. 927, 932, inciso III, 933 e 942, todos do Código Civil.

A opção pelo repasse de parte do processo produtivo a terceiros traz em si, ainda de modo implícito, a assunção dos respectivos riscos, devendo aquele que assim proceder se cercar de todo o zelo, agindo com probidade e boa-fé, pelo que dispõe o art. 422 do Código Civil.

Afinal, como manifestado por SOUTO MAIOR [...] "*ainda que a terceirização representasse – o que não se acredita sinceramente – uma evolução em termos de técnica produtiva, sua implantação não pode resultar na impossibilidade de os trabalhadores receberem os direitos pelos serviços que já prestaram. (...) A responsabilidade, em uma terceirização considerada válida, deve ser sempre solidária, pois de uma forma ou de outra as empresas contratantes utilizam o trabalho prestado pelo empregado*."

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) atribui a todos os integrantes da cadeia produtiva, do fabricante ao importador, a responsabilidade objetiva por danos causados por produtos ou serviços que apresentem algum tipo de defeito (art. 12), não sendo razoável que os trabalhadores que atuaram em proveito desta mesma linha, tão vulneráveis quanto o destinatário final, estejam desguarnecidos de similar tutela.

Por fim, possível reexaminar o prescrito nos arts. 10 e 448, ambos da CLT, sob o prisma da atual estruturação do sistema fabril, fundamentando a co-responsabilização da contratante no entendimento de que, em sentido amplo, o negócio de "facção" representa uma modalidade de mudança "estrutural da empresa", atingindo os "direitos adquiridos" pelos trabalhadores, legal e constitucionalmente.

Sob qualquer prisma que se examine a questão, considerando se tratar a busca pelo aprimoramento das instituições de um objetivo incessante, necessário o reconhecimento, pelas vias legislativa e/ou jurisprudencial, da co-responsabilização da empresa contratante pelos haveres trabalhistas decorrentes da relação havida entre a contratada e seus empregados, como forma, inclusive, de assegurar o equilíbrio entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa. [cdviii]

Enquanto a jurisprudência evolui a propósito do modo como deve ser

assegurada a dignidade do trabalho humano nos contratos de facção que se realizam no interior da atividade fabril, eis que surge um novo tipo de conflito trabalhista: o contrato de facção engendrado por empresas voltadas ao comércio de confecções, grandes magazines ou lojas de departamento que resolveram produzir artigos de vestuário com a marca da loja para expor em suas prateleiras.

Nesse novo contexto, as sociedades mercantis alegam, não raro, que a atividade fabril é atividade-meio para quem sempre se dedicou a vender roupas prontas e agora também as produz para vendê-las. Invocam a jurisprudência que se forma a propósito do contrato de facção para que possam assim orientar todo o processo produtivo, dado que comercializariam um produto cuja qualidade estaria sob seu domínio. Em suma, fracionam a produção das confecções que vendem e instauram, enfim, não somente um modo inovador de produção e comércio, mas também uma questão jurídica vexatória.

Nota-se, em verdade, que se cuida de um processo de integração econômica que se diferencia daqueles a que outrora estavam acostumados os intérpretes e agentes do direito do trabalho. Não se cuida, em princípio, de sociedades empresárias que integram um grupo econômico vertical ou horizontal[cdix], de modo a atrair a incidência do art. 2º, §2° da CLT.

Na hipótese distinta de grupo econômico, o empresário constitui novas empresas com objetivos que podem variar “desde a diversificação do capital em atividades econômicas distintas para compensar riscos até a integração vertical de atividades em uma mesma estrutura produtiva, passando pelo incremento da rentabilidade de seus investimentos e pela maior cobertura do mercado de determinados produtos ou serviços”[cdx].

Em tempo mais recente, a descentralização da atividade produtiva se desenvolveu internamente, já agora sem expansão da atividade produtiva. Surgiu então a *terceirização* quando os serviços não essenciais – muita vez os serviços de limpeza, vigilância etc. – passaram a ser subcontratados a empresas especializadas, abandonando-se a prática, que serviu à diversificação da atividade principal, de formar novas empresas com destinação específica.

A terceirização amolda-se, portanto, a outra logística: em vez de se formar um grupo econômico de empresas sob uma direção econômica unitária, opta-se pela contratação de empresas autônomas especializadas. Observa Reginaldo Melhado que esse modelo tem aspectos que variam de caso a caso, esclarecendo o autor:

> [...] a reengenharia apoia-se nos princípios da deslocalização, desconcentração e descentralização, como o downsizing (redução programada de níveis hierárquicos e de porte da empresa, terceirizando atividades que não são a função principal da organização), o outsourcing (fornecimento externo), e o outplacement (recolocação). Criando estruturas gerenciais horizontalizadas, flexíveis e rápidas, as organizações buscam fazer com que seus quadros dirigentes se dediquem exclusivamente às atividades essenciais da empresa. [...]. Com isso, terceirizam-se atividades burocráticas, de manutenção, apoio e outras. Descentraliza-se a organização para 'reconcentrar' as atenções da direção de modo intenso e prioritário naquilo que é a alma do negócio[cdxi].

A solução jurídica para proteger o trabalhador foi diferente em cada um desses processos de integração: para os grupos econômicos prescreveu-se a solidariedade, por força de lei no Brasil (art. 2º, §2º da CLT) e, em outros países, como na Espanha, por construção jurisprudencial; para as terceirizações, previu-se a sua validação apenas nos casos de subcontratação de atividade-meio e se estabeleceu a responsabilidade subsidiária, na terceirização válida, do tomador dos serviços.

Embora os processos de reengenharia empresarial não se esgotem nesses dois modelos – o da formação de grupos econômicos para diversificação da atividade econômica e o de terceirização que visa à subcontratação de serviços especializados –, a alusão a ambos é necessária para que se compreenda a celebração do contrato de facção por sociedades mercantis que passam a produzir as mercadorias por elas vendidas. Quando uma empresa voltada à venda de confecções subcontrata a fabricação das peças de vestuário que venderá sob a sua própria marca e sob sua orientação, misturam-se os dois citados modelos de integração econômica: *diversifica-se* a atividade empresarial mediante a *subcontratação* da nova atividade. Revela-se, a bem ver, o fenômeno que alguns teóricos denominam *empresa-rede*[cdxii].

Sob a ótica do capital, desenha-se uma condição auspiciosa: a um só tempo, da regra da terceirização aproveita-se a imunidade parcial do tomador dos serviços (pois a ele somente se atribuiria a responsabilidade subsidiária), mas se desenvolve a reestruturação empresarial própria à formação do grupo econômico, dado que é de diversificação de atividade que se está a cuidar (à atividade terciária do comércio se agrega a atividade fabril que normalmente a precederia, com igual importância mas sem vínculo com o mesmo agente empreendedor).

Compondo-se assim o mosaico dos fatos que estariam a exigir alguma conformação jurídica, parece-nos que a solução adequada, ao menos nos casos em que pode ser dimensionada a parte da atividade produtiva que aproveita a

uma sociedade mercantil específica, é que a esta se atribua a condição de empregadora. Sequer haveria, em princípio, cabimento para a adequação jurídica mais mitigada e transigente que usualmente se adota para as terceirizações da atividade-meio. Seriam duas as razões para esse entendimento.

A primeira delas é que toda norma remete a um conflito anterior e a uma decisão do legislador que consagra, entre as resoluções possíveis e virtualmente justas, aquela que lhe pareça mais equânime – sob tal premissa, concluo, quanto à reflexividade que se pode emprestar ao art. 2º, §2º da CLT, que ela nos remete a uma opção do legislador de prescrever a responsabilidade direta do agente econômico que diversifica a sua atividade, sendo esse o modo como o direito do trabalho tradicionalmente harmonizou os princípios da liberdade de empreendimento e gestão com o princípio igualmente constitucional da proteção ao trabalhador (art. 1º, IV e art. 170 da Constituição).

O segundo motivo para atribuir-se à sociedade mercantil a qualidade de empregadora se situa no plano supralegal. É que o art. 1º, III, da Constituição impõe que a norma jurídica a ser aplicada não relegue a um nível secundário, na estratificação de interesses que coexistem e demandam regulação jurídica, a intervenção humana no processo produtivo (princípio da dignidade humana).

É a concepção do homem como um fim, jamais como um meio, insumo ou instrumento na produção de riqueza. Porquanto se trata de princípio constitucional, fundamento da República, a sua aplicação deve nortear-se pela busca da máxima efetividade e da proibição de retrocesso, não cabendo dispensar ao trabalhador terceirizado em vista da diversificação da atividade econômica uma proteção menor que aquela antes conquistada pelos trabalhadores envolvidos na formação, com igual objetivo, de grupos econômicos.

8.6.5 A igualdade de direitos entre os empregados da tomadora dos serviços e os empregados da empresa prestadora

Está visto que o direito do trabalho tem resistido à ideia de que se possa promover a *terceirização* de serviços com o objetivo subliminar de precarizar a prestação laboral. Em verdade, aceita-se a subcontratação do trabalhador em virtude de ela ser virtualmente necessária à realização de serviços especializados, o que se intensifica na mesma proporção em que se tornam complexas algumas atividades produtivas, em todos os ramos da economia.

Parece evidente, inclusive, que os avanços da biogenética exigem a intromissão de empresas especializadas no desenvolvimento da agricultura e da pecuária, a exemplo do que sucede com a nanotecnologia e a automação nas atividades fabris e de serviços, para não dizer da pluralidade de novos contextos relacionais e operacionais que se descortinam nas atividades voltadas às áreas de comunicação e de distribuição de energia, às vezes imbricadas aquelas e estas.

A aparente conveniência ou quiçá a pontual necessidade de as empresas tradicionais contratarem serviços especializados a outras empresas não deve, porém, levar a reboque a dignidade da condição de trabalho conquistada pelos empregados que antes formavam na categoria dos trabalhadores contratados diretamente pela empresa tomadora, ou seja, pela destinatária final dos serviços. Nos processos trabalhistas que hoje tramitam na Justiça do Trabalho, percebe-se claramente que há, não raro, a tentativa de reduzir direitos a pretexto de que a *terceirização* serviria para o realinhamento dos salários e a promoção de novo enquadramento sindical, invariavelmente em prejuízo dos trabalhadores.

Cabe recordar que a primeira manifestação de tolerância à subcontratação de serviços deu-se com a edição da Lei 6.019/74, a lei do trabalho temporário. Não obstante essa lei preveja a possibilidade de subcontratação de trabalhadores temporários para a realização de serviços na atividade-fim (especialmente para a substituição transitória de pessoal regular ou permanente ou ainda em razão de acréscimo extraordinário de serviços), o seu art. 12 assegura igualdade salarial entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa-cliente, por eles transitoriamente substituídos. A *terceirização* não pode, por ser eventualmente relevante na gestão empresarial, ser o mote para implementar-se uma condição inferior de trabalho.

Quando houve de enfrentar essa matéria no tocante à *terceirização* dos serviços no âmbito da administração pública, o TST foi firme ao afirmar: “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 nº 6.019, de 03.01.1974". Assim se manifestou o TST por meio da orientação jurisprudencial 383 da sua subseção SBDI-1.

É bom ver que a corte trabalhista assentou uma premissa que extrapola o universo mais restrito da *terceirização* de serviços na administração pública, embora a ele textualmente se refira. A decisão se fez mais urgente na subcontratação de serviços públicos porque mesmo quando ela ocorre para a realização da atividade-fim, ou seja, para a execução da atividade estatal ou da atividade normalmente cometida à administração pública descentralizada, não é possível à Justiça do Trabalho atribuir a qualidade de empregador ao órgão público ou à empresa estatal, dado que lhe impediria a necessidade de prévio concurso de provas e títulos (art. 37, II da Constituição). Mas a premissa estabelecida pela Justiça do Trabalho é transcendente: por analogia ao art. 12 da Lei 6.019/74, a *terceirização* implica a igualdade de salários entre os empregados da empresa *terceirizada* e aqueles contratados diretamente pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções.

8.6.6 A terceirização da atividade-fim nos serviços de telefonia e de energia elétrica

A propósito dos serviços de telefonia, que permeiam a realidade do homem contemporâneo, dispõe o art. 94 da Lei 9.472, de 1997:

> Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:
>
> I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;
>
> II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.
>
> § 1° Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.
>
> § 2° Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

O mesmo sucedeu quando se organizou o setor de energia elétrica e a Lei 8.987, de 1995, previu a possibilidade de a empresa concessionária contratar com terceiros as atividades inerentes, acessórias ou complementares (art. 25, §1°).

Em uma interpretação gramatical desses dispositivos, dir-se-ia que a concessionária pode operar a telefonia ou a energia elétrica mediante a utilização de coisas e pessoas que, respectivamente, não lhe pertencem nem por ela foram diretamente contratadas.

E o que interessa em particular: também se inferiria que, havendo conflito de ordem puramente consumerista ou econômica, os usuários (ou consumidores) e a Agência estariam protegidos, pois poderiam atribuir responsabilidade à concessionária, sem demandar necessariamente contra a prestadora dos serviços; havendo, porém, conflito de ordem laboral, a lei seria omissa quanto à obrigação de a concessionária honrar igualmente os haveres trabalhistas e assim se poderia intuir que os trabalhadores poderiam cobrar seus créditos, de natureza alimentar, somente das empresas interpostas.

As citadas leis são, em rigor, omissas inteiramente quanto à matéria trabalhista, pois importou ao legislador regulamentar os serviços de telefonia e de energia elétrica e a relação entre as empresas que os executariam e dois de seus interlocutores: a agência reguladora e os consumidores. Em decisão emblemática (E-RR-586.341/1999.4), a SBDI-1 repeliu a adoção por reflexo da citada lei para que se imunizasse a empresa concessionária das obrigações trabalhistas que derivariam, segundo a jurisprudência antes consolidada, de seu vínculo direto com os empregados envolvidos em sua atividade-fim. Cabe

transcrever fragmento do voto prevalecente, proferido pelo eminente Ministro Vieira de Melo Filho:

> Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. Seria a interdisciplinaridade às avessas, pois a norma geral administrativa estaria a rejeitar a norma especial trabalhista e seu instituto fundamental. O instituto que lhe dá feição característica e autonomia científica, pois, no conceito de empregado e empregador, vinculadas as atividades daquele às atividades essenciais e primordiais deste, teríamos uma interposta pessoa, sempre. Não teríamos mais uma relação bilateral, haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral, em detrimento da legislação social e seus preceitos cogentes.
>
> De outro giro, a terceirização na esfera finalística das empresas, além de atritar com o eixo fundamental da legislação trabalhista, como afirmado, traria consequências imensuráveis no campo da organização sindical e da negociação coletiva. O caso dos autos é emblemático, na medida em que a empresa reclamada, atuante no setor de energia elétrica, estaria autorizada a terceirizar todas as suas atividades, quer na área fim, quer na área meio. Nessa hipótese, pergunta-se: a CELG, apesar de beneficiária final dos serviços prestados, ficaria totalmente protegida e isenta do cumprimento das normas coletivas pactuadas, por não mais responder pelas obrigações trabalhistas dos empregados vinculados aos intermediários? Não resta dúvida de que a consequência desse processo seria, naturalmente, o enfraquecimento da categoria profissional dos eletricitários, diante da pulverização das atividades ligadas ao setor elétrico e da consequente multiplicação do número de empregadores. Todas essas questões estão em jogo e merecem especial reflexão.

Qualquer outra exegese pareceria *desconstrutiva*, pois faria caso dos modelos hermenêuticos gerados após longo debate jurisprudencial no âmbito do judiciário trabalhista. Embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer os parâmetros que viabilizam a progressão da economia – inclusive na perspectiva da geração de emprego e renda – sem aviltamento da dignidade humana. Os sistemas econômico e jurídico-trabalhista não se excluem, antes devendo interagir.

Em valioso trabalho monográfico sobre o tema, Antônio Álvares da Silva pondera, em sentido contrário, que “a atividade de telefonia [...] é multifária. Exige uma séria de atividades em permanente expansão, pois é um ramo em que as descobertas, a exemplo da informática, são constantes e a mutabilidade se constitui em regra geral. Amarrá-las a conceitos fechados, presas em súmulas e forjadas em circunstâncias que não mais existem é um erro que não pode persistir. Por isto, a lei teve em mira com as palavras inerente, complementar e acessória permitir a ampla terceirização exatamente para que os objetivos destas empresas pudessem ser atingidos”[cdxiii].

Ao fim, o professor e magistrado mineiro sustenta, com argumentos muito persuasivos, que a norma permissiva da *terceirização* dos serviços inerentes à operação de telefonia não impediria, de toda sorte, que se atribuísse responsabilidade trabalhista solidária à empresa concessionária[cdxiv], inclusive com esteio na responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, dado que "do mesmo modo que evoluiu da culpa para risco, a fim de que se tornassem ressarcíveis todos os danos sociais, também a responsabilidade trabalhista se transforma e vai se baseando não mais na culpa, mas na responsabilidade proveniente do ato de empregar, que é uma nova forma de risco da sociedade contemporânea"[cdxv].

Quando se combinam a tese da responsabilidade solidária da empresa concessionária com a igualdade salarial devida por analogia ao art. 12 da Lei 6.019/1974 (*vide* OJ 383 da SBDI-1 do TST, a qual se refere somente à terceirização na administração pública porque somente nela a interposição de mão-de-obra na atividade-fim não gera a correção da condição de empregador, mas por isso se aplicaria naturalmente a outros casos nos quais se repetisse o mesmo fenômeno), percebe-se que o resultado econômico da proposta encaminhada em citada obra seria semelhante àquele que derivaria da imputação à concessionária da qualidade de empregadora. É como dizer: a aplicação das normas trabalhistas e das normas de direito civil civis que cuidam de responsabilidade bastariam, de um modo ou de outro, para não permitir que a intermediação do trabalho humano implicasse a adoção de condições laborais menos vantajosas que aquelas asseguradas aos empregados da própria empresa concessionária.

Entendemos, porém, que as considerações do magistrado mineiro não comportam acolhida imediata e incondicional. É que, noutra linha de raciocínio, não concebemos a intermediação de trabalho no setor elétrico ou de telefonia como um modelo de *terceirização* que deveria render-se, desde logo, à inexorável necessidade de contratar-se mediante terceiro para que se contrate a preço menor.

A bem dizer, não se ignora a amplitude das práticas de *outsourcing* e, nesse panorama, a existência de atividades-fim que seriam atual e ilicitamente terceirizadas, de modo aparentemente impune, em alguns setores da economia. Mas a verdade é que assim se dá enquanto a prática da *terceirização*, envolta nos cânones da mutabilidade e da eficiência das novas formas de organização empresarial, não gera precarização e conflito trabalhista. Se e quando a presença

da empresa interposta não se justifica pela especialização dos serviços, mas sim para a redução do custo trabalhista – o que se evidencia por gerar salários e outras condições de trabalho desiguais em relação às condições garantidas para os empregados da empresa tomadora dos serviços –, a intervenção estatal faz-se indispensável para que se resgate a eficácia dos mais caros princípios do direito do trabalho, e do direito constitucional do trabalho por igual.

À Justiça do Trabalho se comete a relevante tarefa de decidir, em concreto, sobre as condições de trabalho aquém das quais estaria comprometido o mínimo existencial, ou seja, o limite de indisponibilidade a partir do qual se pode exercer a liberdade de empreendimento. Embora esses lindes impostos à ação econômica tenham suporte constitucional, decerto que o princípio da irrenunciabilidade, no âmbito do direito do trabalho, concerne à própria razão de existir desse ramo do direito privado e remonta ao tempo em que concebido o direito do trabalho.

A indisponibilidade do direito trabalhista não nasceu, truísmo é dizer, com a Carta Política de 1988, embora com ela se houvesse qualificado. O seu fundamento não é, ou não é apenas, a presunção de que estaria invariavelmente coagido o trabalhador que aceita condições adversas ou mesmo injustas de trabalho. A premissa fundante da indisponibilidade do direito laboral é a necessidade de se estabelecer um patamar mínimo de exploração do trabalho humano, sem que se ultrapasse a fronteira do trabalho digno.

Há algum tempo, os tribunais do trabalho perceberam, na prática da *terceirização*, o possível interesse da mercantilização do labor humano e, com vistas a divisar um limite para a realização de atividade econômica sem vínculo direto com o trabalhador, mas sem inviabilizá-la inteiramente, evoluiu no sentido de permitir a interposição de mão-de-obra nas condições que se extraem da Súmula 331 do TST.

Após longo tempo de reflexão, entremeado pela edição de verbete mais restritivo (Súmula 256), a jurisprudência estabeleceu um novo princípio, um *mandado de otimização* a partir do qual se regraria a tolerância à intermediação de mão-de-obra e que está fundado na razoabilidade de se a permitir quando o seu justo motivo é o modo especializado com que se pretende desenvolver serviços periféricos da empresa, não enquadrados na cadeia técnica de produção de bens e serviços.

A máxima de que se deve tolerar a *terceirização* apenas na atividade-meio fora inicialmente extraída das normas infraconstitucionais[cdxvi], as mesmas que atribuem a condição de empregador à pessoa física ou jurídica que necessita

de trabalhadores para exercer atividade econômica e efetivamente os contrata, pois lhe cabe assumir os riscos dessa atividade (art. 2º da CLT).

Embora qualificando-se por sua evidente afinidade com os postulados da dignidade humana e do valor social da livre iniciativa, ambos com matriz constitucional (arts. 1º, III e IV, e 170 da CF), o princípio da responsabilização do tomador dos serviços remonta à época em que editada a Súmula 256 (1986), vale dizer, a uma época em que os princípios constitucionais não se revestiam da força normativa inaugurada com a Constituição de 1988. Na ordem constitucional anterior, a livre iniciativa era um princípio autárquico, não atrelado ao valor social, e a dignidade humana surgia apenas no capítulo da ordem econômica e social, não como um fundamento da República, mas como um objetivo a ser alcançado mediante a valorização do trabalho.

Tal não impediu que a Justiça do Trabalho estabelecesse um limite a partir do qual se toleraria a intermediação do labor humano, um padrão lógico que vem de balizar a licitude dessa prática sempre que ela se torna conflituosa e tal conflito se mostra decorrente da precarização das condições de trabalho, quando cotejadas com aquelas que existiriam se o fato objetivo da *terceirização* não estivesse presente.

Nessa hipótese, proscreve-se a *terceirização* da atividade-fim, vale dizer, ao titular da empresa tomadora dos serviços deve ser imputada a qualidade de empregador, para efeitos trabalhistas. À semelhança do que ocorre na relação entre os trabalhadores eletricitários e as empresas do setor elétrico, visivelmente imbricados na atividade-fim destas, também não há dúvida de que as empresas concessionárias da atividade de telefonia relacionam-se com os usuários desses serviços por meio dos operadores de *call center*, inexistindo modo mais evidente de conformação ao conceito de atividade-fim que aquele no qual o trabalho se realiza na relação entre fornecedor e cliente. É da atividade-fim do fornecedor dos serviços que estamos a tratar.

E se há um princípio regente do direito do trabalho, resultante da ponderação levada a efeito pelos agentes da jurisdição trabalhista, a exegese do art. 94, II da Lei 9.472/1997 e do art. 25, §1º da Lei 8.987/1995 a ele deve moldar-se, interpretando-se a autorização de “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes” sem apego em demasia ao léxico, que conduziria à imunização dos setores de energia elétrica e de telecomunicações quanto à norma a que estariam sujeitos todos os outros setores de produção. Não obstante reconheçamos as possíveis dificuldades no enfrentamento do tema, são essas as razões pelas quais entendemos deva aplicar-se a Súmula 331, I do TST

nos casos em que as concessionárias dos serviços de telefonia ou energia elétrica *terceirizam* a sua atividade-fim e, por isso, a elas deve ser atribuída a condição de empregadora.

9 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

Augusto César Leite de Carvalho

9.1 Conceito

Não há erro, em linguagem atécnica, quando se usam, indistintamente, os termos *remuneração* e *salário*. A origem etimológica dessas duas palavras[cdxvii] autorizaria, em verdade, a sinonímia. A semântica jurídica trilha, porém e no Brasil, um outro caminho, com o claro anseio de impedir que o empregador se beneficie da energia de trabalho do empregado sem lhe pagar, *diretamente*, ao menos o salário mínimo. A fórmula legal, elaborada com tal intenção, é a seguinte:

REMUNERAÇÃO = SALÁRIO + GORJETA

O artigo 457 da CLT define *salário* como a parte da *remuneração* que é contraprestacional e é paga diretamente pelo empregador. No conjunto da remuneração, o que excede o seu elemento mais restrito, o salário, é a gorjeta paga por terceiros. Para além da fórmula legal, podemos somar à gorjeta, como verba *remuneratória*, mas não *salarial*, uma outra atribuição econômica que não se configure uma contraprestação ajustada, nem por ajuste expresso, nem por ajuste tácito[cdxviii].

É bom ressaltar, a essa altura, que a *comutatividade* do contrato de emprego não importa a exata equivalência de prestações, quer pela necessidade de ocorrer a *mais-valia* na relação empregatícia, quer em razão de o empregador dever o salário mesmo quando há apenas a disponibilidade da força de trabalho ou até em períodos de interrupção contratual. Por isso, Amauri Mascaro Nascimento[cdxix] destaca que a vertente teórica de maior aceitação, nos tempos de hoje, é a que se conhece como *teoria da contraprestação do contrato de trabalho*, mais abrangente que as teorias *da contraprestação do trabalho* e *da contraprestação da disponibilidade do trabalhador.*

Há, enfim, duas questões introdutórias que merecem um especial cuidado do intérprete do direito do trabalho. Da primeira logo trataremos, pois é concernente à aceitação, especialmente pela doutrina, da relação de continência, prevista no já citado artigo 457 da CLT, entre *remuneração* e *salário*. A segunda questão propedêutica será analisada quando cuidarmos da gorjeta, sendo pertinente à observância, pela jurisprudência, da regra que impede o empregador de computar a gorjeta na composição do salário mínimo.

Para que não embaracemos os temas, há a intenção de inicialmente tratar, neste capítulo, de todos os aspectos concernentes ao salário, para somente depois explorarmos as inquietantes questões relativas ao círculo maior da remuneração, aí incluídas as gorjetas e parcelas similares (direito de arena e outras *oportunidades de ganho*).

9.1.1 As teorias da tripartição e da bipartição

Alguns autores sustentam a existência de uma terceira espécie de retribuição do trabalho (que se soma ao salário e ao seu gênero, a remuneração), sendo ela destinada a *indenizar* o empregado por despesas efetuadas em razão do labor ou pela condição de trabalho desconfortável ou arriscada. Seriam as *indenizações,* referidas, entre nós, por Rodrigues Pinto[cdxx] e Orlando Gomes e Elson Gottschalk[cdxxi]. Ou seja: além das indenizações em sentido estrito, como aquela prevista no artigo 479 da CLT para os casos de ruptura antecipada de contrato a termo[cdxxii], teriam caráter indenizatório os *adicionais*.

Outros juslaboralistas rejeitam a tese da tripartição, por entenderem que os adicionais também *remuneram*. No plano teórico, não nos parece que a teoria da tripartição mereça essa crítica, uma vez que, embora os adicionais correspondam a alguma prestação de trabalho (e por isso seriam, essencialmente, remuneratórios), decerto que a sua motivação é mesmo a adversidade ou o risco do labor cuja remuneração é acrescida de tal adicional. Assim, o desconforto relativo ao tempo de trabalho justifica os adicionais noturno e de hora extra; quando é o lugar de trabalho que é desfavorável, surge o adicional de transferência; os adicionais de periculosidade e de insalubridade compensariam o risco à incolumidade física e à saúde, respectivamente.

A representação geométrica da retribuição do trabalho, assim compreendida, seria formada por círculos concêntricos que envolveriam, do menor para o maior, as parcelas salariais, as verbas remuneratórias e, no círculo da extremidade, as indenizações. A imagem permite notar a força atrativa do núcleo salarial, assim definida por Rodrigues Pinto[cdxxiii]:

> Por seus caracteres de alimentariedade e irredutibilidade, o salário exerce sobre todas as demais parcelas retributivas uma força de atração para seu núcleo, de modo a consolidar com elas a expectativa de subsistência do empregado. A atração exercida por essa força do salário se faz gradualmente, através do fator habitualidade, ou seja, reiteração no tempo, que se apresente no pagamento de qualquer das demais parcelas.

Contudo e como já ressaltado, há os que incluem os *adicionais* no círculo da remuneração, abstraindo da existência de uma terceira espécie – as indenizações – da retribuição do trabalho. É a teoria da bipartição. Tem ela, no Brasil, o respaldo de estar em consonância com o texto legal, sendo a preferida pelos órgãos jurisdicionais, conforme se pode inferir dos termos usados na redação da Súmula 63 do TST:

> A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a remuneração mensal devida ao empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais.

Como quer que o teórico ou o aplicador do direito do trabalho se posicione, tripartindo ou apenas bipartindo o conjunto remuneratório, é certo que o caráter alimentar do salário não se estende, ao menos com igual intensidade, às parcelas que se situam nos círculos extremos da retribuição do trabalho, que concernem à remuneração e, para os que a tripartem, às indenizações. Importa dizer, por outra via, que a atribuição econômica não poderá ser extraída do patrimônio do empregado, tão logo seja atraída pelo núcleo salarial e se converta, assim, em salário.

A utilização, pelo legislador e por segmento expressivo do Poder Judiciário, do termo *remuneração* com o intuito de abranger também os adicionais – o que implica a inclusão destes na quantificação das verbas que têm a *remuneração* como base de cálculo – induz-nos à opção de tratar os adicionais, doravante, como parcelas remuneratórias que se podem converter em salariais. Há, aqui, uma clara concessão nossa ao conceito legal.

Estudaremos, porém, as características do salário e, somente depois, as da remuneração.

9.2 O salário

Enfatizamos a natureza salarial e a força atrativa do núcleo salarial. O empregado que recebe, habitualmente e do empregador, uma parcela que, a princípio, revestia-se de natureza remuneratória, incorpora-a ao seu patrimônio, daí por diante. Assim ocorrerá porque a parcela que tinha natureza remuneratória ter-se-á convertido, por ser habitual, em parcela com natureza salarial. A habitualidade da multicitada parcela fará presumir o ajuste tácito e se atenderá, desse modo, aos dois pressupostos do salário: o pagamento direto pelo empregador e a origem contratual ou contraprestacional[cdxxiv].

Acontecem outras situações, por certo, em que também se pode induzir o ajuste tácito, malgrado a inocorrência da habitualidade. Se em uma empresa houve, sem expressa previsão legal ou contratual, o pagamento de uma vantagem qualquer a todos os empregados, a abrupta supressão dessa vantagem não pode ocorrer, mormente se em prejuízo, apenas, dos empregados que teriam sido admitidos poucos meses antes, pois é fácil verificar que a mencionada vantagem era objeto de um acerto implícito entre os empregados e o empregador. De novo, a contratualidade e o pagamento direto pelo empregador estariam a caracterizar a vantagem como *salário*, obstando sua supressão.

A habitualidade é, portanto, um indício da contratualidade, o seu indício mais freqüente, mas nada impedindo ao agente do direito laboral que consulte, ao solucionar um caso concreto, a existência de outros indícios.

Fixadas essas premissas, interessa analisar a razão primeira da distinção entre salário e remuneração, qual seja, a previsão de um salário mínimo. Em seguida, trataremos das modalidades de salário e, afinal, da sua subdivisão em salário-base e complementos salariais. Após examinarmos também as características da remuneração, voltaremos a cuidar de salário para, então, identificarmos os princípios que informam a teoria jurídica do salário. Sigamos, portanto, esse roteiro.

9.2.1 O salário mínimo

O artigo 7º, IV, da Constituição assegura, como direito social do trabalhador urbano ou rural: "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim". Ao exigir uma providência normativa por parte do legislador ordinário, visando à complementação de seu conteúdo, revela-se o citado preceito uma norma constitucional de eficácia limitada[cdxxv].

Isso tem permitido ao legislador infraconstitucional a atribuição de valores pouco consentâneos com a finalidade do salário mínimo, sem que uma possível argüição de inconstitucionalidade – das leis que assim dispõem – possa surtir algum efeito prático. Além disso, a impossibilidade, prevista no dispositivo constitucional acima reproduzido, de vincular o salário mínimo a outras prestações, tem produzido uma confusa jurisprudência sobre o alcance dessa restrição, dividindo-se os intérpretes e aplicadores do direito constitucional e do trabalho entre os que a generalizam[cdxxvi] e aqueles que entendem não estar vedada a vinculação ao salário mínimo de prestações que têm natureza igualmente remuneratória[cdxxvii], a exemplo do piso salarial e do adicional de insalubridade.

O debate se acentuou quando o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4 com o seguinte teor: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Em seguida, o TST reviu o enunciado de sua Súmula 228 para ali constar: “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

A Confederação Nacional da Indústria aforou reclamação constitucional perante o STF (RC 6266-0/DF), ao argumento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade não poderia ser alterada pelo TST sem autorização expressa em lei, e obteve decisão liminar por meio da qual foi suspensa a

eficácia da Súmula 228 do TST. A contenda entre os órgãos do Poder Judiciário, não obstante a natural prevalência do entendimento do STF, ou seja, daquele órgão ao qual se atribui a mais qualificada interpretação constitucional, revela a complexidade do tema e a sua difícil resolução.

Semelhante ao que ocorria sob a ordem constitucional anterior, a Constituição atual está, ainda, consagrando o salário mínimo familiar, pois o será aquele que atender a necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Isso não obstante, inclui, como já o fazia a Constituição de 1967/1969, o salário-família entre os direitos sociais, sendo este um benefício previdenciário que, paradoxalmente, nasceu da necessidade de se transferir para a Previdência o custo adicional do trabalhador que tinha prole, mas nem por isso haveria de ser discriminado. Fosse *realmente* familiar o salário mínimo e decerto não se conviveria, tão facilmente, com essa incoerência interna do texto constitucional.

9.2.1.1 Salário mínimo profissional. Piso salarial

Entre os direitos sociais por cuja implementação firmou compromisso o Estado brasileiro, está aquele previsto no artigo 7º, V, da sua Constituição: "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho". A lei ou a norma coletiva de trabalho podem fixar, portanto, a remuneração mínima devida aos trabalhadores que integram uma certa categoria profissional ou, sendo essa categoria composta por trabalhadores que exercem vários ofícios, a norma coletiva instituirá piso salarial que se amolde à complexidade e à duração do trabalho de cada qual.

Lembra Sergio Pinto Martins[cdxxviii] que a Lei 8.542, de 1992, autorizava a fixação, por contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, do piso salarial referido no capítulo constitucional dos direitos sociais. A bem da verdade, o dispositivo que assim previa foi derrogado quando o governo federal resolveu, por medida provisória (MP 1950), revogar os artigos de lei que tratavam de instituto natimorto, o contrato coletivo de trabalho. A revogação não ofuscou, porém, uma evidência: o piso salarial pode, mesmo, ser regulado por norma coletiva de trabalho.

Um velho dissenso doutrinário e jurisprudencial, a propósito de o piso salarial somente poder ser fixado mediante lei, ou também o ser por norma abstrata da categoria, não tem mais razão de ser. Até antes da Constituição de 1988, a fixação de piso salarial por sentença normativa estava restrita às hipóteses em que lei o autorizasse[cdxxix]. Por outro viés, restará ineficaz, ainda hoje e por vício de iniciativa, a decisão judicial que estabelecer piso salarial em favor de servidores públicos. Não vislumbramos, contudo, qualquer utilidade em se investir na tese, meramente acadêmica, de que não seria possível fixar piso salarial, salvo mediante lei. Ao que notamos, o Supremo Tribunal Federal não considera essa distinção conceitual[cdxxx].

Quanto ao piso salarial fixado em lei, há exemplos significativos. A Lei 3.999/61 fixa o salário mínimo dos médicos em três vezes o salário mínimo geral, rezando o seu artigo quinto que os auxiliares dos médicos, vale dizer, os auxiliares de laboratoristas[cdxxxi], radiologistas[cdxxxii] e internos têm direito a salário profissional equivalente a duas vezes o salário mínimo. A Lei 4.950-A/66, por sua vez, assegura piso salarial de valor equivalente a cinco ou seis salários mínimos para engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e

veterinários, a depender de o profissional ter-se graduado em menos de quatro anos ou em mais tempo, respectivamente.

Há algum tempo, editou-se a Lei Complementar n. 103, de 14/7/2000, com os objetivos não disfarçados de a União transferir a outros entes da Federação a responsabilidade pela fixação do salário mínimo e de permitir, até por isso, que seja este fixado em valor diferente para cada Estado, em aparente desvirtuamento da norma constitucional, que exige seja o salário mínimo nacionalmente unificado. Como o artigo 7º, IV, da Constituição, não permitia que assim sucedesse e havia, por parte da presidência da República, o claro propósito de reagir, sem onerar a Previdência, à pressão social pela majoração do mínimo legal, atribuiu-se aos Estados e ao Distrito Federal a competência para fixar piso salarial. O artigo primeiro da citada lei complementar tem a seguinte dicção:

> Art. 1º. Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Logo se dissipou, porém, a suspeita de que assim se deflagraria uma tentativa governamental de emprestar-se à expressão *piso salarial* o inédito significado de *salário mínimo estadual.* Não tardou para que todos entendessem a necessidade de o piso salarial ser fixado na proporção da complexidade e da extensão do trabalho, pois assim está assentado na Constituição e decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Consubstanciam institutos diversos o piso salarial e o salário mínimo - incisos IV e V do artigo 7º da Carta Federal. Ao primeiro exame, conflita com os textos constitucionais lei estadual que, a pretexto de fixar piso salarial no respectivo âmbito geográfico, acaba instituindo, por não levar em conta as peculiaridades do trabalho - extensão e complexidade -, verdadeiro salário mínimo estadual - Lei nº 3.496/2000 do Estado do Rio de Janeiro (STF, Tribunal Pleno, ADI 2358 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/02/2001, DJ 27-02-2004 PP-00019).

Em suma, o piso salarial deve sempre estar associado às especificidades da categoria agraciada. Os estados da Federação que tinham interesse em fixar piso salarial para os trabalhadores que neles se ativavam logo perceberam que deveriam ajustar-se à exigência constitucional de combinar valores com os critérios de complexidade e extensão, editando novas leis estaduais que atendiam, finalmente, a essa diretriz. O Supremo Tribunal Federal foi provocado uma vez mais, respondendo que eram constitucionais, porque fixavam pisos diferenciados segundo os parâmetros da complexidade e da extensão do

trabalho, as leis fluminenses[cdxxxiii] e paranaenses[cdxxxiv] que fixavam pisos salariais.

Sobre o piso salarial que pode ser fixado em norma coletiva, as categorias profissionais têm revelado a preocupação de não vinculá-lo ao salário mínimo, fixando-o em valor nominal. A já referida oscilação do Supremo Tribunal Federal, quando teve que pronunciar a constitucionalidade, ou não, das normas que vinculavam prestações salariais ao salário mínimo, justifica a preocupação.

Duas questões, ainda relativas ao salário mínimo, que merecem breve reflexão. São elas relativas às jornadas reduzidas e ao salário variável. Ao enfrentá-las, vamos tratar logo de diferenciar os modos de fixação do salário. Como adiante se vê, o salário pode ser fixado *por unidade de tempo*, *por unidade de obra* ou *por tarefa*, sendo esse último uma tentativa de combinar os dois tipos anteriores.

9.2.1.2 O salário por unidade de tempo e o salário mínimo. Jornada reduzida

O salário, seja o seu valor igual ou superior ao mínimo legal, pode ser ajustado à razão do tempo de trabalho, quando então o empregado receberá um valor contratado por cada hora, dia, semana ou mês de trabalho. A sua classificação como um empregado horista, diarista, semanalista, quinzenalista ou mensalista pode repercutir no cálculo de algumas vantagens trabalhistas[cdxxxv], mas deve ficar esclarecido que o empregado é horista pelo fato de o seu salário ser calculado na proporção das horas de trabalho, e não por recebê-lo ao final de cada uma dessas horas. Se o referido empregado receber o seu salário, apurado por hora de trabalho, ao final de cada mês, ainda assim será um empregado horista, o mesmo se dando quanto aos diaristas, semanalistas etc.

Quando o empregado é horista, diarista ou semanalista, o salário que corresponderá às horas ou dias da semana deverá ser sempre acrescido da remuneração do dia de repouso semanal e dos feriados de observância obrigatória[cdxxxvi], desde que o empregado tenha sido assíduo e pontual na semana anterior[cdxxxvii]. Logo, o empregado recebe o equivalente a sete dias de salário, se é diarista e trabalhou, sem falta ou atraso, nos seis dias úteis da semana. Sendo de menos de seis dias o tempo ajustado de trabalho, computar-se-á esse tempo reduzido, dividindo-se o salário semanal, se for este o caso, pelo número de dias de labor, para assim se calcular a remuneração do dia de repouso semanal[cdxxxviii].

Quando o empregado é quinzenalista ou mensalista, no valor do seu salário já está incluída a remuneração do seu repouso semanal ou em feriados[cdxxxix].

Voltando ao salário mínimo, cabe lembrar que este é previsto para o mês de trabalho, mas as leis que estabelecem o seu valor também referem, não raro, o salário mínimo horário e o salário mínimo por dia de trabalho[cdxl]. Portanto, é lícito ao empregador ajustar uma jornada menor que a legal e pagar ao empregado o salário mínimo proporcional à carga horária contratada. Em outras palavras, o que autoriza o pagamento de salário menor que o mínimo mensal é o ajuste de jornada reduzida[cdxli], não havendo necessidade de contrato escrito pertinente ao salário, como por vezes se sustenta.

Em nosso entendimento, a única categoria que, recebendo por unidade de tempo, não deve ter salário mínimo menor que o mensal é a dos .domésticos, pois, se a ordem jurídica diz ser incompatível a fixação de jornada com a modalidade de trabalho destes, negando-lhes o direito a horas extras, também não pode consentir seja reduzido o seu salário na proporção de sua jornada. E, salvo na hipótese de o empregador pretender assegurar proteção maior que a estritamente jurídica, o salário mínimo do doméstico não é fixado na proporção dos dias de trabalho, porque se o trabalho é descontínuo o trabalhador é diarista, sendo vedado, segundo a orientação prevalecente, o seu enquadramento na definição de empregado doméstico, assente na Lei 5.859, de 1972.

9.2.1.3 O salário variável e o salário mínimo. Hipótese de jornada reduzida

O salário pode ainda ser ajustado por unidade de obra ou serviço. Trata-se de salário *fixo,* pois se fixa um valor ou um percentual para certa medida de obra ou serviço; e é também salário *variável,* porque oscila o seu valor no tempo. É o caso, *exempli gratia,* do empregado que recebe um valor previamente ajustado para cada peça que fabrique (peceiro) ou um percentual qualquer sobre o resultado das vendas que porventura realize (comissionista). Os exemplos seriam vários, existindo, inclusive, a possibilidade de a comissão ser fixada em valor nominal (uma certa quantia por cada peça vendida), e não na forma percentual.

Regra geral, o salário por unidade de obra é individual, sendo apurado segundo o desempenho de seu credor, exclusivamente. Mas é possível que o salário por obra seja calculado com base na produção de uma equipe de trabalhadores, a isso se denominando *salário coletivo.* Martins Catharino [cdxlii] afirma que "o salário coletivo por unidade de obra é mais ou menos freqüente nos trabalhos de estiva, de capatazia nos portos, de construções e em certas atividades agrícolas, como roçagens, derrubadas, plantações". O autor lembra, ainda, que "a forma da retribuição, dependendo do contrato, não tem força para transfigurá-lo". Haverá, enfim e nessa hipótese de salário coletivo, um contrato de emprego em relação a cada membro da equipe, desde que presentes, por igual, a subordinação, a pessoalidade e a não eventualidade.

Quando o salário, individual ou coletivo, é fixado por unidade de obra, o empregador estimula a produção e pode relaxar a fiscalização dos serviços, pois os seus empregados estão imbuídos do desejo de produzir mais, para auferir maior ganho. No entanto, o salário por unidade de obra também promove o acirramento da competição no setor de trabalho e o excesso de fadiga, tudo a suscetibilizar a harmonia no ambiente empresarial. Para relativizar tais efeitos, alguns empregadores adotam um salário misto, como o *salário por tarefa,* que, em uma de suas possíveis modalidades, significa a estipulação de um salário correspondente a certa produção diária, estando desonerado o trabalhador de continuar cumprindo jornada quando alcança essa meta, a cada dia. Se continuar laborando após cumprir tal meta e assim a superar, premia-se, em regra, o empregado.

A norma estatal previne, porém, dois possíveis conflitos, que têm a ver com a proteção relativa ao salário mínimo em favor do empregado que recebe por produção (a) e, também, em favor desse mesmo tipo de empregado, quando o

seu empregador institui o salário por unidade de obra e pretende, ao mesmo tempo, correlacionar o salário mínimo com o tempo de trabalho (b).

O artigo 7º, inciso VII, da Constituição prevê a "garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável". Duas décadas antes de ser editada a atual Carta Política já estavam o artigo 78 e seu parágrafo único, da CLT, a prescrever que o empregador deveria completar o valor do salário mínimo, sem direito a compensar referido complemento em mês posterior, sempre que pagasse salário variável ou misto e esse salário não alcançasse o valor do mínimo legal diário, em cada dia de trabalho.

A regra, claramente protetiva, deixava à margem, porém, o empregado que, por motivos estranhos à sua vontade, não laborava em todos os dias úteis da semana, a exemplo do que sucedia nos dias em que a chuva ou o clima desfavorável inviabilizava a prestação de trabalho. Além de a norma transferir, em tais circunstâncias e embora sem o propósito, o risco da atividade econômica para o empregado, permitia ao empregador variar, à sua conveniência, os dias de trabalho, com a correspondente variação de salário, numa atmosfera virtualmente inóspita à subsistência do trabalhador.

A nosso pensamento, o artigo 1º da Lei 8.716/93[cdxliii] resolveu o problema, ao garantir não mais o salário mínimo diário, mas agora o salário mínimo mensal, aos empregados que recebem comissão ou são remunerados por peça, tarefa ou outras modalidades de salário variável. Logo, o empregador que ajustar salário variável assume o ônus de pagar o mínimo *mensal*, não podendo, em prejuízo deste, variar o salário na proporção do tempo de trabalho.

9.2.2 Salário-utilidade

A menção à origem etimológica da palavra *salário* – que é alusiva ao sal, como forma de remunerar o serviço de domésticos e legionários romanos – revela um modo primitivo de se remunerar o trabalho mediante o fornecimento de coisa diferente de dinheiro. Ainda hoje, o salário pode ser pago, ao menos em parte, através de prestações *in natura.* É o salário-utilidade.

9.2.2.1 Limites percentuais do salário-utilidade

No que diz respeito ao empregado que recebe salário mínimo, a Consolidação das Leis do Trabalho referia-se a cinco utilidades que podiam integrá-lo: alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Mas o artigo 76 da CLT, que assim previa e fazia alusão a essas necessidades básicas do trabalhador, foi parcialmente revogado pelo artigo 7º, IV, da Constituição, que prestigiou o salário mínimo familiar e acrescentou às necessidades vitais, a serem providas pelo salário mínimo, a educação, a saúde, o lazer e a previdência social. Já dissemos da eficácia limitada desse dispositivo constitucional.

Com base no artigo 81, §1º, da mesma CLT, o Ministério do Trabalho sempre regulamentou o limite percentual que cabia a cada uma das utilidades, na composição do salário mínimo. O artigo 82, parágrafo único, estabelece que "o salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região". O citado preceito da CLT continua em vigor, mas a referência, agora, deve ser ao salário mínimo nacionalmente unificado, dada a expressão do texto constitucional.

Para o empregado que recebe apenas o salário mínimo, desagrada-lhe recebê-lo em utilidades. Ele se opõe à caracterização do salário *in natura*, postulando que todo o seu estipêndio seja pago em dinheiro. Por sua vez, o empregado que recebe mais que o salário mínimo tem interesse diverso, pois lhe agrada a ideia de somar ao salário em dinheiro o pagamento em utilidades, com efeito na quantificação de verbas (férias, 13º salário, remuneração dos dias de repouso, aviso prévio etc.) que têm o salário como base de cálculo.

Importa notar, ainda quanto ao empregado que percebe salário maior que o mínimo legal, três aspectos do salário-utilidade por ele, virtualmente, recebido. O primeiro aspecto é pertinente à adoção, em favor de tal empregado, do percentual mínimo (30%) a ser pago em dinheiro. A doutrina e a jurisprudência[cdxliv] são, muita vez, favoráveis a que lhe seja estendido o limite fixado para os empregados que vencem apenas o mínimo, inclusive porque é clara a intenção do legislador brasileiro de vedar o *truck system*[***cdxlv***] ou a limitação, por qualquer meio, de o empregado dispor, livremente, de seu salário.

Com esse propósito, o artigo 462, §§ 2º a 4º, da CLT, protege o empregado sem acesso a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, impedindo sejam

eles coagidos ou induzidos a destes se servir. Seria importante, ainda, observar que a Convenção n. 95 da OIT foi ratificada pelo Brasil e, como lembra Amauri Mascaro Nascimento[cdxlvi], ela proíbe o pagamento integral do salário em utilidades. Logo, a aplicação sistêmica da ordem trabalhista implica, ao que intuímos, a extensão do limite mínimo, de 30% em dinheiro, também aos empregados que recebem salário maior que o mínimo legal.

Um segundo aspecto relevante do salário-utilidade, percebido pelo empregado com salário maior que o mínimo, é concernente à possibilidade de qualquer prestação *in natura* (não somente aquelas nove referidas no artigo 7º, IV, da Constituição, alusivas ao salário mínimo) poder configurar-se uma prestação salarial. O artigo 458 da CLT apenas exemplifica algumas utilidades (alimentação, habitação, vestuário), mas permite que a elas se somem, como hoje se usa fazer, a conta telefônica do empregado, a sua despesa com transporte ou com o combustível de seu veículo, equipamentos de telefonia e informática etc.

O terceiro aspecto é relativo ao valor da utilidade, a ser computado na composição do salário. Está dito que o Ministério do Trabalho fixa limites percentuais para cada uma das utilidades que podem integrar o salário mínimo, cabendo perquirir se igual limitação existe para o salário maior que o mínimo legal. Tentando dirimir os conflitos dessa ordem, a Súmula 258 do TST recomenda: "Os percentuais fixados em lei relativos ao salário *in natura* apenas se referem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade". Apesar da dicção do artigo 458, §1º, da CLT[cdxlvii], a orientação jurisprudencial é claramente no sentido de se consultar o "real valor da utilidade" na apuração do complexo salarial.

É importante observar, porém, que a Súmula 258 do TST foi editado em 1986. Depois disso, a Lei 8.860, de 1994, acrescentou ao artigo 458 da CLT um terceiro parágrafo, que limita o valor da utilidade que toca à habitação ou à alimentação. *Verbis:*

> Art. 458, §3º, da CLT – A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário contratual.

Quanto ao trabalhador rural, restaura-se o salário mínimo como base de cálculo do salário-utilidade e os percentuais se invertem, limitando o artigo 9º, a e b, da Lei 5.889, de 1973, a 20% do salário mínimo a habitação e a 25%, a

alimentação. Não há, afora isso, a possibilidade de o empregado rural receber outras prestações *in natura*, além destas.

9.2.2.2 Configuração do salário-utilidade

A caracterização como *salário* de uma coisa ou serviço fornecidos ao empregado, pelo empregador, é tarefa, às vezes, difícil. Ainda mais porque os sujeitos da relação de emprego estão quase sempre em defesa de interesses opostos. Quando é para compor o salário mínimo, interessa ao empregador sustentar que a habitação, a alimentação ou qualquer das outras utilidades, autorizadas pela Constituição, têm natureza de salário. Mas se o empregado recebe salário maior, interessa a ele, e não ao empregador, a configuração da utilidade como prestação salarial e sua conseqüente repercussão no cálculo de outras verbas.

Para ser *salário*, é certo que a utilidade deve significar um ônus para o empregador, não o sendo, portanto, se é o próprio empregado quem a custeia. Essa *onerosidade* deve ser percebida em um sentido, porém, ainda mais largo. É que o contrato de emprego é oneroso, da classe dos comutativos, exatamente porque as prestações são recíprocas e, a princípio, se equivalem. Logo, à prestação de trabalho deve corresponder a contraprestação salarial.

Nesse sentido, quando se defende que a prestação *in natura* somente tem natureza de salário se onerosa, o que se está a advogar, em última análise, é a *finalidade* da prestação *in natura* como o critério válido para a verificação de sua índole salarial. É o mesmo que afirmar: para ser salário, a utilidade deve ser fornecida com o objetivo de remunerar o esforço pessoal do empregado, a disponibilidade de sua energia laboral. Se a coisa ou serviço apenas viabiliza a prestação de trabalho, não se reveste ela da característica de salário. Exemplo disso é o que sucede com o veículo fornecido ao empregado-vendedor para que ele possa realizar vendas, ou a habitação e a alimentação garantidas ao trabalhador que presta serviço em local de difícil acesso, onde pernoita. Não há salário em tais circunstâncias, pois é evidente o caráter instrumental desses bens, entregues ao empregado *para* que ele possa exercer a função pela qual é ele, de outro modo, remunerado. Salário haveria se os bens não fossem necessários à realização do trabalho, sendo oferecidos em troca da prestação laboral, como uma forma de o empregador retribuir ao empregado *pela* força de trabalho que ele lhe disponibilizou[cdxlviii].

O fundamento legal para a consagração desse critério finalístico ou teleológico está assentado no artigo 458, §2º, I, da CLT, que nega a caracterização como salário de "vestuários, equipamentos e outros acessórios

fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação de serviço".

Ademais, o *caput* e os outros incisos do parágrafo segundo do artigo 458 da CLT autorizam a indicação de outros parâmetros, úteis à constatação de que uma utilidade tem, ou não, a natureza de salário. No *caput* está prescrito:

> Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Seguindo a trilha oferecida pelo texto legal, diz-se que a *habitualidade* da prestação *in natura* é indispensável à configuração do salário-utilidade. Poder-se-ia sustentar que o empregador deveria estar consciente de o contrato ou o costume o obrigarem a prover o empregado de tal ou qual utilidade. Mas, ao revés, não há dúvida de que a habitualidade, em direito do trabalho, induz ajuste tácito. E como o costume também pressupõe uma prática habitual, o dispositivo sob análise pode ser interpretado com o significado de ser exigível apenas a *habitualidade* da prestação *in natura*, além da *finalidade retributiva* que é posta em relevo pelo artigo 458, §2º, I, da CLT.

O mesmo *caput* do artigo 458 da CLT exclui a natureza salarial de drogas nocivas, ainda que lhes assista a finalidade retributiva. Em razão disso, a jurisprudência tem proscrito a inclusão do cigarro no salário [cdxlix].

Por derradeiro, os incisos II a VI, acrescidos ao parágrafo segundo do artigo 458 da CLT, refletem a tendência de se recusar a natureza de salário às medidas implementadas pelo empregador como forma de compensar a insuficiência dos serviços públicos. O Estado social é uma conquista teórica, em países que não figuram, como o nosso, no centro da economia global. Quando exigentes de intervenção estatal, os direitos sociais são oferecidos precariamente, abrindo espaço, inclusive, à atuação concorrente da empresa privada.

Admitindo a própria inapetência, o Estado brasileiro acrescentou, ao mencionado preceito da CLT, a natureza não salarial de utilidades que, a bem ver, poderiam ter finalidade retributiva e ser habituais. Referimo-nos ao fornecimento, pelo empregador, de "educação, em estabelecimento próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático"; "transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público"; "assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante

seguro-saúde"; "seguros de vida e de acidentes pessoais"; "previdência privada". Em conformidade com os incisos II a VI do artigo 458, §2º, da CLT, essas utilidades estarão sempre desprovidas de natureza salarial.

Numa suma do que foi, até aqui, articulado, poderíamos afirmar que o salário-utilidade tem quatro características: a) a finalidade retributiva; b) a habitualidade; c) a não nocividade à saúde do trabalhador; d) a não configuração como medida substitutiva de serviço próprio ou impróprio do Estado.

Ressalva-se o empregado rural, uma vez que o artigo 9º, §1º, da Lei 5.889, de 1973, exige seja *previamente autorizado* o desconto salarial que servir para atender à alimentação ou à habitação, únicas utilidades que podem integrar o seu salário. A norma está a enfatizar a necessidade de a inclusão dessas prestações *in natura* no salário ser contratada expressamente. A simples habitualidade não acarreta a conversão em salário, pois então não haveria o ajuste *prévio,* imposto pelo mencionado dispositivo legal.

9.2.2.3 Conversão em dinheiro. Salário-utilidade na suspensão contratual

O empregador não pode, unilateralmente, converter o salário-utilidade em dinheiro, salvo se essa alteração for benéfica ao empregado. É sempre subjetiva a constatação desse caráter benéfico, mas estaria ele presente, a princípio, numa hipótese em que o empregador promovesse tal conversão segundo o real valor da utilidade, sem se restringir à limitação percentual[cdl] acaso prevista em lei. O estudo do tema *alteração contratual* deverá resultar, enfim, na percepção de que mesmo a alteração bilateral é inválida, se for prejudicial ao empregado[cdli].

É relevante, contudo, investigar como poderia ocorrer o pagamento do salário-utilidade em períodos de interrupção ou suspensão contratual, ou seja, nas hipóteses, previstas em lei, em que o contrato é preservado, mas o trabalhador está desobrigado de prestar serviço. Se o caso é de *interrupção contratual*, o empregador continua devendo o salário e, por isso, a eventual impossibilidade de o empregado permanecer fruindo a utilidade – que integra o salário – implicará a sua conversão em dinheiro.

Quando há, propriamente, *suspensão contratual* (não apenas *interrupção*), empregado e empregador se desoneram de prestar trabalho e salário, respectivamente. É a situação em que se encontra, por exemplo, o contrato do empregado que padece de enfermidade, após o décimo quinto dia de afastamento. Sobre se manter, ou não, a obrigação de pagar o salário-utilidade, interessa não somente responder a essa questão, mas também indicar, se afirmativa a resposta, a quem cabe o pagamento. Após afirmar a inexistência de lei que regule a matéria e a escassez de uma solução doutrinária, Amauri Mascaro Nascimento[cdlii] revela a sua perplexidade ante o tema:

> O problema não pode ser resolvido de modo genérico, mas, sim, diante do tipo de utilidade, uma vez que algumas podem ser retiradas do empregado quando o contrato de trabalho está suspenso, como automóvel, e outras não, como a moradia. Impõe-se, também, verificar se a suspensão do contrato decorre de motivos atribuídos ao empregador, caso em que a este compete suportar todos os riscos, ou ao trabalhador, hipótese na qual não pode ser igual a solução.

Ao que entendemos, o salário-utilidade é, para todos os efeitos, salário. Se o empregador cumpre as suas obrigações trabalhistas e as prestações fiscais que lhes são correlatas, integra ele à base de cálculo da contribuição previdenciária o salário-utilidade que paga ao seu empregado, pois assim exige o artigo 28, I, da Lei 8.212, de 1991. Em meio ao período de suspensão contratual que ocorrer

com ônus para a Previdência, poderá o empregador suspender, portanto, o fornecimento da utilidade salarial, porque o benefício previdenciário (auxílio-doença) será calculado e pago com base no salário-de-contribuição, estando neste incluída a prestação *in natura*. Se o empregador agir em detrimento da lei, cabe ao empregado pleitear perdas e danos, visto ser flagrante o prejuízo que a inadimplência patronal lhe terá infligido.

Os casos que merecerão tratamento singular, com base em exame tópico, serão aqueles em que não há a obrigação de o empregador ou a Previdência pagar salário ou benefício, em meio à suspensão contratual. Deles são exemplos a greve e a prestação de serviço militar ordinário, como se poderá estudar a seu tempo.

9.2.3 Modalidades de salário

Distinguimos, nos dois últimos tópicos deste trabalho, o salário por unidade de tempo do salário por unidade de obra e do salário misto. Em rigor, estamos a tratar de formas de fixação ou cálculo do salário.

Pudemos notar, ainda, que o salário pode ser pago em dinheiro ou em utilidade.

Também já foi possível perceber que as verbas que são pagas pelo empregador, mas têm vocação remuneratória, inclusive os adicionais (que para os teóricos da tripartição, revestir-se-iam de natureza indenizatória), podem ser atraídas pelo núcleo salarial, quando a sua origem contratual ou contraprestacional se desenhar com nitidez, normalmente através da habitualidade.

Quanto às modalidades de salário, importa observar, enfim, que há parcelas salariais que o empregador não intitula *salário*, mas ainda assim o são, por acepção legal. Referimo-nos ao artigo 457, §1º, da CLT, que estatui: "Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as *comissões*, *percentagens*, *gratificações ajustadas*, *diárias para viagens* e *abonos* pagos pelo empregador".

9.2.3.1 Comissão e percentagem

A *comissão* é uma forma de salário variável, como fora dito ao exame do salário mínimo. Com extremo poder de síntese, Catharino[cdliii] afirmou que *"comissão é tipo de participação, sem interferência do lucro"*. O importante é notar que não é da essência da comissão o seu cálculo com base no valor da transação (ou da mercadoria negociada pelo vendedor, por exemplo), pois a comissão não precisa ser fixada, necessariamente, na forma percentual. Uma quantia predeterminada, que o empregado receba por cada coisa transacionada, é comissão de igual forma.

Defende Marly Cardone[cdliv], por isso, que "a percentagem é modalidade de comissão". Recebem-na os vendedores, normalmente. Mas, no jargão de alguns outros profissionais, a percentagem que percebem também é denominada *comissão*, o que em nada interfere, dada a coincidência do tratamento legal.

Ademais, a comissão pode ser *direta* ou *indireta*. Será do primeiro tipo quando resultar da transação realizada pelo empregado, pessoalmente. Conforme Catharino[cdlv], a comissão indireta "tem origem em transação (ou transações) para a qual o empregado concorreu mediata ou remotamente, dependendo de estipulação expressa, pois não guarda correlação com o serviço prestado". O autor cita, como exemplo dessa última espécie de comissão, aquela a que fazem jus os chefes de venda por transações realizadas através de seus subordinados.

Porém, se a quantia, ajustada em valor nominal ou percentual, não for exigível em razão de negócio levado a efeito, direta ou indiretamente, pelo empregado, mas, em vez disso, tornar-se devida com base em outro parâmetro de avaliação de seu desempenho (nível de atividade mercantil em sua área de atuação, obtenção de meta, assiduidade etc.), decerto que não se cuidará mais de *comissão*, mas sim de *prêmio*, como veremos a seu tempo.

Voltaremos a cuidar de comissão ao tratar, logo adiante, do salário-base e complementos salariais. Quanto às demais parcelas (gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos), que também são salário por acepção legal, sobressai o desejo de o legislador pôr cobro à dissimulação, ao salário disfarçado, cabendo a análise de cada qual.

9.2.3.2 Gratificações ajustadas

O termo *gratificação* denota uma liberalidade, um gesto espontâneo de agradecimento, às vezes de reconhecimento por uma obra benfazeja. Quem gratifica, não o faz porque se obrigou mediante contrato, e, se assim o fizer, não há gratificação. Bem se vê, a expressão *gratificação ajustada* revela uma antinomia em termos.

Pretendeu o legislador referir-se à gratificação que o empregador reitera, pagando-a com periodicidade regular ou em situações que a fazem previsível. Presume-se que essa gratificação habitual perdera a sua natureza de gratificação, integrando-se ao salário. Seria uma falsa gratificação, um salário escamoteado.

O Supremo Tribunal Federal sumulou que a característica da *habitualidade* converte a gratificação em salário ou, para usar a expressão legal, em gratificação ajustada[cdlvi]. Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho enunciou que "o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter da liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito" [cdlvii]. Isso faz refletir sobre a possibilidade de uma gratificação se converter em salário por ser habitual, mesmo quando o empregador não pretendia, desde o início, dissimular, por essa via, o pagamento de verba salarial. Tal conversão é possível, menos em razão da tentativa de disfarçar o pagamento de salário (que poderia, nessa hipótese, inexistir) que em virtude da necessidade de se garantir a estabilidade econômica do empregado, como se pode extrair da lição de Amauri Mascaro Nascimento[cdlviii]:

> Por influência dos usos e costumes, as gratificações tornaram-se uma tradição. Os empregadores repetiram o ato espontâneo que passou, assim, a entrar nos quadros normais da relação de emprego. Essa reiteração criou, para o empregado, uma expectativa de contar com o valor correspondente nos seus ingressos econômicos. Desse modo, a gratificação, gradativamente, transformou-se. O empregado passou a exigi-la, sempre que habitual. Sensível ao aspecto econômico, a legislação trabalhista passou a considerar o que era antes uma liberalidade, uma verdadeira obrigação do empregador. Assim, as gratificações constituem uma modalidade de salário.

Algumas gratificações habituais ganharam, com o tempo, nova fonte jurídica, transcendendo, assim, o seu fundamento anterior, que era estritamente contratual. Nessa esteira, a gratificação semestral foi incorporada às convenções coletivas dos bancários em vários Estados, a gratificação por tempo de serviço também se inseriu em normas coletivas ou em regulamentos de empresa, a gratificação de função passou a gerar efeitos jurídicos incompatíveis com uma

prestação que se caracterizasse como uma real liberalidade (referimo-nos ao artigo 62, parágrafo único, e ao artigo 224, §2º, da CLT) e a gratificação natalina veio a ser exigida por lei e, mais recentemente, pela Constituição.

A) O décimo terceiro salário: a antiga gratificação natalina

Conforme previsto em lei[cdlix], o valor do décimo terceiro salário corresponde à *remuneração* devida no mês de pagamento. No artigo 7º, VIII, da Carta Magna, o nome *gratificação natalina* fora corrigido para *décimo terceiro salário*, sendo lamentável que essa mesma nomenclatura não fosse mantida em outros dispositivos constitucionais[cdlx]. É que a verba não tem mais o caráter de gratificação, desde quando se a impôs através de preceito legal.

E também não é, propriamente, natalina, pois a Lei 4.749, de 12 de agosto de 1965, estatui que o empregado receberá uma primeira fração, que corresponderá à metade de seu *salário*, entre fevereiro e novembro de cada ano, salvo se o empregado optar, no mês de janeiro (que é reservado para essa opção), por receber essa primeira metade do décimo terceiro salário ao ensejo de suas férias. A segunda metade será paga até o dia vinte do mês de dezembro.

Além disso, o adjetivo *natalina* parece impróprio, de igual modo, porque a Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, desde antes já assegurava o direito de o empregado receber, quando da cessação de seu contrato, o *13º salário proporcional*, vale dizer, recebê-lo à razão de tantos duodécimos quantos sejam os meses ou período de trabalho superior a quatorze dias do ano correspondente.

Neste ponto, importa acentuar o que é, para nós, uma clara incoerência da ordem jurídica. A mesma Lei 4.090, de 1962, teria negado o décimo terceiro salário proporcional aos empregados que cometem justa causa, ao prescrever que a parcela (o 13º salário proporcional) é devida na extinção dos contratos a termo, na cessação do contrato por aposentadoria e aos empregados dispensados sem justa causa. Com apoio nessa prescrição legal e na regra segundo a qual a culpa recíproca reduz à metade as indenizações trabalhistas, a jurisprudência consagrou entendimento que está hoje esboçado na Súmula 14 do TST, recomendando que se onere em 50% do 13º salário proporcional o empregador, quando ele e o empregado tiverem culpa pelo desfazimento do vínculo de emprego.

Essa decisão do legislador e dos tribunais é criticável, porque se trata de salário diferido, ou seja, de retribuição a que o empregado tem direito sem correlação direta com a prestação de trabalho, normalmente para pagamento em data futura. São desse tipo (salário diferido), igualmente, as outras gratificações ajustadas, com periodicidade diferente da do salário, e, a partir da Constituição

de 1988, podemos incluir o FGTS em tal categoria salarial[cdlxi]. Se o empregado adquire o direito a receber um duodécimo do décimo terceiro salário a cada mês da prestação de trabalho, não há razão para se lhe subtrair o direito, que teria adquirido, de perceber os duodécimos correspondentes aos meses trabalhados, pelo fato de ele incorrer em culpa quanto ao motivo que levou à dissolução do contrato.

Não custa recordar que o décimo terceiro salário é, a bem dizer, direito a termo prefixo, porque se origina da prestação de trabalho em cada mês do ano, embora a sua exigibilidade deva observar os termos iniciais previstos nas leis referidas. Consoante rezam o artigo 6º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) e o artigo 123 do Código Civil, o direito a termo prefixo é direito adquirido e "o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito". Logo, a dispensa por justa causa não poderia autorizar a supressão do décimo terceiro salário proporcional aos meses de trabalho. Menos ainda a culpa recíproca.

A impropriedade dessa norma legal, que recusa ao empregado dispensado por justa causa o direito ao décimo terceiro salário proporcional, resulta ainda mais evidenciada quando a citada justa causa é perpetrada após se tornar exigível e eventualmente se pagar a primeira metade do salário – devida entre fevereiro e novembro, quando o empregado não opta por recebê-la por ocasião de suas férias. Supondo que um empregado cometa a justa causa ao início de dezembro, perderá ele o direito, que antes havia adquirido e exercitado, de somar ao seu patrimônio a metade do seu salário, a título de décimo terceiro salário? É tempo de se corrigir essa erronia jurídica.

B) A gratificação de função. Reversão ao cargo efetivo. Incorporação da gratificação ao salário

Quando estudarmos, mais adiante, as regras pertinentes à alteração do contrato de trabalho, poderemos notar que a investidura em função de confiança, com ânimo definitivo ou mesmo transitório[cdlxii], é sempre precária. O retorno ou *reversão* ao cargo efetivo é permitido, sendo vedado apenas o *rebaixamento* de um cargo efetivo a outro (cargo efetivo) de menor grau hierárquico.

Mas a estabilidade funcional – que se nega nas hipóteses de função de confiança ou cargo comissionado – não se confunde com a estabilidade econômica. O empregado que exerceu função de confiança por mais de dez anos adquire o direito de ter a gratificação correspondente atraída pelo núcleo salarial, assim se posicionando o Tribunal Superior do Trabalho[cdlxiii]. O empregado não perde a gratificação de função, malgrado seja eventualmente desinvestido da função de confiança.

C) A gratificação e o prêmio

A gratificação está associada, normalmente, a fatos externos e a critérios objetivos, tais como a atuação da empresa no mercado ou o acréscimo em dinheiro para prevenir necessidades sazonais ou extraordinárias de todos os trabalhadores. Por seu canto, o prêmio é atribuição econômica estreitamente vinculada ao esforço individual do empregado, enumerando Amauri Mascaro Nascimento[cdlxiv] modalidades de prêmio com as causas correspondentes:

> a) prêmio produção, quando a causa do seu pagamento é uma determinada produção a ser atingida; b) prêmio assiduidade, tendo como causa a freqüência do empregado e como fim o estímulo à sua presença constante; c) prêmio de economia, pela economia de gastos que o empregado consegue; d) prêmio de antigüidade, pelo tempo de serviço que o empregado atingir na empresa.

É possível notar que o prêmio consiste, assim, em um complemento salarial ajustado sob alguma condição. A sua natureza de salário está, hoje, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, bastando ver o teor da Súmula n. 209 de sua jurisprudência: “O salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade”.

9.2.3.3 Diária para viagem. A distinção entre diária e ajuda de custo

A *diária para viagem* corresponde à quantia que o empregado recebe, para fazer face a despesas de transporte, alimentação e hospedagem, por cada dia em que presta serviço em local diferente daquele em que reside.

Ocorre, porém e com freqüência, de o empregado receber a diária como uma forma de ser retribuído pelo trabalho no outro local, sem que se configure, em rigor, a característica de indenização. O seu valor supera as suas despesas e lhe é pago *a forfait*, ou seja, sem a exata correspondência com as despesas havidas para a prestação laboral em local distante[cdlxv]. Por isso e porque o empregador inescrupuloso estaria a pagar salário sob a rubrica de diária, o legislador decidiu estabelecer um critério matemático (CLT, art. 457, §2º):

> Não se incluem nas diárias as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinqüenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

Num parêntese, cabe observar que a ajuda de custo é episódica, normalmente devida para custear a despesa conseqüente de transferência do empregado (artigo 470 da CLT) e, por isso, distingue-se da diária para viagem. Ademais, somente quanto à diária foi fixado o critério matemático. Uma releitura do artigo 457, §2º, da CLT poderá constatar que a ajuda de custo não terá natureza salarial, ainda que supere a metade do salário.

Quanto a ter natureza salarial a diária para viagem que, embora excedendo o limite percentual (50% do salário), servir, de fato, ao ressarcimento de despesas, os teóricos do direito do trabalho nem sempre se posicionam com firmeza, mas alguns parecem preferir a realidade ao significado legal, quando este e aquela contrastam. Sergio Pinto Martins[cdlxvi] defende, por exemplo, que se o pagamento a título de diária "visa a ressarcir despesas, não será considerado salário, pouco importa se inferior ou superior a 50% do salário. Se o pagamento feito ao empregado não tem por objetivo o reembolso de despesa, poderá ser considerado como salário". O autor remata, sempre a questionar o rigor do critério legal:

> O critério estabelecido em nossa lei pode ser relevado desde que se prove efetivamente que o pagamento feito ao empregado tem natureza de reembolso de despesas ou de indenização pela viagem.

Ao menos em atenção ao princípio da primazia da realidade e ao artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que nega eficácia ao ato que objetiva

fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista, decerto que o critério legal haverá de ser recusado sempre que a realidade estiver apta a mostrar que a diária recebida não servia ao reembolso de viagem, embora não superasse a metade do salário, ou ainda quando excedia esse limite, mas se destinava a ressarcir despesas. A nossa tradição legalista não pode atribuir à lei a capacidade de transformar os fatos, invadindo a sua esfera de causalidade.

Não obstante tudo isso, o critério matemático tem sido prestigiado pela jurisprudência trabalhista, pois a ele se ateve o Tribunal Superior do Trabalho nas ocasiões em que dirimiu conflitos pertinentes ao valor que deve ser integrado ao salário quando a diária excede o limite percentual (a divergência era relativa à conversão em salário de todo o valor ou somente do excedente à metade do salário) e ao parâmetro a ser considerado nessa verificação do valor da diária, com o objetivo de apurar se ela supera a metade do salário (discutia-se sobre se computar o salário diário ou o salário mensal).

Solucionando a primeira controvérsia, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que "integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinqüenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens"[cdlxvii]. Quanto à última quizila jurídica, o mesmo Tribunal recomendou: "Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias ao salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido, e não o salário-dia, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal"[cdlxviii].

Logo, as diárias para viagem integram o salário, apenas para efeito indenizatório – não impedem a oscilação do salário, inocorrendo violação ao princípio da irredutibilidade no mês em que a diária não for devida –, sempre que a soma dos valores recebidos a esse título, em um dado mês, supera a metade do salário mensal. No caso, o total das diárias, e não somente as que excedem a metade do salário, incorpora-se ao núcleo salarial. É o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

9.2.3.4 Abono

Abono significa *sem ônus.* É o pagamento que o empregador realiza por liberalidade, com o intuito de não assumir encargos dele conseqüentes. Atribuindo-lhe tal significado, aproximamos o *abono* da *gratificação* (em sentido próprio, pois aqui não nos referimos à *gratificação ajustada*), dada a marca da espontaneidade que é atribuída aos dois institutos. Atento a esses traços de semelhança, Catharino[cdlxix] observou:

> Convém, porém, seja salientado que, via de regra, a natureza salarial dos abonos é mais fácil de ser constatada que a das gratificações. Estas, geralmente, são concedidas periodicamente, em épocas comerciais ou em virtude de datas festivas, em intervalos de tempo mais ou menos longos. Já quanto aos abonos, comumente a situação é bem distinta. São, geralmente, concedidos em relação direta com o salário propriamente dito, e pagos ao lado dele em datas próximas. Certo, porém, é que tanto o ato de gratificar como o de abonar dão idéia de espontaneidade unilateral, mas ambos, na omissão contratual, têm que ser examinados à luz dos fatos, para verificação da sua real significação jurídica.

Poder-se-ia, então, questionar: O que vem a ser a relação direta entre abono e salário, que falta à gratificação? Se o abono seria um pagamento sem ônus, inclusive sem os encargos decorrentes da sua configuração como verba salarial, por que o artigo 457, §1º, da CLT o estaria a tratar como salário? O que justifica a edição esporádica de leis, como a Lei 8178, de 1991, que prevêem o direito a abono sem caráter salarial, em situações extraordinárias? Que pagamento pode ser intitulado abono, afinal? As respostas a todas essas perguntas exigem um breve resgate da história do instituto, no Brasil.

Em meio à Segunda Guerra Mundial, industriais paulistas propuseram medidas emergenciais que fariam face à elevação do custo de vida, numa época em que os salários estavam defasados e a política de salário mínimo não bastava à correção de rumos, sendo incipiente a sindicalização e, por isso, inviável a solução do problema através da negociação coletiva. Foi editado, então, o Decreto-lei 3813, de 1941, que concedia vantagens à empresa que, por *livre iniciativa*, elevasse o poder aquisitivo de seus trabalhadores, através de abonos. As empresas atenderam ao estímulo oficial por meio da concessão de abonos que, pagos com esteio na citada norma, não se revestiam de natureza salarial.

Martins Catharino[cdlxx] narra esses fatos e condena a intervenção estatal que garante um aumento efetivo de salário em prejuízo da proteção jurídica e econômica que se deve assegurar às relações individuais, rematando desconhecer, na legislação de povos cultos, caso idêntico. O certo é que a

medida teve caráter emergencial e, terminada a guerra, pululavam os litígios trabalhistas em que se discutia a necessidade de se manter, em favor do empregado, a estabilidade econômica relacionada com a manutenção dos valores pagos a título de abono, em outras lides se evidenciando a fraude, o uso abusivo da norma excepcional por empregadores de menor escrúpulo.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1943, alterou a legislação vigente, mas ressalvou "as disposições legais transitórias ou de emergência". É evidente, no entanto, que, estando superadas a transitoriedade ou a situação emergencial que faziam vigorar essa legislação excetuada – pois não mais se vivenciam, hoje, o conflito armado e suas conseqüências imediatas na economia –, vige sobranceira a CLT e, por sua imposição, o caráter salarial do abono. Não há mais sentido em se discutir a ultra-atividade do Decreto-lei 3813, de 1941, como fez Catharino[cdlxxi], em tempo oportuno.

É exato dizer, contudo, que a história do instituto ajuda a que compreendamos a sua prática nos dias de hoje e o distingamos, ao menos por lhe atribuirmos um conceito estritamente histórico, de outras verbas trabalhistas. Na última metade do século XX, o abono foi uma ferramenta utilizada para amenizar os efeitos de crises econômicas no poder aquisitivo do salário. Usaram-no os atores da relação trabalhista, seus sujeitos ou os correspondentes sindicatos, sempre que instados a acrescentar ao salário um valor que, pago em um momento singelo do contrato, servisse para obviar as adversidades da conjuntura econômica e, muitas vezes, viabilizar o prosseguimento da negociação coletiva, que sem o afastamento desse seu componente imediato, a insatisfação salarial, resvalasse para um insuperável impasse.

Quando a corrosão salarial atingiu o salário mínimo, aconteceu de o governo federal, responsável pela solução do problema ou mesmo pela política econômica que conduziu a esse estado de coisas, protagonizar medidas legislativas que acresceram ao salário mínimo, em caráter excepcional, um abono que não se revestiu de caráter salarial. Pôde ser assim uma vez que agora previsto, o mencionado abono, em lei de hierarquia igual à da Consolidação das Leis do Trabalho. Sucedeu desse modo, *verbi gratia*, com o abono instituído pela Lei 8.178, de 1991, malgrado fosse ele convertido em salário por uma lei posterior, a Lei 8.238, de 1991.

Importante é sedimentar, frente a tudo isso, que o abono está mencionado entre as parcelas salariais porque foi essa a reação do legislador à conduta

empresarial de conceder abono continuado, com respaldo em norma emergencial – que excluía a natureza de salário do abono pago durante a sua vigência –, editada para abrandar os efeitos danosos da Segunda Grande Guerra. Desde então, o abono está associado a medidas contratuais, convencionais ou legais, que visem a atenuar as conseqüências deletérias de sucessivas crises econômicas sobre o poder aquisitivo do salário.

É possível, então, afirmar-se que o conceito do abono é, no âmbito trabalhista, essencialmente histórico. Essa correlação entre o abono e a urgência de se reagir à defasagem salarial define, hoje, o instituto sob exame. Não servindo a esse desiderato, há gratificação, não há abono. O abono não se revela, porém e portanto, um reajuste de salário, mas sim um pagamento isolado – ou instantâneo, como afirma Amauri Mascaro Nascimento[cdlxxii] – que arrefece ou debela, momentaneamente, o desequilíbrio entre o salário e o preço das utilidades que ele deve prover.

Por oportuno, uma observação crítica: ocorreu, vezes sem conta, de o empregador anuir em pagar algum valor a título de abono em meio às discussões sobre reajuste de salário, travadas com o sindicato da categoria obreira. Contudo, para fugir a encargos fiscais, previdenciários e mesmo trabalhistas, alguns acordos e convenções coletivas passaram a ostentar cláusulas que intitulavam o abono como gratificação não ajustada. Tal prática é, entretanto, uma simulação grosseira, ao menos por duas óbvias razões: se a parcela é *ajustada* mediante acordo individual ou coletivo, ou ainda mediante convenção coletiva de trabalho, descabe, contraditoriamente, falar-se que há gratificação *não ajustada*[cdlxxiii]; ademais, resta defeso às partes se desonerar de obrigações fiscais sem que lei, norma de origem estatal, autorize, expressamente, essa isenção.

Todavia, a jurisprudência tem consentido, em hipótese parecida, que a natureza jurídica do abono, inclusive quando é assim denominado, seja modulada pela norma coletiva de trabalho, pois desse modo se estaria assegurando efetividade ao art. 7º, XXVI, da Constituição, que diz sobre a validade das convenções e acordos coletivos. Quando se tornaram comuns as normas coletivas que previam o pagamento de abono sem natureza salarial, não raro para evitar que os aposentados se beneficiassem da parcela em sua complementação de proventos (calculada, quase sempre, com base no salário pago aos trabalhadores em atividade), o TST editou a orientação jurisprudencial 346 de sua SBDI-1 em claros termos: “A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma

coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88".

A nosso pensamento, poderia a jurisprudência ter considerado o maldisfarçado intuito de excluir os aposentados como aspecto revelador de fraude, o suficiente para restaurar a natureza salarial do abono previsto, nas mencionadas circunstâncias, em normas coletivas de trabalho. Não foi assim, porém, que sucedeu.

9.2.4 O salário-base e os complementos salariais

Antes de estudarmos o círculo periférico da retribuição do trabalho, importante é enaltecer uma característica que somente o núcleo salarial apresenta. É que, neste, há sempre uma parte que lhe é essencial, *fixada* por unidade de tempo ou obra, o núcleo do núcleo. Referimo-nos ao salário-base ou salário básico, que é assim retratado em parecer de Arnaldo Süssekind[cdlxxiv]:

> Na aplicação da legislação brasileira do trabalho, cumpre distinguir o salário fixo, ajustado por unidade de tempo ou de obra (salário básico ou salário normal), das prestações que, por sua natureza jurídica, integram o complexo salarial, como complementos do salário básico. Quando o §1º do art. 457 da CLT determina que as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem (quando excedentes da metade do salário estipulado – §2º) e abonos pagos pelo empregador integram o salário do empregado, significa que tais prestações possuem natureza salarial, mas não compõem o salário básico fixado no contrato de trabalho.

A distinção entre salário e remuneração é útil, porque algumas verbas têm apenas o salário como base de cálculo, como veremos adiante. Há, porém, parcelas outras cuja base de cálculo é ainda mais restrita, atendo-se ao salário-base. Ocorre, desse modo, com gratificações ajustadas mediante normas coletivas, sempre que elas fixam o valor de tais gratificações numa proporção qualquer com o salário básico, não se podendo ampliar, em detrimento da vontade coletiva, esse parâmetro. O mesmo sucede, *verbi gratia*, no tocante à base de cálculo do adicional de periculosidade, assim se posicionando o Tribunal Superior do Trabalho[cdlxxv].

Importa consultar, porém, as características dos *complementos salariais*, para que assim possam ser percebidas as regras comuns a eles e ao *salário-base*, identificando-se aquelas outras regras que tocam a apenas uma dessas categorias do salário. São comuns as seguintes características: a) o caráter alimentar; b) a irredutibilidade. Seguindo, em boa parte, a orientação de Amauri Mascaro Nascimento[cdlxxvi], enumeramos as seguintes características dos complementos salariais: a) a acessoriedade; b) a periodicidade específica; c) a plurinormatividade; d) a multicausalidade; e) a condicionalidade.

Do *caráter alimentar* e conseqüente *irredutibilidade* cuidaremos mais adiante, ao versar sobre os princípios jurídicos do salário.

9.2.4.1 A acessoriedade dos complementos salariais – a questão correlata da composição do salário mínimo

Quanto à *acessoriedade*, convém inteligir que o empregado não pode receber somente abono, ou apenas diárias para viagem, adicionais ou gratificações habituais, por exemplo. Dada a sua natureza e até por sua fórmula de cálculo, os complementos salariais devem sempre se somar a uma parte essencial do salário, o salário-base. Em tudo isso há *salário*, mas o salário-base o é primitivamente, independendo da existência de outras parcelas para atender à necessidade de retribuição da força de trabalho.

O salário-base não deve ser, necessariamente, fixado por unidade de tempo, mas é sempre salário *fixo* e a ele precisa associar-se, ao que entendemos, a garantia do salário mínimo. Explica-se. O salário-base pode ser *fixado* por unidade de tempo ou por unidade de obra, podendo ainda ser misto, ou seja, ter parte fixada em função do tempo de trabalho e o restante a variar por serviço realizado. Sendo fixado por unidade de obra, nada obsta que o salário-base seja integrado, somente, por um valor ou percentual fixo para cada peça fabricada (peceiro) ou em razão de cada mercadoria vendida (comissionista puro). Veremos, ao tratar dos princípios informantes do salário, que o valor ou percentual fixado não pode ser reduzido.

Importa notar, a essa altura, que a soma das quantias assim recebidas (salário inicialmente fixado por tempo ou obra) comporá o *salário-base* do empregado, a ela se acrescentando os *complementos salariais*, ou seja, outras parcelas que, sendo porventura salariais em razão da habitualidade, servem a fins específicos e, em razão disso, não poderiam, segundo entendemos, servir à integralização do salário mínimo.

Quando o empregador paga gratificações, prêmios, adicionais noturno ou de transferência, não o faz pela razão singela de se beneficiar do trabalho, como ocorre quando paga o salário-base. Paga aquelas outras parcelas por outras e específicas razões. A nosso ver, se a obrigação de pagar o salário mínimo está presente na hipótese de pagar-se apenas o salário-base, não poderia o acréscimo de complementos salariais fazer com que esses complementos, acessórios por natureza, nascidos para se somar ao salário mínimo, ganhassem inusitadamente a característica que é imanente à parcela principal, qual seja, a de não ser menor que o salário mínimo.

Não é demasia recordar que a regra legal garante à mera contratação da força de trabalho, *sic et simpliciter*, a retribuição equivalente ao salário mínimo.

Sendo ainda mais específico, podemos lembrar que os adicionais não se prestam, simplesmente, à remuneração da energia de trabalho disponibilizada. Eles remuneram ou indenizam a adversidade ou o risco; noutro canto, as diárias para viagem, mesmo quando têm valor elevado, indenizam despesas necessárias à realização do trabalho em outras plagas, que não naquela da habitual prestação de serviço, e assim por diante. Em sua singeleza, a disponibilidade da força de trabalho é remunerada através do salário-base[cdlxxvii].

Mas insistimos em sustentar esse ponto de vista em primeira pessoa porque a jurisprudência não parece tranquila nesse sentido, havendo forte tendência na direção oposta, vale dizer, há a clara tendência de validar o pagamento de salário que só alcança o valor do salário mínimo quando considerados, não apenas o salário-base, mas também os complementos salariais.

É o que se extrai, por exemplo, da Súmula Vinculante 16 do STF: "Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público". Bem assim, a orientação jurisprudencial 272 da SBDI-1: "A verificação do respeito ao direito ao salário-mínimo não se apura pelo confronto isolado do salário-base com o mínimo legal, mas deste com a soma de todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador".

Apesar da autoridade desses verbetes, que talvez sejam consequência das mirabolâncias estipendiárias praticadas por algumas entidades da Federação com vistas a atender à exigência de pagar o salário mínimo (inventando gratificações e abonos para alcançá-lo à falta de lei que elevasse a base salarial dos seus servidores), a verdade é que a inclusão dos adicionais habituais no plexo salarial cria algum desconforto para os magistrados que se encontram na contingência de seguir, como é natural, a jurisprudência sumulada. Por exemplo, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

> SALÁRIO-BASE – VALOR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL – ARTIGO 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE. O salário-base dos trabalhadores deve corresponder, pelo menos, ao salário mínimo legal. O acréscimo de gratificações ao salário-base com valor inferior ao salário mínimo, não obstante ultrapasse esse valor, transgride o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal. A única hipótese em que valores pecuniários podem ser adicionados ao salário para alcançar o salário mínimo diz respeito àqueles trabalhadores que recebem remuneração variável (CF, art. 7º, inc. VII). Revista conhecida, mas não provida".[cdlxxviii]

Ainda no âmbito do TST:

> DIFERENÇAS SALARIAIS - INOBSERVÂNCIA DO SALÁRIO MÍNIMO - ADICIONAL

> DE INSALUBRIDADE. I - Apesar da incontrastável natureza salarial do adicional de insalubridade, não se enquadra na Orientação Jurisprudencial nº 272 da SBDI-1/TST. Isso porque o adicional de insalubridade é, por definição, salário condição, isto é, retribui o trabalho exercido em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, sem integrar o salário, sendo devido apenas enquanto perdurar a situação de risco à saúde do empregado, na dicção dos artigos 192 e 194 da CLT. II - Lado outro, é preciso observar que a multicitada orientação, ao se referir a "todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador", está se reportando às verbas do artigo 457, § 1º, da CLT, entre as quais não se inclui o adicional de insalubridade, não se divisando contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 272 da SBDI-1 do TST. III - Paradigmas imprestáveis [...][cdlxxix]

Ao que vislumbramos, a exceção, que confirma essa regra, poderia ser apenas o abono criado por estados e municípios para alcançar o valor do salário mínimo até a superveniência de lei local que iguale o salário-base dos servidores ao salário mínimo nacional. É que esses abonos, instituídos às vezes mediante lei, têm a finalidade de suprir a defasagem do salário mínimo, não servem a outro desiderato. Não estamos a fugir, portanto, à lógica do nosso raciocínio[cdlxxx].

É necessário, todavia, ressaltar que a jurisprudência recusa-se a endossar, ao menos com firmeza, tal entendimento, pois tem prevalecido a tese de que outras parcelas salariais podem compor o salário mínimo, preservando-se, ainda assim, a garantia constitucional (artigo 7º, IV, da Constituição).

9.2.4.2 A periodicidade dos complementos salariais

Sobre a *periodicidade específica*, cabe antecipar que o pagamento de salário deve observar, com rigor, a periodicidade mensal, estatuída no artigo 459 da CLT. Mas esse mesmo dispositivo ressalva a possibilidade de comissões, percentagens e gratificações serem pagas com outra periodicidade.

Os complementos salariais comportam uma periodicidade diferente da mensal, se essa outra periodicidade lhes é inerente. Não há sentido em se exigir um *prêmio anual* a cada mês, se foi ele instituído para ser pago a cada ano. Bem assim a *gratificação semestral*. Também as comissões, em se tratando de vendedor externo, podem ser pagas, por força de expresso ajuste, a cada trimestre, pois assim autoriza o artigo 4º, parágrafo único, da Lei 3207, de 1957. Se, porém, o empregado realiza vendas no interior do estabelecimento empresarial, a periodicidade das comissões será a mensal, porque a ele não se reporta a Lei 3207, de 1957. *De lege ferenda*, entendemos que deveria ser sempre mensal a periodicidade das comissões, em se cuidando de comissionista puro[cdlxxxi].

É pertinente indagar se os adicionais habituais poderiam observar uma outra periodicidade, diferente da mensal, já que se configuram complementos salariais. A nossa resposta seria negativa. A interpretação do artigo 466 da CLT – que põe a salvo as comissões, percentagens e gratificações da periodicidade mensal – não deve ser extensiva, para que se a aplique a outras atribuições econômicas que, revestindo-se de natureza salarial, sejam calculadas à razão do mês de trabalho. O citado dispositivo de lei estabelece a periodicidade mensal como *regra* para o salário, não somente para o salário-base. Salvo nos casos em que a prestação salarial seja *instituída*, por norma estatal, coletiva ou mesmo contratual, para ser paga com outra periodicidade, os complementos salariais que não se insiram na ressalva do artigo 466 deverão ser pagos mensalmente. Assim se estará a cumprir, inclusive, o postulado *in dubio pro misero*.

9.2.4.3 A multicausalidade e a plurinormatividade dos complementos salariais

Também são características dos complementos salariais a *multicausalidade* e a *plurinormatividade.* Bem se sabe como é impreciso o conteúdo da relação de emprego, à dessemelhança do que sucede a outras relações jurídicas. Novas técnicas de produção agrícola e industrial e avanços da comunicação virtual têm tornado ainda mais complexa e diversificada a prestação de trabalho em todos os setores da economia, tudo a exigir dos sujeitos da relação laboral a revisão de conceitos e métodos de divisão do trabalho. É natural a correlação entre a incessante inovação das condições de trabalho e a criação de novas formas de remuneração, que se somam àquelas que já existem para corresponder ao labor em situações adversas e de risco, ao tempo de serviço, à gratidão do empregador etc.

São muitas as causas de remunerar, portanto. E desde os primórdios da intervenção estatal ou, antes ainda, desde que os sindicatos surgiram e obtiveram o compromisso, firmado por empresários, de respeito a convenções coletivas de trabalho, forjadas para a regulação do trabalho em detrimento do monopólio estatal da produção normativa, o direito do trabalho tem oferecido mecanismos próprios para a solução de conflitos trabalhistas, em níveis variados de abstração e sempre com o escopo de atender a essa diversidade de causas, ou de adequar a norma mais abstrata a uma realidade singular e diferenciada.

O pluralismo jurídico é, destarte, uma nota marcante do direito laboral, pois a norma que disciplina a utilização alheia da força de trabalho se origina em organismos internacionais ou no Estado, na atuação do sindicato ou do poder regulamentar do empregador, podendo ainda nascer no contrato expresso ou tácito.

9.2.4.4 A condicionalidade dos complementos salariais

A *condicionalidade* é a mais uma característica dos complementos salariais. Diz-se que, a princípio, a manutenção de qualquer destes está condicionada à continuação, na ordem dos fatos, da causa que o gerou. Cessando a sua causa, indevido passa a ser o adicional. Em contrapartida, advoga-se que a estabilidade econômica do empregado não pode ser esquecida, bastando, por exemplo, a habitualidade de qualquer gratificação[cdlxxxii] ou adicional[cdlxxxiii] para que seja atraída essa parcela pelo núcleo salarial, tornando-se, a partir daí, insusceptível de supressão.

Essa querela jurídica contrapõe, em verdade, interesses realmente antagônicos, com uma agravante: entendendo-se que é impossível a supressão de um adicional habitual, desestimula-se o empregador a envidar esforços no sentido de eliminar o desconforto ou o risco que está a ensejar o referido adicional. Por tal razão, a jurisprudência trabalhista já se mostra dócil ao entendimento de que se integra ao salário o adicional de insalubridade (habitual) somente durante o período em que se der, de fato, a exposição a agentes nocivos à saúde[cdlxxxiv], além de admitir a supressão do adicional noturno, pago com habitualidade, quando o empregado passa, por iniciativa do empregador, a laborar no turno do dia[cdlxxxv].

Movido por igual preocupação, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que o empregador não se obriga a pagar horas extras habituais indefinidamente, sendo-lhe facultado indenizar a redução salarial, conseqüente dessa cessação de sobrejornada, na forma da sua Súmula 291: "A supressão 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".

Pode-se notar, portanto, que, quando confrontada com a atração dos adicionais pelo núcleo salarial e conseqüente perpetuação do labor em condições adversas ou de risco, é a *condicionalidade* dos complementos salariais que goza da atual preferência da mais alta Corte do Trabalho. Mas vale reparar que o não

pagamento da indenização recomendada pela Súmula 291 do TST obriga o empregador a integrar ao salário as horas extras habituais, sendo total a prescrição qüinqüenal que, segundo a jurisprudência, flui a partir da supressão do labor em sobretempo[cdlxxxvi].

9.2.5 Prestações trabalhistas sem natureza salarial ou remuneratória

A ocorrência de relação de emprego implica a remuneração pelo labor prestado. Contudo, essa prestação de trabalho assegura, também, o direito de o empregado receber parcelas que não integram o seu salário, malgrado se insiram no conteúdo do contrato de emprego. O trabalhador as recebe porque é empregado, mas a lei lhes retira a natureza salarial ou mesmo remuneratória.

Quando o empregador descumpre tais prestações, a Justiça do Trabalho pode ser acionada para obrigá-lo a adimpli-las ou a ressarcir o dano conseqüente, suportado pelo empregado. A competência desse ramo especializado do Poder Judiciário é mero corolário da inclusão dessas parcelas no rol das obrigações trabalhistas que, como visto, não se constituem salário.

Dada a sua relevância, tratemos de três dessas prestações sem natureza salarial: a participação nos lucros, resultados ou gestão, com ênfase para a experiência relativa ao Programa de Integração Social (PIS); o auxílio-alimentação vinculado ao Programa de Alimentação ao Trabalhador; o vale-transporte.

9.2.5.1 A participação nos lucros, resultados ou gestão da empresa

Houve tempo em que se sustentou ser a relação de emprego um vínculo societário, em que empregado e empregador agiam, qual sócios, visando ao êxito do empreendimento. Também se disseminou a idéia de que a assimetria econômica e social entre os sujeitos do liame empregatício poderia ser menor se o empregador se deixasse contagiar pela ação empresarial, mais comum no continente europeu, que se rendia à conveniência de permitir que o empregado participasse mais ativamente dos desígnios da empresa, auferindo os lucros ou resultados daí conseqüentes.

Até ser editada a Constituição de 1988, defendia-se com ardor a natureza salarial, recomendando o antigo Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho (revogado em 1994): "A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais". As Cartas Políticas de 1946 e de 1967 referiam-se à participação nos lucros da empresa e esta última à participação do empregado na gestão empresarial, mas nada diziam sobre a natureza de tal parcela.

A matéria recebeu novo trato, contudo, na Constituição de 1988, pois em seu artigo 7º, XI, está garantida, entre os direitos sociais do trabalhador, a "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

O surgimento da *participação nos resultados* atende à conveniência de não restringir o direito às hipóteses de lucro contábil. O aposto *desvinculada da remuneração* foi, logo e por sua vez, compreendido como um embaraço à sobrevigência do referido Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho, porquanto, dali por diante, não se poderia inserir a parcela sob comento na remuneração do empregado.

Embora o mencionado dispositivo constitucional exigisse regulamentação em lei apenas da participação do empregado na gestão da empresa, o fato é que se editou a Lei 10.101, de 2000, para regular "a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade" (artigo 1º). A norma não está, diretamente, a impor uma participação qualquer do empregado em lucros ou resultados, pois somente prescreve os parâmetros a serem observados na instituição dessa vantagem, a ocorrer, segundo reza o seu artigo segundo, por iniciativa de uma "comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um

representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria” ou através de “convenção ou acordo coletivo”.

Apesar de não estar revestida de caráter remuneratório, a participação nos lucros ou resultados é hipótese de incidência de imposto de renda (artigo 3º, §5º, da Lei 10.101/00), isso a denunciar como foi moderado o interesse de estimular a regulação da matéria, por norma coletiva.

9.2.5.2 O Programa de Integração Social (PIS)

Como a Constituição de 1967 preconizava a "integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, nos resultados [...]", criou-se o Programa de Integração Social, o PIS, mais adiante unido ao PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. O atual Fundo de Participação PIS-PASEP é constituído sobretudo de recursos provenientes de contribuição imposta a empregadores e entes públicos, podendo o empregado, cadastrado há pelo menos cinco anos em citado programa, receber um abono anual de valor nunca menor que o salário mínimo[cdlxxxvii].

A complexidade do custeio e do funcionamento do PIS-PASEP não exclui a natureza trabalhista – porquanto conseqüente do contrato de emprego –, de resto atribuível à obrigação de cadastrar o empregado no mencionado programa e, bem assim, à de recolher a contribuição correspondente. Por isso mesmo, recomenda a Súmula 300 do Tribunal Superior do Trabalho: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de empregados contra empregadores, relativas ao cadastramento no Plano de Integração Social (PIS)".

9.2.5.3 O Programa de Alimentação ao Trabalhador

Dissemos, a tempo oportuno, que a alimentação fornecida pelo empregador aos seus empregados reveste-se de natureza salarial, sempre que atender aos pressupostos do salário-utilidade, notadamente quando lhe puder ser atribuída a finalidade retributiva. Nesse sentido, orienta a Súmula 251 do Tribunal Superior do Trabalho: “O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais”.

Malgrado tudo isso, a Lei 6.321, de 1976, permitiu que as pessoas jurídicas pudessem deduzir, de seu lucro tributável, o dobro das despesas que realizassem em programas de alimentação ao trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho. Em seu artigo terceiro, a citada lei exclui dessa despesa o caráter de salário de contribuição, impedindo, assim, que incidisse sobre referido custo empresarial a contribuição previdenciária.

Nessa esteira, passou a entender a jurisprudência que a alimentação assim fornecida – referimo-nos à alimentação fornecida pelo empregador que se inscreveu no PAT – não tem natureza salarial. É o que está sedimentado na orientação jurisprudencial n. 133 da SDI I do Tribunal Superior do Trabalho: “A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do Programa de Alimentação ao Trabalhador, instituído pela Lei 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum (*sic*) efeito legal”.

9.2.5.4 O vale-transporte

O artigo 458, §2º, III, da CLT impede que se atribua natureza salarial ao "transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público". É óbvio que nos referimos ao transporte fornecido pelo empregador aos seus empregados.

A necessidade de transporte para o empregado vencer o percurso casa-trabalho dá ensejo a três distintas questões jurídicas: a primeira é relativa à não caracterização como salário, conforme vimos; a segunda é pertinente à inclusão do tempo na jornada de trabalho, assunto este a ser deslindado no capítulo seguinte deste livro; a terceira questão refere-se à obrigação imposta ao empregador, quando este não fornece veículo (próprio ou fretado) para o citado trajeto, de entregar vale-transporte, em quantidade correspondente, ao empregado.

Essa obrigação de fornecer o vale-transporte onera o trabalhador em até 6% de seu salário-base e está prevista na Lei 7.418, de 1985, que exclui da vantagem a natureza salarial (artigos 4º, parágrafo único, e 2º, a, respectivamente). Regulamentando a mencionada lei, prescreve o Decreto n. 95.247, de 1987, em seu artigo 5º, que é vedado ao empregador substituir o vale-transporte por antecipação em dinheiro, salvo se houver insuficiência de estoque do multicitado vale-transporte.

Quando o empregador descumpre essa prestação, que é essencialmente trabalhista, cabe à Justiça do Trabalho condená-lo a ressarcir o empregado, tornando-o indene. Até recentemente, entendia-se que era do empregado o ônus de provar a condição de usuário do transporte público, assim se entendendo na esteira do que recomendava a antiga orientação jurisprudencial 215 da SBDI-1, verbete este que foi finalmente revogado pelo Pleno do TST, em maio de 2011. Em suma, atribui-se ao empregador o encargo de provar que o trabalhador, à dessemelhança de outros trabalhadores, não utilizava o transporte público para o deslocamento entre sua residência e o local de trabalho, sendo prudente que o empregador preconstitua essa prova ao admitir o empregado, na forma estatuída no Decreto n. 95.247/1987 (usa-se geralmente um formulário que o empregado preenche ao ser admitido na empresa e nele esclarece o seu meio de transporte).

9.3 A remuneração

Está visto que o legislador teve a clara intenção de não permitir que a *gorjeta*, ou seja, a parte da remuneração paga por terceiro, compusesse o salário mínimo. Retirou-lhe, assim, a natureza salarial. A doutrina[cdlxxxviii] e a jurisprudência[cdlxxxix] se mostram atentas a tal regra. Por essa mesma razão, a habitualidade da gorjeta não a faz atraída pelo núcleo salarial.

Com pertinência, Rodrigues Pinto[cdxc] anota, ainda, que não apenas a gorjeta, mas também a *gratificação* em sentido estrito, caracterizada pela liberalidade (não contratualidade, inclusive por lhe faltar a habitualidade) e por seu caráter eventual, integra a remuneração. Os teóricos do direito laboral que bipartem a retribuição do trabalho[cdxci] incluem, também no círculo da remuneração, os adicionais eventuais, pois somente os adicionais habituais se incorporam ao salário.

9.3.1 A gorjeta imprópria

Questão vexatória foi, em dado momento, a caracterização como salário ou gorjeta do *adicional na conta*, cobrado pelo empregador ao cliente para posterior distribuição, a seu talante, entre os empregados. Referimo-nos ao acréscimo de 10% (normalmente), que bares e restaurantes somam ao preço de seus produtos, impedindo que o cliente empreste à gorjeta a sua marca característica, que é a espontaneidade. Ademais, a gorjeta espontânea é paga, pelo terceiro, diretamente ao empregado, enquanto o *adicional na conta* é cobrado pelo empregador e por este repassado, total ou parcialmente, ao trabalhador que lhe presta serviço.

Em 1951, ao tempo em que o legislador brasileiro não se havia imiscuído nessa discussão, Martins Catharino[cdxcii] observou que o *adicional na conta*, que preferia intitular *participação nas entradas*, era obrigatório, força de lei, na Alemanha, Itália, França, Argentina e Espanha, enquanto em outros países, como nos Estados Unidos, vinha a ser adotado pelas próprias empresas, como forma de impedir que os empregados recebessem gorjeta diretamente da clientela. Mas o festejado laboralista baiano rematava:

> Em ambas as hipóteses, a rigor, não há como se falar em gorjetas, e sim na sua abolição mediante um regime de percentagens. O adicional fixado na nota de despesa, e recolhido pela casa, é uma verdadeira participação nas entradas e como tal constitui salário, fora de qualquer dúvida.

Não obstante todas essas razões e a autoridade do argumento em favor do caráter salarial do *adicional na conta*, decerto que fora outra a opção do legislador. Em 1967[cdxciii], acrescentou ele ao artigo 457 da CLT um terceiro parágrafo, com claro sentido: "Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que fora cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados".

O adicional na conta é usualmente chamado *gorjeta imprópria*, não se distinguindo os seus efeitos jurídicos, quando cotejado com a gorjeta típica ou espontânea. É, por isso, inexato que possa a gorjeta imprópria, ante os termos da lei, compor o salário mínimo.

9.3.2 A oportunidade de ganho

Ao discorrer sobre a gorjeta, Sergio Pinto Martins[cdxciv] prestigia, com pertinência, o seu significado vulgar, intuitivo, não raro incorporado à linguagem jurídica. Observa, então, o autor:

> Gorjeta tem origem na palavra gorja, de garganta, no sentido de dar de beber, com significado equivalente a propina. Em outras línguas, são utilizadas as seguintes palavras: Trinkgeld, no alemão; pourboire, no francês; mancia, no italiano; e tip, no inglês. Seria uma forma de retribuição do cliente ao empregado que o serviu, mostrando o reconhecimento pelo serviço prestado, que foi bem servido. Geralmente, a gorjeta é oferecida aos garçons, ou aos trabalhadores de hotéis e restaurantes.

O legislador tentou regular o fato de o empregado servir a terceiros e destes receber uma parte de sua remuneração. Ao fazê-lo, porém, usou o conceito comum de *gorjeta*, supondo exaurir a matéria ao delimitar os efeitos do seu pagamento. A questão que se põe é, porém, inevitável: há outras formas de remuneração do trabalho *por terceiros*, distintas da gorjeta? se há, estariam essas outras formas de remuneração, que não provêm do empregador, reguladas, analogicamente, pelo artigo 457 da CLT, que impede sejam elas computadas na composição do salário mínimo?

Nominando autores italianos que estaria a secundar, Amauri Mascaro Nascimento[cdxcv] refere a *oportunidade de ganho*, que é "a situação objetiva que se forma num vínculo de emprego, em decorrência da qual parte do salário vem de terceiro, como a gorjeta". O que se está a sustentar é que o ganho oportunizado pela prestação de serviço ao empregador integra a remuneração do empregado, ainda que a quantia assim recebida, não sendo paga pelo empregador, também não se enquadre, à perfeição, no conceito restrito de gorjeta.

Exemplo de *oportunidade de ganho*, vale dizer, de quantia auferida pelo empregado mediante pagamento por terceiro, mas em razão da prestação de emprego, é oferecido pelo mesmo autor. Amauri Mascaro Nascimento lembra o caso dos percentuais de uso das cadeiras em salões de barbeiro ou de cabeleireiro, enfatizando que citados percentuais – que em nossa experiência forense vimos ser disfarçada na forma de "aluguel de cadeira" – integra a remuneração porque "é decorrente da oportunidade de ganho que o empregador enseja ao trabalhador, para que obtenha parte da remuneração proveniente de terceiro".

Atualmente, não é incomum a percepção, por empregados vendedores, de

parcela paga pelo fabricante da mercadoria vendida, e não pelo empregador. Às vezes intitulada "prêmio", noutras sendo chamada de "comissão", o fato é que essa parcela é paga por terceiro em razão do trabalho prestado ao empregador. A doutrina e a jurisprudência costumam chamar essas atribuições econômicas de "gueltas" e é indiscutível que se está a tratar de mais uma oportunidade de ganho, propiciada pelo vínculo de emprego[cdxcvi].

A nosso pensamento, a compreensão sistêmica do direito do trabalho permitirá, sempre e ademais, que se revele a onerosidade da prestação laboral através da *oportunidade de ganho*, o que bastaria para sinalizar a existência de vínculo empregatício. O sistema jurídico é, todavia, ainda mais fecundo: se a *ratio* da regra legal, que distingue salário de remuneração, gravita em torno da necessidade de não permitir que o empregador se exonere da obrigação de pagar salário mínimo através de parcela paga por terceiro, extrai-se que a *oportunidade de ganho* não poderá servir para desembaraçar o empregador desse ônus. Além da quantia paga por terceiro, o empregador estará a dever o salário mínimo, sempre e portanto.

Mostrando-se coerente, o ordenamento trabalhista contém, inclusive, uma norma que segue essa orientação. Referimo-nos ao artigo 12, parágrafo único, da Lei 5.889, de 1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural. O dispositivo cuida da plantação intercalar ou subsidiária, que é muito comum nas propriedades rurais do Nordeste, quando o fazendeiro pretende formar novos pastos, mas, em vez de contratar apenas a semeadura do capim, ajusta-a com o rurícola e também permite que este, entre uma e outra linha ou cova de sementes, plante o feijão, o milho ou a hortaliça, que o próprio empregado poderá comerciar ou lhe auxiliará a subsistência. A norma está assim posta:

> Embora devendo integrar o resultado anual a que tiver direito o empregado rural, a plantação subsidiária ou intercalar não poderá compor a parte correspondente ao salário mínimo na remuneração geral do empregado, durante o ano agrícola.

Sendo comercializado diretamente pelo empregado, o produto da plantação intercalar o é, regra geral, com terceiro, que não o empregador. Embora a legislação rural não esteja atenta à distinção legal[cdxcvii] entre remuneração e salário, é certo que tratou a parte da remuneração do empregado, paga por terceiro, da mesma forma como o fizera o texto consolidado, ou seja, sem permitir que essa parcela seja considerada na composição do salário mínimo.

9.3.2.1 O direito de arena como oportunidade de ganho

Outro exemplo elucidativo de oportunidade de ganho é o direito de arena, regulado pelo art. 42 da Lei 9.615, de 1998 (Lei Pelé). Antes de ter a sua redação alterada pelo Lei 12.395/2011, esse dispositivo previa que "às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem", acrescendo o § 1º: "Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento". Em curtas palavras, o atleta profissional cuja atuação era transmitida pela mídia tinha direito a vinte por cento do que recebesse a entidade desportiva por essa exibição de sua equipe.

Trata-se, consoante sobrevisto, do direito de arena, que corresponde a parcela paga por terceiro, o agente de comunicação, e repassado parcialmente ao atleta. Não se confunde com o direito de uso da imagem, vale dizer, com o ajuste entre o clube ou entidade desportiva e o atleta para que a imagem deste seja explorada comercialmente por aquele ou pelas empresas que patrocinaram a sua contratação. O direito de uso da imagem é regido pelas normas de direito civil e o preço ajustado não integra a remuneração do empregado, podendo subsistir o ajuste até mesmo quando o atleta suspende temporariamente a sua atividade ou após o encerramento da carreira desportiva.

O Tribunal Superior do Trabalho tem afirmado, por isso, que apenas o direito de arena integra a remuneração do empregado (atleta profissional), o mesmo não ocorrendo ao direito de uso da imagem. Ao atribuir caráter remuneratório ao direito de arena, o TST o exclui da base de cálculo das parcelas que, segundo o que recomenda a Súmula 357 de sua jurisprudência, devem ter apenas o salário como base de cálculo, quais sejam: o aviso prévio, o adicionais de hora extra e noturno, a remuneração do repouso semanal[cdxcviii].

Após estar assim consolidada a jurisprudência, sobreveio a Lei 12.395, de 2011, que emprestou ao artigo 42 da Lei 9.615, de 1998, um novo e mais minucioso texto:

> Art. 42. 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 a 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.
>
> § 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos, respeitadas as seguintes condições:
>
> I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;
>
> II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento;
>
> III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.

Além de detalhar o modo como deve ser controlado o uso das imagens relativas aos eventos de esporte pelas entidades de prática desportiva, o novo preceito reduz de vinte para cinco por cento a parte do direito de arena que cabe ao atleta e passou a exigir a intermediação dos sindicatos no repasse do direito de arena ao atleta profissional. Sutilmente, acrescenta que o direito de arena se configura “parcela de natureza civil”.

O legislador não disfarçou o objetivo de excluir a natureza remuneratória do direito de arena que é repassado ao atleta. A surpreendente alteração legislativa pode decerto vingar, em seu indisfarçado propósito, dado que se situa em um ambiente de relativa ambiguidade entre a finalidade retributiva e o uso da imagem, a exigir um esforço maior do intérprete e do aplicador do direito do trabalho.

Mas há um modo distinto de interpretar a novidade, uma vez que as parcelas de natureza civil não estariam, por essa singela razão, desvestidas de caráter retributivo ou estigmatizadas pela impossibilidade de se incluírem, para efeitos trabalhistas, na remuneração do empregado. Como se percebe ao estudo do salário-utilidade, as prestações *in natura* que se incorporam ao salário podem ter origem em um contrato civil de locação de um imóvel ou de um veículo, sem que essa característica germinal contamine a posterior integração ao salário. Não parece que o fato de a parcela ser proveniente de terceiro e de revestir-se de caráter remuneratório, nunca salarial, influenciaria nessa análise: poder-se-ia argumentar que o direito de arena, embora parcela de natureza civil, incorporar-se-ia à remuneração do atleta empregado, cabendo à jurisprudência explorar e amadurecer o exame desse tema.

9.3.3 A remuneração, em especial a gorjeta, como base de cálculo de outras parcelas

Além de atribuir ao empregador a obrigação de pagar, *diretamente*, o salário mínimo, a distinção legal entre salário e remuneração teria uma segunda utilidade, qual seja, permitir que o legislador, ao definir a base de cálculo de outras verbas trabalhistas, explicitasse a inclusão, ou não, da gorjeta.

Bastaria, assim, que o legislador dissesse ser a *remuneração* a base de cálculo para que se incluísse, nesta, a gorjeta (também a gratificação não ajustada e, na ótica dos que bipartem a retribuição do trabalho, os adicionais eventuais). Quando o legislador previsse o *salário* como base de cálculo de uma verba qualquer, o valor desta estaria restrito ao das parcelas que compusessem o núcleo salarial (salário-base e complementos salariais).

É certo, porém, que o legislador ordinário e o constituinte não se ativeram ao rigor terminológico, não obstante estejamos a tratar de terminologia que é produto de inovação em lei. Um exemplo é elucidativo: o artigo 7º, incisos VI e IX, da Constituição e, antes (cronologicamente) dele, os artigos 59, §1º e 73, da CLT, preveem que a remuneração da hora extraordinária e da hora noturna será superior, respectivamente, *à (remuneração) da hora normal* e *à (remuneração) da hora diurna.* Em se adotando a nomenclatura legal, concluiríamos que a *remuneração* da hora normal e da hora diurna seria computada no cálculo da hora extra e do adicional noturno, o que implicaria a inclusão da gorjeta nessa base de cálculo.

A experiência jurídica trilhou, entretanto, um caminho diferente. Faz tempo que Plá Rodriguez observou a impropriedade de se considerar a gorjeta no cálculo da hora extra ou noturna, pois isso importaria a obrigação de o cliente pagar a gorjeta com o adicional de 50% ou 20%, respectivamente. Como a gorjeta é, por natureza, um gesto espontâneo, que encerra uma liberalidade de terceiro, restaria inviável impor a este a observância de um adicional qualquer[cdxcix].

Nesse diapasão, mas superando essa expectativa, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 354 da súmula de sua jurisprudência:

> As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Por exclusão, férias, 13º salário e FGTS devem ser calculados com base na

remuneração (salário + gorjeta), calculando-se aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado[d] a partir do salário, sem as gorjetas.

No que tange ao critério proposto para o cálculo de aviso prévio e repouso semanal remunerado, podemos notar que o enunciado está em consonância com o artigo 487, §1º, da CLT, que refere o *salário* como base de cálculo da indenização de valor equivalente ao aviso prévio não concedido, mas contrasta, uma vez mais, com a base de cálculo prevista para a remuneração do repouso, pelo artigo 7º da Lei 605, de 1949. E se não era para levar em conta a terminologia legal, entendemos pertinente a crítica de Luiz Otávio Linhares Renault[di]:

> Quando o aviso prévio é cumprido pelo empregado, as condições de trabalho remanescem substancialmente inalteradas, pelo que ele continua recebendo as gorjetas. Contudo, o que não se pode esquecer é que o aviso prévio, trabalhado ou não, constitui tempo de serviço para todos os efeitos legais (v.g., art. 487, §1o, da CLT, Enunciados 5, 94 e 305). Logo, sobre o aviso prévio indenizado deveriam incidir as gorjetas: afinal, o décimo terceiro salário é uma ficção, assim como o tempo de serviço do pré-aviso indenizado também o é.

No que se refere à exclusão das repercussões das gorjetas no repouso semanal remunerado, a afinidade deste com as férias se revela ainda mais íntima. Ambos, repouso semanal remunerado e férias, constituem exemplos clássicos de interrupção executiva do contrato de trabalho. Os dois institutos enraízam-se no mesmo húmus: razões de ordem biológica, familiar e social. Ora, se o repouso semanal remunerado e as férias ostentam a mesma e idêntica musculatura, nada justifica o repouso anual ser impulsionado, gozado, usufruído com a média das gorjetas e o mesmo não suceder ao repouso semanal.

Uma questão interessante é aquela que concerne à possibilidade de se integrarem à remuneração, na quantificação de 13º salário e férias – verbas que têm a remuneração como base de cálculo –, as parcelas não salariais, como os adicionais esporadicamente recebidos, as gratificações eventuais (não ajustadas, portanto) ou mesmo as gorjetas recebidas episodicamente. Está visto que a jurisprudência trabalhista tem preferido bipartir a retribuição do trabalho, incluindo no círculo da remuneração os títulos a que falte a habitualidade. A Súmula 63 do TST, já transcrita, revela, com clareza, a prevalência dessa orientação jurisprudencial.

Em sendo assim, poder-se-ia cogitar da inclusão de parcelas remuneratórias *eventuais* na base do cálculo das férias, mormente quando o artigo 142, §§5º e

6º, da CLT, prescreve a incorporação de adicionais na quantificação das férias, sem exigir a habitualidade desses adicionais[dii].

Quanto ao 13º salário, restaria facilitada a integração, à sua base de cálculo, de parcelas remuneratórias eventuais, pois importaria considerar a remuneração paga no mês de dezembro ou da cessação do contrato, consoante regulam os artigos 1º, §1º e 3º, da Lei 4.090, de 1962. Sem embargo desse parâmetro legal, o TST parece não pretender abandonar o critério da habitualidade, pois continua decidindo que as gratificações habituais ou periódicas são aquelas que repercutem no cálculo do 13º salário[diii].

Se a gratificação não ajustada integra a remuneração (Súmula 63 do TST), mas não é computada no cálculo do 13º salário, poder-se-ia contrapor: o TST exige a habitualidade (*rectius:* contratualidade) e, portanto, a natureza salarial da gratificação para que esta possa se integrar à base de cálculo do 13º salário. Ao mesmo tempo e através da Súmula 354, não inclui o 13º salário entre as parcelas que têm base de cálculo restrita ao salário. Uma solução dialética seria a inclusão do duodécimo da gratificação ajustada no 13º salário (malgrado a referência, na lei, à remuneração de dezembro ou da cessação do contrato), computando-se, quanto à gratificação não ajustada, somente a paga em dezembro ou no mês da cessação do contrato.

Existem, enfim, os complementos salariais que, força de lei ou norma coletiva, ou mesmo por restrição contratual, devem ser apurados com base no salário-base, como acontece com o adicional de periculosidade dos trabalhadores que não são eletricitários[div].

9.4 Os adicionais - vedação à incidência recíproca

Para os que ainda tripartem a retribuição do trabalho, há um círculo periférico, que congrega as indenizações. Entre estas, sobressaem os adicionais, porquanto possam ser atraídos pelo núcleo salarial sempre que esboçarem habitualidade[dv]. Também vimos que a jurisprudência mais atual tem incluído os adicionais no círculo da remuneração, sendo isso evidenciado na Súmula 63 do TST[dvi].

Embora os adicionais sirvam usualmente para compensar condições de trabalho em situações adversas ou de risco, essa regra não é absoluta. Basta que se cite o adicional por tempo de serviço para se constatar que as fontes do direito nem sempre guardam coerência com os conceitos forjados pela doutrina. O adicional por tempo de serviço não indeniza coisa alguma, antes premiando o trabalhador que acumula um período mais longo de trabalho.

Os adicionais mais importantes são o de hora extraordinária, o noturno, os de periculosidade e de insalubridade, e o de transferência, pois são devidos à generalidade dos empregados. Há casos de adicionais que são assegurados a categorias específicas, a exemplo do que sucede ao adicional de risco previsto no art. 14 da Lei 4.860/65 em favor dos trabalhadores portuários e que, segundo o que prediz a orientação jurisprudencial 316 da SBDI 1 do TST, deve ser proporcional ao tempo efetivo no serviço considerado sob risco e apenas concedido àqueles que prestam serviços na área portuária.

Não se tolera, ademais, a incidência recíproca de um adicional sobre outro (*exempli gratia*, quando a hora extra é também noturna), dada a necessidade de se evitar o *bis in idem*. Os adicionais podem acumular-se de modo crescente (o adicional de hora extra sobre a hora remunerada com o adicional noturno e assim por diante, mas sem o *caminho de volta*[dvii]). Preconiza-se, inclusive, a incidência do adicional de hora extra sobre outros adicionais devidos com habitualidade, conforme sugerido na Súmula 264 do TST:

> A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa[dviii].

A nosso pensamento, o salário que corresponde à hora normal pode atrair outros adicionais porventura habituais, que passam então a integrá-lo, nada justificando, senão a tentativa de evitar o efeito cascata, a regra de serem

inacumuláveis os adicionais. A jurisprudência que emana do TST revela-se receptiva a acumulação de adicionais, desde que não se opere, conforme já visto, a incidência recíproca. A Súmula 60, I do TST, na mesma esteira do verbete relativo à hora extra (referimo-nos à Súmula 264), recomenda:

> O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos.

Quer quando se calcula o adicional noturno sobre o de hora extra, quer quando se opta pela incidência inversa, impõe-se uma *indenização* a mais pelo desconforto do trabalho à noite em tempo extraordinário, esta última circunstância potencializando a adversidade daquela. Parte da doutrina[dix] e da jurisprudência[dx] têm sido sensíveis a esse justo direito.

Ademais, há casos em que a jurisprudência, ao promover a exegese legal, restringe a base de cálculo de alguns adicionais. É o que ocorre, por exemplo, com o adicional de periculosidade dos trabalhadores que não atuam como eletricitários (Súmula 191 do TST) ou com os portuários, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 60, II da SDI 1, a saber: “Para o cálculo das horas extras prestadas pelos trabalhadores portuários, observar-se-á somente o salário básico percebido, excluídos os adicionais de risco e produtividade.”

9.4.1 O adicional de hora extra

O artigo 7º, XVI, da Constituição, assegura remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à remuneração do serviço executado na hora normal. Por jornada normal se entende a que é ajustada em contrato[dxi], desde que respeitado o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, previsto no artigo 7º, XIII, da mesma Constituição.

Não havendo contrato, norma coletiva ou lei prevendo jornada menor que a constitucional, os citados limites (oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais), estabelecidos na Constituição serão considerados os limites da jornada normal. Se o trabalhador os extrapolar, tornar-se-á devido o adicional de no mínimo 50% sobre a remuneração das horas excedentes.

O artigo 7º, XIII, do texto constitucional estabelece marcos, portanto, para o dia e para a semana de trabalho, mas autoriza a compensação[dxii] do tempo de trabalho, como estudaremos a seu tempo, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Até antes da Constituição de 1988, o adicional mínimo de hora extra era de 20%, se as horas suplementares fossem previamente ajustadas, sendo de 25% quando não proviessem de expresso ajuste. A remuneração do labor extraordinário resultante de força maior sequer sofria a incidência do adicional. A nova ordem constitucional não faz qualquer exceção, por isso sendo devido o adicional mínimo de 50% sempre que se estiver a pagar pelo trabalho em sobrejornada, sem ser esta compensada com base em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por vezes, o legislador majora o adicional de modo a fixá-lo em percentual superior ao mínimo legal. É o que se dá, por exemplo, com os advogados empregados, aos quais resulta assegurado um adicional mínimo de 100% sobre a remuneração da hora extraordinária (art. 20, §2º da Lei 8.906/94).

Merece especial atenção a hipótese em que o empregado, por receber salário fixado por unidade de obra ou serviço, é credor apenas do adicional – de no mínimo 50% - sobre a remuneração do trabalho realizado além da jornada contratada. É o que recomenda, a propósito dos empregados que recebem apenas comissão, a Súmula 340 do TST:

> O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao

> adicional de, no mínimo, 50% (cinqüenta 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.

Em princípio, essa mesma regra se aplica a qualquer empregado cujo salário seja fixado na proporção da quantidade de serviço por ele realizado, como ocorre, por exemplo, com peceiros (remunerados à razão das peças que fabrique) ou tarefeiros (remunerado à razão das tarefas de terra cujo plantio ou colheita conclua). Mas a jurisprudência trabalhista precisou posicionar-se acerca das horas extraordinárias prestadas no ambiente penoso e muitas vezes insalubre do corte da cana de açúcar, não raro ocorrendo de o trabalhador consentir com o labor excessivo nessa atividade com vistas à percepção de salário que tinha base de cálculo propositalmente fixada em quantia reduzida pelo empregador, ante a expectativa de o trabalhador produzir mais, em tais e degradantes condições, para amealhar uma soma salarial menos aviltante.

Para solucionar a cizânia jurídica que se estabeleceu sobre o tema, o TST decidiu manter a regra para a generalidade dos trabalhadores, mas ressalvou o trabalho extraordinário que se realiza no corte da cana, como se pode inferir da orientação jurisprudencial n. 235 da SBDI 1:

> O empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o pagamento das horas extras e do adicional respectivo.

Quando tratarmos da sanção devida pelo empregador quando ele reduz ou suprime os intervalos que devem ocorrer em meio à jornada ou entre duas jornadas, anotaremos que a jurisprudência tem denominado “hora extra” o tempo assim subtraído do descanso do trabalhador. A Súmula 437 do TST[dxiii] e a orientação jurisprudencial n. 355 da SBDI 1[dxiv] revelam que essa opção terminológica tem permitido que os órgãos judiciais atribuam inclusive natureza salarial ao valor devido a esse título. Embora não concordemos com essa nomenclatura e seus efeitos, é fato que a jurisprudência está consolidada a respeito.

9.4.2. O adicional noturno

O horário noturno de trabalho, para o trabalhador urbano, estende-se, no mínimo, das 22h às 5h, sendo a hora noturna reduzida, por ficção jurídica, ao tempo de 52 minutos e 30 segundos. Multiplicando-se esse tempo (52 min 30 seg) por sete (número de horas convencionais, no horário noturno mencionado), infere-se que das 22h às 5h há uma sobra de mais 52 minutos e 30 segundos, o que corresponde a uma hora noturna ficta, como visto. Logo, das 22h às 5h há oito horas noturnas fictas, para efeitos trabalhistas.

Em se cuidando, ainda, de trabalhador urbano, o tempo por que ele disponibilizar a sua força de trabalho, no horário noturno, deve ser remunerado com o adicional de 20%, pelo menos. Algumas observações são, aqui, necessárias, por isso sendo analisadas nos subitens seguintes.

9.4.2.1 O trabalho noturno em regime de revezamento

A primeira observação é atinente ao fato de o artigo 73 da CLT negar o adicional noturno aos empregados que laboram em regime de revezamento semanal ou quinzenal. Há algum tempo o Supremo Tribunal Federal decidiu que a essa regra faltava fundamento de validade, pois as últimas cartas constitucionais, inclusive a de 1946 (artigo 157, III) e a de 1967 (artigo 165, IV), vêm assegurando a todo trabalho noturno, indistintamente, remuneração superior à do diurno. A Súmula 213 do STF é taxativa:

> É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado a regime de revezamento.

Quanto à redução ficta da hora noturna (52 minutos e 30 segundos), a jurisprudência tem sido menos rigorosa, a ponto de compreender, por exemplo, que é ela incompatível com o regime de trabalho em atividade petrolífera, instituído pela Lei 5.811, de 1972[dxv], e também com o trabalho portuário[dxvi].

Há algum tempo, o Tribunal Superior do Trabalho tratou de conflito em que se discutia a redução ficta em turnos ininterruptos de revezamento, para os quais o artigo 7º, XIV, da Constituição fixou limite de seis horas, salvo negociação coletiva. A Quarta Turma do TST[dxvii] se posicionou, inicialmente, de forma a ressalvar a redução ficta da hora noturna em tal hipótese, como se nota na ementa seguinte:

> O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento não se compatibiliza com o cômputo da jornada noturna como reduzida, uma vez que supõe a fixação de 4 turnos de 6 horas para cobrir as 24 horas do dia. Se fosse computada a jornada noturna reduzida, seria impossível fechar o quadro de 4 turnos, pois aquele que correspondesse à jornada noturna seria menor e descompassaria os demais. Revista provida em parte.

Mas esse entendimento não prevaleceu e sobreveio, então, a orientação jurisprudencial n. 395 da SBDI 1 do TST, *verbis*: “O trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento não retira o direito à hora noturna reduzida, não havendo incompatibilidade entre as disposições contidas nos arts. 73, § 1º, da CLT e 7º, XIV, da Constituição Federal”.

9.4.2.2 O trabalho noturno decorrente da natureza da atividade

A parte final do §3º do artigo 73 da CLT preceitua que, "em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem". Por algum tempo, entendeu parte da doutrina e da jurisprudência que essa regra atendia à diretriz constitucional, podendo, por exemplo, o proprietário de uma *boite*, que exercesse atividade tipicamente noturna, desonerar-se da obrigação de remunerar o trabalho noturno em valor superior ao do diurno quando incidisse o adicional de 20% sobre o salário mínimo, ainda que fosse maior o salário que pagasse ao seu empregado. Sendo o salário pago maior que o salário mínimo acrescido do adicional de 20%, nada mais deveria o empregador.

A opinião pretoriana se modificou, porém, como se extrai do verbete n. 313 da súmula da jurisprudência do STF: "Provada a identidade entre o trabalho diurno e o noturno, é devido o adicional, quanto a este, sem a limitação do art. 73, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente da natureza da atividade do empregador".

9.4.2.3 A prorrogação do trabalho noturno

O §5º do artigo 73 da CLT prescreve: "Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo". Não está o dispositivo a tratar de prorrogação de jornada normal, mediante a prestação de horas extras, em meio ao horário noturno. Cuida a norma, em vez disso, de prorrogação da jornada noturna, ou seja, do labor que, estendendo-se por toda a noite, avança além das 5h.

Nada mais justo que o labor prolongado até depois das 5h seja remunerado com o adicional noturno, pois a fadiga e o desconforto se acentuam com o passar das horas, sendo turva a luz do sol aos olhos que reclamam o sono indormido. Ante a dicção legal, o adicional e também a redução ficta da hora noturna – todo o capítulo, enfim – são devidos na prorrogação da jornada noturna.

Mas a jurisprudência tem enfatizado que o dispositivo (artigo 73, §5º, da CLT) não se aplica pelo simples fato de o horário ser misto, ou seja, conter horas noturnas e diurnas, a exemplo do trabalhador rodoviário que inicia sua jornada às 4h30. Não é razoável que se assimile toda a sua jornada como uma prorrogação de jornada noturna. A norma sob comento não tem esse desiderato, mas serve às hipóteses em que a jornada se protrai por todo o horário noturno e continua após às 5h, sendo elucidativa a ementa[dxviii] seguinte:

> Distingue-se o horário misto da prorrogação do horário noturno porque, no primeiro, parte do trabalho é prestado no horário noturno e, no segundo, o trabalho compreende toda a jornada noturna e ainda a supera (CLT, art. 73, §4º e 5º).

Em igual sentido é a orientação contida na Súmula 60, II do TST[dxix]: "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". A incidência do adicional ocorre quando o trabalhador passa toda a noite laborando e continua a fazê-lo após o raiar do sol. Trabalha das 22h às 7 ou 8h, por exemplo.

Contudo, não pode o empregador valer-se dessa construção jurisprudencial para, em um reprovável ardil, estabelecer jornada que se inicie logo após às 22h a fim de imunizar-se artificiosamente da obrigação de cumprir o art. 73, §5º da CLT. O Tribunal Superior do Trabalho tem reagido a essa tentativa de desvirtuar a vontade da lei, como se extrai de decisão pertinente da SBDI 1:

> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL NOTURNO. JORNADA MISTA QUE NÃO COMPREENDE A TOTALIDADE DO PERÍODO

> NOTURNO. A matéria discutida diz respeito à incidência do adicional noturno relativo às horas trabalhadas após as cinco horas da manhã, porquanto cumpria o reclamante jornada mista, no período compreendido entre 23h10 às 7h10. A leitura da Súmula 60, II, do TST não pode conduzir a uma interpretação que estimule o empregador a adotar jornada que se inicia pouco após às 22h com o propósito de desvirtuar-lhe o preceito. Para garantir a higidez física e mental do trabalhador submetido à jornada de trabalho mista, em face da penosidade do labor noturno prolongado no horário diurno, entende-se que, nos casos de jornada mista (parte no período diurno e parte no período noturno), devido é o adicional noturno quanto às horas trabalhadas que seguem no período diurno, aplicando-se, portanto, a Súmula 60, II, do TST às hipóteses de jornada mista, ainda que iniciada pouco após às 22h, se cumprida quase inteiramente no horário noturno. Recurso de embargos conhecido e desprovido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 154-04.2010.5.03.0149, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 04/10/2012, Data de Publicação: 15/10/2012)

A jurisprudência ainda não é pacífica quanto a aplicar-se também a redução ficta da hora noturna no tocante à hora prorrogada para além das 5h da manhã, ou seja, sobre não se aplicar apenas o adicional. Mas entendemos assista razão à Oitava Turma do TST quando afirma, a respeito da Súmula 60 II do TST, que “a referida súmula encontra-se fundada na orientação contida no parágrafo 5º do artigo 73 da CLT, não obstante se refira ao adicional noturno, dessa forma, extrai-se que é devida a observância, também, da hora reduzida no cálculo das horas prorrogadas no horário diurno, ou seja, aquelas prestadas após as cinco horas da manhã”[dxx].

9.4.2.4 O trabalho noturno do empregado rural

A Lei 5.889, de 1973, exaure, em seu artigo sétimo, a matéria pertinente ao trabalho noturno do empregado rural. Quanto a este, o legislador optou por delimitar o horário noturno em tempo correspondente a oito horas convencionais, não se adotando ao trabalho do rurícola, por isso, a redução ficta da hora noturna, como se nota em decisão da SBDI 1:

> HORA NOTURNA REDUZIDA. ART. 73 DA CLT. INAPLICABILIDADE AO EMPREGADO RURAL EM FACE DE NORMA ESPECÍFICA. ART. 7.º DA LEI 5.889/73. 1. Ao empregado rural não se aplica o art. 73 da CLT para considerar, na jornada noturna, a hora reduzida de 52 minutos e trinta segundos de que trata a norma consolidada. 2. Aos rurícolas não é possível considerar a hora reduzida porque a jornada estipulada no art. 7.º da Lei 5.889/73 (de 21 horas às 5 horas do dia seguinte ou de 20 horas às 4 horas do dia seguinte) já perfaz um total de 8 horas diárias. Acaso fosse considerada a hora reduzida, o total da jornada noturna diária seria de 9 horas, 7 minutos e 30 segundos (8 horas x 60 minutos = 480 minutos; 480/52´30´´ = 9 horas, 7 minutos e 30 segundos). 3. O art. 7.º da Lei 5.889/73 é norma específica a regular a matéria - jornada noturna para os rurícolas. Não se pode aplicar outro dispositivo - o art. 73 da CLT -, porque não há, na hipótese, qualquer lacuna da lei. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento (TST, SBDI-1, E-RR-150/2000-121-17-00, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 31/10/2008).

Para o empregado rural que desenvolve seu *serviço na lavoura*, o horário noturno se estende, quando menos e por força de lei, das 21h às 5h. O horário noturno do empregado rural que presta *serviço pastoril* o é das 20h às 4h. Em ambos os casos, o adicional mínimo é de 25%.

Questão instigante é aquela alusiva à adoção, para o trabalhador rural, da regra contida no art. 73, §5º da CLT, que estende às horas trabalhadas como prorrogação do trabalho noturno o adicional mínimo de 25%. Entre aplicar subsidiariamente tal preceito legal aos rurais e a alternativa de restringir a sua aplicação aos trabalhadores urbanos, tem predominado na jurisprudência esse último entendimento, por razão singela: o art. 7º da CLT, ao excluir o trabalho rural da regência pela CLT, impede que se adote a CLT em favor dos rurículas, salvo quanto à matéria sobre a qual a Lei 5.889/1973 seja omissa; como a Lei 5.889/1973 esgota a disciplina do trabalho noturno no campo, não se adota, na agricultura ou no pastoreio, qualquer dos preceitos componentes do art. 73 da CLT, aí incluída a incidência do adicional sobre a remuneração do tempo de prorrogação, no trabalho noturno[dxxi].

9.4.2.5 O trabalho noturno em regimes especiais – empregado portuário e advogado

Ocorre de o legislador prescrever um regime especial para o trabalho noturno de algumas categorias, a exemplo daquelas compostas por trabalhadores portuários e por advogados.

No que concerne aos portuários, a orientação jurisprudencial n. 60, I da SDI 1 do TST exaure a interpretação da Lei 4.860/65 ao recomendar: “A hora noturna no regime de trabalho no porto, compreendida entre dezenove horas e sete horas do dia seguinte, é de sessenta minutos”.

Quanto aos advogados, o art. 20, §3º da Lei 8.906/94 prevê, em benefício dos advogados empregados, que “as horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento”.

9.4.3 Os adicionais de insalubridade e de periculosidade

O artigo 7º, XXIII, da Constituição assegura *adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*. O adicional de penosidade não está previsto em lei, nada obstando que normas coletivas ou individuais o prescrevam.

Os adicionais de periculosidade e de insalubridade têm previsão legal, podendo ser logo destacadas, por nós, as suas especificidades, ou seja, os pontos em que se distinguem: hipóteses de incidência e base de cálculo. Em seguida, cuidaremos das características comuns a ambos os adicionais: a necessidade de prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho, a exigência de perícia técnica para a sua constatação, a supressão do direito através da eliminação do risco, a condicionalidade e a inexigibilidade dos dois adicionais em cúmulo.

9.4.3.1 Hipóteses de incidência

O adicional de insalubridade é devido quando o empregado é exposto, por ocasião do trabalho, a agente nocivo à sua saúde, acima dos limites de tolerância que são fixados, através de normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho[dxxii], em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. É o que se extrai do artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O adicional de periculosidade é exigível, por sua vez e também em consonância com norma regulamentadora aprovada pelo Ministério do Trabalho[dxxiii], quando a prestação laboral implique risco acentuado em razão de o trabalhador expor-se, de modo permanente ou intermitente[dxxiv], a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. É o que se colhe do art. 193 da CLT (com a redação dada pela Lei 12.740/2012) [dxxv].

Por fim, as Portarias 3.393, de 1987, e 518, de 2003, ambas do Ministério do Trabalho, incluíram entre os destinatários do adicional de periculosidade os empregados em atividades e operações com radiações ionizantes ou substâncias radioativas. A orientação jurisprudencial nº 345 da SDI I do TST, cuidando desses trabalhadores, reconhece a eficácia de citadas portarias ministeriais e ressalva: “No período de 12.02.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade (pelo dito fato de operar com radiações ionizantes ou substâncias radioativas)”.

9.4.3.2 A base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade

Enquanto preponderar o texto da Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 192), o adicional de insalubridade incide sobre o *salário mínimo*, à razão de 10%, 20% ou 40%, segundo seja de grau mínimo, médio ou máximo a nocividade do agente insalubre. Ao início deste capítulo, quando estudamos o salário mínimo e a vedação constitucional de sua vinculação a outras prestações, vimos o dissenso jurisprudencial sobre a constitucionalidade do citado dispositivo da CLT, que vincula o adicional de insalubridade ao salário mínimo[dxxvi].

Quando adveio a Súmula Vinculante 4 do STF, o TST reviu a sua Súmula 228 para que ela passasse a conter a seguinte orientação: "A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo". Como adiante se verá, essa tentativa de pacificar o tratamento da matéria frustrou-se ante a intervenção do STF, por meio de decisão liminar.

Outra controvérsia que sempre grassou na jurisprudência se relaciona com a base de cálculo do adicional de insalubridade quando o empregado recebe salário mínimo profissional ou piso salarial. Ao fim de 2003, o TST resgatou a sua antiga Súmula 17: "O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado". Mas tal entendimento igualmente não prosperou.

É que toda essa evolução jurisprudencial resultou prejudicada quando o Supremo Tribunal Federal, após estabelecer a Súmula Vinculante 4 – "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial" – decidiu, na sequência, ao apreciar recursos extraordinários por meio dos quais se pretendia fixar novo parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade, que o Poder Judiciário não poderia atuar como legislador positivo, o que implicava a manutenção do salário mínimo como base de cálculo do citado adicional[dxxvii]. Esclareceu o Ministro Ives Gandra, do TST:

> [...] assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade

> (‘Unvereinbarkeitserklärung’), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. [...] O Direito Constitucional pátrio encampou tal técnica no art. 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que, ‘ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’. ‘In casu’, o momento oportuno fixado pela Suprema Corte foi o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional[dxxviii].

Foi também o TST instado a manifestar-se acerca da sobrevigência de sua súmula 17, que, como visto, preconizava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário profissional das categorias que tinham direito a esse piso salarial diferenciado. Está a prevalecer, porém e novamente sob influência de decisões proferidas pelo STF, o entendimento de que a norma instituidora do salário profissional deve prescrever igualmente a base de cálculo do adicional de insalubridade, pois do contrário incidiria ele sobre o salário mínimo[dxxix].

É que quando o STF foi provocado sobre a matéria, especialmente em reclamação que teve o ministro Cezar Peluso como relator, manifestou-se no sentido de que “o salário profissional, ainda que previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, só pode ser tido como base de cálculo do adicional se esses documentos fizerem menção a essa condição específica. Vale dizer que não basta que a convenção ou acordo estabeleça o salário profissional do interessado. É preciso que ela estabeleça que tal salário é a base de cálculo do benefício [...]”[dxxx].

De toda sorte, o tema está em evidente fase de transição. A Súmula Vinculante 4 do STF não trouxe uma solução definitiva, antes a protraindo para um tempo em que norma jurídica finalmente constitucional sobrevenha. A intenção que movia o TST de constitucionalizar a matéria, dando nova redação à Súmula 228 de sua jurisprudência, foi inibida pela firme disposição de o STF reconduzi-la ao nível legal, numa inversão de papéis que parece incompatível com os novos tempos de ativismo judicial e com o propósito aparentemente irrepreensível, que inspirou a corte judicial trabalhista, de adotar a analogia ao dispositivo de lei que regulava a base de cálculo do adicional de insalubridade como modo de afastar a incidência de um preceito reconhecidamente inconstitucional.

O adicional de periculosidade incide, por sua vez, sobre o salário-base do empregado. O artigo 193, §1º, da CLT, assegura o adicional sob comento "sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa". Ocorreu de o TST decidir que essa ressalva, tocante a gratificações, prêmios ou participações nos lucros, deveria ser aplicada restritamente (o que redundaria na incidência do adicional de periculosidade sobre outras parcelas salariais), assim agindo em consonância com a regra *in dubio pro misero*. Essa linha de interpretação não preponderou, contudo, pois a incidência somente sobre o salário-base está consagrada na Súmula 191 do TST.

É de se notar, em remate, que a Lei nº 7.369, de 1985, previa o adicional de periculosidade sobre o *salário que percebesse* o trabalhador exposto a energia elétrica. Como inexistia referência ao salário-base nem restrição à incidência sobre qualquer prestação salarial, a mesma Súmula 191 enfatiza que "em relação aos eletricitários o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial". Como a Lei 7.369/85 foi revogada pela Lei 12.740, de 8 de dezembro de 2012, todas as questões relativas ao adicional de periculosidade devido aos eletricitários passaram à regência da CLT, pois a citada Lei 12.740/2012 inseriu a energia elétrica entre os fatores de risco previstos no texto consolidado. Se a tendência jurisprudencial for a de cancelar a parte final da Súmula 191[dxxxi], para universalizar o salário-base como base de cálculo do adicional de periculosidade (inclusive para eletricitários), decerto se protegerá o direito adquirido e a imunização contra a redução salarial que serão assegurados aos trabalhadores eletricitários que já laboravam ao tempo em que vigia a Lei 7.369/85.

Outra importante reflexão, neste tópico, é pertinente à possibilidade de o adicional de periculosidade ser pago em valor proporcional ao tempo de exposição ao risco. Assim estava previsto, aliás, no Decreto 93.412, de 1986, que regulamentava a Lei 7.369/85 (lei que regulava a periculosidade no setor elétrico e foi ab-rogada pela Lei 12.740/2012). Divergia-se, a bem dizer, entre a alternativa de reduzir o adicional na proporção do tempo de exposição e a opção, que terminou prevalecendo, de assegurar o adicional integralmente (incidente sobre o salário mensal) em qualquer circunstância, porque, ainda quando é intermitente o trabalho arriscado, os efeitos danosos do agente perigoso não se reduzem em virtude de ser intermitente a sua ação. A explosão ou o choque elétrico são letais, ainda que o empregado não se exponha a esses agentes

ininterruptamente. Assim está na Súmula 361 do TST:

> O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, tendo em vista que a Lei n. 7.369/85 não estabeleceu qualquer proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Até tempo recente (maio de 2011), preponderava, não obstante o desconforto intelectual de parte da jurisprudência, a ponderação contida na Súmula 364, II, do TST, ou seja, a regra de que o percentual de 30% poderia ser reduzido para fazê-lo proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que essa proporção fosse prevista em norma coletiva. O Tribunal Superior do Trabalho fez-se receptivo, porém, ao argumento de ser inviável a mitigação das regras de proteção ao meio ambiente laboral, à segurança e à saúde do trabalhador. Como bem define o item I da mesma Súmula 364, o adicional de periculosidade é integralmente devido quando há trabalho intermitente ou continuado em condições de risco, sendo esse direito de indisponibilidade absoluta. Por isso, o TST cancelou o mencionado item II da sua Súmula 364.

9.4.3.3 A prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho

Porquanto assim referido em lei[dxxxii], a mera condição de risco à saúde ou à incolumidade física não bastam à configuração do direito ao adicional de insalubridade ou ao adicional de periculosidade, respectivamente. Necessária é a prévia regulamentação do Ministério do Trabalho, indicando a condição de trabalho como insalubre ou perigosa.

Vale dizer: não é porque labora em situação de risco que o empregado tem direito a qualquer dos dois adicionais, pois o tem somente na hipótese de norma oriunda do Ministério do Trabalho arrolar a sua condição de trabalho como insalubre ou perigosa.

Uma breve reflexão é inevitável: a percepção sempre finita do homem, inclusive daqueles que integram os centros de positivação das normas de direito, estaria a reclamar a utilização dos métodos de integração da norma estatal (analogia, costumes, princípios gerais de direito), mesmo no universo formalista dos teóricos que pugnam pela completude do ordenamento jurídico. A necessidade de enquadramento em normas regulamentadoras significaria, em vez disso, um resgate do critério da reserva legal, tão caro ao direito penal, mas proscrito em outras searas do direito. Por que estaria o direito do trabalho a exigir o critério formalista, qual seja, a subsunção do trabalho perigoso ou insalubre em tipo normativo específico?

A exigência de enquadramento da atividade insalubre em norma regulamentadora seria, portanto, uma manifestação atávica do direito do trabalho? Parece-nos que a resposta deve ser negativa. A nossa intuição é a de que poucas atividades não gerariam os adicionais de insalubridade ou periculosidade, em se prescindindo da prévia regulamentação ministerial. A sabedoria popular ensina que para se correr perigo, na sociedade contemporânea, basta estar vivo. A regra inserta nos artigos 190 e 193 da CLT, exigente de prévia e expressa regulamentação, atenderia, pois, ao postulado da segurança jurídica, no ambiente empresarial.

Ainda assim, quer parecer-nos mais justa a solução anteriormente prevista no Decreto-lei 389, de 1968, a prever que "os efeitos pecuniários, inclusive adicionais, decorrentes do trabalho nas condições de insalubridade ou periculosidade atestadas, serão devidos a contar da data do ajuizamento da reclamação". Em suma, os empregados ou o sindicato que os representasse poderiam postular o adicional mesmo sem a existência de norma

regulamentadora, mas nesse caso o adicional seria devido, se o fosse, apenas a partir do ajuizamento da ação judicial. A Lei 6.514, de 1977, revogou, contudo, a norma antecedente (DL 389/68), emprestando ao artigo 196 da CLT a sua atual redação:

> Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho, respeitadas as normas do art. 11[dxxxiii].

A ação trabalhista movida por empregado, quando ainda está em curso o seu contrato, é, de toda sorte, mais rara. A situação do trabalhador mais constante na Justiça do Trabalho é a daquele cujo vínculo de emprego já se desfez.

Sobre serem insuficientes as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho para a regência das inusitadas condições de trabalho, que o progresso tecnológico promove, influencia-nos o pensamento de Martins Catharino, que, investido de sua autoridade octogenária, ainda em vida afirmou: "devido ao fabuloso progresso científico-tecnológico, os quadros de atividades e operações insalubres são freqüentemente alterados, o que está previsto na CLT. O problema maior não é o da falta de previsão e de atualização, mas o da deficiência de fiscalização, do descumprimento de disposições preventivas, eliminatórias ou compensatórias da insalubridade"[dxxxiv].

Também é esse o entendimento prevalecente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como se extrai da orientação jurisprudencial n. 4, I, da sua Subseção I de Dissídios Individuais: “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”[dxxxv].

Contudo, a mais alta corte trabalhista tem atenuado os efeitos da interpretação gramatical de algumas normas regulamentadoras, a exemplo do que fez ao não distinguir *fabricação* e *manuseio* de óleos minerais, ao aplicar a NR 15, Anexo XIII[dxxxvi], bem assim ao assegurar o adicional de periculosidade a eletricitários que não prestavam serviço em empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, embora o fizessem em setor elétrico de outras empresas[dxxxvii].

Outra polêmica candente se instaurou a propósito de aplicar-se aos empregados que prestam serviço em aviários, manuseando resíduos de animais

mortos, o Anexo 14 da NR 15, que prevê a insalubridade do trabalho realizado, em condições semelhantes, nos estábulos e cavalariças. A exposição desses trabalhadores aos mesmos agentes biológicos sensibilizou a SBDI 1 do TST, que assegurou aos empregados em aviários o adicional de insalubridade previsto para o labor em estábulos e cavalariças[dxxxviii].

Em nenhum desses casos houve *analogia* – a exigir o adicional para atividades não referidas, mas com igual grau de nocividade –, havendo, menos que isso, mera *interpretação extensiva* (*lex minus dixit quam volit*), que estendeu os efeitos da norma à situação de fato que já integrava, embora implicitamente, a sua expressão. A palavra, que de regra é incapaz de expressar a objeto em toda a sua extensão, fora assimilada como exemplificativa de uma certa situação de fato, sem restringir a dimensão desta[dxxxix].

Situação curiosa é aquela atinente à necessidade de prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho nas hipóteses em que o adicional de periculosidade é devido por exposição a energia elétrica, a roubo ou violência física em atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. A Lei 12.740, de 8 de dezembro de 2012, inseriu no texto da CLT esse direito, ao tempo em que revogou a Lei 7.369/85 que até então regulava a periculosidade dos eletricitários. Parece-nos razoável que, enquanto não surgir norma regulamentadora do Ministério do Trabalho indicando as hipóteses de exposição à eletricidade que deverão assegurar o adicional de periculosidade, haverão de prevalecer as situações de risco previstas no Decreto 93.412/86, que regulamentava a revogada Lei 7.369/85 e emanava do mesmo Poder Executivo – a diferença de forma (decreto ≠ NR) não contaminaria a persistência do conteúdo. Quanto à exposição a roubo ou violência física, o direito ao adicional de periculosidade estará condicionado à existência de norma regulamentadora do Ministério do Trabalho, que decerto não tardará.

9.4.3.4 A necessidade de perícia técnica em sede judicial

O artigo 195, §2º, da CLT prevê a necessidade de se designar perícia técnica sempre que requerido, em juízo, o adicional de insalubridade ou o adicional de periculosidade. Mesmo quando a condição de trabalho é incontroversa, a exemplo do que sucede, muita vez, ao frentista de posto de gasolina[dxl], é necessária a realização da prova pericial, devendo ser designado um engenheiro de segurança do trabalho ou um médico do trabalho, para o fim específico de constatar se as condições concretas de trabalho se subsumem em item prescritivo de alguma norma regulamentadora. A jurisprudência tem exigido a perícia até mesmo quando o empregador é revel, não oferecendo defesa em juízo.

Com freqüência, ocorre de a empresa ter cessado a sua atividade econômica na localidade em que prestou trabalho o autor da ação judicial, o que também não impede a realização da perícia, pois, conforme entendeu a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho[dxli], "a apuração da insalubridade após encerrado o contrato de trabalho, quando as condições da obra já não seriam as mesmas, não invalida o laudo técnico pericial. O art. 195 da CLT não dita qualquer condição para a realização da perícia, enquanto que o art. 429 do CPC preceitua que o perito, no desempenho de sua atividade, pode dispor de diversas fontes de informação e dos meios necessários à produção da prova".

A perícia é, portanto, necessária, podendo o perito, sobretudo quando alterado o local de trabalho, valer-se de testemunhas, documentos que porventura requisitar junto a órgãos públicos, plantas, desenhos, fotografias ou quaisquer outros elementos na fundamentação de seu laudo. Ademais, nada obsta que a conclusão do laudo seja condicionada à verificação de alguma situação de fato, impossível de ser investigada *in loco* e a ser apurada em juízo, por meio de outros elementos de prova[dxlii].

Há, porém, ao menos três situações em que essa exigência de perícia é relativizada. A primeira diz respeito aos casos em que o empregador admite o trabalho insalubre ou perigoso alegado, mas argumenta, por exemplo, que pagou o adicional vindicado. Se não apenas o fato é incontroverso, mas também o é o direito, desnecessária é a prova pericial[dxliii]. A outra situação é aquela em que as partes dissentem a propósito do direito ao adicional, mas convergem no tocante ao fato de um laudo relativo a outro empregado referir-se a condições de trabalho idênticas às do empregado que ajuizou a ação sob exame. O Tribunal

Superior do Trabalho já decidiu favoravelmente à utilização de laudo emprestado[dxliv]. A terceira situação (de inexigibilidade da perícia) é aquela retratada na orientação jurisprudencial n° 278 da SDI I do TST:

> A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Fora dessas hipóteses, o pedido de adicional de insalubridade ou periculosidade importa a realização da perícia, devendo o empregado arcar, o mais das vezes, com os honorários provisionais, dada a insuficiência do quadro de peritos das superintendências regionais do trabalho e a inexistência do cargo de perito no quadro de servidores dos tribunais regionais e varas do trabalho. Sempre que o empregado postula tais adicionais e não é beneficiário de assistência judiciária gratuita[dxlv], cabe-lhe prover os honorários periciais.

9.4.3.5 A supressão do direito ao adicional pela neutralização ou eliminação do risco

O artigo 191 da CLT prescreve: "A eliminação ou a neutralização da *insalubridade* ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância". O primeiro inciso refere, portanto, as medidas de proteção coletiva, a exemplo do sistema de ventilação adequado para ambientes de trabalho em que empregados operem com manganês[dxlvi]. O inciso segundo faz alusão aos equipamentos de proteção individual (*EPI*), como aqueles enumerados na NR 6 da Portaria 3214, de 1978: protetores faciais, óculos de segurança, máscaras para soldadores, capacetes, luvas, mangas de proteção e cremes protetores.

Se a ventilação é suficiente para dissipar a poeira contaminada ou o equipamento de proteção individual imuniza o trabalhador, neutralizando os efeitos nocivos do agente insalubre, cessa o direito de o empregado receber o adicional de insalubridade. O mesmo se dá, por óbvio, na hipótese de a nocividade não ser apenas neutralizada, mas, para além disso, eliminada. Vale, porém, a advertência da Súmula 289 do TST:

> O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

Quanto ao adicional de periculosidade, a lei não contempla a possibilidade de o direito ao adicional cessar em razão de os equipamentos de proteção individual *neutralizarem* o risco. O artigo 194 da CLT estatui que "o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a *eliminação* do risco à sua saúde ou integridade física [...]". No mesmo sentido, o artigo 2º, §3º, do Decreto 93412/86, específico quanto aos eletricitários[dxlvii].

Não por coincidência, há autores que consideram quase impossível a eliminação do risco para os que lidam, constantemente, com inflamáveis, explosivos, radiações ionizontes, substâncias radioativas ou energia elétrica. Márcio Ribeiro do Valle[dxlviii] especula, inclusive, que "a cessação do pagamento do adicional de periculosidade ocorre com o término do trabalho nas áreas de risco ou com a transferência do empregado para setores da empresa que

não sejam perigosos, não porém com o fornecimento de EPI que efetivamente eliminasse o risco à integridade física do trabalhador pela periculosidade".

Pode ocorrer de a eliminação (ou também a neutralização, em se tratando de insalubridade) ser obtida após o empregado ter assegurado, em processo judicial, o direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade. O fato superveniente da eliminação do risco autorizaria o empregador a descumprir, a partir de então, o dispositivo sentencial? A jurisprudência tem entendido que, nesses casos, aplica-se o artigo 471, I, do CPC, obrigando-se o empregador a ajuizar uma ação revisional com o fim de se exonerar do adicional até ali devido. Parece-nos acertada essa orientação, pois não pode o empregador reclamar os embaraços de uma ação judicial se impeliu o empregado, antes, a manejá-la para obter o reconhecimento do direito ao adicional. Se acaso se submetesse o empregador aos resultados de perícia extrajudicial, a ação revisional seria prescindível.

Noutro sentido, Valentin Carrion[dxlix] advoga que a vocação simplificadora do direito processual laboral permite o debate, sobre a supressão do trabalho de risco após a condenação judicial, no processo de execução da sentença, parecendo-lhe desnecessária a ação revisional.

9.4.3.6 A condicionalidade do direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade

Vimos que o pagamento habitual ou continuado de um adicional o faz atraído pelo núcleo salarial, o que impediria a sua supressão. Por outro lado, também já percebemos, ao estudarmos a *condicionalidade* como uma das características dos complementos salariais, que é inconveniente a preservação do direito ao adicional quando isso significa um desestímulo para o empregador, que não tem interesse em eliminar a adversidade do trabalho se continuará a sofrer os seus efeitos financeiros.

Essa encruzilhada jurídica fez surgir a Súmula 248 do Tribunal Superior do Trabalho, em que essa corte judicial faz clara opção pela condicionalidade, ao recomendar: "a reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio de irredutibilidade salarial".

Resumindo, a necessidade de se combater o trabalho arriscado induz a jurisprudência a compreender os adicionais de insalubridade e de periculosidade como prestações devidas *sob condição*. Isso não obstante, é certo que os citados adicionais, enquanto forem pagos com habitualidade, refletirão no valor de outras parcelas, que têm no salário a sua base de cálculo. Assim está preconizado, aliás, em alguns verbetes da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho[dl].

9.4.3.7 A inacumulabilidade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, §2º, prevê que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido". À parte o desvio de ótica, pois não pode ser uma *ventura* laborar em condições insalubres, é certo que o citado dispositivo sempre foi interpretado como uma proibição a que o empregado pudesse exigir os dois adicionais, quando ambos os agentes, insalubre e perigoso, estiverem presentes.

Na esteira dessa compreensão, o item 15.3 da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho estabelece: “No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa”. Interpretando-se assim o art. 193, §2º da CLT, bem se vê que se cuida de regra injusta, pois permite que o empregado labore em situação de risco à sua integridade física sem que receba o adicional correspondente, pois estaria recebendo adicional relativo a agente nocivo à sua saúde, ou vice-versa.

Ao versar sobre essa impossibilidade legal de acumulação dos dois adicionais, Rodrigues Pinto[dli] lembra que tal norma proibitiva é um legado da Lei 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, mas é enfático: "Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico". A orientação jurisprudencial que tem prevalecido é, entretanto, a de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade são inacumuláveis.

Como quer que seja, é hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que preceitua o artigo 7º, XXIII, da Constituição, que diz ser direito do trabalhador o "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei". Ante o postulado da norma mais favorável, consagrado no *caput* desse dispositivo constitucional, a norma legal está autorizada a regular os casos em que são devidos os adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade e a fixar os respectivos percentuais. A conjunção *ou* estaria presente, no texto do inciso sob análise, pois o uso da conjunção aditiva (*e*) faria concluir que toda atividade penosa também seria insalubre e, por igual, necessariamente perigosa.

A nosso entendimento, não estaria o legislador infraconstitucional autorizado a suprimir o direito ao adicional de periculosidade, em hipótese que a

lei enumera como de risco. E como o suprime sem qualquer justificativa, o artigo 193, §2o da CLT se apresenta, pura e simplesmente, como a negação de um direito fundado na Constituição.

Ademais, o art. 8, item 3, da Convenção 148 da OIT preconiza: "Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho". O Estado brasileiro novamente se comprometeu, ao ratificar a Convenção 155 da OIT, a implementar o que recomenda o seu art. 11, b: "deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Portanto, a orientação jurisprudencial que predomina, no sentido de que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e de periculosidade, frustra, a nosso ver, o desígnio constitucional e também o compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou as convenções 148 e 155 da OIT; em rigor, essa orientação relativiza o direito fundamental à compensação monetária pela exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física do trabalhador.

Uma observação é, ainda, necessária. Mesmo que se tenha como constitucional o preceito antevisto, que prescreve a inacumulabilidade dos citados adicionais, decerto isso não impedirá o empregado de postular os dois adicionais em juízo, cabendo-lhe escolher qual deles pretende receber na hipótese de a perícia constatar tanto o trabalho insalubre como o labor em situação de risco.

9.4.4 O adicional de transferência

O artigo 469, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho assegura o direito ao adicional de no mínimo 25% sobre o salário, sempre que o empregado é transferido, provisoriamente, de uma para outra localidade de trabalho.

O assunto deve ser mais bem estudado no tópico relativo à alteração do contrato de trabalho, em capítulo próprio. É interessante frisar, porém, que se tem interpretado o citado dispositivo de lei como uma garantia do direito ao adicional de transferência nos casos de transferência *provisória*, mesmo nas hipóteses em que o empregador está autorizado a transferir o empregado, por ser ele, por exemplo, exercente de cargo de confiança (artigo 469, §§ 1º e 2º, da CLT). Segundo esse entendimento, que é claramente majoritário, a transferência *definitiva* não dá direito ao adicional de transferência.

Quanto ao mais, o empregador deve ressarcir as despesas de transferência, independentemente da obrigação de pagar o adicional de transferência, cujo fato gerador é o desconforto do trabalho em outra localidade. Assim dispõe o artigo 470 da CLT.

Também tem pertinência, aqui, a discussão sobre o adicional de transferência se integrar definitivamente ao salário ou se caracterizar como salário sob condição. A jurisprudência tem pendido para o aspecto da condicionalidade, como se pode inferir da seguinte ementa[dlii]:

> O adicional de transferência pago de forma habitual constitui salário condicional em face do que estatui o art. 457, §1º, da CLT. Assim, enquanto pago, deve o adicional computar-se no salário para todos os efeitos, inclusive para cálculo das férias e do 13º salário.

9.5 Os princípios informantes da teoria jurídica do salário

É natural que os princípios que informam um ramo qualquer do conhecimento sejam estudados a início, pois neles devemos desvendar toda a sua base teórica ou, em se cuidando das ciências sociais, as normas que, por serem fundantes do sistema, apresentam um grau maior de abstração. Por tratarmos de remuneração e salário, estamos, porém, a inverter essa orientação lógica, pois houve a necessidade de assimilarmos, antes, os conceitos e os tipos salariais e remuneratórios mais específicos, o que viabilizará, estamos certos, a compreensão dos princípios e a delimitação de sua incidência.

Outra observação é, também, necessária. É que, tal como se deu no estudo dos princípios do direito do trabalho, apresenta-se, entre os princípios informantes da teoria do salário, um princípio que, a bem ver, precede os demais e é deles uma clara projeção. Referimo-nos ao princípio da *irredutibilidade*, do qual emanam os outros princípios, que também estudaremos, observando a seguinte nomenclatura[dliii]: *integridade*, *intangibilidade*, *igualdade* e *certeza de pagamento*.

9.5.1 Princípio da irredutibilidade

Antes de ser editada a Constituição de 1988, dizia-se irredutível o salário com esteio na regra do artigo 468 da CLT, que proscreve a alteração prejudicial do contrato de emprego, mesmo quando o contrato é alterado com a formal anuência do empregado. Com efeito, não há, idealmente, alteração mais prejudicial que aquela que resulta em redução do salário.

Existiam, então, duas claras exceções à regra – infraconstitucional – da irredutibilidade do salário: a redução transitória, em hipótese de força maior, não superior a 25% (artigo 503 da CLT), e a redução salarial prevista em acordo coletivo de trabalho, em razão de conjuntura econômica adversa e por no máximo três meses, também não superior a 25% do salário contratual (artigo 2º da Lei 4923, de 1965).

Em 1988, o princípio da irredutibilidade foi erigido ao nível constitucional e, no mesmo passo, permitiu-se que o salário fosse reduzido mediante negociação coletiva. Em outras palavras, o princípio foi elevado ao patamar mais elevado das categorias normativas, mas ali mesmo foi relativizado.

Os teóricos do direito do trabalho não tardaram a perceber que o artigo 503 da CLT perdera o seu fundamento de validade, pois, mesmo em caso de força maior, há, agora, a necessidade de norma coletiva para que o salário seja reduzido.

Grassa controvérsia, entretanto, quanto a se aplicar o prazo de três meses previsto no artigo 2º da Lei 4.923, de 1965, quando acordo coletivo de trabalho dispuser sobre a redução salarial para fazer face a circunstâncias da economia. O contra-argumento é alusivo à força da autonomia privada coletiva nos assuntos cuja regulação lhe fora entregue pelo poder constituinte, o suficiente para que a redução de salário não fique restrita aos três meses referidos na mencionada lei.

Ao estudarmos a distinção entre remuneração e salário, restou claro que a parcela remuneratória somente se torna irredutível quando se converte em salário, sendo, o mais das vezes, atraída pelo núcleo salarial em virtude de sua habitualidade. Apenas a atribuição econômica que se reveste das características de parcela *salarial* está protegida pelo princípio da irredutibilidade, dada a ênfase com que se apresenta, nela, a natureza alimentar.

Portanto, o recebimento de uma parcela por longo tempo a faz integrar-se ao patrimônio do empregado, dele não podendo, mais, ser subtraída. A extensão desse tempo não segue regra rigorosa na jurisprudência[dliv], atendendo em

verdade ao princípio da razoabilidade: se é tempo bastante para que se perceba um ajuste tácito com vistas ao recebimento da parcela, deduz-se a sua natureza salarial.

Relembramos, ainda, que o salário, regra geral, pode ser *fixado* por unidade de tempo ou de obra. Há *fixação* de um valor nominal (R$ 1.000,00 por mês, *exempli gratia*) para certo tempo de trabalho ou, na outra hipótese, a *fixação* de um valor (R$ 2,00) ou de uma percentagem (2%) para cada peça fabricada ou vendida.

O salário, que é *fixado*, não pode sofrer redução, isso não obstando que o valor mensal do salário por unidade de obra oscile segundo o desempenho do empregado. A vedação incidiria se o empregado tivesse a sua comissão reduzida de 2% para 1%, malgrado assim sucedesse em um mês cujas vendas o fizessem receber, sem embargo dessa redução percentual, um valor total de comissões maior que o do mês anterior.

Abomina o direito do trabalho a redução direta do salário e, por igual, aquela que se dá por via oblíqua, disfarçada, através da retenção ou do desconto indevido. É o que veremos à análise dos demais princípios.

9.5.2 Princípio da integridade do salário

O princípio da integridade do salário se realiza no postulado seguinte: *o empregado deve receber salário justo e integral, mesmo quando o seu valor não foi previamente ajustado*.

9.5.2.1 A integridade do salário e sua determinação supletiva

O conceito de *salário justo* é relativizado pelo direito, pois não equivale à real utilidade do trabalho, como se daria se tratássemos de uma relação de empreitada ou não estivéssemos em um sistema capitalista de produção, com atenção voltada à necessidade de se resguardar a parte que corresponde ao lucro do empregador. A justeza do salário está emoldurada no artigo 460 da Consolidação das Leis do Trabalho, *verbis:*

> Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

Logo, o fato de o empregado e o empregador não terem acertado, ao início do vínculo, o exato valor do salário, não importa o direito mínimo, vale dizer, não dará direito ao empregado de receber apenas o salário mínimo legal. O parâmetro, em vez disso, será o salário do empregado que exercer função semelhante na mesma empresa ou, não havendo tal empregado, o salário que usualmente se pagar aos exercentes da citada função.

Poderá o empregado, assim, ajuizar ação trabalhista com vistas à *determinação supletiva* de seu salário pela Justiça do Trabalho. Aliás, autores há que defendem, a nosso ver com razão, a possibilidade de o empregado se valer, por analogia, do citado artigo 460 da CLT para postular a revisão de seu salário, sempre que surpreendido, em meio ao pacto, pelo aumento da quantidade de trabalho que lhe é cobrada pelo empregador[dlv]. É pena que essa norma, conotativa de civilidade, seja dificilmente utilizada em conjunturas econômicas que favorecem o desemprego, pois sabe o empregado que põe sob ameaça o seu disputado posto de trabalho se pedir, em juízo, a revisão de seu salário.

9.5.2.2. A integridade do salário e a vedação de descontos

Versa o princípio da integridade sobre salário justo e também sobre salário integral, o que importa a vedação de descontos salariais. Atendendo a circunstâncias da realidade, o legislador proibiu os descontos de salário no artigo 462 da CLT, mas ressalvou, no mesmo dispositivo e em seu parágrafo primeiro, as exceções a essa regra, autorizando os descontos seguintes:

a) dedução de adiantamento de salário;

b) determinação em lei, a exemplo do imposto de renda retido na fonte e da contribuição previdenciária;

c) descontos previstos em norma coletiva, como a contribuição assistencial devida a sindicatos;

d) dedução do valor correspondente ao dano, doloso ou intencional, praticado contra o patrimônio do empregador;

e) ressarcimento do dano culposo, ou seja, do dano não intencional[dlvi], cometido por inadvertência, imprudência ou imperícia do empregado, sendo esse desconto por dano culposo condicionado à expressa previsão contratual.

O tempo passou e novas modalidades de desconto, envolvendo o empregado, fizeram surgir uma séria discussão, na jurisprudência trabalhista, sobre a possibilidade de o empregador descontar, por exemplo, prêmios mensais de seguro de vida e mensalidade de planos de assistência médica ou odontológica.

Sustentava-se, por um lado, que os novos descontos não foram previstos no artigo 462 da CLT porque tratam de uma realidade que não era vivenciada pelo legislador de 1943, sendo indicativo de sua licitude o fato de os empregados utilizarem os serviços garantidos nos tais contratos de assistência médica e hospitalar, quando deles precisam. Os adversários da referida tese lembravam, porém, a possibilidade de o empregador obter autorização para os descontos em norma coletiva – sendo indício de coação econômica a não utilização desse meio de validar tais descontos – e, também, o fato de eles serem autorizados, quase sempre, em documentos inseridos em meio a outros muitos, que o empregado assina em seu momento de admissão, premido pela necessidade de não perder a oportunidade de emprego.

Após intensa discussão, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula

342, que alargou a possibilidade do desconto e, inclusive, transferiu ao empregado o ônus de provar o caráter coativo de sua autorização. *Verbis:*

> Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Mais recentemente, a Lei 10.820, de 2003, permitiu que os empregados possam “autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos” (art. 1º). O desconto pode incidir inclusive sobre o valor das verbas rescisórias (art. 1º, §1º), observando-se sempre a margem consignável estabelecida em conformidade com o regulamento de mencionada lei.

A) O desconto salarial e o risco da atividade econômica. Recebimento de cheques sem fundo por frentistas. Dano por colisão de veículo por culpa de motorista. As diferenças de caixa e a gratificação *quebra-de-caixa*

Outra situação, que por algum tempo congestionou a pauta da Justiça do Trabalho, é aquela atinente ao desconto de valores correspondentes a cheques sem provisão de fundos, recebidos por frentistas de postos de combustíveis. Entre a alternativa de permitir, incondicionalmente, que o desconto fosse perpetrado e, de outro lado, a opção de negar essa faculdade ao empregador – o que permitiria a empregados imprevidentes a elevação do risco empresarial (através do recebimento de cheques suspeitos) e a empregados inescrupulosos a troca não autorizada de cheques suspeitos por dinheiro do caixa do empregador –, a Subseção I de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho uniformizou o seu entendimento através da orientação jurisprudencial n. 251:

> É lícito o desconto salarial referente à devolução de cheques sem fundos, quando o frentista não observar as recomendações previstas em instrumento coletivo.

Sempre existe alguma dificuldade de dirimir os conflitos em que se opõem a regra de o risco da atividade econômica recair apenas sobre o empregador e, no outro lado, o direito de o empregador estabelecer regras de conduta, exigíveis do empregado, que reduzam o risco empresarial. Assim se dá não somente na realidade dos frentistas de postos de combustíveis, mas também em relação a motoristas, quanto a multas por infração culposa de normas de trânsito ou mesmo pequenas colisões, escusáveis ante a exigência de perícia sobre-humana nos centros urbanos mais conturbados. Surgem, não raro, normas coletivas disciplinando, em alguns casos vedando, essa possibilidade de desconto salarial.

No meio mais restrito dos operadores de caixa, especialmente dos caixas bancários, a experiência jurídica tem consentido a instituição de gratificação intitulada *quebra-de-caixa* que serve para compensar a obrigação, atribuída então ao empregado, de pagar as diferenças contábeis acaso verificadas no caixa, por ele operado. Quando resulta claro que a gratificação se destina, estritamente, a tal desiderato, parece-nos razoável que se autorize o desconto das diferenças de caixa, dada a responsabilidade maior que se comete aos que lidam, diretamente, com a circulação do dinheiro.

B) O desconto da contribuição assistencial

Há, enfim e nessa seara do desconto salarial, uma questão que mereceu mais intensa reflexão da doutrina e da jurisprudência trabalhista, qual seja, a da contribuição assistencial. Cuida-se de contribuição que reverte em favor do sindicato, à semelhança da contribuição sindical[dlvii], da contribuição social ou associativa[dlviii] e da contribuição confederativa[dlix].

A contribuição assistencial seria uma *quota de solidariedade* a que se obrigariam os empregados que, embora representados pelo sindicato em razão da unicidade sindical, não eram dele associados.

Esses empregados, *não sindicalizados*, beneficiam-se das conquistas obreiras obtidas na negociação coletiva, levada a efeito pelo sindicato que detém o monopólio da representação de sua categoria profissional, numa dada base territorial. Porque os empregados *sindicalizados* já pagam a contribuição social ou associativa, parece justo que os empregados que não a recolhem paguem a contribuição assistencial.

Com o intuito de evitar a utilização da contribuição assistencial como uma forma dissimulada de o sindicato impor a sindicalização, contrariando o princípio da liberdade sindical, o Tribunal Superior do Trabalho, em um primeiro momento, condicionou o seu desconto à não oposição do trabalhador, que poderia ser manifestada à empresa até dez dias antes do primeiro pagamento reajustado[dlx]. Restou induvidosa, ademais, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, como guardião dos interesses trabalhistas indisponíveis, para ajuizar ação com vistas à anulação de cláusulas de convenção coletiva que previssem a contribuição assistencial sem ressalvar o direito de o empregado opor-se ao seu desconto[dlxi].

Quando tudo estava assim assentado, o Tribunal Superior do Trabalho foi instado a decidir sobre a constitucionalidade da cobrança da contribuição assistencial aos não associados, dado que o Supremo Tribunal Federal havia afirmado, nos dez precedentes da Súmula 666[dlxii] de sua jurisprudência, que a única contribuição exigível compulsoriamente dos não filiados era a contribuição sindical prevista em lei.

Embora o STF estivesse tratando da contribuição confederativa – que é prevista em assembleia geral do sindicato para prover o sistema confederativo

(art. 8º, IV, da CF) –, a premissa assim estabelecida parecia contaminar a contribuição assistencial, porquanto era ela igualmente cobrada dos trabalhadores não associados ao sindicato, sobretudo por ser uma quota de solidariedade desses em relação aos que tinham se associado e já pagavam a contribuição associativa.

Atendendo a tal expectativa, mas para surpresa de muitos e nosso desconforto intelectual, o TST editou então o Precedente Normativo n. 119, *litteris:*

> Contribuições sindicais. Inobservância de preceitos constitucionais: A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

Em última análise, o precedente normativo, que serve à orientação do próprio Tribunal Superior do Trabalho e dos tribunais regionais no julgamento de dissídios coletivos, está a consagrar uma malfazeja sinonímia entre as contribuições assistencial e confederativa, a par de desnaturar a primeira delas: carece de sentido cobrar apenas dos empregados sindicalizados uma contribuição que se justifica como uma quota de solidariedade dos não sindicalizados. Em nosso socorro, cabe lembrar a orientação que emana do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT[dlxiii]:

> Em um caso no qual a lei autorizava a cobrança de uma quota de solidariedade pelo sistema de desconto em folha, de trabalhadores que não eram associados ao sindicato-parte em uma convenção coletiva, mas que desejavam beneficiar-se de suas disposições (valor da quota: inferior a dois terços das quotas pagas pelos trabalhadores associados ao sindicato), o Comitê entende que este sistema, embora não coberto pelas normas internacionais de trabalho, não parece em si mesmo incompatível com o princípio de liberdade sindical.

Além disso, a desnaturação da contribuição assistencial impede que um mecanismo bem elaborado, que permite sejam contrabalançados o ônus do associado com o bônus do não associado, seja usado com o propósito de restabelecer o equilíbrio entre os trabalhadores sindicalizados e os que não o são. A resistência da maior corte regional do Brasil, com sede em São Paulo, bem diz a necessidade de ser revista, ao menos num ambiente de monismo sindical, o mencionado precedente normativo. Assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região[dlxiv]:

> Não paira dúvida de que a categoria congrega todos os trabalhadores, quer sejam sindicalizados ou não. Disso resulta que pertencer à categoria e ser ou não sindicalizado são duas coisas distintas. Pertencer à categoria independe do trabalhador, posto que é uma questão de classificação. Já ser ou não sindicalizado é fator que depende da sua vontade. Se a assembléia geral fixar a contribuição, esta será devida para toda a categoria, pena de afrontar-se conceitualmente o termo categoria. Categoria é o todo, associados e não associados e não somente associados. Não se pode excluir dos benefícios das normas coletivas os trabalhadores não sindicalizados, justamente porque pertencem à categoria, pouco importando sejam ou não sindicalizados. O direcionamento jurisprudencial da mais alta Corte Trabalhista (Precedente Normativo n. 119) traduz incentivo a que os trabalhadores não mais se filiem aos seus sindicatos.

Renovam-se, portanto, os auspícios de que se modifique a orientação da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de que se consagre a possibilidade de cobrar-se dos trabalhadores não sindicalizados (de preferência, apenas deles) a contribuição assistencial, ainda que lhes seja permitido o direito de opor-se a essa cobrança nos moldes do antigo Precedente Normativo 74 da SDC.

Conjugar-se-iam, de tal maneira, o direito à livre filiação sindical – pois o trabalhador não sindicalizado não seria induzido a sindicalizar-se, inclusive porque estaria livre para opor-se à cobrança da contribuição assistencial – e a necessidade de se estabelecer algum equilíbrio entre a vantagem de beneficiar-se da atuação do sindicato, que a todos alcança, e o ônus de financiar o movimento sindical, que atinge mais gravemente os sindicalizados. Assim se daria um passo, talvez mais eficiente, na direção de abolir-se definitivamente a contribuição sindical obrigatória, aquela prevista em lei.

9.5.3 Princípio da intangibilidade do salário

O salário é intangível, intocável, é o alimento que garante a dignidade do trabalhador, pois atende à sua necessidade básica de sobrevivência. Essa intangibilidade revela-se através de regras jurídicas que protegem o salário contra a imprevidência do empregador ou do próprio empregado, como se pode notar em seguida.

9.5.3.1 Proteção contra a imprevidência do empregador. Falência. Recuperação judicial e extrajudicial. Liquidação extrajudicial

Era da tradição do direito brasileiro assegurar ao crédito trabalhista a categoria de crédito privilegiado, sem ressalvas.[dlxv] Mas a mais nova Lei de Falências (Lei 11.101, de fevereiro de 2005), em seu artigo 83, I, traz clara limitação a essa posição preferencial, pois assim se reporta ao crédito que prefere a todos os demais: "os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho".

Ao expressar-se assim, o legislador está tratando do crédito trabalhista no processo de falência, sendo conveniente observar que a citada lei regula não somente a falência, mas igualmente inova o processo de recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, afastando de nosso ordenamento o instituto da concordata.

A recuperação extrajudicial não se presta ao escalonamento de dívidas trabalhistas, consoante esclarece o artigo 161, §1º, da Lei 11.101, de 2005. Não é assunto que devamos abordar neste curso, por conseguinte.

Já sobre a recuperação judicial, cabe notar que a situação do crédito trabalhista, nesse outro procedimento, está contemplada em disposição específica da citada Lei 11.101, a saber:

> Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.
>
> Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Enquanto estiver em curso o prazo previsto no plano de recuperação judicial (delimitado na proposta do empresário devedor ou por deliberação da assembléia geral de credores), o juízo que a deferiu ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam (artigo 52, II). Mas essa suspensão não poderá durar mais de cento e oitenta dias (art. 6º, §4º, da mesma Lei 11.101/2005).

Salvo quando cometem irregularidades enumeradas na lei, os gestores da sociedade empresária em processo de recuperação judicial não se afastam do seu comando, embora exerçam a direção da empresa sob a fiscalização do Comitê de Credores, se houver, e do administrador judicial (artigo 64 da Lei 11.101).

Mutatis mutandis, essa regra pareceria conspirar para que se aplicasse, nos casos de recuperação judicial, a orientação contida na antiga Súmula 227 do STF para os casos de concordata, qual seja, a de que não haveria embaraços à execução do crédito nem a reclamação do empregado na Justiça do Trabalho. É certo, contudo, que todas as ações judiciais se suspenderão, por até seis meses, durante a execução do plano de recuperação judicial já antes aprovado, conforme sobrevisto.

Voltando à falência, convém resgatar o antigo dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre o juízo competente para executar dívidas trabalhistas contra massas falidas. Confrontava-se a previsão do artigo 114 da Constituição, que dizia ter competência a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios que tinham origem no cumprimento de suas sentenças[dlxvi], com a prudência de se remeter ao juízo (cível) da falência a tarefa de estabelecer a ordem dos pagamentos, de modo a impedir que trabalhadores com execução judicial nas varas do trabalho tivessem privilégio em relação aos empregados que habilitassem seus créditos perante o juízo falimentar, diretamente.

A controvérsia parece agora dirimida pelo artigo 6º, §2º, da Lei 10.101/2005, porque nele está previsto que "as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei[dlxvii], serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença". Sobretudo em razão de a antiga redação do artigo 114 da Constituição não ter sido preservada pela Emenda Constitucional 45 (no que tange à competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídios pertinentes ao cumprimento de suas sentenças), não serão suscitadas dúvidas, decerto, quanto à eficácia da referida norma de competência.

Concluindo o estudo relativo à proteção do empregado nos casos de imprevidência do empregador, falta tratar da liquidação extrajudicial. No ponto que interessa, está assinalado no artigo 18 da Lei 6.024, de 1974 que a decretação da liquidação extrajudicial pelo Banco Central produzirá, de imediato, os seguintes efeitos, *ipsis litteris*:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;

b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;

c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;

f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas**.**

A intenção do legislador foi, induvidosamente, a de equiparar os efeitos da liquidação decretada pelo Banco Central aos da falência declarada pelo juiz. Entretanto, em pelo menos dois momentos a jurisprudência trabalhista mostra-se refratária a essa política legislativa. É o que se percebe ao se consultar a orientação jurisprudencial n. 143 da SBDI 1 do TST: “A execução trabalhista deve prosseguir diretamente na Justiça do Trabalho mesmo após a decretação da liquidação extrajudicial. Lei nº 6.830/80, arts. 5º e 29, aplicados supletivamente (CLT, art. 889 e CF/1988, art. 114)”. Na mesma trilha de resistência ao preceito legal, recomenda a Súmula 304 do TST:

> Os débitos trabalhistas das entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial estão sujeitos a correção monetária desde o respectivo vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, não incidindo, entretanto, sobre tais débitos, juros de mora.

9.5.3.2 Proteção contra a imprevidência do empregado. Incessibilidade. Impenhorabilidade absoluta

Quando o empregado é imprevidente, fazendo despesas incompatíveis com o seu ganho salarial ou não estimando, convenientemente, os limites virtuais de seus gastos, a ordem jurídica também o protege, no tocante à incolumidade de seu salário, que não pode ser objeto de cessão nem penhora.

O tema da incessibilidade (impossibilidade de cessão) está intimamente relacionado com os limites de licitude dos descontos salariais, já vistos ao exame do princípio da integridade. Cabe lembrar, apenas, que *cessão* é a forma de alienação de bens incorpóreos – vendem-se terrenos, casas e carros; cedem-se direitos. Em acréscimo ao que foi analisado a propósito dos descontos, basta dizer que o empregado não pode ceder a terceiro, menos ainda ao empregador, o direito de receber o salário correspondente à disponibilidade de sua força de trabalho. Regra geral, toda prestação de natureza alimentícia é insusceptível de cessão.

Sobre a impenhorabilidade, vale dizer, acerca da impossibilidade de o salário servir como garantia (constrição judicial) para o pagamento de outros débitos do empregado, o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil inclui, entre os bens impenhoráveis, "os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia". A lei põe a salvo os alimentos devidos pelo empregado, pela razão óbvia de que está a cuidar de crédito revestido da mesma natureza (alimentar) que confere ao salário a sua intangibilidade.

Os tribunais da Justiça Comum, perante os quais é normalmente invocada a garantia da intangibilidade do salário, têm enfatizado que não somente as parcelas estritamente salariais, mas todas e quaisquer verbas inerentes ao contrato de trabalho, mesmo aquelas que são indenizadas ao tempo da despedida, incluem-se no conjunto dos bens impenhoráveis[dlxviii]. Por outro lado, há decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça que relativiza a impenhorabilidade prevista no art. 649, IV do CPC, sob a premissa de tornar-se penhorável o crédito alimentar quando, por circunstâncias do caso concreto, inserir-se, de fato, na esfera de disponibilidade do devedor[dlxix].

Inquieta, muita vez, à doutrina e à jurisprudência trabalhistas a possibilidade de se decidir, *de lege ferenda*, que nos casos em que altos-empregados vencem elevados salários a garantia da intangibilidade estaria restrita à quantia

necessária à provisão de alimentos, dada a *ratio* da norma sob comento. É incipiente, porém, a elaboração teórica nesse sentido, salientando Amauri Mascaro Nascimento[dlxx] que a impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil é *absoluta*, não se confundindo com a impenhorabilidade *relativa* (até um quinto do salário), em voga no direito italiano, nem com a impenhorabilidade *proporcional*, consagrada pelo direito argentino (maior, na proporção do salário).

A seu turno, a orientação jurisprudencial n. 153 da Subseção II de Dissídios Individuais, do TST, não flexibiliza a regra da impenhorabilidade quando enuncia:

> Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

9.5.4 Princípio da igualdade de salário

O princípio da igualdade aspira à universalidade. Não se traduz, no âmbito do direito do trabalho, apenas como o direito de um empregado exigir salário igual ao do seu colega, por um justificado anseio de isonomia, que estaria fundado no artigo 461 da CLT. Mais que isso, o empregado pode se valer do artigo 5º da Constituição para postular jornada igual, ambiente de trabalho igualmente saudável e, enfim, a igualdade em todas as suas projeções.

A dificuldade reside em identificar, ante caso concreto, uma similaridade de condições que renda ensejo ao tratamento isonômico, pois o princípio da igualdade também se realiza, bem é sabido, mediante o tratamento desigual em relação aos desiguais. A lição é de Celso Antônio Bandeira de Mello[dlxxi], *verbis:*

> As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida (...). Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Mesmo no tocante ao salário, há sempre a possibilidade de o empregador estabelecer, informalmente, um nível salarial para todos os empregados exercentes de certa função e um seu empregado, sem enquadrar essa lide no artigo 461 da CLT, exigir, em juízo, o salário assim assegurado. Em suma, o princípio da igualdade não faz restrições ao vínculo de emprego, devendo concretizar-se também neste e em toda sua amplitude.

9.5.4.1 Os pressupostos da equiparação salarial com empregado brasileiro

A situação mais comum, porém, é decerto aquela em que um empregado pede para ser equiparado, no que tange ao salário, a outro empregado brasileiro[dlxxii]. O legislador infraconstitucional optou por prevenir o litígio, especificando, desde logo, as condições físicas ou corpóreas que justificam a igualdade salarial[dlxxiii]. Fê-lo no artigo 461 da CLT, *in verbis:*

> Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.
>
> § 1º – Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.
>
> § 2º – Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.
>
> § 3º – No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antingüidade, dentro de cada categoria profissional.
>
> § 4º – O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

A leitura do dispositivo não nos traz, a bem ver, uma lista dos elementos de discriminação, ou seja, das características do trabalho que, por serem desiguais, impediriam a equiparação salarial. *A contrario sensu* e com melhor técnica, há, na norma, a indicação de quais os caracteres comuns ao trabalho do equiparando e do paradigma, que permitem àquele exigir a equiparação de seu salário ao deste. Os pressupostos da equiparação salarial são os seguintes:

1º) *Idêntica função* – o equiparando e o paradigma devem exercer funções idênticas, ou melhor, a mesma função. Quando o tema é equiparação salarial, interessa a *função*, importando menos o *cargo* e as *tarefas* singulares. *Função* é a atribuição ou o conjunto de atribuições em sua essência (desprezam-se tarefas secundárias), mas na dimensão do real (do que realmente acontece); é o conteúdo ocupacional do empregado sob a perspectiva do que há, nele, de essencial e é, de fato, levado a efeito, em sua prática diária[dlxxiv]. O *cargo* é também uma unidade de atribuições, mas a sua dimensão é apenas a ideal, ou seja, reflete um elenco de deveres funcionais (uma função) que pode, ou não, se realizar.

O empregado investido no *cargo* de vendedor estará, presumivelmente, a realizar vendas, mas poderá alegar e provar que exerce *função* mais elástica, fazendo entrega e cobrança das mercadorias que vende, ou mesmo que a sua real função não corresponde àquela que seria inerente ao cargo de vendedor, prevalecendo, então, o princípio da primazia da realidade. Usando, ainda, o exemplo do vendedor, cabe notar que *tarefas* singelas, como a de etiquetar a mercadoria ou a de promover a venda de certa linha de produto, podem, ou não, compor a essência da *função* de vendedor, a depender do exame de cada caso concreto.

2º) *Trabalho de igual valor* – o artigo 461, §1º, define o que vem a ser trabalho de igual valor, referindo-se, então, à *igual produtividade*, à *mesma perfeição técnica* e ao tempo de exercício da função. *Produtividade* significa *capacidade de produzir,* não sendo o mesmo que *produção*[***dlxxv***]. O empregado que não é assíduo pode produzir pouco, mas revelar uma produtividade superior à do empregado que não falta ao trabalho. A *perfeição técnica* que se exige é aquela que faz o produto ou o serviço realizado pelo equiparando ter a mesma *qualidade* do produto ou serviço realizado pelo paradigma. Com precisão cirúrgica, Tarso Genro[dlxxvi] observa que "a perfeição técnica deve ser perquirida em função do que exige o produto em fabricação (ou o serviço em execução) e não na forma abstrata de quem pode fazer melhor". Enfim, se o paradigma estiver ou esteve exercendo a função por mais tempo que o equiparando e essa diferença de tempo for superior a dois anos, descaracterizado estará o trabalho de igual valor. Malgrado o dispositivo legal faça menção ao tempo de serviço, há jurisprudência assente no sentido de que interessa, como sobredito, o tempo de exercício da função[dlxxvii].

3º) *Mesmo empregador* – o equiparando e o paradigma devem prestar serviço para o mesmo empregador. Essa regra, de fácil inteligência, ganha alguma complexidade quando o interessado invoca a figura do *empregador único*, com esteio numa interpretação possível do artigo 2º, §2º, da CLT. Quando o dispositivo é interpretado no sentido de que está ele a consagrar também a solidariedade ativa, um empregado pode pedir equiparação com um paradigma que exerce a mesma função e trabalho

de igual valor, embora o faça em outra empresa do grupo econômico a que pertence o seu empregador.

4º) *Mesma localidade* – o equiparando e o paradigma devem prestar ou ter prestado trabalho na mesma localidade, o que não importa dizer "mesmo estabelecimento". Houve tempo em que a jurisprudência trabalhista adotou o entendimento de que *mesma localidade* significaria *mesma região sócio-econômica*, viabilizando, assim, que empregados com igual custo de vida devessem apresentar salário com igual poder aquisitivo. Em municípios contíguos, não é razoável a discrepância de salários. Mais adiante, o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição quanto a *mesma localidade* significar *mesmo município*, ou até *mesma cidade*[***dlxxviii***]. Finalmente, o TST adotou orientação dialética, mais justa, ao recomendar, através do item X da Súmula 6 de sua jurisprudência: "O conceito de *mesma localidade* de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana".

5º) *Contemporaneidade* – embora a norma legal não exija, ao menos expressamente, a contemporaneidade dos serviços prestados pelo equiparando e pelo paradigma como um pressuposto do direito à equiparação salarial, é certo dizer que doutrina e jurisprudência trabalhistas adotam essa orientação, qual seja, a de que a função deve ser exercida à mesma época, pois, como lembra Márcio Túlio Viana[dlxxix], "a situação – ou, talvez, a sensação – de injustiça nasce quando se têm, lado a lado, pessoas exercendo a mesma função, com igual empenho, e, sem qualquer razão, recebendo tratamento diferente". O que justifica essa exigência de contemporaneidade é o entendimento de que se insere no poder diretivo do empregador promover a sucessão de um empregado por outro, contratando o empregado sucessor mediante salário menor que o pago ao empregado antecedente.

Alguma polêmica se criou em torno da discussão sobre as equiparações salariais poderem se comunicar, ou seja, indagava-se a possibilidade de um empregado, que obteve a equiparação salarial em juízo, servir de paradigma para outros empregados. A princípio, não havia óbice a essa postulação, pois se pressupunha que o salário maior, assegurado em processo judicial, seria o salário mais justo, para aquele empregado e para tantos outros que provassem exercer a

mesma função.

Mais adiante, a jurisprudência evoluiu para entender que deveria excetuar as hipóteses em que o paradigma indicado era beneficiário de vantagem pessoal ou de tese jurídica já superada. Fora daí, não importava se o paradigma tinha antes obtido a equiparação salarial com outro colega de trabalho, pois bem diz a lógica formal que se A = B e B = C, conclui-se que A = C.

Houve, porém, interposição de inúmeros recursos patronais ao TST com o objetivo de demonstrar que essa regra estaria possibilitando a equiparação salarial em cadeia também nos casos em que a identidade de funções ou o trabalho de igual valor se desvirtuava em meio à sucessão de trabalhadores equiparados. Por maioria, os ministros do Tribunal entenderam que a equiparação em cadeia poderia mesmo dar ensejo ao desvirtuamento do direito à isonomia, mas a redação[dlxxx] atribuída à Súmula 6, VI não pareceu clara, para alguns, no tocante a quem caberia o ônus de provar a importância, ou desimportância, da equiparação salarial em cadeia no caso concreto.

Caberia ao empregado provar que preencheria os requisitos do artigo 461 da CLT também em relação aos paradigmas remotos? Ou caberia ao empregador provar que a existência de equiparações sucessivas seria empecilho à caracterização da igualdade material? A verdade é que não se formou maioria, entre os magistrados da casa, a propósito de atribuir-se ao trabalhador esse encargo probatório, podendo a dubiedade do texto gerar alguma dúvida inicial.

Em setembro de 2012, o Pleno do TST reuniu-se para, entre o mais, deliberar acerca de um novo texto para a Súmula 6, VI, que passou a conter, então, o seguinte enunciado:

> 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 se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.

Em rigor, a quebra da identidade material apresenta-se como um fato impeditivo do direito à equiparação salarial, a ser alegado e provado pelo empregador, sob pena de prevalecer o argumento de lógica formal há pouco referido[dlxxxi]. Caberia observar que o conceito *fato impeditivo* tem significado já consolidado na doutrina de direito material e processual[dlxxxii].

Também se dissente sobre ser possível o empregado, que exerce trabalho

intelectual, postular a equiparação de salário com outro que exerça a mesma função, malgrado a dificuldade de se perquirir, em tal caso, o trabalho de igual valor. Argumenta-se, por exemplo, que não há como avaliar a qualidade do serviço de um advogado, ou mesmo de um jogador de futebol ou de um animador de programa televisivo, que agregam a tarefas manuais ou físicas um coeficiente individual de esforço intelectivo, distinguindo-se, um do outro, nessa medida.

É forte, porém, o entendimento contrário, pois iterativas decisões do Tribunal Superior do Trabalho têm consagrado, após intensos debates, o direito de o trabalhador intelectual exigir, em seu favor, o cumprimento do artigo 461 da CLT[dlxxxiii], como se pode extrair da Súmula 6, VII, da jurisprudência daquela Corte:

> Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos.

Outra questão inicialmente tormentosa é aquela atinente à natureza da pretensão, pois se supôs, em um primeiro momento, que a sentença judicial, ao reconhecer o direito à equiparação salarial, teria natureza constitutiva, e, por isso, não poderia um empregado requerer tal equiparação quando já não estava mais a prestar serviço para a empregadora que o havia discriminado, no tocante ao salário. Não tardou o Tribunal Superior do Trabalho a dirimir a questão, editando o item IV da súmula 6 de sua jurisprudência:

> É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.

Resta dizer que a equiparação salarial é possível entre empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista[dlxxxiv], mas sofre restrições no tocante aos servidores celetistas da administração direta, bem assim das autarquias e fundações públicas[dlxxxv].

Por derradeiro, a exigência de *mesma localidade* não impede que o empregador, público ou privado, obrigue-se a pagar o mesmo salário para empregados que lhe prestem serviço em todos os seus estabelecimentos, situados em municípios ou mesmo em estados diversos. No caso, a equiparação salarial estará fundada no regulamento de empresa, que prefere à norma legal se mais favorável ao trabalhador que esta.

9.5.4.2 A existência de quadro de carreira – fato impeditivo da equiparação. Direito ao enquadramento

Ainda que estejam presentes todos os mencionados pressupostos da equiparação salarial, o empregador não está obrigado a atender a uma pretensão de tal ordem se o seu pessoal estiver organizado em quadro de carreira, que assegure progressões salariais segundo os critérios de antigüidade e merecimento. Assim está previsto no artigo 461, §2º, da CLT.

Para impedir que o empregador forjasse um quadro de carreira com o objetivo único de se desvencilhar do dever imposto pelo *caput* do artigo 461 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que o quadro de carreira deve ser homologado pelo Ministério do Trabalho. Essa exigência não está na lei, salvo para os casos em que o paradigma é um estrangeiro[dlxxxvi]. O item I da Súmula 6 do TST consagra, porém, essa construção jurisprudencial, "excluindo, apenas, dessa exigência (homologação pelo Ministério do Trabalho) o quadro de carreira das entidades de Direito Público da administração direta, autárquica e fundacional e aprovado por ato administrativo da autoridade competente".

Havendo quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho, poderá o empregado pedir o seu enquadramento no cargo e nível funcional a que tiver direito, sendo competente a Justiça do Trabalho para apreciar essa postulação[dlxxxvii]. Se o quadro de carreira não foi homologado, o empregador não o poderá opor ao pedido de equiparação salarial, mas nada obsta que o empregado perceba a violação de alguma de suas cláusulas, pelo empregador, exigindo o seu cumprimento em virtude de a cláusula transgredida ser uma condição mais benéfica que aquela a que está sujeito[dlxxxviii]. É bom notar que a exigência de homologação do quadro de carreira é imposta contra o empregador, não o sendo contra o empregado.

9.5.4.3 Equiparação salarial com estrangeiro

Sempre que o empregado equiparando é brasileiro e o paradigma é estrangeiro, o pedido de equiparação salarial deverá, segundo a letra da lei, estar alicerçado no artigo 358 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não disfarça a sua inspiração na política nacionalista do Governo Vargas. Iniciativa mais recente do legislador veio a alterar a redação do artigo 353 da mesma CLT, o bastante para que não se aplique o citado dispositivo (artigo 358) aos estrangeiros que residam no Brasil há mais de dez anos, aqui possuindo filho ou cônjuge, e aos portugueses. Quando o paradigma é um deles e o equiparando é brasileiro[dlxxxix], a regra a ser adotada é, inexoravelmente, a do artigo 461 da CLT, antevista.

Como quer que seja, decerto que o agente do direito do trabalho não pode abstrair a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, positivada no artigo 5º da Constituição, ao aplicar o artigo 358 da Consolidação das Leis do Trabalho. Havendo a superação dessa justa pecha de inconstitucionalidade, caber-lhe-á consultar a estrutura normativa, para que possa, assim, perceber em que difere a equiparação entre brasileiro e estrangeiro.

Ao que se dessume do artigo 358 da CLT, a equiparação com trabalhador estrangeiro exige apenas a *analogia* entre as funções, não exigindo, portanto, a identidade funcional. Como observa o Ministro Maurício Godinho Delgado, em julgamento de processo no qual se deferiu a equiparação de brasileiro que exercia a função de diretor de recursos humanos com estrangeiro que atuava como diretor de engenharia, "o preceito legal contém normatividade diversa daquela do art. 461 da CLT. A dicção do art. 358 da CLT é expressa: função análoga. Ou seja, função semelhante, próxima – sem englobar um feixe de atribuições que conduzam a uma significativa igualdade na função"[dxc].

Além disso, a variável *tempo no exercício da função* – novamente a lei faz referência, recusada pela doutrina trabalhista, ao *tempo de serviço* – é tratada de modo diferente, pois o que impede a equiparação do brasileiro com estrangeiro é o fato de o brasileiro contar menos de dois anos no exercício da função e de o estrangeiro contar mais de dois anos. Não se considera, como se pode notar, a diferença de tempo entre um e outro (como se procede na equiparação com brasileiro), mas, sim, o tempo de cada qual. Ainda assim, essa diferença de tempo na função deve ser aferida na data da admissão do empregado que pleiteia

a equiparação[dxci], pois não seria razoável que o brasileiro sempre conquistasse o direito à equiparação com estrangeiro quando completasse dois anos na mesma atividade.

A alínea c do artigo 358 impede a equiparação de brasileiro com estrangeiro quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, não o sendo o estrangeiro. Por fim, a alínea d prescreve a inviabilidade da equiparação "quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa". Não há referência à perfeição técnica e, em vez de maior produtividade, o que se exige, como fato impediente da equiparação, é a maior produção. Intuímos, porém, que a razão está com Márcio Túlio Viana[dxcii], quando este magistrado mineiro argumenta: "[...] pelo espírito da norma, parece-nos que, se a diferença de produção resultar dos meios postos à disposição do empregado – sendo, portanto, igual a produtividade – caberá a equiparação".

9.5.5 Princípio da certeza do pagamento do salário

A condição humana do empregador parece concorrer, episodicamente, para insuflá-lo à prática, absolutamente desleal, de forjar o pagamento do salário, desvirtuá-lo ou dizê-lo presumido, a pretexto de que homem algum trabalha sem receber a correspondente remuneração. É incompreensível que tantos anos de experiência trabalhista não tenham feito cessar, no Brasil, os processos judiciais em que se constata, à grossa vista ou mediante perícia grafotécnica, a falsificação material ou ideológica de recibos de pagamento. Nem sempre se irmanam, afinal, a civilização e a civilidade.

Como o salário é a garantia da sobrevivência do trabalhador e, por via reflexa, da preservação do sistema produtivo, a norma trabalhista solenizou o seu pagamento e o cercou de outras salvaguardas, sempre com vistas a não permitir que a remuneração pelo trabalho prestado fosse um ato duvidoso, incerto, suspeito.

9.5.5.1 A certeza que emana do *modo* de pagar o salário. O recibo de pagamento e o salário complessivo

O artigo 464 da CLT prescreve que "o pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo possível, a seu rogo". Com o intuito de conferir contemporaneidade a essa exigência de recibo, o parágrafo único de citado dispositivo acrescenta: "Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho".

Houve tempo em que se disse, com base em citado preceito de lei, que o pagamento mediante recibo era da substância do ato. Tinha-se-o por não realizado, quando o recibo não era apresentado pelo empregador. A jurisprudência trabalhista abrandou, porém, esse rigor, não apenas pela existência de outros documentos que podiam assegurar o pagamento de salário, a exemplo do cheque nominativo, como em virtude da admissão, pelo próprio empregado e em inúmeros processos, de que eram autênticas ou verdadeiras as fichas financeiras ou contracheques não assinados, trazidos aos autos pelo empregador. Mais que isso, ocorre de o empregado confessar, em juízo, o recebimento de salário não referido em recibo, restando conveniente que a verdade processual não se dissocie dos fatos reais.

Ainda assim, algum rigor subsiste na aplicação do artigo 464 da CLT, sendo incomum a aceitação de prova testemunhal, simplesmente, como apta a produzir a certeza do pagamento. Também resta incontroverso que o ônus de provar o pagamento do salário – fato extintivo da obrigação – é do empregador, inclusive do empregador doméstico, pouco importando se a este não se aplica o multicitado artigo 464 da Consolidação das Leis do Trabalho[dxciii].

Inexiste, enfim, um modelo de recibo que seja recomendável, podendo ser usado, *exempli gratia*, um formulário impresso ou um texto manuscrito e improvisado. A única exigência é a de que sejam discriminados, nele, títulos e valores que se pagam. Quando inocorre essa discriminação das parcelas e respectivos valores, mas a referência a uma quantia global para a quitação de várias parcelas, diz-se que há *salário complessivo*, sendo enfática a Súmula 91 do Tribunal Superior do Trabalho: "Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários

direitos legais ou contratuais do trabalhador".

O verbete faz alusão a *cláusula contratual*, mas em sua esteira são recusados, também, os recibos que contêm a referência a salário complexo ou complessivo. Por exemplo, se o empregador fizer constar, em um recibo qualquer, que está quitando, mediante o pagamento de uma quantia global, o salário-base e mais horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e outras parcelas, entende-se que estará quitando apenas o salário-base, a parcela principal, mantendo-se a obrigação quanto às parcelas acessórias. A quitação destas exigiria a indicação do valor que se estaria pagando em razão de cada uma delas[dxciv].

Mas a Subseção I de Dissídios Individuais do TST tem tolerado, a nosso ver com razão, que normas coletivas de trabalho englobem, para fins contábeis, mas com o conhecimento e a compreensão dos empregados (presumível ante a exigência de que assim se proceda mediante negociação coletiva de trabalho), o pagamento de parcelas naturalmente correlacionadas, a exemplo de quando se quitam horas de trabalho e a sua repercussão na remuneração do repouso semanal por meio de um valor previamente tarifado com esse propósito[dxcv], ou de quando se calcula o adicional noturno com um acréscimo que corresponde, matematicamente, ao valor que resultaria da redução ficta da hora noturna[dxcvi].

9.5.5.2 A certeza quanto ao valor do salário

Está visto que é vedado pagar o salário somente em utilidade. Ademais, prevê o artigo 463 da CLT que "a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País", ressentindo-se de validade o pagamento que inobservar essa regra[dxcvii]. O empregador não pode, portanto, pagar em moeda estrangeira ou, sem a expressa anuência do empregado, através de depósito bancário ou cheque[dxcviii].

Nas hipóteses em que o salário é ajustado em moeda estrangeira, tem-se posicionado a jurisprudência no sentido de a conversão do salário dever observar o câmbio em vigor na data do contrato, sobre esse salário se aplicando os aumentos intercorrentes da categoria[dxcix].

São inevitáveis, nesse ponto, duas ressalvas à regra de o empregado não poder receber salário em moeda estrangeira: a) o empregado contratado no Brasil ou transferido, de qualquer sorte, para prestar serviço no exterior, deve ter o seu salário ajustado em moeda nacional, mas pode optar por receber a sua remuneração, no todo ou em parte, em moeda estrangeira, enquanto trabalhar em outro país (artigo 5º, §§1º e 2º, da Lei 7064/82); b) o técnico estrangeiro, domiciliado no exterior e contratado para serviço especializado e transitório no Brasil, pode ajustar o seu salário em moeda estrangeira, valendo a taxa de conversão em vigor na data de vencimento da obrigação (artigos 1º e 3º do Decreto-lei 691/69)[dc].

9.5.5.3 A certeza quanto ao tempo e ao lugar do pagamento de salário

Quando não é depositado em conta bancária, o salário deve ser pago em dia útil e no local de trabalho, em meio à jornada ou imediatamente após o seu encerramento, conforme enuncia o artigo 465 da Consolidação das Leis do Trabalho. Observa Valentin Carrion[dci] que "a constante do legislador é impedir quaisquer dificuldades ao empregado ou prejuízo direto ou indireto; as longas filas à saída do serviço, o pagamento em horário que retira do empregado parte apreciável do seu descanso e quaisquer outras anomalias são condenadas pelo legislador e puníveis administrativa e judicialmente".

A violação dessa regra estaria a implicar uma sanção de natureza econômica imposta ao empregador que, aproveitando ao empregado, não estaria claramente definida em lei. Como se tem comportado, então, o empregado que não recebe o seu salário em hora e lugar adequados? Por ora, não conhecemos caso em que o trabalhador se tenha recusado a receber o salário em situação desconfortável, oscilando os empregados entre a tentativa de caracterizar o pagamento, em tempo ou lugar indevidos, como uma justa causa do empregador, que daria ensejo à resolução do contrato (artigo 483, d, da CLT), ou em postular a configuração do tempo de espera pelo dinheiro do salário, após o encerramento da jornada, como tempo à disposição do empregador, dada a obrigação de este proceder ao pagamento imediatamente após o fim do turno de trabalho. Nessa última hipótese, configurar-se-ia a prestação de horas extraordinárias. Somente as peculiaridades de cada caso concreto podem dizer da pertinência dessas possíveis soluções para a violação do artigo 465 da CLT, pois apenas ao exame de cada caso é possível verificar a ocorrência, ou não, de abuso por parte do empregador.

Por derradeiro, impende relembrar que, a salvo os complementos salariais que são exigíveis em periodicidade específica (*v.g.*, comissões, gratificação semestral etc.), o salário deve ser pago até o quinto dia útil do mês subseqüente ao da prestação de trabalho. O artigo 459, parágrafo único, da CLT, ao estabelecer citado prazo, institui uma garantia mínima em favor do empregado, nada obstando que norma coletiva alargue essa proteção, compelindo o empregador a pagar o salário no mesmo mês da prestação laboral.

Também é possível que o empregador se obrigue, por força de contrato individual, expresso ou tácito, a pagar em prazo menor. Como o uso e o costume vinculam o empregador (artigo 8º da CLT), o fato de o empregador

habitualmente pagar o salário no mesmo mês da prestação de trabalho importa ajuste tácito (artigo 442 da CLT) e, portanto, a contratualidade desse prazo mais favorável.

Quanto a essa possibilidade de haver ajuste tácito a propósito da data de pagamento, tem entendido de modo diferente, porém, o Tribunal Superior do Trabalho, como se pode inferir da orientação jurisprudencial n. 159 da SDI-I: "Diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único, do art. 459, ambos da CLT".

A exigibilidade da prestação salarial em certo prazo tem, enfim, duas claras implicações, que não podem ser olvidadas. A primeira diz respeito à correção monetária, pois não se pode incidir índice de atualização desde antes de a parcela salarial ser exigível[dcii]. A segunda implicação é concernente à prescrição qüinqüenal (artigo 7º, XXIX, da Constituição), sendo relevante atentar para o aspecto de não prescreverem as parcelas em meio a um mês qualquer, uma vez que o prazo prescricional somente flui a partir do vencimento da obrigação[dciii].

10 DURAÇÃO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

10.1 Duração. Jornada. Horário

O conceito, que a palavra exprime, pode ser alargado, pois a palavra é um bem da cultura. A expressão que dá título a esta relevante passagem de nosso estudo é *duração do trabalho* e por ela se quer referir não apenas o tempo de trabalho efetivo. Para além disso, estuda-se, sob tal rótulo, o tempo durante o qual o empregado disponibiliza a sua força de trabalho e, afinal, o tempo de descanso, necessário à recomposição da força física, ao arejamento da atividade intelectual, à dedicação a outras atividades, ao lazer, à arte, à interação social.

Quando nos reportamos, estritamente, à extensão de tempo por que o empregado mantém a sua energia de trabalho à disposição do empregador, aludimos à *jornada de trabalho.* Em rigor, a origem etimológica[dciv] da palavra *jornada* restringiria o seu significado ao de *extensão de tempo a cada dia* e é neste sentido que preferimos empregar o vocábulo. Mas é certo que a lei, a doutrina e a jurisprudência referem-se a *jornada* para mencionar, também, a carga horária de trabalho semanal (*jornada semanal*) ou mesmo mensal.

Os termos inicial e final de cada jornada revelam, enfim, o *horário de trabalho.* Um empregado pode cumprir *jornada* de oito horas se trabalhar no seguinte *horário:* das 8h às 12h e das 14h às 18h.

Estudemos, a início, o modo como se caracteriza a *jornada* e, em seguida, ainda no âmbito da *duração do trabalho,* os intervalos devidos em meio à jornada ou entre as jornadas. É hora, bem se nota, de analisar como a prestação laboral, que é regida pelo direito do trabalho, delimita-se no *tempo.*

10.2 A jornada de trabalho

É exato dizer que o empregador deve remunerar todo o tempo por que pode dispor da força de trabalho do empregado. A jornada de trabalho compreende, portanto, as horas e frações de hora que o empregador haverá de considerar no momento em que calcular a remuneração do trabalhador, sendo útil a identificação dos critérios gerais e especiais de fixação de jornada[dcv].

Como sugerem as expressões, critérios *gerais* serão aqueles adotados para todos os empregados, sendo *especiais* os critérios relativos à fixação da jornada de algumas categorias de trabalhadores.

São critérios gerais:

a) o do tempo de efetivo trabalho
b) o do tempo à disposição do empregador
c) o do tempo de deslocamento residência-trabalho-residência
d) o do tempo de afastamento justificado da atividade laborativa

São critérios especiais:

a) o do tempo de prontidão
b) o do tempo de sobreaviso
c) o do tempo de intervalo especial

Após a análise dos critérios gerais e especiais, é necessário que identifiquemos as condições de trabalho a que não se aplicam quaisquer desses critérios. Tais exceções serão examinadas em subitem próprio. Mas há, também, algumas exceções específicas, que concernem à restrição que a doutrina e a jurisprudência fazem à adoção de um ou outro dos critérios gerais em favor de certas categorias de trabalhadores. As exceções específicas serão lembradas em meio ao subitem que tratará do critério geral.

10.2.1 Critérios gerais de fixação da jornada

10.2.1.1 O tempo de trabalho e o tempo à disposição do empregador. O ônus da prova

Como regra, a jornada é composta pelo tempo em que o empregado mantém a sua energia de trabalho à disposição do empregador, aí se incluindo aquele em que executa ordens ou as aguarda, simplesmente.

Há alguma dificuldade em se dimensionar a jornada prestada fora do estabelecimento do empregador, mas isso não impede que o empregado demonstre a existência de controle, pelo empregador, do seu tempo de serviço externo. Ocorrendo o controle, subentende-se a existência de jornada.

Como se verá no subtítulo em que trataremos do regime de sobreaviso, acresceu-se recentemente ao art. 6º da CLT um parágrafo único, que equipara os meios telemáticos ou informatizados de exercício do poder de comando ao modo pessoal de exercer esse poder. É como dizer: a ordem que se recebe pela via telemática (conexão a computadores, sejam desktops, laptops ou tablets) não se distingue, para efeito de caracterizar a subordinação reveladora do emprego, da ordem que o empregado recebe diretamente do empregador.

E por que estaria o novel parágrafo único do art. 6º da CLT a desafiar a jurisprudência consolidada? É que, se, por um lado, o novo dispositivo explicita ser idôneo o meio informatizado para configurar a subordinação do empregado, por outro lado pode-se compreender que o legislador prescreve, até por coerência, a impossibilidade de o empregador escudar-se na imposição de controle telemático como modo de eximir-se das obrigações que adviriam se mantivesse o trabalhador sob seu olhar constante e físico, sem o auxílio do recurso eletrônico. Como veremos ao estudar o regime de sobreaviso como um dos critérios especiais de fixação da jornada de trabalho, a obrigação de o trabalhador manter-se *on line* por todo o tempo, aguardando eventual solicitação do empregador, deverá ajustar-se à nova dicção da lei.

A lei admite, porém, a possibilidade de o serviço externo ser prestado em condições incompatíveis com o controle da jornada pelo empregador (trataremos, adiante, da exceção prevista no artigo 62, I, da CLT). E a jurisprudência, por seu turno, tem resistido à ideia de considerar, ao menos para o fim de estabelecer se houve excesso de jornada de trabalho, o tempo em que o empregado presta labor *em domicílio*. Isso tem reflexo, inclusive, no cômputo, assim inviabilizado, das preciosas horas que o professor dedica, em sua casa, à preparação de aulas e provas, bem assim à correção destas.

Outra consideração importante é a de que as viagens a serviço não se incluem, integralmente, na jornada de trabalho. Por exemplo, motoristas e vendedores pracistas costumam trabalhar dias consecutivos em cidades diferentes daquelas em que têm família e domicílio. O tempo dispensado a assuntos alheios aos negócios da empresa, em meio às viagens, não é, regra geral, computado como jornada de trabalho. A construção jurisprudencial nesse sentido influenciou, também e por outra via, a dedução de que o tempo de concentração dos atletas profissionais não se inclui na jornada, salvo o que for despendido com atividades de treinamento[dcvi].

Noutra seara, em junho de 2001[dcvii] acresceram-se parágrafos ao artigo 58 da CLT, o primeiro deles a positivar orientação jurisprudencial no sentido de que "não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários". Se o relógio de ponto é um apenas e todos os trabalhadores não podem acioná-lo ao mesmo tempo, deve-se mesmo ter uma tolerância, para mais ou para menos, quanto à exatidão dos horários registrados.

É bom acentuar que o empregador cujo estabelecimento tem mais de dez empregados está obrigado a exigir o registro de ponto (artigo 74, §§2º e 3º, da CLT), sendo seu, portanto, o ônus de provar, em juízo, a jornada cumprida por esses empregados (ainda que não adote cartões ou livros de ponto)[dcviii]. Sendo o quadro de até dez empregados, ao empregado, regra geral[dcix], é atribuído o ônus de provar o trabalho que teria excedido a jornada contratual ou legal.

Nos subtítulos seguintes, decerto se perceberá que a jurisprudência está atenta à circunstância de o tempo à disposição da empresa nem sempre se apresentar como um tempo em que o trabalhador permanece no interior do estabelecimento. Derivam dessa compreensão a inclusão na jornada do tempo de percurso entre a residência e o local de trabalho, sempre que há a necessidade de o empregador fornecer veículo para citado deslocamento (Súmula 90) ou ele ocorre dentro da unidade produtiva (Súmula 429) – mas esse modo de estar à disposição do empregador, sem prestar trabalho, apresenta-se, em seguida e por apelo didático, como modalidades específicas de cumprimento da jornada.

10.2.1.2 O tempo de deslocamento residência-trabalho-residência

A proximidade entre a residência do empregado e o local de seu trabalho pode permitir que ele prefira vencer esse trajeto caminhando. Não sendo assim, o deslocamento até o local de trabalho, como o seu retorno, podem ocorrer em transporte de uso público ou em veículo fornecido pelo empregador[dcx].

Quando o empregador fornece o citado transporte, o faz para aumentar a comodidade do empregado ou para viabilizar a prestação de trabalho. Computa-se o tempo de deslocamento na jornada de trabalho somente nessa última hipótese, ou seja, quando o transporte é fornecido porque de outro modo não há como o trabalhador chegar até o local de sua prestação de serviço. Tal qual predizia a Súmula 90 do TST, a atual redação do artigo 58, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho é elucidativa:

> O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução

Estamos a cuidar das horas *in itinere*. Houve época em que empregadores de menor escrúpulo tentaram se desvencilhar dessa obrigação – de incluir as horas *in itinere* na jornada dos seus empregados – cobrando-lhes, num ingênuo ardil, uma quantia irrisória, como um modo de sugerir que o transporte estaria sendo custeado pelos próprios empregados. O Tribunal Superior do Trabalho preveniu o litígio, editando a Súmula 320:

> O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso, ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção do pagamento das horas in itinere.

A caracterização das horas itinerantes também se mostrou conflituosa nos casos em que o horário de trabalho não era compatível com o transporte coletivo de uso público. O TST editou, a propósito, a Súmula 90, III (antigo Enunciado 324), que recomenda: "A mera insuficiência do transporte público não enseja o pagamento das horas *in itinere*". Isso não obstante, a alta Corte trabalhista não radicaliza esse entendimento, pois está atenta à singularidade dos casos em que há absoluta inviabilidade de o empregado valer-se do transporte público. Nesse toar, a Súmula 90, II, do TST é taxativa:

> A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas in itinere.

Outra questão, pertinente à configuração das horas *in itinere*, é aquela em que se diverge sobre se incluírem essas horas na jornada em hipótese na qual

apenas parte do trajeto, entre a residência do empregado e o seu local de trabalho, é servida por transporte público. Apesar de não ser usual o fornecimento de transporte, pelo empregador, somente a partir da última *parada de ônibus*, é certo que o Tribunal Superior do Trabalho refletiu a necessidade, mais relevante, de estimular o empregador a transportar os seus empregados, com evidente proveito para estes, ao editar o Enunciado 325, agora convertido na Súmula 90, IV de sua jurisprudência:

> Se houver transporte público regular, em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas in itinere remuneradas se limitam ao trecho não alcançado pelo transporte público.

Mas o TST vem entendendo que o trecho não servido por transporte público pode se situar até mesmo no interior do estabelecimento da empresa[dcxi], assim sucedendo quando é relativamente longo o caminho entre a portaria e o local de trabalho. Em maio de 2011, editou-se inclusive a Súmula 429 para esclarecer finalmente que:

> 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.

Por derradeiro, têm assentado os órgãos de jurisdição que não têm direito às horas *in itinere* os empregados regidos pela Lei 5.811, de 1972, que disciplina o trabalho na indústria petroquímica. É que essa lei especial teria regulado, exaustivamente, a jornada e também a obrigação de o empregador fornecer transporte ao empregado que labora na indústria petroquímica, não incluindo o tempo, gasto em transporte fornecido pelo empregador, na jornada de trabalho[dcxii].

10.2.1.3. O tempo de afastamento justificado

Aos empregados assiste, regra geral, o direito de verem computadas na jornada de trabalho as horas em que não prestam serviço nem disponibilizam a sua força de trabalho, mas se abstêm de fazê-lo com apoio em justificativa prevista em lei ou em outra espécie normativa. É o caso, por exemplo, dos afastamentos que se dão em conseqüência de enfermidade, devidamente atestada. Como a lei faz alusão, quase sempre, ao afastamento por pelo menos um dia, não se percebe, decerto, que o mal a afligir o empregado pode justificar sua ausência por apenas algumas horas e ainda assim haveria tempo justificado de afastamento, a ser remunerado como se trabalho houvesse.

Ao estudarmos os casos de interrupção do contrato de emprego, outras situações, em que as horas de afastamento justificado devem ser remuneradas, podem ser lembradas. Por ora, é interessante notar, *exempli gratia*, que várias normas coletivas asseguram ao dirigente sindical o direito de se ausentar do trabalho, para o desempenho de atividades associativas, sem prejuízo do salário[dcxiii]. Também a ausência para depor em juízo não ocorre em prejuízo da remuneração correspondente às horas subtraídas à prestação de trabalho para esse fim[dcxiv].

10.2.2 Critérios especiais de fixação da jornada[dcxv]

10.2.2.1 O tempo de prontidão

Enuncia o artigo 244, §3º, da CLT que o trabalhador ferroviário estará de prontidão quando "ficar nas dependências da Estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal". Como *dependências da Estrada* devem ser compreendidas as *dependências da empresa ou via férrea respectiva*, conforme explica Mauricio Godinho Delgado[dcxvi]. A proporção de 2/3 (dois terços) permite que o trabalhador ferroviário receba, por cada jornada de doze horas em regime de prontidão, o equivalente a uma jornada de trabalho efetivo por oito horas (2/3 x 12 h = 8 h).

O trabalhador de prontidão não executa tarefas por todo o tempo, mas se submete a um regime especial que tem em vista a realização de serviços imprevistos ou a substituição de empregados faltosos, tal qual prescreve o artigo 244 da CLT. É um regime de trabalho especial, assim como o é o labor em regime de sobreaviso, a ser adiante analisado.

Não há, no regime de prontidão, a ansiosa sensação de permanecer em estado de trabalho, pois a energia intelectual pode ser desviada para outra atividade, porventura lúdica, até o instante da primeira ordem, que pode não chegar. O que o configura não é, portanto, a suspensão do esforço físico, já que os vigias e vigilantes se mantêm fisicamente inertes, mas com a responsabilidade de guardar, em meio a essa eventual inércia de movimentos, o patrimônio do empregador. No regime de prontidão, o trabalhador ferroviário se comporta, ao revés, como se a própria subordinação ao empregador permanecesse, até a primeira ordem, em estado de latência.

Essa digressão tem a ver com a controvérsia pertinente à constitucionalidade dos dispositivos celetários que tratam do regime de prontidão e, como veremos em seguida, do regime de sobreaviso. Seria constitucional a manutenção do empregado em regime de prontidão por até doze horas, como previsto no artigo 244, §3º, da CLT? Ou o limite de oito horas diárias, assegurado no artigo 7º, XIII, da Constituição, há de preponderar? O que pode justificar a recepção da norma consolidada pela ordem constitucional em vigor é a sua especificidade, que não foi cogitada pelo poder constituinte.

De toda sorte, é árida a jurisprudência sobre a constitucionalidade das jornadas previstas em lei para esses regimes especiais[dcxvii], bem assim quanto à sua adoção, por analogia, no vínculo entre outras categorias, que não a do ferroviário, e seus respectivos empregadores.

10.2.2.2 O tempo de sobreaviso

A reflexão, que há pouco levamos a efeito, sobre a constitucionalidade do regime de prontidão vale, por igual, para o regime de sobreaviso, que se distingue pelo fato de o trabalhador ferroviário não permanecer nas dependências da empresa a aguardar ordens, pois que as aguarda em sua própria residência, como reza o artigo 244, §2º, da CLT:

> Considera-se de sobreaviso o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contados à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

A proporção de 1/3 (um terço) faz com que as vinte e quatro horas de sobreaviso tenham remuneração equivalente a oito horas de trabalho efetivo.

A doutrina e a jurisprudência têm estendido a outras categorias, por analogia, a regra estabelecida em favor do trabalhador ferroviário. O verbete n. 229 da Súmula do TST enuncia, por exemplo, que "as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à razão de 1/3 (um terço) sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial".

Mas o mesmo Tribunal Superior do Trabalho viu-se às voltas com a questão tormentosa de decidir sobre a influência dos aparelhos celulares, bem assim de meios telemáticos como *laptops* e *tablets*, na definição do que seria o regime de sobreaviso. Durante certo tempo, adotou-se a compreensão de que “o uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, ‘pager’ ou aparelho celular, 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”. Assim estava assentado na antiga orientação jurisprudencial n. 49 da SBDI-1, mais adiante convertida na Súmula 428 do TST.

Nessa fase inicial, prevaleceu, portanto, o entendimento de que não se poderia aplicar o regime de sobreaviso, assegurado aos ferroviários que permanecem em casa aguardando ordens, para empregados que estariam livres para sair de casa e receber a ordem de serviço na praia ou no cinema. Preferiu-se não adotar a analogia com o regime de trabalho em ferrovias.

Sucederam, porém, os julgamentos em que o Tribunal Superior do Trabalho foi provocado a respeito da situação intermediária em que o trabalhador não está apenas na contingência de ser acionado pelo empregador, via telefone celular ou meio telemático, mas se obriga a permanecer em regime de escala ou plantão,

restringindo as suas atividades de descanso ou lazer àquelas que pode realizar em um certo perímetro urbano ou rural cuja proximidade com o local de trabalho permita atender a ordens de serviço dadas num telefonema ou numa mensagem eletrônica que podem surgir a qualquer momento.

A distinção é clara: não se trata somente da possibilidade de ser convocado a trabalhar por meio telefônico ou telemático, mas de mesclar o tempo de disponibilidade dedicado à empresa com as horas normalmente destinadas ao usufruto de direitos fundamentais como o repouso, o lazer, a moradia, a crença religiosa, a convivência familiar e associativa, todos direitos relacionados à sadia qualidade de vida preconizada pelo art. 226 da Constituição, ou seja, pelo dispositivo reitor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A mesma alta tecnologia que subtrai empregos, automatizando a atividade econômica, contribui, paradoxalmente, para a dedicação ao labor de muito ou de todo o tempo. Cada vez mais, o tempo do trabalho não é apenas o tempo de prestação laboral.

À Justiça do Trabalho coube dirimir um conflito latente que decorria das mudanças trazidas com a inserção e o avanço da tecnologia da informação no mundo do trabalho, alterando os métodos e a comunicação no ambiente laboral. O empregado que cumpre regime de plantão não tem tempo inteiramente livre enquanto aguardo o chamado do empregador. Atento a essa nova realidade, o TST reviu o verbete n. 428 da súmula de sua jurisprudência para acrescer-lhe o item II e assim definir a matéria:

> 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 o 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.

Afastou-se, assim, o risco de a jurisprudência trabalhista consentir, involuntariamente, que a *prestação* de o empregado usar um aparelho de telefonia como meio de disponibilizar a sua força de trabalho, sem solução de continuidade, não correspondesse a qualquer *contraprestação* salarial.

A nosso ver, contribuiu para a modificação da jurisprudência a inclusão, em dezembro de 2011, de parágrafo único ao art. 6º da CLT, com o teor seguinte: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de

comando, controle e supervisão do trabalho alheio”[dcxviii]. Como está revelado na ementa da Lei 12.551/2.011, o citado acréscimo no texto da lei visa a “equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos”. Cuida-se, portanto, de um novo e mais elástico *modo de ser* da subordinação.

Em rigor, o novo preceito legal não estaria predizendo a obviedade de que se revestirá de validade a ordem que chegar ao empregado pela via telemática ou informatizada, aspecto que jamais se pôs em debate (nunca se desconsiderou, como reveladora de subordinação, a ordem que se recebe por mensagem eletrônica ou quiçá por telefone). Se não é essa a intenção do legislador, conclui-se que o parágrafo único do art. 6º da CLT estabelece, como sujeição ao poder de comando, aquela que se realiza enquanto o trabalhador permanece aguardando ordem por meio de serviços telefônicos[dcxix] ou informáticos.

As horas do dia em que o empregado se submete ao comando virtual – com limitação, por exemplo, de seu eventual desejo de deslocamento para lugar mais distante – são horas de submissão ao poder diretivo, diz a lei. E como a lei se antecipou à experiência dos tribunais, ou a ela verdadeiramente se opôs, coube à jurisprudência definir se tal forma de disponibilizar a energia de trabalho importaria tempo à disposição que configuraria jornada normal de trabalho, ou se a hipótese seria a de tempo de sobreaviso. Optou-se, como se infere da nova redação da Súmula 428, II, do TST, por compreender que se considera “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”.

Há, enfim, o regime de sobreaviso que é previsto, pelo artigo 5º da Lei 5.811, de 1972, especificamente para os empregados que prestam serviços em atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo no mar, ou em exploração, perfuração e produção de petróleo em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso, ou, ainda, em trabalho de geologia de poço ou na supervisão de qualquer dos serviços regidos pela citada lei[dcxx]. O artigo 5º, §1º, da Lei 5.811 define o regime de sobreaviso dos *petroleiros* como "aquele em que o empregado permanece à disposição do empregador por um período de 24 (vinte e quatro) horas para prestar assistência aos trabalhos normais ou atender a necessidades ocasionais de operação". O §2º prevê: "Em cada jornada

de sobreaviso, o trabalho efetivo não excederá de doze horas".

Quando a sua norma de regência é a Lei 5.811/72, o empregado em sobreaviso recebe, além de seu salário normal, um acréscimo de 20% a título de *adicional de sobreaviso*, além de ter direito a um repouso de vinte e quatro horas consecutivas para cada período de vinte e quatro horas em que permanecer em regime de sobreaviso.

Não raro, ocorre de o regime de sobreaviso dos *petroleiros* ser desvirtuado, porque destes se exige o trabalho em jornadas fixas de doze horas, pagando-se o adicional referido pelo fato de sua permanência na plataforma marítima ou na estação de trabalho, a aguardar ordens, durante a outra metade de todos os dias. A existência de jornada fixa desnatura, por óbvio, o sobreaviso.

10.2.2.3 O tempo de intervalo especial

A favor de todos os empregados, há intervalos intrajornadas (em meio às jornadas) que são devidos, mas não são remunerados. A rotina estressante de alguns serviços impõe, porém, a garantia de outros minúsculos intervalos em que o empregado deve relaxar a sua atenção, desconcentrando-se antes de retomar o labor. Assim e extraordinariamente, a lei e outras fontes jurídicas asseguram o direito a intervalos intrajornadas que se incluem na jornada e devem ser remunerados, como se o empregado não houvesse interrompido a sua prestação laboral.

Podemos notar, a propósito, que o artigo 72 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê o direito a intervalos de dez minutos, *não deduzidos da duração normal do trabalho*, para cada período de noventa minutos em serviço permanente de mecanografia. Conferindo atualidade ao preceito, a Súmula 346 do TST estende o direito nele consagrado, por analogia, aos digitadores.

Em benefício dos empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio, e vice-versa, o artigo 253 da CLT instituiu um intervalo de vinte minutos para cada período de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, *computado esse intervalo como de trabalho efetivo.* Havia dúvida sobre o dispositivo se aplicar em ambientes artificialmente frios que não correspondiam a câmaras frigoríficas, mas, em boa hora, o TST editou, sobre o tema, a Súmula 438 de sua jurisprudência:

> 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.

Também quando disciplina o trabalho em minas de subsolo, a Consolidação das Leis do Trabalho assegura: "Em cada período de 3 (três) horas consecutivas de trabalho, será obrigatória uma pausa de 15 (quinze) minutos para o repouso, *a qual será computada na duração normal de trabalho efetivo*".

Quanto ao músico, a regra atende à peculiaridade do seu serviço: com exceção do intervalo destinado à refeição, os outros intervalos que se verificarem em meio à jornada do músico *serão computados como de serviço efetivo,* à expressão do artigo 41, §2º, da Lei 3.857, de 1960.

É comum, ainda, em normas coletivas que regulam o trabalho de rodoviários, a inclusão na jornada de pequenos intervalos fruídos nos momentos em que os motoristas estacionam os ônibus nos terminais ou pontos da estrada,

para em seguida iniciarem novo trecho da viagem. Sempre que a norma, estatal ou coletiva, inclui o intervalo na jornada a ser remunerada, estamos a tratar deste critério especial de fixação da jornada de trabalho.

10.2.3 Jornada extraordinária

Na ordem dos fatos, a jornada de um empregado é divisada a partir da utilização dos critérios gerais e especiais de sua fixação, já estudados. No âmbito do direito, interessa perceber se a jornada que realmente ocorre se enquadra nos limites da jornada normal ou ordinária, autorizados pela norma trabalhista. Quando inexiste fonte formal de direito assegurando jornada menor, o empregado não pode laborar além da oitava hora diária e da quadragésima quarta hora semanal, salvo em regime de compensação de jornada, tal como prescreve o artigo 7º, XIII, da Constituição.

Sobre esse dispositivo constitucional, são duas as observações importantes. É que o citado artigo da Constituição não prevê a possibilidade de a carga horária máxima, nele referida, ser extrapolada mediante contrato. E faz alusão, num paradoxo apenas aparente, à possibilidade de essa mesma carga horária ser reduzida, mas através de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Quanto à derradeira observação, resta claro que a norma coletiva somente é necessária se a redução de jornada importar diminuição do salário, estando o inciso XIII em consonância com o inciso VI, do mesmo artigo sétimo da Carta Política, este último inciso a exigir a negociação coletiva de trabalho para o ajuste que vise à redução salarial. Se a redução da jornada não ocorrer com a proporcional redução do salário, prescinde-se da negociação coletiva.

A primeira das observações, acima destacadas, é, no entanto, alusiva à inexistência de norma constitucional que autorize a contratação de horas suplementares[dcxxi], ou seja, de horas de trabalho excedentes da carga horária constitucional. Nessa medida, autores de nomeada sustentam que não teria sido recepcionada, pela atual Constituição, a regra do artigo 59, *caput*, da CLT, que permitia a contratação de até duas horas suplementares por dia. Assim se posicionam, por exemplo, José Augusto Rodrigues Pinto[dcxxii] e Márcio Túlio Viana[dcxxiii], que afirma secundar Vantuil Abdala e lamenta, no particular, a divergência de Arnaldo Süssekind.

Os juslaboralistas que defendem a sobrevigência do *caput* do artigo 59 da CLT exibem, a seu favor, não somente o grau maior de abstração do texto constitucional, que impede seja ele interpretado restritivamente, mas também o fato de o seu artigo 7º, XVI, prever a *remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal*. Como não se deve

supor que a Constituição estaria a regular os efeitos jurídicos de ato que reputou ilícito, seria de presumir-se que estaria ela a atribuir licitude à contratação de horas excedentes do limite legal. Por isso, seria válido o artigo 59 da CLT.

Nessa teia dialética, poder-se-ia contra-argumentar que o serviço extraordinário referido no inciso XVI (que prevê o adicional de 50%) não seria aquele que excedesse a carga horária máxima prevista no inciso XIII (oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais), ambos incisos do artigo sétimo da Constituição. A jurisprudência é, inclusive, assente no sentido de que é devido o adicional de 50% sobre as horas excedentes de jornadas reduzidas, inferiores à de oito horas, a exemplo da jornada do professor[dcxxiv]. Além disso, o serviço não poderia ser, ao mesmo tempo, *extraordinário* e *habitual*. A *contratação* de hora *extraordinária* comportaria, claramente, uma antinomia em termos.

Ainda assim, tal discussão se torna bizantina se o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e inclusive os sindicatos não se renderem à inconstitucionalidade da contratação de horas extraordinárias, excedentes da oitava hora diária ou da quadragésima quarta hora semanal, autuando ou promovendo a punição de empregadores que, fomentando os índices de desemprego, infringem o preceito maior. É mais tímida a influência da Justiça do Trabalho, que atua, muita vez, quando o conflito está instaurado e o empregado, a bem dizer, não mais o é. A sobrejornada cumprida por tal empregado, *reclamante* na Justiça do Trabalho, deve ser remunerada com o adicional de 50%, mesmo quando ilícita e até superior ao limite de duas horas extras diárias[dcxxv].

10.2.3.1 Jornada realmente extraordinária

O artigo 7º, XIII, da Constituição regula apenas a duração do trabalho *normal*, limitando-a a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Fatos anormais podem acontecer, porém, a ensejar a prestação de horas realmente extraordinárias de trabalho. Tentando exaurir a regência dessa matéria, o artigo 61 da CLT refere três situações que justificam a exigência de horas extras, ao prescrever:

> Art. 61 – Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.
>
> § 1º – O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.
>
> § 2º – Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.
>
> § 3º – Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

É fácil notar que duas das situações estão relacionadas com a força maior, que vem a ser, segundo o artigo 501 da CLT, "todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente". Como observam Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes[dcxxvi], "em caso de acidente em que a perícia conclua pela deficiência das instalações da empresa, os danos não serão considerados como causados por motivo de força maior". Em qualquer situação, as horas extras devem ser remuneradas com o adicional de 50%[dcxxvii], pois assim o exige o artigo 7º, XVI, da Constituição.

A extrapolação da jornada normal pode ocorrer para *fazer face* a motivo de força maior (a fabricação, *v.g.*, de bens necessários à atenuação dos efeitos de inundação ou incêndio iminente) ou para recuperar o trabalho interrompido *em*

razão de causas acidentais ou força maior (por exemplo, horas extraordinárias para resgatar a normalidade da produção industrial e, por conseguinte, a participação da empresa no mercado, após a interrupção causada por força maior). São, assim, situações que precedem e sucedem os efeitos drásticos da força maior, devendo o empregador, no primeiro caso, comunicar em até dez dias o labor extraordinário, que é ilimitado, ao Ministério do Trabalho; na segunda hipótese, a comunicação ao Ministério do Trabalho é prévia e as horas extras estão limitadas a duas por dia, em período não superior a quarenta e cinco dias por ano.

A terceira e última situação, que justifica a prestação de horas extraordinárias, é aquela em que o labor excedente acontece para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. Há serviços, como o de enchimento de lajes com concreto, em obras de construção civil, que não podem mesmo ser interrompidos. Outro exemplo: por motivos estranhos à vontade do empregador, um bem ou um serviço que deve ser produzido a certo tempo, para atender a uma necessidade sazonal, pode ter essa produção retardada, justificando a sobrejornada. Nesses casos, a jornada não pode ser prorrogada além da décima segunda hora.

Quando a prestação de horas extras não se enquadra em qualquer dessas situações, nem se cuida de compensação de jornada autorizada em acordo ou convenção coletiva de trabalho, cabe ao Ministério do Trabalho aplicar a multa administrativa cabível. Mas essa ilicitude não ocorre em prejuízo do direito à remuneração da hora extraordinária com o adicional de 50%, que é inevitavelmente devido.

10.2.4 Jornadas normais reduzidas – bancários, telefonistas, operadores cinematográficos, mineiros, cabineiros de elevador, professores, advogados, motoristas, aeronautas, técnicos em radiologia, artistas, músicos

Está visto que a jornada normal do empregado não é, necessariamente, aquela delimitada pelo artigo 7º, XIII, da Constituição, podendo ser inferior à de oito horas quando assim prevista em contrato, norma coletiva ou lei. Havendo jornada reduzida, o tempo que a exceder deverá ser remunerado com o adicional de 50%.

Podem ser enumeradas algumas categorias a que são asseguradas jornadas reduzidas, força de lei. Iniciando por aquelas beneficiadas no texto consolidado, podemos nos referir à categoria do bancário que não exerce cargo de confiança bancária[dcxxviii], sendo de seis horas a sua jornada, conforme artigo 224 da CLT. Incluem-se nesse regime os empregados em empresas de crédito, financiamento e investimento[dcxxix] e em empresas de processamento de dados integrantes do mesmo grupo econômico, mas são excluídos os trabalhadores que, embora laborando em casas bancárias, integrem categorias profissionais diferenciadas[dcxxx] ou sejam empregados de empresas interpostas de vigilância[dcxxxi].

A jornada de seis horas é também prevista no artigo 227 da CLT, em favor dos operadores de serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonia, em empresas que explorem tais serviços e, bem assim, em favor das telefonistas de mesa em empresas que não os explorem, conforme recomenda a Súmula 178 do TST. Havia uma inicial resistência da jurisprudência em adotar a mesma jornada para os operadores de televendas (ou operadores de *telemarketing*), mas a OJ 273 da SBDI-1, que consagrava essa restrição, foi cancelada em maio de 2011, revelando-se assim a tendência jurisprudencial de adotar para os operadores de televendas a jornada prevista no art. 227 da CLT[dcxxxii]. Por outro lado, a jurisprudência tem recusado a aplicação, por analogia, do artigo 227 da CLT ao operador de telex[dcxxxiii] e ao digitador[dcxxxiv].

O artigo 234 da CLT fixa em seis horas a jornada máxima dos operadores cinematográficos e seus ajudantes, autorizando o seu parágrafo único a

prorrogação de citada jornada, visando a exibições extraordinárias, somente quando concedido um intervalo de duas horas.

A jornada normal do trabalhador em mina de subsolo é, por igual, de seis horas, consoante reza o artigo 293 da CLT, incluindo-se nessa jornada alguns intervalos que, conforme já estudado, a integram.

Também é de seis horas a jornada máxima do cabineiro de elevador, pois para tanto o protege a Lei 3.270, de 1957.

A condição de trabalho do professor se distingue, notadamente a partir das últimas séries do ensino fundamental, quando o exercente do magistério divide a sua jornada em aulas que ministra para alunos de diferentes instituições de ensino. Em relação a esse professor ou mesmo ao que ensina em um só estabelecimento escolar, o artigo 318 da CLT estatui que não poderá ele, a cada dia e em cada escola, dar mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis aulas intercaladas.

A jornada normal do advogado empregado é de quatro horas, com o limite de vinte horas por semana, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva[dcxxxv], conforme dispõe o artigo 20 da Lei 8.906, de 1994. O artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB exige que a dedicação exclusiva seja prevista expressamente no contrato de emprego do advogado e, quanto aos advogados contratados antes da edição da Lei 8.906/1994, orienta a orientação jurisprudencial 403 da SBDI-1: “O advogado empregado contratado para jornada de 40 horas semanais, antes da edição da Lei nº 8.906, de 04.07.1994, está sujeito ao regime de dedicação exclusiva disposto no art. 20 da referida lei, pelo que não tem direito à jornada de 20 horas semanais ou 4 diárias”.

Quanto ao motorista, trabalhador rodoviário, a Lei 12.619, de 2012, não alterou a sua jornada, que continua sendo de oito horas, com intervalo entre jornadas de onze horas e trinta e cinco horas de descanso semanal. A alteração trazida por citada lei tem a ver com os intervalos interjornada e intrajornada (como veremos no subtítulo dedicado ao estudo desse tema), com a exigência de norma coletiva para que possa ocorrer a compensação de jornada[dcxxxvi] e com a instituição do *tempo de espera* e do *tempo de reserva*. O tempo de espera, segundo os parágrafos pertinentes do art. 235-C da CLT, passa a significar o seguinte:

> § 8º. São consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho

> do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.
>
> § 9º. As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento).

Ainda sobre o tempo de espera, prevê o art. 235-E, §4º da CLT[dcxxxvii]:

> O motorista fora da base da empresa que ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera.

O tempo de reserva é, a seu turno, aquele contemplado no art. 235-E, §6º da CLT (acrescido pela Lei 12.619/2012) que passa a conter o seguinte preceito:

> Nos casos em que o empregador adotar revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, o tempo que exceder a jornada normal de trabalho em que o motorista estiver em repouso no veículo em movimento será considerado tempo de reserva e será remunerado na razão de 30% (trinta por cento) da hora normal.

O motorista descansa durante o tempo de reserva, embora usufrua esse repouso no interior de veículo em movimento, a confiar na boa condução de seu colega de turno e na tranquilidade da rodovia cujas eventuais imperfeições embalarão o seu sono. A simbiose entre descanso e apreensão parece autorizar a solução encontrada pelo legislador, que prescreve a remuneração desse tempo na proporção de 30% do salário correspondente à hora de trabalho.

Impressão diversa nos causa o tempo de espera. Trata-se de tempo em que o motorista permanecerá aguardando carga ou descarga além da sua jornada normal de oito horas. Em princípio, esse tempo seria extraordinário e deveria ser remunerado com o adicional mínimo de 50%, porque assim impõe o art. 7º, XVI, da Constituição. A jornada de trabalho não se esgota no tempo em que o empregado executa tarefas manuais, pois compreende também aquele no qual o empregado permanece à disposição de seu empregador (aguardando ordem de carga ou descarga, por exemplo). Cabe esperar para saber se a jurisprudência endossará o critério legal ou resgatará o parâmetro constitucional.

Por sua vez, diferencia-se a jornada do aeronauta a depender de ele integrar uma tripulação mínima ou simples, composta ou, enfim, de revezamento, conforme previsto na Lei 7.183, de 1984. O aeroviário é, a seu turno, o trabalhador que, não sendo aeronauta, exerce função remunerada em serviços terrestres de empresas aéreas. A duração do trabalho do trabalhador aeroviário é a do empregado comum, como se pode notar à leitura do Decreto 1.232, de 1962, que regulamenta a citada profissão.

Para técnicos em radiologia, o artigo 14 da Lei 7.394, de 1985, fixa jornada (*rectius:* carga horária) semanal de vinte e quatro horas. O artigo 11, §2º, dessa mesma lei, estende, *no que couber*, os direitos nela assegurados a auxiliares de radiologia que trabalham em câmara clara e escura[dcxxxviii]. A nosso pensamento, o dispositivo que favorece os auxiliares de radiologia não terá eficácia se a carga horária semanal dos técnicos em radiologia não for, por seu intermédio, garantido aos citados auxiliares, dada a inviabilidade de compatibilizar com as funções dos auxiliares de radiologia os demais preceitos da lei em comento. É inviável que as leis se ressintam de palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). A jurisprudência parece seguir nessa direção de assegurar aos auxiliares de radiologia que operam em câmaras claras e escuras a jornada reduzida prevista para os técnicos de radiologia[dcxxxix].

Quanto a artistas e técnicos em espetáculos de diversão, a jornada será de seis horas, com limite de trinta horas semanais, para os que trabalham em radiodifusão, fotografia e gravação; no teatro, a jornada corresponderá ao tempo das sessões, limitadas estas ao número de oito por semana; no circo, a jornada deverá ser de seis horas, com limite de trinta e seis horas por semana; na dublagem, será a jornada de seis horas, com limite de quarenta horas por semana. Assim dispõem as alíneas do artigo 21 da Lei 6.533, de 1978.

O músico cumpre jornada de cinco horas, que pode ser prorrogada, com remuneração dobrada, por mais uma hora nos estabelecimentos de diversões públicas e por mais duas horas nos casos de força maior ou festejos populares e serviço reclamado pelo interesse nacional, tudo em consonância com os artigos 41 e 42 da Lei 3.857, de 1960.

Há profissões que, embora regulamentadas em alguns de seus aspectos, não estão regidas por lei específica no tocante à jornada de trabalho. É possível exemplificar: sujeitam-se, como os empregados em geral, à carga horária prevista no artigo 7º, XIII, da Constituição e aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho, os atletas profissionais de futebol[dcxl], os médicos[dcxli] e os engenheiros[dcxlii]. O marítimo também tem jornada de oito horas, mas a intermitência de seu trabalho autoriza a divisão dessa jornada em *quartos*[***dcxliii***] de pelo menos uma hora e no máximo quatro horas, sendo os intervalos de no mínimo quatro horas, tudo em consonância com o artigo 248, §§

1º e 2º, da CLT.

10.2.5 Compensação de jornadas. *Banco de horas* e fonte do direito

A única hipótese em que o labor prestado além da oitava hora diária não deve ser remunerado com o adicional de 50% é aquela em que se dá a compensação de jornada, autorizada por acordo ou convenção coletiva de trabalho. Bem entendido, a *compensação de jornada* se revela quando o excesso de horas em um dia é compensado pela correspondente diminuição em outro dia. Exemplo típico de compensação de jornada é a *semana inglesa*, em que as horas que seriam de trabalho aos sábados são distribuídas em meio aos demais dias da semana.

O artigo 7º, XIII, da Constituição assegura, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho". A primeira dúvida a surgir, na exegese do dispositivo, foi gramatical: o adjetivo *coletiva* estaria qualificando apenas o substantivo *convenção*, com o qual concorda em gênero, ou também estaria a qualificar o substantivo *acordo?* Houve consenso no sentido de o adjetivo estar qualificando *convenção*, e não *acordo*, pois se também se referisse a este vocábulo estaria no masculino plural (*coletivos*).

A compensação da jornada pode ser autorizada mediante contrato individual de trabalho, portanto. Cabe dizer: a semana de trabalho tem quarenta e quatro horas, mas, no sistema de compensação semanal, essas horas são repartidas por cinco dias úteis (por exemplo, de segunda a sexta-feira). Até sobrevir a Lei 9.601//98, a compensação de jornada que se reputava válida referia-se a essa distribuição por cinco dias das quarenta e quatro horas concebidas para que fossem prestadas de segunda a sábado.

Era esse o módulo semanal de compensação, o único possível até o advento da Lei 9.601, de 21/1/98, que alterou o artigo 59, §2º da CLT e lhe acrescentou o §3º, sucedendo-se nova alteração nesse dispositivo celetista até que alcançasse ele sua atual redação:

> Art. 59, §2o: Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.
>
> Art. 59, §3o: Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da

remuneração na data da rescisão.

Inovou-se, dessa maneira, o módulo anual de compensação de jornada, que os intérpretes do trabalho logo intitularam *banco de horas*. Cuida-se da possibilidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho permitir que o empregado cumpra jornada superior à de oito horas – o que se dá, normalmente, em período de maior demanda dos bens produzidos ou serviços prestados pela empresa –, compensando esse tempo excedente com a diminuição proporcional das horas de trabalho em períodos de demanda reprimida, desde que essa compensação se dê no prazo máximo de um ano. Havendo dissolução do contrato antes de o empregado ter reduzida a sua jornada, para compensar as horas excedentes que já prestou, a sobrejornada é remunerada como hora extra, com o adicional de 50%.

Ao menos três notas são necessárias, ao exame desse módulo anual (ou no máximo anual) de compensação de jornada. A primeira nota é alusiva à ruptura de um padrão de conduta que era tradicional no direito do trabalho, dizendo respeito à remuneração do trabalho até o início do mês subseqüente ao da prestação laboral, em conformidade com o artigo 459 da CLT. Nesse novo módulo de compensação (que supera o módulo semanal e pode ser até anual), a hora de trabalho, que será compensada até um ano depois de prestada, não é remunerada desde logo, o que tem inspirado no trabalhador a angustiante sensação de que está a laborar sem receber a contraprestação salarial. A hora excedente será remunerada quando compensada, convertendo-se em hora extraordinária, devida com o adicional de 50%, se não o for e o contrato se dissolver.

Uma segunda nota importante é relativa à circunstância de o citado dispositivo não regular a hipótese em que o empregado já teve reduzida a sua jornada, pois ingressou na empresa em período de menor atividade econômica, mas o seu contrato se dissolveu antes de ele prestar sobrejornada que compensasse as horas sem trabalho. Nessa hipótese, que é inversa à prevista em lei (artigo 59, §3º, da CLT), entendemos que nada deverá o empregado se o contrato se dissolver sem sua culpa ou iniciativa, pois o risco da atividade econômica é do empregador. Caso o empregado se demita ou provoque a sua dispensa com o mal-disfarçado objetivo de não compensar a redução de jornada, parece-nos razoável exigir do empregado a remuneração das horas de trabalho que não prestou. O tema ainda é pouco explorado, porém, nas arengas judiciais.

A última nota é concernente à espécie normativa que pode permitir a

compensação de jornada. Bastaria o ajuste individual, entre empregado e empregador, sem a participação do sindicato que representa a categoria profissional? Sendo afirmativa a resposta, estaremos a aquiescer com a conduta de empregador inescrupuloso que, mantendo alta rotatividade entre os seus empregados, todos com contrato de curta duração, poderia obter, no processo admissional e protegido pela ameaça de desemprego que ronda a vida social, a concordância expressa do empregado no sentido de que toda a sua sobrejornada seria compensada em até um ano. Ao final do breve contrato, pagaria as horas excedentes como horas extraordinárias e teria, assim, adiado a remuneração de tais horas por vários meses.

Cristalizou-se, por isso, a jurisprudência no sentido de somente se permitir a compensação de jornadas mediante ajuste individual, nos moldes da Súmula 85 do TST, quando a compensação se opera nos limites do módulo semanal, exigindo-se a negociação coletiva de trabalho nos casos em que a compensação de jornada se dá mediante banco de horas. Na esteira de vários julgados do Tribunal Superior do Trabalho que seguiam esse entendimento[dcxliv], acresceu-se o item V à Súmula 85: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade ‘banco de horas’, que somente pode ser instituído por negociação coletiva”.

Quanto à limitação, imposta pelo artigo 59, §2º, da CLT, de não ser, em qualquer regime de compensação, ultrapassado o máximo de dez horas diárias, o Tribunal Superior do Trabalho, ao menos no que toca ao regime 12 x 36 (doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso), preferiu enfatizar a autoridade da norma coletiva, em detrimento da norma legal, sempre com esteio no artigo 7º, XIII, da Constituição. A ementa seguinte é disso expressiva:

> HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. VALIDADE DO REGIME DE 12 POR 36 HORAS. Tendo em vista o disposto no art. 7o, XXVI, da Lei Maior, a autonomia da negociação coletiva deve prevalecer de forma a valorizar a negociação entre os representantes das categorias defendidas. Por outro lado, o art. 7o, XIII, da Carta Política faculta a compensação de horário, mediante acordo ou convenção coletiva, sem impor quaisquer limitações. Assim, combinando os incisos supracitados, deve prevalecer o instrumento coletivo celebrado entre as partes, que estipulou o regime de revezamento de 12 horas trabalhadas por 36 de descanso. Ademais, o art. 59, §2o, da CLT, que dispõe sobre a faculdade de prorrogação da jornada normal de trabalho, mediante acordo de compensação, desde que não ultrapasse o limite de dez horas, refere-se, expressamente, às jornadas diárias, enquanto que, no regime de revezamento de 12 por 36 horas, a prorrogação não é diária, pois existe período de 36 horas para descanso. Revista conhecida e provida [dcxlv]

Vários anos depois desse precedente, editou-se a Súmula 444 do TST, consagrando-se definitivamente a orientação segundo a qual o regime 12 x 36 pode ser estabelecido, desde que o seja por negociação coletiva. Assim está redigido o citado verbete:

> SÚMULA 444 - Jornada de trabalho. NORMA COLETIVA. LEI. Escala de 12 por 36. Validade. É valida, 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.

Em verdade, a mencionada súmula permitiu que não somente a vontade coletiva, mas também as leis *stricto sensu*, inclusive as leis municipais que em nada expressam a vontade da categoria específica de trabalhadores, pudessem estabelecer o regime 12 x 36.

10.2.6 Turnos ininterruptos de revezamento

Entre os direitos sociais de índole trabalhista, fundados na Constituição, está a "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva". Assim dispõe o artigo 7º, XIV, da Carta Magna.

A expressão *turnos ininterruptos de revezamento* deve ser compreendida como aquela a encerrar o labor sem interrupção, ressalvados os intervalos legais, e em sistema de rodízio, de modo a não sofrer solução de continuidade em meio às vinte e quatro horas de todos os dias. Embora haja, comumente, a menção à continuidade da atividade econômica, interessa, particularmente, a continuidade do serviço executado pelo empregado, na empresa, por todas ou quase todas as horas de todos os dias[dcxlvi].

Em escrito anterior, vínhamos sustentando, com o respaldo de doutrina e jurisprudência convergentes[dcxlvii], que o regime de turnos ininterruptos de revezamento se descaracterizaria quando fossem interrompidos por algumas horas de inatividade ou quando houvesse horas de trabalho, diurnas ou noturnas, em que o empregado não trabalhasse. Mas nos parece que o Tribunal Superior do Trabalho tem razão quando se posiciona de modo diferente e assim atende mais amplamente ao desígnio constitucional, fazendo-o por meio da orientação jurisprudencial n. 360 da SBDI 1 do TST:

> Turno ininterrupto de revezamento. Dois turnos. Horários diurno e noturno. Caracterização. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7o, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

Com esteio em tal entendimento, o empregado se submete a esse regime especial quando os seus turnos de trabalho se alternam entre turnos diurnos e noturnos, de maneira a que o seu relógio biológico e a sua saúde possam ser virtualmente abalados por sistema de revezamento que não considera a predisposição orgânica para o sono em horários regulares e preferencialmente noturnos. Em suma, configura-se o regime de turnos ininterruptos de revezamento pela presença de dois aspectos: a sujeição a regime de revezamento e a presença de turnos diurnos e noturnos.

Havendo turnos ininterruptos de revezamento, a prorrogação da jornada normal – de seis horas – é possível somente por meio de negociação coletiva de

trabalho. É vedado ao legislador infraconstitucional imiscuir-se no assunto, pois está ele reservado, apenas, à vontade dos atores sociais. A jurisprudência vem enfatizando, inclusive, que a prorrogação não importa a autorização para a prestação de horas extraordinárias, pois o que se alarga é a própria jornada normal, em vista da especificidade das condições de trabalho. A Súmula 423 do TST assim o diz:

> Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento das 7a e 8a horas como extras.

A doutrina e a jurisprudência mal disfarçam, contudo, a dificuldade, que emergiu a partir da necessidade de se dar efetividade à norma constitucional, de solucionarem três questões jurídicas: a) como compatibilizar a meia-expressão *turnos ininterruptos* com a regra celetista de que a jornada excedente de quatro horas deve conter intervalo de quinze minutos, sendo de uma a duas horas o intervalo devido em meio a jornadas de mais de seis horas (artigo 71 da CLT); b) a dúvida sobre ainda viger o regime de trabalho previsto para a indústria petroquímica (Lei 5811/72), com turnos de revezamento de oito ou até doze horas, sem autorização em norma coletiva; c) como conciliar os turnos de seis horas com a redução ficta da hora noturna (artigo 73, §1º, da CLT). Analisemos cada uma dessas questões, indicando a orientação jurisprudencial prevalecente.

10.2.6.1 Os intervalos em turnos ininterruptos de revezamento

A palavra *turno* não tem o mesmo significado de *jornada*, pois é qualquer das subdivisões desta. O artigo 412 da Consolidação das Leis do Trabalho estatui, por exemplo e em favor do menor, que "após cada período efetivo, quer contínuo, quer dividido em 2 (dois) *turnos*, haverá um intervalo de repouso, não inferior a 11 (onze) horas". Num outro viés, é válido trazer à lembrança que *turnar*, em espanhol, significa revezar, sendo comum, entre os latinos, a referência a *turno* para mencionar uma das turmas que se revezam. A interpretação do artigo 7º, XIV, da Constituição não pode desprezar as duas tendências semânticas.

Se há *jornada de seis horas* no trabalho realizado em *turnos ininterruptos de revezamento*, deduz-se que os turnos (e não as jornadas) é que são ininterruptos (a) e que se revezam as turmas ou turnos entre si (b). Logo, a jornada não poderia, no caso, ser dividida em turnos. Houvesse a intenção de regular a sucessão de jornadas, com intervalo interno e em sistema de rodízio, decerto o texto constitucional faria alusão a *jornadas ininterruptas de revezamento.*

Tentando resgatar a origem da expressão, Arnaldo Süssekind[dcxlviii] reproduziu, um mês depois de ser editada a Carta de 05/out/88, parte do debate havido entre os constituintes, na Comissão de Sistematização. O relator da matéria era o constituinte Bernardo Cabral e se manifestaram os constituintes Israel Pinheiro, Luís Roberto Ponte, Domingos Leonelli, Virgidásio de Senna e Mário Lima, convergindo todos quanto ao fato de o novo preceito constitucional assegurar jornada de seis horas para trabalhadores que cumprissem períodos de trabalho em seis horas ininterruptas. É essa a conclusão de Süssekind e, num outro artigo, também a de Octavio Bueno Magano[dcxlix].

Tudo não obstante, a jurisprudência reagiu à faculdade, que se outorgava ao empregador, de cobrar jornadas de até seis horas sem intervalo, num claro retrocesso em relação à regra inserta no artigo 71 da CLT. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 360 da súmula de sua jurisprudência:

> A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da Constituição da República de 1988.

Também o Supremo Tribunal Federal adotou, por maioria expressiva de

votos[dcl], o entendimento de que a concessão de intervalo de quinze minutos dentro da jornada de seis horas, nas empresas que operam em turnos ininterruptos de revezamento durante as vinte e quatro horas do dia, não descaracteriza o sistema previsto no artigo 7º, XIV, da Constituição[dcli].

10.2.6.2 A sobrevigência da Lei 5811/72

A Lei 5.811, de 1972, dispõe sobre o regime de trabalho dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos. A citada lei autoriza o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de oito e de doze horas, restringindo esse último, o turno de doze horas, às atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo no mar, bem como às atividades de exploração, perfuração e produção de petróleo em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso.

Tanto no regime de oito horas quanto no de doze horas, o empregado pode ser obrigado a estar disponível, no local de trabalho ou em suas proximidades, durante o intervalo reservado a repouso e alimentação, sendo-lhe garantido o direito, em contrapartida, de receber alimento gratuito e a remuneração em dobro da hora de repouso e alimentação[dclii]. Se o regime é o de oito horas, ao empregado assiste o repouso de vinte e quatro horas consecutivas para cada três turnos trabalhados; no regime de doze horas, a proporção é de vinte e quatro horas consecutivas de repouso para cada turno de trabalho[dcliii].

Há, portanto, um regime especial de trabalho na atividade petrolífera. A questão vexatória é, pois, concernente à possibilidade de o regime especial, regulado pela Lei 5.811/72, ter sido recepcionado pela ordem constitucional em vigor. O dissenso é essencialmente jurídico e nos remete à controvérsia sobre a prevalência do critério da *hierarquia* ou o da *especialidade* quando estão em conflito uma norma geral superior e uma norma especial de menor grau hierárquico. Norberto Bobbio não esconde a sua perplexidade, a dificuldade de pôr cobro a uma antinomia jurídica de tal ordem, ao afirmar:

> O caso mais interessante de conflito é [...] aquele que se verifica quando entram em oposição não mais um dos dois critérios fortes (hierárquico e de especialidade) com o critério fraco (o cronológico), mas os dois critérios fortes entre si. É o caso de uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. (...) Qual dos dois critérios se deve aplicar? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também, neste caso, como no da falta de critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derrogar os princípios constitucionais, que são

> normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial.[dcliv]

Embora seja outra a orientação que atualmente prevalece na jurisprudência, entendemos que não se deveria olvidar o fato que o poder constituinte quis regulado. Com tal propósito e após examinar os debates que precederam a votação do dispositivo constitucional sob foco, observou Arnaldo Süssekind[dclv]:

> A imediata e plena vigência do questionado inciso XIV determina, por incompatibilidade, a revogação das disposições da aludida Lei n. 5.811 sobre o tema. É que esse diploma legal de 1972 teve por finalidade exclusiva possibilitar a adoção de turnos ininterruptos de oito ou doze horas, em escalas de revezamento, nas atividades que relacionou. As prestações por ele instituídas em favor dos empregados correspondiam a compensações pela penosidade do trabalho sem intervalo em jornadas superiores às recomendadas e generalizadas; foram vinculadas e condicionadas à prestação de serviços, sem interrupção, em longas jornadas de trabalho. Ora, foi precisamente esse regime de jornadas ininterruptas em turnos de revezamento que a Assembléia Nacional Constituinte quis extinguir, ressalvada a hipótese de ser estipulado em negociação coletiva.

Com efeito, os constituintes verbalizaram mesmo a clara intenção de impor o turno de seis horas para o trabalho na indústria petroquímica[dclvi]. Optam os tribunais trabalhistas, contudo, por privilegiar o critério da especialidade, como se pode extrair de precedente da SBDI 1 do TST[dclvii]:

> A Lei 5.811/72 cuida de uma situação específica, ou seja, de empregados da indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados e plataforma. Veio para regular as condições de trabalho dos petroleiros e daqueles que laboram em plataformas marinhas, concedendo-lhes vantagens, como repouso de 24 (vinte e quatro) horas após o trabalho em regime de revezamento em turno de doze horas, entre outros, previstos nos incisos I, II, III e IV do artigo 3º da referida Lei. Com a edição da referida lei, os petroleiros e trabalhadores afins obtiveram sensível melhora das condições de trabalho a que, até então, estavam sujeitos. Não é aceitável a tese de que a Constituição Federal tenha revogado a legislação especial da categoria, impondo-lhe normas gerais previstas para todos os trabalhadores, como é o caso do artigo 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição da República, visto que, sem sombra de dúvida, a Lei n. 5.811/72 é mais favorável à classe dos petroleiros e trabalhadores afins. Quando a Constituição Federal adentrou por todos os campos do Direito do Trabalho, estabeleceu de forma genérica, sem violentar aquilo que o legislador já o expressara de forma determinada. Recurso de Embargos não conhecido.

Seguindo essa trilha, a Súmula 391, I, do TST proclamou, enfim, a ultra-atividade da Lei nº 5.811, de 1972: “A Lei nº 5.811/72 foi recepcionada pela

CF/88 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros”.

10.2.6.3 A redução da hora noturna no sistema de turnos ininterruptos de revezamento

Ao estudarmos o adicional noturno, em capítulo anterior de nosso curso, notamos que a jurisprudência se mostrou inicialmente indecisa sobre ser compatível a redução ficta da hora noturna com a jornada prevista para os turnos ininterruptos de revezamento. Reiteramos, assim, a ementa que deu maior projeção à quizila jurídica:

> O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento não se compatibiliza com o cômputo da jornada noturna como reduzida, uma vez que supõe a fixação de 4 turnos de 6 horas para cobrir as 24 horas do dia. Se fosse computada a jornada noturna reduzida, seria impossível fechar o quadro de 4 turnos, pois aquele que correspondesse à jornada noturna seria menor e descompassaria os demais. Revista provida em parte. [dclviii]

A decisão do Tribunal Superior do Trabalho evidencia a inteligência e o raciocínio lógico dos que a proferiram, compondo a sua Quarta Turma. Mas se expõe a um ponto crítico, que revela as antinomias em que incorre, sem querer, a experiência jurídica. É que os intervalos de pelo menos quinze minutos – os quais, consoante externamos, não descaracterizam os turnos ininterruptos de revezamento – se somam às jornadas de seis horas, acrescentando mais sessenta minutos (ou uma hora) ao final dos quatro turnos de trabalho[dclix]. Logo, o dia com quatro turnos, de seis horas e quinze minutos cada, precisa ter vinte e cinco horas[dclx].

O turno ininterrupto de revezamento que seja inteiramente noturno deverá ter somente cinco horas e quinze minutos, computando-se a redução ficta da hora noturna (1 hora convencional = 52 min 30 seg)[dclxi]. Portanto, a Súmula 360 do TST, que mantém a exigência de intervalo para empregados que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento, faz renascer a coerência sistêmica, a compatibilidade entre a jornada de seis horas dos turnos ininterruptos de revezamento e a redução ficta da hora noturna, prevista no artigo 73, §1º, da CLT. Restava esperar as novas investidas da jurisprudência trabalhista e ela não tardou a reagir, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 395 da SBDI 1:

> O trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento não retira o direito à hora noturna reduzida, não havendo incompatibilidade entre as disposições contidas nos arts. 73, § 1º, da CLT e 7º, XIV, da Constituição Federal.

Aplica-se, portanto, a redução ficta da hora noturna quando há trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

10.2.7 Trabalhadores não protegidos pela norma regente da duração do trabalho

Quando a Constituição de 1988 previu a jornada máxima de oito horas, salvo compensação de jornada, sustentou-se que o seu art. 7º, XIII não ressalvava qualquer categoria ou espécie de trabalhadores e, por isso, não teria fundamento de validade o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo preceito excluía da proteção assegurada em todo o capítulo que trata da duração do trabalho os empregados que prestam serviço externo incompatível com a fixação de horário de trabalho e os gerentes, com poder de gestão, além dos diretores e chefes de departamento ou filial.

Mas a tese da derrogação do art. 62 da CLT pelo art. 7º, XIII da Constituição não teve maior ressonância, porque logo se percebeu a incompatibilidade entre os dispositivos que tratam de limitação de carga horária com a realidade de trabalhadores que autodeterminam seu tempo de trabalho, as horas de labor e de descanso.

Em verdade, a lei e os juízes admitem ser válido e eficaz o art. 62 da CLT nessa medida: estão sem a proteção do capítulo da CLT que trata da duração do trabalho os exercentes de cargo de confiança e os empregados que prestam serviço externo, desde que uns e outros tenham absoluto controle dos dias e horas em que trabalham.

Da parte do legislador, sobreveio o parágrafo único do art. 62 da CLT para explicitar que não têm tal proteção os gerentes, diretores e chefes que recebem salário do cargo de confiança ou gratificação não inferior ao limite percentual (40%) estabelecido pelo parágrafo único do citado artigo. Da parte dos juízes, basta ver o que preconiza a Súmula 287 do TST:

> 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.

Nota-se que o verbete não faz alusão ao aspecto de o gerente geral determinar sua própria jornada, presumindo que assim se passa pela circunstância de o gerente geral ser um alto-empregado. Em situações limítrofes, quando há dúvida sobre o empregado que foi classificado pela empresa como gerente geral estar mesmo enquadrado na exceção do art. 62 da CLT, a SBDI 1 tem associado o tema à capacidade de o trabalhador definir a própria carga horária[dclxii]. Parece-nos que, em se tratando de norma gravosa para o empregado, o parâmetro não poderia ser outro.

Quanto ao trabalhador que presta serviço externo, não pode ele pleitear horas extras e noturnas ou dobras de domingos e feriados apenas se labora em condições que lhe permitem autodeterminar o seu tempo de trabalho, pois o fazem insusceptível a controle. Esse entendimento tem permitido relevar, inclusive e por sua desimportância, o elemento formal exigido no art. 62, I, da CLT, qual seja, a anotação de que há labor externo incompatível com o controle de jornada – que é uma condição especial de trabalho – na CTPS[dclxiii].

A premissa válida é, portanto, a da incompatibilidade entre o limite constitucional da jornada e o fato de a jornada ser determinada pelo próprio trabalhador. Se o empregado que presta serviço externo recebe uma carga de trabalho que o obriga a cumprir jornada extenuante, ou tem o seu horário de algum modo controlado pelo empregador, está ele imune à norma excludente e, por isso, pode pleitear os adicionais gerados pelo labor em sobretempo ou à noite. O gerente que cumpre carga horária pode pleitear, igualmente, o adicional que incide sobre o tempo excedente da jornada preordenada pelo empregador.

10.3 Intervalos intrajornadas e interjornadas

O intervalo intrajornada é aquele que se situa dentro da jornada de trabalho, em meio a ela. Há, ainda, os intervalos interjornadas, vale dizer, entre as jornadas de trabalho.

Para o empregado que labora das 8 às 12h e das 14 às 18h, o seu intervalo intrajornada se estende das 12 às 14h, coincidindo com o seu horário de almoço.

Por sua vez, o primeiro intervalo interjornadas se inicia, no caso, às 18h e termina às 8h da manhã seguinte, com a sua volta ao trabalho. No exemplo dado, outros intervalos interjornadas corresponderiam, certamente, ao repouso semanal, ao descanso em feriados e nos períodos de férias. Vamos por partes.

10.3.1 Intervalos intrajornadas

Quando examinamos os critérios especiais de fixação da jornada, pudemos observar que há intervalos intrajornadas que, em caráter excepcional, integram-se à jornada de trabalho do empregado. Regra geral, o intervalo intrajornada não é, todavia, computado no tempo de trabalho, não sendo, assim, remunerado. Reza o artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 71 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
>
> § 1º – Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.
>
> § 2º – Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.
>
> § 3º – O limite mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho e Previdência Social, quando, ouvido o Departamento Nacional de Higiene e Segurança do Trabalho (DNHST), se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.
>
> § 4º – Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A propósito da extensão do intervalo, bem se vê que este será de pelo menos quinze minutos se a jornada for de mais de quatro horas e de até seis horas. Será de uma a duas horas o intervalo nos casos em que a jornada for de mais de seis horas.

Em princípio, a extensão do intervalo intrajornada estaria atrelada à extensão da jornada normal do empregado, ou seja, seria de pelo menos uma hora o intervalo do trabalhador contratado para laborar mais de seis horas diárias. Ocorre, entretanto, que essa compreensão seria injusta em relação àqueles que trabalham por mais de seis horas habitualmente, embora esse tempo excedente da sexta hora seja de horas extraordinárias. Para atender a essa aspiração de equidade, editou-se a orientação jurisprudencial n. 380 da SBDI 1 do TST:

> INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS DIÁRIAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL. APLICAÇÃO DO ART. 71, "CAPUT" E § 4º, DA CLT. Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma

prevista no art. 71, “caput” e § 4, da CLT.

10.3.1.1 Intervalo mínimo. Autorização do Ministério do Trabalho para redução e efeitos da supressão. Regra específica para o motorista profissional

Permite-se, mas apenas através da prévia autorização do Ministério do Trabalho, a redução do limite mínimo de uma hora, devido aos empregados com jornada de mais de seis horas. A norma individual ou coletiva[dclxiv] não basta à redução do intervalo mínimo, dada a necessidade de ser inspecionado o atendimento às exigências previstas no artigo 71, §3º, da CLT.

Quando o empregador não concede o intervalo mínimo (de quinze minutos ou de uma hora, a depender da jornada), obriga-se a remunerar o tempo correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da hora normal de trabalho. Não há, então, hora extra, mas o legislador comina uma sanção pecuniária de valor igual à remuneração mínima de uma hora extraordinária, como forma de estimular o cumprimento do preceito normativo.

O fato de o valor da sanção coincidir com o da hora extra levou alguns juízes, em um primeiro momento, a associá-la a alguma hora física, em que teria havido trabalho, embora devesse haver intervalo. O raciocínio os fez concluir que a citada hora já estaria remunerada, faltando o empregador pagar apenas o adicional. Confundia-se a hora de trabalho com a sanção aplicada pela existência de trabalho em hora destinada ao descanso. Malgrado a dissensão inicial na jurisprudência, a exegese dada ao dispositivo pelo Tribunal Superior do Trabalho caminha em outro sentido e se coaduna com o nosso entendimento[dclxv], conforme se nota à leitura da sua Súmula 437, I:

> Após a edição da Lei nº 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.

Nota-se, à leitura do verbete, que deve ser remunerada integralmente a hora de intervalo mesmo quando é esse intervalo concedido parcialmente[dclxvi]. E, para os trabalhadores em geral, somente autorização do Ministério do Trabalho, nunca a norma coletiva, permitiria a redução do intervalo intrajornada.

Ademais, o TST tem decidido que a remuneração do intervalo intrajornada – devida quando o intervalo é reduzido ou não concedido pelo empregador – deve repercutir no cálculo de outras parcelas porque se reveste de natureza

salarial. Assim está inscrito na Súmula 437, III do TST:

> Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 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.

Embora tenhamos reserva quanto a essa compreensão do TST, pois nos parece que a sanção prevista no art. 71, §4º da CLT não se confundiria com as parcelas que teriam finalidade retributiva, é certo que o citado item III da Súmula 437 alarga a sanção legal, desestimulando, ainda mais, o empregador que pretende descumprir a obrigação de conceder o descanso em meio à jornada de trabalho.

Situação distinta é, porém, a do motorista profissional, ante as alterações trazidas com a Lei 12.619, de 30 de abril de 2012. Essa lei, que atende a uma demanda de toda a sociedade por maior segurança nas estradas e à necessidade, também por isso, de assegurar uma condição de trabalho mais justa e adequada para os trabalhadores rodoviários, acresceu à CLT, entre outros, o art. 235-D, com o seguinte teor:

> Art. 235-D da CLT - Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, serão observados:
>
> I - intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas de tempo ininterrupto de direção, podendo ser fracionados o tempo de direção e o de intervalo de descanso, desde que não completadas as 4 (quatro) horas ininterruptas de direção;
>
> II - intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo coincidir ou não com o intervalo de descanso do inciso I.

Embora a lei tenha texto ambíguo, inferimos que o motorista deve ter intervalos mínimos de trinta minutos a cada quatro horas de trabalho, sempre que permanecer em viagem, distante do estabelecimento empresarial e de sua residência, por mais de vinte e quatro horas. Tal não deve ocorrer, porém, em prejuízo do intervalo destinado à refeição, que deverá ser de no mínimo uma hora.

A ambiguidade do texto está na alusão à possibilidade de fracionamento, porque esses primeiros dispositivos não esclarecem quais dos intervalos (o de uma hora para refeição ou o de trinta minutos a cada quatro horas), ou se ambos, podem ser fracionados. Aparentemente, esses artigos da Lei 12.619/2012 se associam ao seu artigo quarto, que acresceu o §5º ao art. 71 da CLT com a seguinte prescrição:

> Os intervalos expressos no caput e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos

> entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada**.**

Da combinação desses dispositivos extraímos:

a) o intervalo mínimo de uma hora do motorista (se ele cumpre jornada de mais de seis horas) deve ser destinado à refeição e estar compreendido entre a segunda e a penúltima horas da jornada, mas pode ser fracionado mediante norma coletiva, a qual poderá fracionar também o intervalo de cobradores, fiscais e outros operadores de veículos rodoviários;

b) sempre que permanecer por mais de vinte e quatro horas distante do estabelecimento empresarial e de sua residência, e para evitar a condução contínua do veículo sem o relaxamento dos órgãos sensoriais, o motorista deve ter um intervalo de no mínimo trinta minutos para cada quatro horas de viagem, mas o tempo desse intervalo pode ser fracionado ao alvitre do motorista e de seu empregador, atendendo a conveniências fisiológicas ou da estrada, desde que mantida a proporção entre o tempo de intervalo de trinta minutos e o limite de quatro horas de jornada;

c) a hora do intervalo para refeição, ou sua fração, pode coincidir com algum dos intervalos devidos a cada quatro horas para relaxamento dos sentidos, ou com fração destes, sem que se cumulem os direitos aos distintos intervalos;

d) os intervalos menores ao final de cada viagem não devem ser descontados da jornada, ou seja, devem ser computados como tempo integrante da jornada de trabalho, não sendo considerados como fraçôes dos intervalos antevistos; ao referir-se a “intervalo para descansos menores” o legislador deixa implícito que os intervalos mais longos escapam da regra de integrar-se à jornada de trabalho a partir de quando coincidam com aqueles previstos para relaxamento dos sentidos ou para refeição.

10.3.1.2 Intervalo máximo. Possibilidade de prorrogação por norma escrita. Efeitos da dilação não autorizada

Sobre o intervalo máximo de duas horas, cabe frisar que somente pode ele ser excedido se ajuste individual e escrito ou acordo coletivo o autorizar. A Súmula 118 do TST explicita a sanção recomendada contra a violação de citada regra: "Os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada".

Assim, se o empregado trabalha, em um dia qualquer, das 8h às 12h e das 15h às 19h, assiste-lhe o direito à remuneração de uma hora extraordinária, pois a hora excedente em seu intervalo, quando somada à jornada de trabalho efetivo, importa a nona hora diária de tempo à disposição do empregador. Se, em vez de laborar até às 19h, esse mesmo empregado encerra sua jornada às 18h em tal dia, não presta hora extraordinária[dclxvii].

10.3.2 Intervalos interjornadas

Ao cuidarmos dos intervalos interjornadas, interessante é enfatizar, sob o escólio de Rodrigues Pinto[dclxviii], que o descanso entre duas jornadas (a), o repouso semanal (b) e as férias (c) visam a "uma tríplice finalidade, física, social e econômica. A primeira objetiva a simples recuperação do organismo; a segunda, o conforto do trabalhador junto à sua família e ante a sua comunidade; a terceira, a manutenção de sua capacidade produtiva". O autor remata:

> De acordo com a extensão de cada repouso no tempo, associa-se mais diretamente com um desses fins. Os de curta duração praticamente se esgotam na recuperação orgânica; os de média duração se voltam mais para a satisfação social; os de longa duração (férias), para o resultado econômico da manutenção do nível produtivo do empregado.

Atingida a sua finalidade, o intervalo estará concedido, pois se cumpre a norma quando se alcança, em concreto, o seu fim social.

10.3.2.1 Intervalo entre duas jornadas

O artigo 66 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve o direito a um intervalo mínimo de onze horas entre duas jornadas sucessivas. A desobediência a essa norma implica não somente a multa administrativa, a ser aplicada em consonância com o artigo 75 da mesma CLT. Há construção jurisprudencial que define a sanção cabível sempre que o empregador se vale do regime de revezamento de turnos para fazer coincidir o citado intervalo com o repouso semanal. Tratamos, neste passo, da orientação contida na Súmula 110 do TST:

> No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de vinte e quatro horas, com prejuízo do intervalo mínimo de onze horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

Logo, se um empregado, que folga aos domingos, presta trabalho em turnos de seis horas, em regime de revezamento (6 às 12h em uma semana, 12 às 18h na semana seguinte, assim sucessivamente), e encerra uma dessas jornadas às 24h do sábado, o novo turno de trabalho não pode se iniciar nas primeiras horas da segunda-feira, mas deve ser o trabalhador escalado para o turno das 12h desse dia. É que o tempo trabalhado, até que se completem onze horas de descanso após o repouso semanal de vinte e quatro horas, haverá de ser computado como horas extraordinárias.

Há algum tempo vínhamos sustentando não vermos razão para adotar tal orientação apenas em favor de empregados que trabalham em regime de revezamento. A supressão do intervalo interjornadas de onze horas deve implicar sempre o cômputo, como sobrejornada, do tempo de trabalho ocorrido em seu prejuízo.

Enfrentando, em boa hora, o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou a orientação jurisprudencial n. 355 da sua SDI 1, a consagrar:

> O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no §4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Sempre propusemos que o fundamento para que assim se entendesse se apegaria à compreensão de que uma jornada não se encerraria enquanto o intervalo interjornadas de onze horas não se cumprisse, integralmente. Exemplo: a jornada que se iniciasse às 8h, mas sem que se concluísse o intervalo interjornada de onze horas, conteria horas extras e somente depois se iniciaria a jornada normal. Mas haveria então um paradoxo: se a jornada normal desse dia

(referimo-nos ao dia seguinte, que começaria sem a observância do intervalo interjornada de onze horas) somente se iniciaria quando as horas extras do dia anterior terminassem, neutralizar-se-ia, assim, o efeito da OJ 355, pois as horas extras que correspondessem às primeiras horas do dia fariam com que a jornada normal se iniciasse após elas se encerrarem e, então, as horas extraordinárias ao fim desse dia se converteriam em horas normais[dclxix].

O fundamento adotado pela atual jurisprudência é, portanto, mais razoável: as horas extras resultantes da inobservância do intervalo interjornadas de onze horas não adiam o início da jornada normal e não interferem na quantidade de horas extras resultantes da extrapolação da jornada contratual.

O critério de aplicar, analogicamente, a regra legal estabelecida para a supressão do intervalo intrajornada foi, também por isso e sem dúvida, de manifesta propriedade, alcançando o mesmo objetivo por que vínhamos pugnando: todo o tempo de trabalho ocorrido em prejuízo do intervalo de onze horas deve ser remunerado como horas extraordinárias.

10.3.2.2 Repouso semanal e em feriados

É certamente de origem religiosa o direito ao descanso semanal. Os hebreus descansavam aos sábados, tendo *sabbath* o significado de descanso. Os católicos guardam os domingos, dia da ressurreição de Cristo, prescrevendo a Encíclica *Rerum Novarum* que "o direito ao descanso de cada dia, assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo contrato feito entre patrões e operários"[dclxx].

O artigo 7º, XV, da Constituição assegura "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". Não é mais previsto, em sede constitucional, o repouso em feriados civis e religiosos[dclxxi]. Quanto ao repouso remunerado em feriados, está o direito regulado pela Lei 605, de 1949, e pela Lei 9093, de 1995, como elucidaremos.

A) A *preferência* da folga aos domingos

Em respeito à tradição católica do povo brasileiro, a norma constitucional elegeu o dia de domingo como aquele em que, preferencialmente, deveria ocorrer a folga semanal. Noutras palavras: a folga em um dia da semana é direito indisponível e inviolável, mas a sua ocorrência em dia de domingo é apenas recomendada pela Carta Magna. Dando sentido a essa *preferência* constitucional, o artigo 67 da Consolidação das Leis do Trabalho está, não é de agora, a prescrever:

> Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

Com maior propriedade, a Lei 605, de 1949, e, especialmente, o artigo 6º do decreto[dclxxii] que a regulamenta, referiram-se à possibilidade de haver labor em dia de domingo, mas somente quando o justificarem as *exigências técnicas da empresa*. O artigo 5º, parágrafo único, da Lei 605/49 é elucidativo: "São exigências técnicas, para os efeitos desta Lei, as que, pelas condições peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço".

A bem dizer, o Decreto 27.048, de 1949, ao regulamentar a Lei 605/49, especificou as empresas cujas exigências técnicas autorizam o labor em domingo (também em feriados, como adiante explicaremos). Prescindem de autorização expressa[dclxxiii], portanto, os empregadores que exercem uma das dezenas de atividades ali enumeradas, sempre que pretenderem cobrar a prestação de trabalho dominical. Mas somente esses empregadores e aqueles que obtêm autorização do Ministério do Trabalho podem exercer atividade econômica aos domingos.

O dia de domingo será, pois, o dia de descanso, salvo se a atividade econômica estiver mencionada no Decreto 27.048/49, houver autorização legal (como no caso dos comerciários, que adiante estudaremos) ou permissão específica do Ministério do Trabalho. Nesses casos, a continuidade do serviço justificará o labor em dia de domingo, mas o empregador estará obrigado a instituir escala de revezamento[dclxxiv] que permita coincidir a folga de cada trabalhador, periodicamente, com o dia de domingo.

Por sua vez, o artigo 2º, b, da Portaria do Ministério do Trabalho n. 417, de

10 de junho de 1966, exige que a escala de revezamento seja organizada de modo a assegurar que “pelo menos em um período máximo de sete semanas de trabalho, cada empregado usufrua pelo menos um domingo de folga”.

Em tempo mais recente, a Lei n. 10.101, de 2000, que disciplina a participação em lucros e resultados, foi enxertada de dispositivo (artigo 6º e parágrafo único) que autorizou o trabalho aos domingos nas atividades de comércio em geral, desde que observadas a competência dos municípios para legislar sobre assunto de interesse local, a folga em um domingo a cada três semanas (no máximo), as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em normas coletivas.

Isso importa dizer que o comerciário protegido por norma coletiva, na qual se indiquem os domingos e feriados em que é permitido o trabalho, somente pode trabalhar nesses limites. Se a norma coletiva nada dispuser sobre o labor em domingo, o trabalho do comerciário pode ocorrer nesse dia, mas a folga semanal deve cair em dia de domingo a cada três semanas.

Se lei municipal, com o respaldo do artigo 30, I, da Constituição, proibir a abertura do comércio em domingos e feriados, seja em homenagem a costumes locais, inclusive de inspiração religiosa, seja para atender a outros interesses regionais (uso de vias públicas em dias de guarda ou festivos, incremento de outras atividades econômicas etc.), os comerciários deverão não trabalhar nesses dias.

Mas se norma coletiva ou lei municipal não contiverem proibição de labor em domingo ou feriado, o empregador-comerciante pode cobrar a prestação de trabalho em domingos (estabelecendo a citada escala de revezamento) e, como visto, a folga em dia de domingo a cada três semanas. Consoante se verá no subitem seguinte, o trabalho dos comerciários em feriados estará a depender da permissão expressa em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

B) A folga obrigatória em feriados

Ainda quanto aos feriados, cabe reparar que nem todos são dias de descanso. A Lei 605, de 1949, em seu artigo 8º, veda o labor em feriados civis e religiosos, salvo quando as já citadas exigências técnicas da empresa o autorizarem. Inicialmente, supunha-se que os feriados civis poderiam ser previstos em lei federal, reservando-se à legislação municipal a indicação de um certo número de feriados religiosos. Mas a edição de leis federais que, com a mesma força imperativa da Consolidação das Leis do Trabalho, instituiu feriados religiosos fez sucumbir esse desejo do legislador.

A Lei 9.093, de 1995, deu novo trato à matéria, ao prescrever que são feriados civis os declarados em lei federal[dclxxv] e a data magna do Estado, fixada em lei estadual, além dos dias de início e de término do ano do centenário de fundação do Município, com previsão em lei municipal.

Quanto aos feriados religiosos, a mesma Lei 9.093 os limitou aos "dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão".

Logo, o empregador não está obrigado a conceder folga em feriados previstos em lei estadual que não correspondam à data magna do Estado, e também não está impelido a assegurar o descanso de seus empregados em feriados instituídos por leis municipais que não cuidem de dias de guarda, até o limite de quatro feriados, ou daqueles dias em que se festeja o centenário do Município. Se feriados estaduais ou municipais houver, excedendo esses limites de competência legislativa, o trabalho, neles, pode ser exigido. Não o sendo, obriga-se o empregador a remunerar a folga que, por liberalidade, concede.

Havendo exigências técnicas da empresa que permitam o trabalho em feriados, ou seja, havendo inclusão da atividade econômica no rol de atividades que podem funcionar em domingos e feriados (pelo Decreto 27.048/49) ou se há autorização expressa do Ministério do Trabalho, o empregador poderá remunerar o labor em dobro ou, ao seu alvitre, conceder outro dia de folga, tal como preceitua o artigo 9º da Lei 605, de 1949. A opção (*remuneração em dobro* ou *folga compensatória*) somente existe em relação ao trabalho ocorrido nos feriados. A prestação laboral em dia de domingo deve sempre observar, conforme já o dissemos, escala de revezamento que assegure folga em outro dia da semana e permita, a cada sete semanas (ou a cada três semanas no caso dos comerciários), a folga dominical. No tocante aos domingos, não há a alternativa,

para o empregador, de remunerá-lo em dobro.

Acerca dos trabalhadores comerciários, o labor em feriados somente pode ocorrer quando expressamente autorizado por norma coletiva e quando não há restrição em legislação municipal, pois assim estatui o art. 6º-A da Lei 10.101/2000. Trata-se de caso peculiar em que um direito trabalhista não regulamentado exaustivamente por norma estatal foi sabiamente transferido à regência da norma coletiva, permitindo-se assim aos autores sociais que deliberem, em vista da peculiaridade do comércio que realizam, sobre os feriados em que o trabalho realmente se justifica.

C) A folga e a remuneração da folga

A Constituição consagrou a folga semanal, preferencialmente aos domingos. A norma infraconstitucional vem estabelecendo, por sua vez, os feriados de descanso obrigatório. O direito à folga nesses dias é indisponível e não está condicionado a qualquer exigência legal. Outra é a regra, contudo, quanto à *remuneração* dos dias de folga semanal e em feriados.

Mesmo lhe sendo assegurada a folga, o empregado poderá gozá-la sem a correspondente remuneração na hipótese de não atender a duas exigências legais:

a) assiduidade

b) pontualidade

Nesse sentido, o artigo 6º da Lei 605/49 preceitua: "Não será devida a remuneração quando, sem motivo justificado[dclxxvi], o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior[dclxxvii], cumprindo integralmente o seu horário de trabalho". O artigo 8º da mesma lei estende à remuneração da folga em feriados a exigência de assiduidade e pontualidade.

A regra é clara: o empregado não tem direito à remuneração do seu dia de folga quando atrasar, injustificadamente e em um só dia da semana anterior, a sua chegada ao trabalho, também não o tendo se faltar ao serviço em um dia qualquer da semana que antecedeu o domingo ou o feriado em que folgou, sem justificar, validamente, essa falta. Cuida-se, bem se percebe, de norma de extremo rigor, pois uma falta não justificada (mesmo que justificável) importará o desconto (*rectius:* não pagamento) do dia em que houve a falta e autorizará o empregador, mais que isso, a não remunerar os dias de repouso da semana seguinte.

Noutro passo, o artigo 7º, XV, da Constituição assegura "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". É de se questionar se tem fundamento constitucional de validade a norma inferior que limita, a tal ponto, a remuneração do repouso semanal. Haveria, em parte, uma negação do direito fundado na Carta Maior? A questão, cujo exame não poderia ser aqui exaurido, não pode abstrair o caráter de *inicialidade* do texto constitucional, que "do ângulo estritamente interpretativo impõe que seus termos e vocábulos sejam interpretados a partir dela mesma"[dclxxviii]. Em se tratando, porém, de instituto que há muito vem sendo regulado pelo direito do trabalho, talvez

convenha a remissão a Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, que relativizam a impossibilidade de a interpretação da norma constitucional consultar o sentido tradicional da palavra ou expressão:

> Se se tratar de palavras de uso comum é este que deverá prevalecer. Se se tratar, contudo, de um termo técnico, o que se deve tomar em conta é toda a tradição existente em torno dele. O que não se pode é erigir uma fonte normativa qualquer como especialmente credenciada a fornecer-lhe o verdadeiro sentido"[dclxxix].

Havendo o direito à remuneração do dia de descanso, a regra a ser observada é aquela estatuída no artigo 7º da Lei 605, de 1949, que é de fácil inteligência:

a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, a remuneração do repouso corresponderá à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas. A jurisprudência tem sido receptiva à inclusão, também, do adicional noturno habitual, segundo a sua média diária, na remuneração da folga. Uma última e necessária observação, relativa ao disposto no §2º do mesmo artigo 7º da Lei 605/49: "Consideram-se já remunerados os dias de repouso semanal do empregado mensalista ou quinzenalista[dclxxx], cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por faltas sejam efetuados na base do número de dias do mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias, respectivamente".

b) para os que trabalham por hora (ou seja, para os empregados *horistas*, que têm o seu salário calculado à razão da hora de trabalho), a remuneração do repouso equivalerá à de uma jornada normal, com igual inclusão da média de horas extras (também, a nosso ver, do adicional noturno, ante a clara intenção de igualar a remuneração do dia de trabalho à do repouso).

c) para os que trabalham por tarefa ou peça, o equivalente ao salário correspondente às tarefas ou peças feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestados ao empregador.

d) para o empregado em domicílio, o equivalente ao cociente da divisão por 6 (seis) da importância total da sua produção na semana.

Note-se que a remuneração da folga deve observar a remuneração média diária, sendo aguçado o esforço, que move o legislador, de estabelecer padrões

alternativos de cálculo que servem a esse propósito.

D) A remuneração do trabalho em dia de folga

Se o empregador não concede a folga em domingos e em feriados, ou em algum desses dias, também não a concedendo em outro dia da semana, estará infringindo preceito constitucional que toca à folga semanal – o que o submete a multa administrativa – e, ademais, deverá remunerar em dobro o domingo ou o feriado em que a folga foi suprimida.

Ao impor o artigo 9º da Lei 605/49 a *remuneração em dobro*, abriu discussão acirrada sobre ser devida a remuneração em dobro do trabalho realizado em dia de descanso (sem prejuízo da remuneração do repouso) ou apenas a dobra da remuneração desse dia, nos casos em que tal remuneração já se tivesse realizado. Por exemplo: o empregado recebe R$ 900,00 por mês, já incluída a remuneração do seu repouso semanal (artigo 7º, §2º, da Lei 605/49); caso trabalhe em um dia destinado à folga, teria direito a receber, por esse labor, a remuneração em dobro desse dia no importe de R$ 60,00 (R$ 900,00 : 30dias/mês = R$ 30,00 x 2 = R$ 60,00)? Ou somente a dobra (R$ 30,00)?

Tentando solucionar a contenda jurídica, o verbete n. 461 da Súmula do Supremo Tribunal Federal veio a recomendar: "É duplo, e não triplo, o pagamento do salário nos dias destinados a descanso".

Parecia claro, portanto, que estava a jurisprudência a consagrar o entendimento de que o labor em dias de descanso acarretava, apenas, a obrigação de pagar a dobra (de *dobrar* a remuneração), não havendo respaldo para o pagamento em dobro ser acrescido à paga do repouso. Como o trabalho haveria, mesmo e sempre, de ser remunerado, a sanção legal estava a se esvaziar, era até inócua, pois nada mais, além da singela remuneração do trabalho, pagaria o empregador pelo fato de estar suprimindo a folga do seu empregado. A dobra da remuneração correspondia à mera remuneração pelo trabalho, como se infração nenhuma houvesse sido perpetrada.

Em vez de pedir a dobra pela supressão da folga dominical, o empregado que tinha cumprido a sua carga horária máxima, na semana antecedente, preferia, com razão, postular a remuneração do trabalho como hora extra, pois à *dobra* simples se somava o adicional de (no mínimo) 50%.

A matéria não se oferece mais a grande controvérsia. É que o Tribunal Superior do Trabalho, na esteira do entendimento esboçado pela doutrina e já antes externado pela orientação jurisprudencial n. 93 da SDI 1 (cancelada em novembro de 2003), alterou a redação da Súmula 146, que passou a ter a escrita seguinte:

> O trabalho prestado em domingos e feriados não compensados deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal[dclxxxi].

É perceptível que o Tribunal Superior do Trabalho revisitou a Súmula 146 de sua jurisprudência para esclarecer que o dia de repouso deve ser remunerado e, quando nele se cobra trabalho, acresce-se à mencionada remuneração o seu valor em dobro, como contraprestação pelo labor prestado.

Quanto às folgas em domingos e feriados nos casos em que o empregado trabalho no regime 12 x 36 (doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso), a Súmula 444 do TST[dclxxxii] esclareceu que, embora as trinta e seis horas de descanso importem a compensação do labor coincidente com os dias de domingo, o dia de trabalho que coincida com feriado deve ser remunerado em dobro, pois o tempo trabalhado no regime 12 x 36 não é suficientemente menor a ponto de as folgas de trinta e seis horas compensarem também as folgas dos feriados[dclxxxiii].

E) Os intervalos interjornadas dos motoristas profissionais

A jornada de trabalho dos motoristas profissionais sofreu algumas alterações com a Lei 12.619/2012, em especial no que tange à necessidade de negociação coletiva para qualquer compensação de jornada, aos intervalos intrajornadas e à inovação do tempo de espera e do tempo de reserva, conforme estudamos ao tratar das jornadas reduzidas e os intervalos que devem ser concedidos em meio a jornada de trabalho.

Cabe observar ainda que, no tocante aos motoristas profissionais que permanecem distantes do estabelecimento empresarial e de sua residência por mais de vinte e quatro horas, a Lei 12.619/2012 acrescentou à CLT o art. 235-D, III, o qual preceitua o direito a "repouso diário do motorista obrigatoriamente com o veículo estacionado, podendo ser feito em cabine leito do veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em hotel, ressalvada a hipótese da direção em dupla de motoristas [...]".

E se a viagem do motorista profissional se estende por mais de uma semana, "o descanso semanal será de 36 (trinta e seis) horas por semana trabalhada ou fração semanal trabalhada, e seu gozo ocorrerá no retorno do motorista à base (matriz ou filial) ou em seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas para o efetivo gozo do referido descanso". Deduzidas as vinte e quatro horas de descanso semanal que são devidas a todos os trabalhadores, conclui-se que o mencionado dispositivo está adicionando uma hora ao intervalo interjornadas do motorista que permanece em viagem por mais de uma semana. Em vez de onze, doze horas, que somadas às vinte e quatro horas de repouso, resultam nas trinta e seis horas assim garantidas.

10.3.2.3 Férias

A) Conceito, finalidade e história das férias

Na sociedade ocidental, o trabalhador costuma reservar um período do ano para intensificar o convívio com a família e amigos, às vezes viajando para conhecer outros lugares ou se mudando, provisoriamente, para estações de veraneio. O seu descanso remunerado o reanima, quebra a rotina de trabalho e renova a sua capacidade produtiva.

Em países centrais, que monopolizam o alto conhecimento tecnológico e comandam a atual ordem econômica, ocorre de a riqueza estar mais bem distribuída e ser mais generosa a oferta de emprego, deliberando-se o gozo de férias e o seu período correspondente através da autonomia coletiva, à mercê da vontade dos atores sociais.

Entre outros povos, sobretudo em meio àqueles que tocam a economia dependente, periférica, provedora apenas de matéria-prima e mercado, a tradicional garantia de férias precisa ser erigida a direito fundamental e estar positivada em lei, pois o empregado carece de poder de barganha para exigi-la, sem pôr em risco o emprego, e o empregador a assimila, não raro, como custo financeiro sem contrapartida, além do desconforto de ter que suprir a ausência do empregado em gozo de férias.

A enciclopédia eletrônica Wikipedia informa que na Alemanha as férias são de 20 dias quando o empregado trabalha cinco dias por semana, podendo durar mais tempo se a periodicidade do trabalho for ainda maior; na Arábia Saudita e em Hong Kong, as férias são de 15 dias; na Argentina, de 14 a 35 dias, a depender da antiguidade do trabalhador na empresa; na Áustria, na Suécia e na França, de cinco semanas, sendo, na Áustria, de seis semanas para os empregados mais antigos na empresa; na Bélgica e na Hungria, de 20 dias; no Chile, de 15 dias úteis, elastecendo-se esse período na proporção da antiguidade no emprego; em Cuba, de 24 dias; em Israel, de 14 dias; na Espanha, de 30 dias, na Holanda e na Suécia, de quatro semanas; na Noruega, de cinco semanas e um dia; no Reino Unido, de 20 dias, mais 8 dias a depender do tipo de trabalho etc. No México, as férias após o primeiro ano seriam de apenas 6 dias, mas esse descanso se estende por mais tempo na proporção do tempo de trabalho na empresa.

Há países que não asseguram férias, como China, Austrália e Estados Unidos, malgrado as normas coletivas e regulamentos de empresa, onde existem, possam suprir essa omissão do legislador. E há o caso do Japão, que previa 10

dias de férias sem remuneração, mas, em razão da incidência elevada do *karoshi* (morte em razão do excesso de trabalho), sobreveio norma governamental exigindo férias de trinta dias.

A nossa realidade, embora não seja destoante quanto ao tempo de fruição de férias, mostra-se adversa no tocante à possibilidade de os empregados brasileiros usufruírem confortavelmente de seu tempo de descanso e lazer com o padrão salarial que lhes é peculiar. E assim o é a ponto de o poder constituinte de 1988 assegurar ao empregado uma remuneração de férias a que é acrescido 1/3 (um terço) de seu salário, pois vinha a ser este o acréscimo que correspondia à conversão da terça parte das férias em dinheiro. Isso não obstante, o empregado brasileiro continuou *vendendo* a fração de suas férias e ainda acontece, muita vez, de o empregador engendrar a conversão ilícita de todo o período de férias em dinheiro, forjando documentos que sinalizam uma fruição inverídica destas.

Resgatando a história das férias, Rodrigues Pinto[dclxxxiv] observa que "o Tratado de Versalhes (1919) e a Convenção de Genebra (1921), emergentes da chamada I Guerra Mundial, deram decisivo impulso à sua universalização nos países industrializados ou em processo de industrialização, com a roupagem complexa (repouso + remuneração) que passou a revesti-la". Sobre as férias do empregado brasileiro, o autor assim a historia:

> Entre nós, as férias anuais remuneradas começam a ganhar corpo nos anos 20, refletindo, precisamente, a pressão social provinda dos documentos de Versalhes e Genebra e alcançando, de modo significativo, categorias profissionais dotadas de melhor estrutura, tais como as dos ferroviários e bancários. A Consolidação das Leis do Trabalho generalizou-as, como direito dos trabalhadores, respeitadas as exclusões feitas em seu art. 7o aos domésticos e rurais. As barreiras restritivas foram caindo, porém, na medida do avanço do País para a industrialização de sua sociedade.

B) Natureza jurídica das férias

No sistema jurídico-trabalhista, as férias se apresentam, contudo, como mais um período em que, à semelhança do que sucede com o repouso semanal e em feriados, há salário sem a correspondente prestação de trabalho. Adiante, veremos que a suspensão do trabalho, sem prejuízo de sua remuneração, classifica-se como *suspensão parcial do contrato* ou, segundo a dicção legal[dclxxxv], como *interrupção do contrato.*

Ademais, as férias se configuram uma *obrigação de não fazer* imposta ao empregado e uma *obrigação de dar e de fazer* atribuída ao empregador[dclxxxvi]. Assim é porque o artigo 138 da CLT veda[dclxxxvii] ao empregado prestar serviço, durante as férias, a outro empregador, salvo se estiver compelido a fazê-lo em razão de contrato de trabalho regularmente mantido com este. Quanto ao empregador, deverá ele conceder as férias (obrigação de fazer) e as remunerar (obrigação de dar).

C) Aquisição do direito ao gozo de férias

Como regra, o empregado adquire o direito a férias ao final de cada ano do contrato de trabalho. Diferente do que ocorre ao servidor público federal regido pelo ainda vigente Estatuto (Lei 8.112/90), não importa o ano civil (01/jan/2011 a 31/dez/2011, *v.g.*). Para efeito de aquisição de férias, conta-se o ano contratual (06/abr/2010 a 05/abr/2011 ou, noutro exemplo, 14/maio/2009 a 13/maio/2010).

Se a cada ano de seu contrato o empregado adquire férias, diz-se que os anos contratuais sucessivos são *períodos aquisitivos*. Há, todavia, situações críticas do contrato de emprego que impedem a coincidência entre ano contratual e período aquisitivo, estando essas hipóteses enumeradas nos artigos 132 e 133 da CLT:

a) quando o empregado deixa o emprego e não é readmitido dentro de sessenta dias subseqüentes à sua saída. Essa hipótese de interrupção do período aquisitivo, prevista no artigo 133, I, da CLT, refere-se ao caso em que o empregado pede demissão e não é admitido, para novo contrato, até o sexagésimo dia seguinte[dclxxxviii];

b) quando o empregado permanece em gozo de licença remunerada por mais de trinta dias (art. 133, II, da CLT). A licença remunerada de até trinta dias não exerce qualquer influência na contagem do período aquisitivo. De toda sorte, "a concessão pela empresa de licença remunerada de trinta e um dias ou mais implica apenas na perda do direito às férias do período correspondente e não do terço constitucional. Interpretação em sentido contrário levaria ao absurdo de que, com a simples licença remunerada de trinta e um dias, se livrasse o empregador do pagamento do terço constitucional previsto no art. 7o, XVII, da atual Carta Magna"[dclxxxix];

c) quando o empregado deixa de trabalhar, com percepção de salário, por mais de trinta dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa (art. 133, III, da CLT). Para se valer do permissivo legal, o empregador deverá comunicar a paralisação ao Ministério do Trabalho e ao sindicato da categoria profissional com antecedência mínima de quinze dias, afixando avisos no local de trabalho (art. 133, §3o, da CLT). Ao que percebemos, essa hipótese de interrupção do período aquisitivo não exonera o empregador, mais uma vez, de remunerar o tempo de afastamento do empregado com o acréscimo de 1/3 sobre o salário dos primeiros trinta dias sem trabalho, sob pena de se violar a proteção

constitucional;

d) quando a execução do trabalho é suspensa, com recebimento de auxílio-doença (em razão de enfermidade ou acidente de trabalho), por mais de seis meses, consecutivos ou não. Esse tempo de seis meses deve ser verificado em cada período aquisitivo e, não sendo ele excedido, o afastamento é computado como a cuidar de falta justificada (art. 131, III, da CLT), adquirindo-se o direito a férias normalmente ao final do ano contratual. Sobre essa regra – a de excluir do período aquisitivo o afastamento por mais de seis meses em razão de doença ou acidente de trabalho – deve-se observar que o art. 5, item 4, da Convenção 132 da OIT a contraria, pois não permite que as ausências por motivo estranho à vontade do empregado possam prejudicá-lo na aquisição de férias. A nosso entendimento, a ratificação pelo Brasil da Convenção 132 importa a derrogação do art. 133, IV da CLT, de que ora tratamos. Mas a jurisprudência não é pacífica acerca do tema[dcxc].

e) quando o empregado se afasta para prestar o serviço militar obrigatório, desde que ele compareça ao estabelecimento do empregador dentro de noventa dias da data em que se verificar a baixa (art. 132 da CLT). Para ter direito à manutenção do emprego, o empregado deve notificar a empresa dessa intenção em trinta dias a partir da baixa (não engajamento), conforme preceitua o artigo 472, §1o, da CLT. Como quer que seja, o empregado que comparece ao estabelecimento do empregador dentro de noventa dias, a partir da baixa, e obtém – porque retornou à empresa no trintídio previsto no artigo 472, §1o, da CLT ou em virtude de tolerância do empregador – a continuidade do seu contrato de emprego, poderá computar a fração de ano contratual interrompida quando do afastamento, para a prestação de serviço militar obrigatório, na contagem de seu período aquisitivo[dcxci].

Na última hipótese – afastamento para o serviço militar obrigatório –, o período aquisitivo é apenas suspenso, voltando a correr ao retorno do empregado. Nos demais casos, o período aquisitivo é interrompido e se reinicia quando o empregado volta a trabalhar, tal como prescreve o artigo 133, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não custa lembrar, entretanto, que referidas situações são extraordinárias, pois, regra geral, cada ano contratual corresponde a um período aquisitivo. E se o período aquisitivo é interrompido com a dissolução definitiva do contrato,

veremos, logo adiante, que o empregado terá ou não direito de receber uma indenização de valor equivalente aos meses do período aquisitivo já transcorridos, a título de férias proporcionais.

D) Período concessivo das férias. Poder patronal de datar a fruição das férias. Fracionamento. Aviso prévio e registros pertinentes

O ano contratual que segue o período aquisitivo é compreendido como *período concessivo.* Reza o artigo 134 da Consolidação das Leis do Trabalho que "as férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito".

Portanto, o primeiro ano contratual é o primeiro período aquisitivo e não mais que isso. A partir do segundo ano contratual, seguem-se anos contratuais que são, cada um deles e a um só tempo, período concessivo das férias adquiridas no ano contratual antecedente e período aquisitivo das férias a serem gozadas no ano contratual que segue. A seqüência apenas se modifica nos casos, antevistos, de suspensão ou interrupção do período aquisitivo, previstos nos artigos 132 e 133 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda assim, a modificação se dá, apenas, no tocante à data de término do período aquisitivo, suspenso ou interrompido, pois se renovará, daí por diante, a seqüência de períodos aquisitivos e concessivos.

Há três importantes observações a serem destacadas neste momento, em que se introduz o estudo sobre o período concessivo. A primeira delas é relativa ao poder, de que está investido o empregador, de definir os exatos dias de férias em meio a cada período concessivo. A se aplicar o que preceitua o art. 136 da CLT (veremos que a Convenção 132 da OIT prevê a indicação pelo empregado do período de descanso que lhe é preferível), durante o ano contratual que corresponde ao período concessivo, "a época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador".

A regra tem, porém, duas exceções legais[dcxcii], vale dizer, são duas as situações em que o empregador não pode consultar apenas o próprio interesse ao fixar os dias de fruição das férias: a) os membros de uma família, que trabalhem no mesmo estabelecimento, ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disso não resultar prejuízo para o serviço; b) o empregado estudante, menor de dezoito anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares. Valentin Carrion[dcxciii] observa que as férias familiais estão condicionadas a requisitos ambíguos e isso impediria a sua execução, o mesmo não acontecendo com as férias do estudante.

A segunda observação é pertinente à possibilidade de o tempo de fruição de férias ser fracionado, frente a antevista dicção do artigo 134 da CLT, *caput*, que

prevê a concessão das férias “em um só período”. O §1º do dispositivo reporta-se, contudo, à concessão das férias em dois períodos, prescrevendo, para tanto, duas exigências: o fracionamento de férias se dará, somente, em casos excepcionais, que Amaro Barreto[dcxciv] diz serem as mesmas que autorizam a jornada extraordinária (artigo 61 da CLT). Partidas as férias do empregado, um dos dois períodos não poderá ser inferior a dez dias.

O artigo 134, §2º, da CLT refere, todavia, a exceção da exceção, ou seja, a hipótese em que o fracionamento das férias, mesmo em casos excepcionais, seria ilícito, ao estatuir:

> Aos menores de 18 (dezoito) anos e aos maiores de 50 (cinqüenta) anos de idade, as férias serão sempre concedidas de uma só vez.

De toda sorte, a jurisprudência tem enfatizado que a partição não justificada de férias individuais ou a divisão em períodos menores que o de dez dias invalida a concessão de férias, como se pode extrair do precedente seguinte:

> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. FÉRIAS. FRACIONAMENTO. PERÍODO SUPERIOR A DEZ DIAS. Conforme os termos do art. 134, § 1º, da CLT, as férias devem ser concedidas em um só período, e somente em situações excepcionais é possível o seu parcelamento, limitado a dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 dias corridos. Portanto, o parcelamento irregular das ferias enseja o pagamento em dobro sempre que o respectivo período concessivo já se tiver exaurido, por não atingir o objetivo assegurado pela lei, qual seja, proporcionar descanso ao trabalhador de modo que se permita a reposição de sua energia física e mental após longo período de prestação de serviços. Assim, e reconsiderando posicionamento anterior exarado em atenção a precedente turmário, entende-se que as férias foram parceladas em situação irregular, pois sem a demonstração de ocorrência de caso excepcional, dando ensejo ao seu pagamento em dobro, por não ter sido atingido o intuito precípuo assegurado por norma cogente de política de saúde e segurança do trabalho. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 6500-92.2008.5.04.0381, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 31/05/2012, Data de Publicação: 08/06/2012).

Ainda quanto ao fracionamento do período de gozo das férias, cabe ressaltar que os marítimos podem ter, a seu pedido e em conformidade com o artigo 150 da CLT, as suas férias parceladas. A exceção à regra geral se justifica, ante a peculiaridade das condições de trabalho no mar.

A terceira e última observação é alusiva à exigência de o empregado ser avisado do tempo de gozo de suas férias com antecedência de trinta dias, por escrito e mediante recibo, devendo apresentar a sua CTPS[dcxcv] para que nesta e também em sua ficha-registro (ou livro de registro, sendo o caso[dcxcvi]) se

anotem os períodos de aquisição e concessão das férias a serem gozadas. O artigo 135 da CLT o impõe, cabendo lembrar que a anotação na CTPS gera presunção relativa em proveito do empregador, como prevê o artigo 40, I, da CLT e recomenda a Súmula 12 do TST[dcxcvii].

Quanto à hipótese de o empregador não pré-avisar o empregado da concessão de suas férias, a orientação jurisprudencial n. 386 da SBDI 1 é taxativa:

> 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.[dcxcviii]

D–1) Período legal de fruição em meio ao período concessivo

O tempo de fruição das férias adquiridas é maior na razão inversa das faltas injustificadas do empregado. Mas o artigo 130, §1º, da CLT impede que o empregador desconte os dias de falta do período de férias. Em vez disso, a proporção entre faltas e extensão das férias deve ser, para o empregado que presta jornada inteira, aquela que está prevista na cabeça do mesmo artigo 130 e seus quatro incisos:

Número de faltas injustificadas (no período aquisitivo)	Período mínimo de férias (em meio ao período concessivo)
Até 5 faltas	30 dias
6 a 14 faltas	24 dias
15 a 23 faltas	18 dias
24 a 32 faltas	12 dias

É fácil memorizar os números postos, respectivamente, nessas colunas de faltas e dias de férias, pois o número de faltas se eleva em oito unidades a cada linha da tabela, enquanto os dias de férias decrescem em seis unidades.

Também se pode perceber que o empregado que teve até cinco faltas durante o período aquisitivo não sofre prejuízo quanto ao tempo de fruição de suas férias, malgrado as faltas tenham sido descontadas (*rectius:* não tenham sido remuneradas). Se o empregado faltar em mais de trinta e dois dias, injustificadamente e durante o período de aquisição das férias, perde o direito de gozá-las. Deverá aguardar o início de novo período aquisitivo e todo o seu transcurso, para obter férias.

Sobre as faltas que estão *a priori* justificadas, não interferindo, por isso, no tempo de fruição das férias, o artigo 131 da CLT as enumera ou lhes faz remissão, ali incluindo os poucos dias de interrupção contratual para efeito de luto, doação de sangue, prestação de exame vestibular, licença-maternidade, licença por aborto, as faltas abonadas mediante pagamento dos dias correspondentes etc.

Todavia, a proporção entre faltas e férias, acima referida, não se aplica aos trabalhadores em tempo parcial. O governo brasileiro inseriu na ordem trabalhista, a pretexto de intensificar os níveis de emprego, a expressa alusão aos contratos *part time*, que em outros países têm ocupado, durante certas estações do ano, adolescentes e donas de casa, por exemplo. Nada impedia, porém, que,

antes do advento da primeira medida provisória que regulou os contratos em tempo parcial, houvesse a contratação dessas pessoas por apenas um turno, pagando-se salário proporcional.

Em última análise, a distinção que restou foi a de os trabalhadores em tempo parcial, assim compreendidos quando não prestam a um só empregador mais de vinte e cinco horas de trabalho por semana, terem um período de férias que foge aos parâmetros sobreditos. É que as suas férias se reduzem na proporção direta em que é menor a sua carga horária semanal de trabalho, sendo de no mínimo dez dias e de no máximo dezoito dias de férias. Dispõe, nesse sentido, o artigo 130-A da CLT. O parágrafo único do mesmo artigo estatui que se o empregado, contratado sob o regime de tempo parcial, contar mais de sete faltas injustificadas no período aquisitivo correspondente, terá ele o seu período de férias reduzido à metade.

E) Possibilidade de conversão em pecúnia

O empregado, e apenas ele, pode converter 1/3 (um terço) de suas férias em abono pecuniário. Se tiver a pretensão, deverá o trabalhador manifestá-la até quinze dias antes de se concluir o período aquisitivo. Essa é a regra do artigo 143 e §1º, da CLT.

Ao acrescentar à remuneração das férias um valor equivalente ao terço do salário, a Constituição de 1988 poderia ter inibido a prática de *vender* parte das férias, em prejuízo do tempo reservado ao lazer e ao convívio familiar. Mas não o fez. Os dois institutos (o abono de 1/3 das férias e o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração das férias) não se excluiriam, pois o empregado converte em abono um terço de seu tempo de férias e, como reza o artigo 143 da CLT que a conversão se dá *no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes*, postula ele, com aparente razão, que o cálculo do abono pecuniário leve em conta o acréscimo de 1/3 sobre o salário.

A SBDI-1 do TST procurou, todavia, emprestar aos dispositivos de lei uma exegese que harmonizasse a finalidade da remuneração acrescida de 1/3 com a do abono pecuniário, ao decidir que:

> [...] o art. 143 da CLT comporta interpretação - a um só tempo sistemática e histórica - na direção de não permitir que a vontade constitucional eleve, por via oblíqua, o valor do abono pecuniário, quando em verdade a intenção do constituinte fora a de evitar que o abono pecuniário fosse necessário para o empregado financiar o seu lazer em meio às férias. Acresceu à remuneração das férias o valor equivalente ao antigo abono, mas o abono subsistiu na ordem jurídica infraconstitucional. Prevalece, por conseguinte, o entendimento sufragado pelo acórdão turmário, qual seja, o de que o abono pecuniário previsto no art. 143 da CLT deve equivaler à remuneração do trabalho nos dias a que ele corresponde, sem o acréscimo ou o reflexo de 1/3 que incide sobre a remuneração de todo o período de férias (inclusive sobre os dias de férias convertidos em pecúnia) [dcxcix].

Há, ainda, que a faculdade de converter parte das férias em abono pecuniário sofre exceção nos casos de trabalho em tempo parcial, uma vez que o empregado que presta serviço sob tal regime não pode requerer a conversão de 1/3 de suas férias em dinheiro. Veda-o o artigo 143, §3º, da CLT.

Também o professor não pode, a princípio, converter um terço de suas férias em pecúnia, pois o período em que as goza é, regra geral, aquele em que há o recesso escolar, quase sempre o mês de julho de cada ano[dcc].

F) Remuneração das férias – base de cálculo, prazo legal e sanção jurídica

Conforme assinalamos, o artigo 7º, XVII, da Constituição assegura o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Por seu turno, a Consolidação das Leis do Trabalho estatui, no artigo 142, que o empregado perceberá, durante as férias, a *remuneração* que lhe for devida na data da sua concessão.

Há, como se extrai dos parágrafos do mesmo dispositivo da CLT, a clara preocupação de garantir ao empregado, nas férias, a remuneração em vigor ao tempo em que as férias são concedidas (1), mas computando-se sempre, nos casos de salário por tarefa ou recebimento habitual de adicionais, a média salarial vencida nos doze meses do período aquisitivo correspondente (2).

A regra de considerar o salário médio do período aquisitivo não é absoluta, porém. Cuidando-se de empregado que percebe salário fixado em percentagem, comissão ou por viagem, a média salarial a ser levada em conta é a dos doze meses que antecedem a concessão das férias, porque assim exige o artigo 142, §3º, da CLT.

A remuneração das férias e, sendo o caso, o pagamento do abono pecuniário devem acontecer até dois dias antes de as férias se iniciarem[dcci], pois desse modo o empregado organiza e financia o seu descanso à sua conveniência. A propósito, a jurisprudência tem sido rigorosa quanto ao cumprimento desse prazo, conforme se extrai, uma vez mais, da orientação jurisprudencial n. 386 da SBDI 1 do TST: “É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal”.

O recibo assinado pelo empregado serve, usualmente, como prova de que as férias foram regularmente concedidas e remuneradas. Mas pode o empregado produzir contraprova, persuadindo o juiz de que não teria gozado as férias referidas em citado documento.

G) Férias não concedidas. Remuneração em dobro e outras sanções

O empregador que negligencia o seu dever de conceder e remunerar as férias, em meio ao período concessivo, sofre as sanções previstas no artigo 137 da CLT, quais sejam:

a) a remuneração em dobro das férias. Se apenas parte das férias são gozadas após o correspondente período concessivo, remuneram-se esses dias excedentes em dobro[dccii].

b) o empregado poderá ajuizar reclamação trabalhista para que a Justiça do Trabalho fixe, por sentença e sob cominação de multa diária, a época de fruição das férias.

c) aplicação de multa administrativa, para tanto devendo ser informado o Ministério do Trabalho do transcurso do período concessivo sem a concessão das férias.

H) Férias coletivas

Especialmente nos períodos de crise no mercado, é comum ocorrer ao empregador a ideia de conceder férias a todos os seus empregados ou àqueles que operam no estabelecimento ou setor crítico, com o claro objetivo de cessar o custo da produção enquanto o mercado está reprimido.

A iniciativa patronal é, então, lícita, prescrevendo o artigo 139 da CLT que "poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa". A concessão de férias coletivas observará, todavia, algumas regras específicas. Sob o ponto de vista formal[dcciii], as regras são as seguintes:

a) necessidade de comunicação, pelo empregador, ao Ministério do Trabalho, com antecedência de pelo menos quinze dias, sobre datas de início e término das férias coletivas, bem assim sobre estabelecimentos ou setores atingidos.

b) envio de cópia da referida comunicação ao sindicato representativo da categoria profissional.

c) afixação de aviso nos locais de trabalho.

d) a possibilidade, na hipótese de serem concedidas férias a mais de trezentos empregados, de o empregador anotar, mediante carimbo aprovado pelo Ministério do Trabalho, o período de gozo de férias coletivas na CTPS dos empregados, dispensada a anotação dos correspondentes períodos aquisitivos individuais.

Sobre os aspectos substanciais, o que caracteriza as férias coletivas são as seguintes regras:

a) o fracionamento das férias em dois períodos é possível, desde que ambos os períodos sejam de, no mínimo, dez dias (artigo 139, §1o, da CLT). Vimos que a partição das férias individuais impede que um dos períodos (e não os dois) seja inferior a dez dias corridos.

b) a conversão em abono pecuniário de 1/3 (um terço) das férias coletivas é possível, mas independe de requerimento do empregado e somente pode ser ajustado mediante acordo coletivo de trabalho (artigo 143, §2o, da CLT).

c) os empregados que ainda não houverem adquirido férias deverão gozar, quando atingidos pela concessão de férias coletivas, férias

proporcionais à fração do período aquisitivo já transcorrida, iniciando-se novo período aquisitivo (artigo 140 da CLT). A regra é de difícil aplicação, pois não há tarefas que possam ser cometidas ao empregado quando cessam as suas férias proporcionais e todos os outros empregados continuam em gozo de férias coletivas. Melhor é converter o tempo excedente, de lege ferenda, em licença remunerada, ou mesmo permitir, nesse caso excepcional, e se tal não fugir aos limites da razoabilidade, o gozo antecipado de férias (coletivas) ainda não adquiridas.

I) Efeitos da cessação do contrato. Férias vencidas e proporcionais

Findo o contrato de emprego, as férias adquiridas devem ser sempre indenizadas, não importando saber se foi do empregado ou do empregador a iniciativa do desate contratual, nem mesmo se o vínculo se dissolveu com ou sem justa causa. Assim impõe o artigo 146 da CLT, interessando dizer que a indenização será devida em dobro quanto às férias cujo período concessivo já se tenha exaurido.

Mas algum período aquisitivo normalmente está em curso quando há a cessação do contrato e, nesse caso, surge a dúvida sobre serem ou não devidas as *férias proporcionais*, que vêm a ser a indenização de valor correspondente a tantos duodécimos (1/12) quantos sejam os meses (ou período superior a quatorze dias) transcorridos do período aquisitivo interrompido pelo fim do contrato.

Há, em rigor, uma parcial antinomia entre a CLT e a Convenção 132 da OIT, no que toca às hipóteses em que são devidas as férias proporcionais. Iniciemos, portanto, consultando a Consolidação das Leis do Trabalho, reservando ao capítulo final sobre férias a análise mais detalhada da Convenção 132.

Como observa Rodrigues Pinto[dcciv], a CLT diferenciou empregados com menos de um ano daqueles outros com mais de um ano de emprego. Para os empregados com menos de um ano, a lei assegura férias proporcionais *somente* nas hipóteses de ele ser dispensado sem justa causa (1) ou quando o seu contrato for por tempo determinado e se extinguir normalmente (2). Em todos os outros casos, as férias proporcionais não seriam devidas para os empregados que não houvessem completado um ano de emprego. Noutro sentido, porém e certamente por influência da Convenção 132 da OIT[dccv], o TST atualizou a sua Súmula 261 para dar-lhe o seguinte teor: “O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.

Para os empregados que superaram o primeiro ano de emprego, a regra é inclusiva, pois *somente não terão direito* às férias proporcionais os empregados que, a partir do segundo ano do contrato, forem dispensados por justa causa. Assim estatui o artigo 146, parágrafo único, da CLT.

J) Férias remuneradas mas não gozadas

E quando o empregador remunera férias não gozadas, convertendo-as integralmente em dinheiro? A jurisprudência tem tolerado, algumas vezes, a prática empresarial ilícita, a pretexto de o empregado não ter direito de enriquecer injustamente, assim sucedendo na hipótese de lhe ser assegurada a indenização de férias que, embora não gozadas, teriam sido remuneradas. A nosso pensamento, a Justiça do Trabalho, quando assim decide, age, involuntariamente, de modo a legitimar a conversão em pecúnia de todo o período de férias nos casos em que atribui a essa conduta algum efeito jurídico.

O que dizer do empregado cujo contrato ainda está em curso, mas vem trabalhando, anos seguidos, nos períodos em que, segundo os recibos de férias, seriam de fruição destas? No caso de o empregado vir recebendo a remuneração de tais férias (não gozadas), independentemente do salário relativo ao trabalho nesses períodos, poderia o empregado postular a fixação, pelo juízo trabalhista, da época de gozo das férias por ele adquiridas (artigo 137, §1º, da CLT)? Se o fizesse (como nos parece justo e jurídico), estaria ele na contingência de gozar férias sem a remuneração correspondente (pois já a teria recebido quando *vendeu* todo o seu período de férias)? Parece-nos que essas questões conduzirão o nosso interlocutor à perplexidade se resistir ele à percepção de que a conversão irregular de férias não tem efeito liberatório, estando destituída de qualquer respaldo jurídico.

Em boa hora, notam-se decisões, inclusive no âmbito da SBDI 1[dccvi], enveredando pela trilha oposta, a de não permitir que a *compra* de férias do empregado possa repercutir na indenização de valor correspondente às férias não gozadas. Se a conversão ilegal do período de férias, em meio à relação laboral, distingue-se da indenização devida na cessação do contrato, conclui-se que o empregador deve indenizar em sua integralidade as férias não gozadas, não importando o valor que pagou pelo silêncio do empregado. Não é devida apenas a dobra das férias (porque então se consideraria o valor adiantado pelo empregador para *comprar* as férias), mas indenizam-se as férias inteiramente. O ato ilícito, deliberadamente ilícito, não deve surtir qualquer efeito jurídico.

K) As férias do empregado doméstico

A Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica ao empregado doméstico, dada a restrição contida em seu artigo 7º, a. A partir de quando teve a sua redação alterada pela Lei 11.324/2006, o artigo 3º da Lei 5859, de 1972, assegura ao empregado doméstico "férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias com, pelo menos, 1/3 (um terço) a mais que o salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família". Não faz referência a férias proporcionais nem à remuneração ou indenização dobrada de férias cuja concessão seja negligenciada pelo empregador, bastando isso para que uma forte corrente jurisprudencial se tenha desenvolvido, em um primeiro momento, no sentido de não caberem, em favor do doméstico, férias proporcionais ou a dobra das férias não concedidas [dccvii].

Numa aparente contradição, o artigo 2º do Decreto 71.885, de 1973, ao regulamentar a Lei 5.859, de 1972, prescreve que, "excetuando o Capítulo referente a férias, não se aplicam aos empregados domésticos as demais disposições da CLT". Em outras palavras, o decreto estaria a atribuir aos domésticos, no tocante a férias, a regência pela CLT, que a própria CLT haveria negado. A prevalecer a vertente jurisprudencial referida, a citada antinomia entre normas deveria ser solucionada com base no critério da hierarquia, sendo inválida a norma regulamentadora (Decreto 71.885/73) que supostamente afrontasse a Consolidação das Leis do Trabalho.

A matéria é, por conseguinte, essencialmente jurídica, oferecendo-se contra essa primeira linha jurisprudencial (que negava ao empregado doméstico a dobra das férias e as férias proporcionais) um argumento persuasivo, que se baseia em premissa histórica relevante: o Decreto 71.885 dispôs sobre a aplicação, em favor do doméstico, do capítulo relativo a férias, pela singela razão de, no ano de sua edição (1973), haver a clara intenção de o legislador estender ao doméstico, no tocante a férias, os mesmos direitos assegurados pela CLT aos demais empregados. Também a CLT estabelecia férias de vinte dias úteis, do mesmo modo como previa a lei regente do emprego doméstico, até a edição da Lei 11.324, de 2006. Havia, assim, perfeita simetria entre o tratamento dado às férias do doméstico e aquele dispensado aos demais empregados.

O Decreto-lei 1.535, de 1977, ao alterar o capítulo pertinente da Consolidação das Leis do Trabalho, rompeu essa isonomia, pois escalonou o período de férias e o fixou em dias corridos (não mais em dias úteis) para todos

os trabalhadores, mas pareceu esquecido o legislador de que a nova regra seria inaplicável ao empregado doméstico, dada a vedação do artigo 7º, a, da CLT.

O argumento instigante, a que nos reportamos, é aquele que nos remete ao artigo 7º da Constituição para sustentar que o preceito maior teria restabelecido o tratamento isonômico, porquanto estendeu ao doméstico, sem peias, o mesmo direito a férias anuais remuneradas que assegurou a todos os trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º, parágrafo único, da Constituição). Ter-se-ia resgatado a igualdade de direitos que, em 1972 e consoante sobrevisto, foi querida pelos que redigiram a Lei 5.859 e a regulamentaram, todos cônscios de que não havia por que discriminar, no que tange a férias, a categoria sempre aviltada dos empregados domésticos.

Pensamos seja relevante o fato de decisões mais recentes do Tribunal Superior do Trabalho conterem o reconhecimento de que são extensíveis aos domésticos as regras da CLT relativas à dobra das férias não gozadas[dccviii] e às férias proporcionais[dccix]. Se é certo que a mais alta instância trabalhista pode estar revendo o modelo hermenêutico que vinha adotando para prover jurisdição nesses casos, também o é que se afigura auspiciosa a possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho decidir, afinal, pela adoção ao doméstico de todo o capítulo da CLT que regula férias, inclusive no tocante à duração do período de gozo destas.

L) Prescrição das férias

Em se tratando de prescrição, o princípio assente é o da *actio nata*, ou seja, o prazo prescricional flui a partir do nascimento do direito de ação, vale dizer, da exigibilidade da pretensão. Logo, o prazo de prescrição que corre contra a pretensão de férias deve ter início quando se esgota o período concessivo pois é quando nasce, para o trabalhador, o direito de exigir a fixação, pela Justiça do Trabalho, do seu período de fruição de férias.

Poder-se-ia argumentar que um mês antes do período de gozo de férias o empregador deve avisar o empregado sobre a data de início das férias, isso importando dizer que a infração patronal antecederia o dia de término do período concessivo. O legislador abstraiu, contudo, dessa discussão e, conforme sobrevisto, fixou o início do prazo prescricional no final do prazo concessivo. Dispõe, em mencionado sentido, o artigo 149 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um exemplo é elucidativo. As férias adquiridas em 12/maio/2001 foram alcançadas pela prescrição trabalhista, que é de cinco anos a partir da lesão, em 12/maio/2007, pois se contarão cinco anos a partir do término do período concessivo (12/maio/2002). Se o contrato de emprego cessar antes de maio de 2007, contar-se-á também o biênio prescritivo que flui a partir da cessação do contrato, operando-se a prescrição em 12 de maio de 2007 ou ao final dos dois anos, o que se completar antes[dccx].

M) A Convenção 132 da OIT

Discussão interessante pode ser travada desde a ratificação, pelo Brasil, em 23 de julho de 1998, da Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho. Trata-se de norma de direito internacional que cuida de férias remuneradas e teve a sua validade reconhecida pelo ordenamento pátrio, na esteira do artigo 5º, §2º, da CLT, integrando-se, desse modo, em nossa ordem trabalhista.

A questão é, porém, vexatória, ante a antinomia entre alguns dispositivos da Convenção n. 132 da OIT e os artigos da CLT que regulam a mesma matéria. Ante tal conflito, o intérprete do direito do trabalho deve preferir a norma mais favorável, somente aplicando os dispositivos da norma preterida quando o seu preceito não esteja correlacionado a outro direito regido pela norma que, em seu conjunto, revela-se mais benéfica.

Por exemplo, o TST ajustou o enunciado da Súmula 261 para esclarecer, com base na Convenção 132 e em detrimento de regra mais gravosa da CLT, que as férias proporcionais são devidas mesmo quando o empregado se demite antes de completar o primeiro ano de emprego. Assim agiu o TST porque a prevalência da Convenção 132, nesse caso, não contamina qualquer outro direito cuja regência seja atribuída à CLT.

A nosso pensamento, igual raciocínio pode ser desenvolvido quanto ao afastamento por doença ou acidente de trabaho que se estenda por mais de seis meses. Embora a CLT preveja que tal evento implicará o reinício do período aquisitivo, entendemos aplicável a Convenção 132 da OIT que impõe seja considerado esse tempo para efeito de aquisição de férias, sem ruptura do período aquisitivo. O direito assim garantido pela Convenção 132 não se mostra incompatível com qualquer outro regido pela CLT, salvo, evidentemente, com o artigo especificamente preterido.

Diferente seria a hipótese de se pretender a prevalência da Convenção 132 no tocante ao acréscimo, ao período de férias, dos dias correspondentes aos feriados intercorrentes ao período de sua fruição. Haveria, nesse caso, clara incompatibilidade com o período mais extenso de gozo de férias, previsto na CLT, e afinal é de tempo de gozo de férias que se estaria a tratar. O mesmo ocorreria com a pretensão de aplicar-se a regra da Convenção 132 da OIT que prevê a fruição de férias proporcional ao ano civil que não se teria completado porque o empregado teria ingressado na empresa após o mês de janeiro – tal proposição seria inconciliável com a adoção, pela CLT, do ano contratual (não

do ano civil) como parâmetro para aquisição de férias.

Sempre nos pareceu que o sistema da CLT é, em seu conjunto, mas favorável ao trabalhador, mas isso não impede que as regras pontualmente mais benéficas, contidas na Convenção 132, prevaleçam na hipótese de guardarem coerência com a ordem jurídica que assim se forma, a propósito de férias. As principais diferenças podem ser assim enumeradas:

a) O período mínimo de férias, previsto na Convenção n. 132 da OIT, é de três semanas por ano de serviço (artigo 3, item 3). Não se contam, nesse período de gozo de férias, os feriados oficiais ou estabelecidos pelo costume (artigo 6, item 1). No Brasil, para o empregado com jornada integral – *full time* –, regido pelo artigo 130 da CLT, mais de quatorze faltas injustificadas o farão ter 18 ou até 12 dias (se o empregado tiver entre 24 e 32 faltas) de férias, menos que o previsto na citada Convenção. Em contrapartida, o mesmo empregado, se assíduo – refiro-me ao que tem até cinco faltas injustificadas durante o período aquisitivo – goza férias por período superior ao que se estenderia, segundo a Convenção 132, por três semanas, mais os dias que correspondessem aos feriados intercorrentes. A nosso ver, a CLT oferece um conjunto normativo mais benéfico ao trabalhador, neste tópico.

b) Segundo o artigo 4, item 1, da Convenção 132 da OIT, o trabalhador tem direito ao gozo de férias proporcionais, se o seu período de trabalho, em algum ano (preferencialmente ano civil, conforme artigo 4, item 2), for inferior ao exigido para que ele tenha direito a férias integrais. Cabe esclarecer que pode ser exigido um período de trabalho não superior a seis meses para que o empregado possa ter direito a férias (artigo 5, itens 1 e 2). No Brasil, o sistema celetista prefere o ano contratual ao ano civil e, por isso, as férias não são gozadas proporcionalmente no ano civil não completado. Pelas razões antevistas, a CLT deve predominar neste tema.

c) No artigo 11, a Convenção 132 prevê férias proporcionais (indenização) no ano da cessação do contrato, desde que completado o período mínimo (não superior a seis meses), acaso exigido pela legislação pátria. No Brasil, são devidas férias proporcionais (*rectius:* indenização de férias proporcional ao período aquisitivo interrompido) em circunstâncias regulamentadas em consonância com o parâmetro nacional (ano contratual, em vez de ano civil) e com as restrições dos artigos 146, parágrafo único, e 147 da CLT. O TST já iniciou a adaptação da norma

jurídica aos preceitos mais benéficos da Convenção 132, como se pôde notar ao exame da Súmula 261.

d) As férias deverão ter remuneração equivalente à remuneração mensal, apurando-se a remuneração média nas hipóteses de ser ela variável. O pagamento deve acontecer antes do início da fruição das férias, salvo acordo entre empregado e empregador. No Brasil, a CLT impõe o pagamento da remuneração das férias até dois dias antes do início do período de fruição e a remuneração é acrescida de 1/3 sobre o salário (artigo 7º., XVII, da Constituição). Uma vez mais, a CLT se apresenta como a norma que, em seu conjunto e neste tópico, é visivelmente mais favorável.

e) O fracionamento das férias é possível, segundo o artigo 8 da Convenção 132 da OIT, mas uma das frações das férias deve corresponder a período não inferior a duas semanas, salvo se período menor ou maior tiver sido ajustado entre empregado e empregador. No Brasil, o fracionamento não é direito disponível, mas só pode acontecer em *casos excepcionais* e, na forma do artigo 134, §1º, da CLT, um dos períodos (uma das frações) não poderá ser inferior a dez dias corridos, sendo que, nos casos de férias coletivas (artigo 139, §1º, da CLT), ambas as frações devem ser de pelo menos dez dias. Os dispositivos da CLT se mostram mais harmoniosos e interessantes para o trabalhador, a nosso sentir.

f) Quanto à determinação do período de gozo de férias, em meio ao período concessivo, o artigo 10 da Convenção n. 132 a reserva ao empregador, mas preconiza uma prévia consulta ao empregado ou seus representantes (sindicais ou na empresa), recomendando que se tenham em conta as exigências de trabalho e as oportunidades de descanso e distração de que possa dispor o empregado. No Brasil, o artigo 136 da CLT prescreve que a época da concessão das férias deve ser a que melhor consulte os interesses do empregador, com restrições apenas nos casos de membros de uma família e de empregado estudante menor de dezoito anos. Nesta matéria, a Convenção 132 da OIT poderia prevalecer, mas por ora não se cogita alguma sanção para a hipótese de o empregador negligenciar a consulta ao empregado sobre o seu período preferido de férias.

g) Segundo dispõe o artigo 5, item 4, da Convenção n. 132 da OIT, o

período de trabalho, que assegura o direito a férias, incorpora, como tempo trabalhado, as ausências ao serviço por motivos estranhos à vontade do empregado, em especial a enfermidade, o acidente de trabalho ou a maternidade. No Brasil, o artigo 131, III, da CLT não permite que se considere falta não justificada, na apuração do período de gozo das férias, aquela que ocorrer por maternidade ou aborto (artigo 131, II, da CLT), ou ainda por acidente de trabalho ou enfermidade, mas o artigo 133, IV e §2º, da mesma CLT, limita esse direito, ao ressalvar que se inicia novo período aquisitivo quando o empregado recebe auxílio-doença por mais de seis meses, contínuos ou não. Conforme antevisto, parece-nos que a Convenção 132 deve prevalecer quanto a considerar-se o tempo de afastamento, por enfermidade ou acidente de trabalho, no período aquisitivo de férias, pois de indiscutível perversidade a regra em sentido contrário, prevista na CLT.

11 NATUREZA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

11.1 Natureza ou fonte das obrigações

No âmbito do direito civil, as fontes de relação jurídica[dccxi], ou seja, da *obrigação*, são a lei, os atos jurídicos – unilaterais ou bilaterais – e o ato ilícito. Há autores que acrescentam a essas fontes o risco profissional, que obrigaria o empregador, com ou sem culpa, a ressarcir os danos padecidos pelo empregado, por ocasião do trabalho. Arnoldo Wald[dccxii] redarguia, faz algum tempo, essa orientação, ao argumento de "que se trata de obrigação estabelecida pela lei, em que o risco profissional é apenas o fundamento sociológico da obrigação".

A bem da verdade, esse dilema vivenciado pelos civilistas, no momento em que devem classificar uma relação jurídica segundo a sua fonte, é tanto de matiz sociológico quanto afeto a aporias da linguagem. A preocupação inicial da sociologia jurídica é, quase sempre, a de identificar as relações sociais como a *causa* do direito, ao suposto de que ao descrever aquelas indica a origem deste.

Não raro, escapa aos sociólogos que eles, num paradoxo, descrevem as relações sociais usando o discurso do direito[dccxiii]. O sociólogo, como o jurista, trata das relações mercantis e a elas se refere como obrigações originadas em *contratos*. O termo "contrato" veicula a idéia de "ajuste de vontades" e a impressão de que o mundo exterior não comporta relações sociais de outra natureza.

11.2 As teorias anticontratualistas

Os teóricos do direito logo perceberam que a tentativa de classificar a fonte da obrigação trabalhista não poderia redundar em esforço intelectual que concluísse ter a relação de emprego origem em lei ou ato ilícito. Seguindo a classificação civilista, a natureza da relação de trabalho, a ser desvendada, seria, pois, contratual. Teve início, porém, intensa tertúlia a propósito de qual o tipo de contrato, entre os contratos conhecidos, no qual se poderia enquadrar o contrato de emprego, que emergia com a nova realidade, legada pelas revoluções tecnológicas da era contemporânea.

Mas seria o ajuste de vontades o motor inicial do vínculo de emprego? Já vimos a dificuldade de se conceber o momento em que empregado e empregador combinariam as condições do contrato, tanto pela debilidade daquele quanto pela despersonalização deste. Poder-se-ia indagar, então, se bastaria que a lei autorizasse o ajuste tácito para que se consubstanciasse a desejada subsunção do contrato de emprego em uma das espécies de contratos civis. Veremos, porém e mais adiante, como é controvertida essa idéia de a relação de emprego se constituir através de um ajuste de vontades, expresso ou mesmo tácito.

Antes, é oportuno dizer que o consentimento – ou ajuste de vontades – tem a sua ocorrência posta sob sério questionamento até mesmo no tocante a contratos regidos pelo direito civil, a exemplo do contrato de compra e venda. Óscar Correas ironiza a existência de regras que invalidam, por vício de consentimento, o contrato de compra e venda em que se pratica valor estranho ao mercado, quase sempre a tornar sem efeito o intercâmbio de mercadorias que não observa o *valor de troca* (conceito adotado por Marx), não estimado pelos contraentes. É como se o Código Civil elevasse o *consentimento* a requisito do contrato, mas por meio de normas cujo sentido ideológico pudesse ser associado ao modelo marxista [dccxiv]. Além disso, observa Amauri Mascaro Nascimento [dccxv]:

> Gradativamente, a determinação das condições de trabalho, que no liberalismo resultava unicamente da vontade das partes, passou a subordinar-se às convenções coletivas, às leis e aos regulamentos. Para fazer justiça nos casos concretos, surgiu a necessidade de pronunciamentos jurisdicionais considerando a validez do contrato como desnecessária em alguns casos para a aplicação das leis operárias, como nos casos de incapacidade e de nulidade. A vontade [...] nem sempre foi reconhecida como necessária e, mais ainda, existente, na constituição da relação jurídica entre empregado e empregador, bastando a prática, no mundo físico e real, de atos de emprego de alguém em benefício de outrem para que todas as responsabilidades previstas nas normas jurídicas passassem a recair sobre este último e todos os direitos assegurados ao

primeiro.

O autor lembra a aparente incompatibilidade entre a relação de trabalho, que tem a energia humana como objeto, e as normas de direito civil, cujo fim é a regulamentação de transferências patrimoniais, ao introduzir o estudo sobre as duas principais manifestações do pensamento anticontratualista: a teoria da relação de trabalho e o institucionalismo.

A) A teoria da relação de trabalho

Ainda conforme Mascaro Nascimento[dccxvi], aos relacionistas se integram todos os teóricos do direito do trabalho que negam a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento da relação laboral, preferindo "entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo físico e real é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados. Daí substituírem a idéia de convenção ou acordo pela de inserção, engajamento ou ocupação de trabalhador pela empresa, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista".

B) A teoria institucionalista

Enquanto a teoria da relação de trabalho grassava mais fortemente entre os italianos e alemães, o institucionalismo se desenvolvia na França. Afirma Mascaro Nascimento, com apoio em Maurice Harriou, que a instituição é "uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social. Para a realização dessa idéia, um poder se organiza. De outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa idéia, têm lugar manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por um procedimento".

O mestre paulista se reporta à observação do jusnaturalista George Renard de que existem atividades jurídicas irredutíveis às manifestações de direito individual, ao contrato e aos mandatos do Estado: as instituições e as fundações. Enfim, esclarece Mascaro Nascimento de que modo o institucionalismo pressupõe a adesão a um grupo social, caracterizado por hierarquia (*autoridade*, em vez da *igualdade* inerente aos contratos) e estatuto próprios, como a fonte da obrigação trabalhista:

> Assim, aplicado ao direito do trabalho, o institucionalismo procura dar explicação à empresa como instituição, uma idéia-ação reunindo, por uma razão imanente ao grupo, empregado e empregador. O pressuposto dessa união não está na autonomia da vontade contratual, porque à obra a que se propõe a empresa, perpetuada e durável, aderem os membros desse organismo social, surgindo uma relação entre o indivíduo e um estado social objetivo no qual o indivíduo está incluído.
>
> O empregado, à luz do institucionalismo, submete-se a uma situação fundamentalmente estatutária, sujeitando-se às condições de trabalho previamente estabelecidas por um complexo normativo constituído pelas convenções coletivas, pelos regulamentos das empresas etc. Ao ingressar na empresa, nada cria ou constitui, apenas se sujeita.

11.3 As teorias contratualistas

Entre os relacionistas enumerados por Amauri Mascaro Nascimento[dccxvii] está Mario de la Cueva, cuja teoria do contrato-realidade será analisada à parte, dada a sua influência na evolução do direito do trabalho no Brasil. Segundo Nascimento, essa parcial conversão ao contratualismo do laboralista mexicano teria acontecido após este admitir que "a ocorrência da vontade do trabalhador é necessária para a relação de trabalho, porque ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem o seu pleno consentimento".

Mario de la Cueva é sempre lembrado quando o tema é a natureza da relação laboral. A teoria do contrato-realidade, cuja autoria é, não raro, a ele atribuída, nasceu de reflexão acurada sobre os caminhos seguidos, até então, pelos civilistas e sobre a necessidade de se ofertar uma solução derradeira, uma classificação para o contrato de emprego que afinal atendesse, diríamos nós, à máxima de Nietzsche, extraída de Crepúsculo dos Ídolos: "O ato de reduzir algo desconhecido a algo conhecido alivia, tranqüiliza, satisfaz e proporciona, além disso, um sentimento de poder".

De La Cueva[dccxviii] refaz a estrada trilhada pelos teóricos do direito civil, que tentaram subsumir o contrato de emprego – suponha-se, logo e para efeito de argumentação, a natureza contratual da relação de trabalho – nos escaninhos do contrato de arrendamento ou de locação, em seguida o classificando como compra e venda, contrato de sociedade e mandato.

A) Teoria do contrato de locação

Defendeu Marcel Planiol que o contrato de emprego era, tal como sugeria o direito romano e o Código Civil outorgado por Napoleão, um contrato de locação, ao argumento de que "a coisa arrendada é a força de trabalho que reside em cada pessoa e que pode ser utilizada por outra como a de uma máquina ou a de um cavalo; dita força pode ser dada em arrendamento e é precisamente o que ocorre quanto a remuneração do trabalho por meio do salário é proporcional ao tempo, da mesma maneira que passa no arrendamento de coisas". O autor não teve como relevante o aspecto de a coisa locada voltar ao seu dono, ao fim do contrato, o que era e é inconcebível em se cuidando da força de trabalho.

B) Teoria do contrato de compra e venda

A teoria do contrato de locação foi combatia por Philipp Lotmar, na Alemanha, e Francesco Carnelutti, na Itália, aquele a sustentar que a força de trabalho não integrava o *patrimônio* do empregado e este a dizer que a energia ou força de trabalho devia ser objeto de contrato de compra e venda, tal como ocorria com a energia que emana de outras fontes: "Responder que o trabalhador conserva sua força de trabalho e que somente concede o seu gozo é confundir a energia com sua fonte; o que resta ao trabalhador é a fonte de sua energia, isto é, seu corpo mesmo; a energia, porém, sai dele e não entra mais". Contudo, De La Cueva observava:

> Considerando-se a hipótese de a relação individual de trabalho ser um contrato e estar regido pelo direito civil, Carnelutti se havia aproximado da verdade; parece-nos, ademais, que sua doutrina é o esforço máximo e o melhor realizado pelos professores de direito civil para reduzir a relação de trabalho a uma das figuras tradicionais do direito civil. Mas o mestre italiano teve que aceitar uma conclusão audaz, a de que a energia humana de trabalho deve ser considerada como uma coisa.

Esse desvalor para o trabalho humano era, em última análise, um acinte – possivelmente involuntário – àqueles que pretendiam legitimar a alienação da força de trabalho através do discurso jurídico, fazendo-a condizente com os mais altos valores sociais. A ciência jurídica desdenhava, tantas vezes, a raiz sociológica das relações intersubjetivas que descrevia ou, quando não descambava para esse ascetismo jurídico, as descrevia como se as pessoas se obrigassem, naturalmente, com a atenção voltada, não para a resolução pragmática de seus interesses imediatos, mas sim para a preponderância da dignidade humana. Sustentar que o direito *coisificava* a energia de trabalho, sempre que esta se tornava objeto de uma relação de emprego, era empreendimento que não podia vingar.

C) Teoria do contrato de sociedade

Em outro sentido, Chatelain, autor francês também citado por De La Cueva, propunha que o contrato de trabalho seja assimilado como um contrato de sociedade, ao suposto de que tem lugar na grande indústria, sendo o estabelecimento industrial algo complexo, que se configura uma unidade econômica: "um grupo de homens e seu funcionamento é uma combinação de atos que tendem a um fim comum, a produção de objetos [...]".

Assim concebida a empresa, seria ela a obra comum de várias pessoas, cada uma destas a contribuir com algo ou dividir com todos alguma coisa: "Uma contribuiria com o seu espírito de iniciativa, o seu conhecimento de clientela, seu talento organizador, sua atividade intelectual, em uma palavra, sua indústria e também seu capital; outros não contribuem senão com a sua força, sua habilidade profissional, seu trabalho, sua indústria". E que benefícios auferem os empregados, já que é indiscutível a sua contribuição? Chatelain defendeu, em resposta a essa indagação:

> Na palavra 'benefício' é necessário distinguir os benefícios da indústria e os benefícios do empregador; o benefício a dividir e que é efetivamente dividido entre empregador e trabalhadores é o que resulta se se considera a situação de uma pessoa que acumula as funções de empresário e trabalhador, bastando-lhe, para obtê-lo, deduzir da venda dos produtos os gastos de arrendamento de local do estabelecimento e de instrumentos, impostos etc., assim como os gastos com a aquisição de matéria-prima; os benefícios do empresário, por sua vez, se obtêm deduzindo, daquele benefício, o salário pago aos trabalhadores.

Criticado porque o empregado não suportava, como o empregador, o risco do negócio e, também, porque apenas o empregador aparecia como o proprietário dos meios de produção e do produto fabricado, cabendo ao empregado somente o salário, fixo e pago pelo empregador antes de este negociar o bem manufaturado, Chatelain rebateu que essas objeções eram resultado de análise superficial, rematando não ser exato que os empregados não corressem risco algum, pois nada recebiam eles em todos os casos de suspensão do contrato. Quanto à outra objeção, argumentou:

> [...] o que ocorre é que os trabalhadores vendem ao patrão, desde que se inicia o processo de produção, a parte que lhes cabe na propriedade dos produtos elaborados, pacto este que em nada se opõe à idéia de sociedade. [...] Pela mesma razão, a parte dos trabalhadores é, regra geral, fixa e se paga adiantada; pode, porém, pactuar-se que, além dessa parte fixa, corresponda-lhes o que se denomina *participación en las utilidades*.

A doutrina de Chatelain foi objeto de outras críticas, a ela se opondo De La Cueva[dccxix], entre outras razões, porque "mais que uma explicação jurídica,

era uma explicação econômica do fenômeno da produção". De la Cueva esclarece:

> Entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade existem importantes diferenças; no primeiro, há uma troca de prestações por trabalho subordinado, enquanto no segundo há um trabalho em comum; o contrato de trabalho, se é uma relação contratual, supõe uma relação de credor e devedor entre o patrão e os trabalhadores, enquanto no contrato de sociedade as relações existem entre a sociedade e cada um dos sócios.

É certo, contudo, que a doutrina de Chatelain apresenta a virtude de ter servido de base para movimento que deu origem a vantagens obreiras atualmente conhecidas como participação em lucros, em resultados ou na gestão da empresa[dccxx].

D) Teoria do contrato de mandato

Malgrado obtivesse, em um primeiro momento, grande repercussão a tentativa de enquadrar o contrato de trabalho como contrato de mandato, é certo que essa orientação perdeu força na medida em que as normas jurídicas passaram a estatuir que o objeto do mandato era a execução de *ato jurídico*, essencialmente. A rotina de trabalho em uma empresa comportaria, predominantemente, a realização, pelo empregado, de *atos materiais*, que desserviriam, em princípio, à constituição, modificação ou extinção de obrigações.

E) Teoria do contrato-realidade

A inserção dos direitos sociais – com índole trabalhista – no rol de direitos fundamentais, em cartas constitucionais promulgadas ou outorgadas em meio ou ao fim do primeiro conflito mundial, fez notar a impropriedade de se estudar o direito trabalhista a partir das teorias que descreviam o direito civil, não faltando autores que apregoassem estar apartado o direito laboral do elenco de direitos privados ou, pelo menos, que restava debilitada a distinção entre estes e o direito público. De La Cueva se filia, então, a vertente teórica que, com influência de autores alemães[dccxxi], propôs-se a estudar a relação de trabalho em sua realidade. Talvez assim se dissesse melhor: em sua excentricidade.

O autor mexicano compara a relação de trabalho à relação de hipoteca e à compra e venda[dccxxii], por exemplo, para argumentar que quando se pretende definir esses outros tipos contratuais recorre-se às definições do Código Civil e se pode conceber toda a estrutura desses outros contratos, intuindo-se então que há sempre um mesmo contrato de hipoteca, com caracteres iguais e igualdade, também, em sua formação e em seus efeitos, à semelhança ao que sucede à compra e venda e à locação. São irrelevantes as pequenas variações de preço ou do imóvel relacionado com o ajuste. De La Cueva admitia, porém, que o direito do trabalho ainda estava em formação e o seu âmbito pessoal de vigência não estava bem definido, existindo atividades que pertenciam ao direito do trabalho e outras que eram, contudo, incertas, não tendo sido abandonadas pelo direito civil.

Essa peculiaridade do direito do trabalho fazia com que os seus efeitos nem sempre fossem os mesmos, variando na medida em que esse ramo do direito estendia a sua proteção a essas atividades que originalmente não se inseriam no modelo de emprego herdado da primeira revolução industrial. Por isso que "a relação de trabalho não apresenta sempre os mesmos caracteres nem quanto à sua constituição, nem quanto a seu conteúdo ou efeitos, de tal maneira que é ainda difícil criar um tipo único de relação de trabalho". A percepção desse grau crescente de complexidade no conteúdo da relação de emprego permitiu a De La Cueva[dccxxiii] observar, no tocante à origem dessa relação jurídica e fazendo referência a dispositivos do Código Civil mexicano que vigorava em meados do século XX:

> Segundo o artigo 1794 do Código Civil, para a existência de um contrato se requer

> consentimento e objeto que possa ser matéria de contrato; conforme o artigo 1796, os contratos se aperfeiçoam pelo mero consentimento e, desde esse instante, se encontram obrigadas as partes ao cumprimento do pactuado. O aperfeiçoamento do contrato determina, por sua vez, a aplicação integral do direito civil à relação jurídica criada e, em caso de inadimplemento, existe, de imediato, a possibilidade de solicitar a execução forçada [...].
>
> Não ocorre o mesmo na relação de trabalho, pois os efeitos fundamentais do direito do trabalho são gerados unicamente a partir do instante em que o trabalhador inicia a prestação do serviço, de maneira que os efeitos jurídicos que derivam do direito do trabalho se produzem, não pelo simples acordo de vontades entre trabalhador e patrão, senão quando o trabalhador cumpre, efetivamente, sua obrigação de prestar um serviço. Em outros termos: O direito do trabalho, que é um direito protetor da vida, da saúde e da condição econômica do trabalhador, parte do pressuposto fundamental da prestação do serviço e é, em razão dela, que impõe ao patrão deveres e obrigações.

Em suma, a relação de trabalho tinha origem em um contrato, mas se tratava de um contrato diferenciado, que não se aperfeiçoava com o ajuste de vontades, mas somente a partir da prestação de trabalho. Isso porque era a proteção ao trabalho humano e subordinado a razão de tal ramo do direito existir.

E como esse fundamento da teoria do contrato-realidade continua a vingar – tanto a imprecisão do conteúdo da relação laboral como a proteção ao trabalho subordinado como *ratio* do direito trabalhista –, explica-se a influência que o estudo teórico de Mario de la Cueva exerce na atualidade. É a ele associado, também, a definição de contrato prevista no artigo 442 da nossa CLT, que, não fosse por isso, pareceria tautológica: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". O dispositivo diria o óbvio, não tivesse a intenção de enfatizar o fato da relação de trabalho, aí incluída a prestação laboral e a contraprestação salarial, como elemento do contrato (ou de sua execução) que corresponde ao acordo tácito ou expresso, ou seja, ao ajuste de vontades. Com a palavra, Arnaldo Süssekind[dccxxiv], um dos juristas responsáveis pela elaboração da CLT:

> Outra novidade também reveladora de certa audácia é a que se encontra no art. 442, que muita gente considerou um pleonasmo jurídico. Ele dispõe que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Que se quis dizer com isto? Que havendo empregado, segundo o conceito do art. 3º, e empregador, segundo o conceito do art. 2º, há uma relação de emprego, ainda que não se tenha ajustado expressamente, nem por escrito, nem verbalmente, o contrato de trabalho. Significa a adoção do contrato-realidade.

Como observam Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes[dccxxv], a contingência de o empregador ser, muita vez, obrigado a admitir em seu estabelecimento empregados que normalmente não contrataria (menores aprendizes, deficientes físicos, ex-combatentes, recuperados da

previdência etc.), o mesmo acontecendo na sucessão de empregadores e na reintegração, também *ope legis*, de empregados estáveis teria influenciado De La Cueva, que, por isso e a seu tempo, aceitou a expressão usada pelo juiz mexicano Iñarritu para o contrato de trabalho, denominando-o contrato-realidade. Mas os citados laboralistas brasileiros atribuem exagero e algum engano à tal expressão "pois em verdade o contrato esteve sempre pressuposto".

Qualquer que seja a orientação seguida pelo intérprete, é exato dizer que a teoria do contrato-realidade influiu e continua influindo, indiscutivelmente, na atividade normativa e na prática trabalhista, tanto que os estudiosos e os agentes do direito processual do trabalho ainda discutem a competência da Justiça Trabalhista para dirimir conflitos relacionados com a fase pré-contratual, ou seja, litígios que se instalam quando o emprego ainda está apenas prometido ou já foi subscrito o instrumento do contrato de trabalho, mas o trabalhador não iniciou a prestação laboral nem disponibilizou a sua força de trabalho.

12 CONTRATOS AFINS AO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

12.1 Relação de emprego: espécie do gênero relação de trabalho

O contrato, regra geral, constitui uma relação jurídica. Os contratos de atividade constituem, assim, relações de trabalho cujas tensões são dirimidas pela Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição). Isso não obstante, somente uma relação de trabalho é regida pelo direito do trabalho: a relação de emprego. Cabe investigar, portanto, em que se distingue a relação empregatícia das outras relações de trabalho, constituídas por outros contratos de atividade.

Os contratos de atividade são "aqueles em que alguém se compromete a colocar a sua atividade em proveito de outrem, mediante remuneração" [dccxxvi]. O contrato de emprego é um deles, mas também se enquadra nessa categoria o contrato de prestação de serviço regido pelo Código Civil, o contrato de empreitada e todos os outros em que a atividade de um de seus sujeitos é o objeto da obrigação. Intencionalmente, referimo-nos a alguns desses contratos de atividade quando tratamos da evolução doutrinária a respeito da natureza da relação de emprego, pois é fato que os primeiros teóricos, na sanha de enquadrar o contrato de emprego entre os tipos contratuais já então conhecidos e sistematizados, confundiram o contrato de emprego com o de locação de serviços, o de mandato e o de sociedade.

12.2 A relevância da subordinação como elemento distintivo

Se concluímos que o contrato de emprego se diferencia desses outros contratos de atividade, interessa saber quais os pontos de dessemelhança, porque de outro modo não poderemos identificar, no mundo dos sentidos, a relação jurídica que será regida pela regra trabalhista. Após acurada análise, José Augusto Rodrigues Pinto conclui:

> Sobrou apenas o critério da *subordinação jurídica* para distinguir o contrato de emprego de todos os outros de atividade. Em verdade, pela natureza da prestação do empregado, que o coloca à simples disposição do empregador para utilizá-la e dirigi-la, o contrato de emprego afasta-se de todos os seus afins. E o afastamento se torna nítido quando consideramos que, pela circunstância examinada, só no contrato de emprego a subordinação se mostra em grau absoluto [dccxxvii].

Isso é definitivo: a subordinação em grau absoluto é elemento conclusivo no momento de diferenciar o contrato de emprego dos demais contratos de atividade. Mas há outros critérios de distinção que, embora destituídos de caráter absoluto, auxiliam o agente do direito do trabalho, nessa hora de definição [dccxxviii].

12.3 A locação de serviços e o *novo* contrato de prestação de serviços

Do contrato de *locação de serviços* não se distingue, em rigor, o contrato de emprego. O que houve, por certo tempo e influência do Código Civil oriundo da era napoleônica, foi erro de denominação, porquanto seja inviável cogitar de relação locatícia cuja cessação não implique o retorno do bem locado ao locador: é impossível que a disponibilidade da força de trabalho retorne ao empregado[dccxxix].

O Código Civil em vigor supera essa atecnia e dedica, acertadamente, um capítulo[dccxxx] ao contrato de *prestação de serviço*, vale dizer, ao contrato que envolve a prestação de trabalho não regida pela legislação trabalhista. É certo que "prestação de serviço" é expressão genérica – na qual se enquadraria, no plano semântico, inclusive o serviço que se realiza no âmbito de uma relação de emprego –, mas a alusão ao gênero (prestação de serviço) serve para distinguir a espécie (prestação de serviço como objeto de vínculo empregatício) e, assim, identificar, por exclusão, todas as outras relações de trabalho que seriam residualmente regidas pelo Código Civil[dccxxxi].

12.4 Distinção entre emprego e empreitada

Empreitada é a relação jurídica que se deflagra quando uma determinada obra é contratada a alguém que a executará por inteiro ou, sendo-lhe fornecido o material correspondente, realizar-lhe-á por meio de seu trabalho. Nessa segunda perspectiva, a de o empreiteiro contribuir apenas com o seu trabalho, a empreitada aproxima-se da relação de emprego, sem com ela propriamente confundir-se.

Quanto ao contrato de empreitada, os laboralistas adicionam à subordinação em grau absoluto, que denuncia a existência de relação empregatícia, três outros critérios úteis à distinção entre a empreiteda e o emprego: a) a natureza e continuidade da prestação; b) a forma de remuneração; c) a qualidade do empregador.

O primeiro critério é explicitado por Jacobi[dccxxxii]: há empreitada quando se tem em vista um fim determinado, com nítida determinação, concreta, da prestação; e contrato de trabalho sempre que a prestação se distender no tempo, mediante operações genéricas, não individualizadas em espécie. Embora ocorra usualmente assim, é certo que alguns trabalhadores prestam serviço subordinado – sendo, pois, empregados – e, pondo à prova essa regra geral, trabalham por peça ou tarefa.

A forma de remuneração, esse é um critério que se associa ao anterior, padecendo da mesma insuficiência. É que o empregado – notadamente no emprego industrial, primeiro destinatário da proteção trabalhista – recebe, normalmente, salário fixado na proporção de seu tempo de trabalho, enquanto o empreiteiro recebe apenas o preço da obra que contratou. O que dizer, porém, do comissionista puro? O empregado vendedor que recebe somente comissão não tem o seu salário calculado à razão do tempo, mas ainda assim é empregado, desde que se enquadre a sua prestação laboral nos pressupostos do artigo terceiro da CLT.

O critério derradeiro seria o da qualidade do empregador, defendendo-se então que é empregado aquele que trabalha para empregador *profissional*, assim sucedendo quando este *professa um ofício* e, por conta de tal ofício, contrata e cobra a prestação de trabalho, assistindo-a tecnicamente. Quando o trabalhador, em vez disso, oferece o seu serviço ao público, torna-se ele um empreiteiro, por conseguinte. Mas o critério é falho, porque nada obsta, por exemplo, que um construtor profissional contrate um pedreiro apenas para resolver um problema

breve e imprevisto em seu escritório, não sendo essa prestação *eventual* de trabalho do pedreiro objeto de emprego.

12.5 Distinção entre emprego e mandato

A teor do artigo 653 do Código Civil “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

Sobre as diferenças entre o contrato de emprego e o de mandato, há decerto a alusão a três critérios úteis à sua verificação: a) a gratuidade do mandato; b) a natureza da atividade; c) a existência da representação.

O contrato de mandato pode ser gratuito ou oneroso; o contrato de emprego é sempre oneroso. A propósito, Martins Catharino[dccxxxiii] assinala que os romanos haviam estabelecido uma nítida hierarquia do trabalho humano:

> [...] do extremo do escravo-coisa, passando pelo trabalho coisificado (locatio conductio, operis e operarum), ao outro extremo do trabalho essencialmente livre e digno (operae liberalis, dos advogados e geômetras, principalmente), objeto do mandato. Assim, somente o trabalho intelectual ou espiritual estava desvinculada da coisa-trabalhadora e do trabalhador coisificado, braçal e indigno, apesar de algumas exceções quanto a libertos devedores de operae (máxime cirurgiões). Segundo essa hierarquia social, o mandatário, dado o elevado valor social do seu trabalho, não era um mercenário. Recebia e aceitava honroso encargo.
>
> A gratuidade como característica do mandato desapareceu. Na prática, passou a ser exceção. Mas, devido à sua origem, conservou-se até hoje a palavra honorários para designar a remuneração paga a profissionais liberais, mandatários ou não, como se receber salários fosse depreciativo [...]

O segundo critério distintivo seria a natureza da atividade, porque o mandato teria um ato jurídico como objeto, sempre. Por sua vez, o empregado não se incumbe, regra geral, da realização de atos que desencadeiem obrigações, modifiquem-nas ou as extingam. Rodrigues Pinto[dccxxxiv] é, porém, enfático:

> Nada mais falso, não apenas porque o mandatário é obrigado a praticar atos-meios exclusivamente materiais para cumprir o contrato, como, na grande empresa moderna, se encontra, sistematicamente, a figura do *empregado-mandatário*, porque realiza aqueles mesmos atos jurídicos, em nome do empregador, que o mandatário deverá realizar em nome do mandante.

Sustenta-se, ademais, que a representação é inerente apenas ao mandato, porque "em nosso direito, como no francês, no português e em outros, os atos são praticados em nome do mandante, o que dá a idéia de representação" [dccxxxv]. O critério é, no entanto, duplamente frágil: primeiro, porque o é na medida em que os altos-empregados exercem a representação dos seus empregadores, sem deixarem de ser sujeitos de relação de emprego (é possível, portanto, a mistura contratual); segundo, uma vez que "pode o mandatário

funcionar em seu próprio nome, mas por conta do mandante"[dccxxxvi] – vale dizer, pode haver mandato sem representação (imagine-se o *testa-de-ferro* em uma relação negocial qualquer).

Ainda no tocante ao mandato, uma advertência faz-se necessária. É que pode haver mandatário a prestar trabalho subordinado. É induvidoso que se tratará de empregado, se essa sua prestação de trabalho também for pessoal, onerosa e não-eventual.

Autores de nomeada sugerem que, no caso de o contrato de emprego se misturar a outro, é possível apurar qual contrato é acessório, podendo sê-lo o de emprego[dccxxxvii]. Entendemos, porém, que o agente do direito do trabalho deve ser intransigente ao afastar a regência do emprego por norma que atenda a princípios diferentes daqueles que regem a desigual relação entre o capital e o trabalho.

Interessa lembrar, igualmente, que a subordinação necessária à caracterização do emprego é a que ocorre em grau absoluto, assim não sucedendo se, "no mandato, o mandatário prende-se a instruções concretas, limitadas, especiais, próprias para a realização de determinado ato, de certa operação ou algum negócio. No contrato de trabalho, pelo contrário, a subordinação hierárquica e administrativa é geral, ampla, indeterminada, de todas as horas e às vezes imprevisíveis, fazendo-se sentir durante toda a execução do contrato"[dccxxxviii].

12.6 Distinção entre emprego e sociedade

Os critérios usados, além do critério decisivo da subordinação, para a distinção entre emprego e sociedade, são usualmente dois: a) salário fixo no emprego; b) *affectio societatis* na sociedade.

Ocorre, contudo, que a retirada de valor fixo não acontece apenas no emprego – é comum, inclusive, o *pro labore* fixo, em atenção ao que deliberam os próprios sócios –, nem a remuneração pelo trabalho subordinado é sempre invariável, bastando frisar o que sucede a empregados que recebem salário em forma de comissão ou na proporção das peças fabricadas, tarefas realizadas etc.

A *affectio societatis* é o sentimento, que move aqueles que ingressam em uma sociedade empresária, de repartir lucros e prejuízos decorrentes do negócio comum. Os sócios devem manifestar a sua prévia disposição em tal sentido, pois é este um pressuposto fático da existência da sociedade e um seu componente que decerto a distingue do contrato de emprego, de par com a subordinação. O contraponto a esse valioso critério é anotado por Rodrigues Pinto[dccxxxix]:

> Nem sempre a *affectio societatis* é identificada com tanta pureza essencial na sociedade. Poderíamos falar de muitas delas em que reina entre os sócios completa *desaffectio societatis*, tais as divergências de interesses individuais dentro da empresa.

12.7 Distinção entre emprego e relação de consumo

Conforme preceitua o art. 2º da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), define-se a relação de consumo pela posição singular em que se apresenta um de seus sujeitos, qual seja, o consumidor. O citado dispositivo o conceitua como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". A relação de consumo pode referir-se ao comércio de algum produto ou à prestação de algum serviço[dccxl].

Entre os contratos de prestação de serviço que não são disciplinados pelo direito do trabalho ganhou importância, desde um certo tempo e para efeito de comparação, aquele que constitui uma relação jurídica de consumo cujo objeto seja a realização de algum trabalho. A frequência com que a jurisprudência trabalhista se reporta atualmente à relação de consumo tem, a nosso ver, duas causas que se interrelacionam: a ampliação da competência da Justiça do Trabalho e a inversão dos polos assimétricos. É fácil explicar.

Quando a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, estendeu a competência da Justiça do Trabalho a fim de que a sua prestação jurisdicional houvesse de dirimir os conflitos oriundos de qualquer relação de trabalho (art. 114, I, da Constituição), ainda que não se estivesse nos mais estreitos limites do vínculo de emprego, vozes se levantaram contra a possibilidade de serem despojadas de tal atribuição as varas especiais e de assistência judiciária da Justiça Comum que tradicionalmente se dedicavam, com a eficácia possível, à solução dessas controvérsias.

Além da mudança na estrutura do Poder Judiciário, que adviria com a competência da Justiça do Trabalho para resolver conflitos inerentes aos serviços prestados nas relações de consumo, haveria o inconveniente de somar às atribuições dos juízes do trabalho, desde sempre habituados a prover jurisdição em casos nos quais a debilidade econômica é atributo do trabalhador, a nova função de solucionar controvérsias ambientadas em relações jurídicas nas quais a hipossuficiência econômica é atributo de quem consome a prestação laboral, não o sendo de quem a presta. Há assimetria tanto na relação de emprego quanto na relação de consumo, mas decerto se invertem, entre elas, os polos assimétricos.

A nosso sentimento, apenas o primeiro desses motivos seria merecedor de mais detida reflexão, dado que bisonha a desconfiança no córtex cerebral dos juízes trabalhistas, aptos à compreensão e realização de outros valores e dogmas jurídicos. A bem dizer, seria até mesmo prudente que os conflitos gerados em

relações complexas ou bifrontes, como aquelas nas quais os empresários fornecem serviços à sua clientela por meio de empregados, fossem inteiramente solucionados por um único órgão jurisdicional, tanto no que concerne ao direito de o consumidor exigir a prestação de serviço com qualidade quanto no que toca à proteção do empregado por meio do qual se realiza essa prestação. Não é raro ocorrer a alegação de justa causa contra empregado por conta de condenação, na Justiça Comum, do empresário em razão da qualidade ruim do serviço realizado, tendo o titular da empresa que se defender em dois foros distintos. Melhor se pudesse concentrar seus esforços perante um só magistrado.

O que importa acentuar, neste momento, é o fato de a relação de consumo não comportar a subordinação em grau absoluto do prestador de serviço, antes se verificando a posição paritária, ou mesmo de vantagem, em relação ao destinatário de seu trabalho.

E ainda que o tema relativo à competência jurisdicional seja de direito processual, convém rematar que a jurisprudência trabalhista parece tender à posição de que a Justiça do Trabalho não teria competência para atuar em controvérsias havidas nas relações de consumo, consoante se extrai de precedentes paradigmáticos do Tribunal Superior do Trabalho[dccxli].

13 CARACTERES DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

13.1 Classificação do contrato de emprego

Em se admitindo a origem contratual da relação de emprego, pode-se tentar enquadrá-la em uma das várias classificações de direito civil, assim se agindo para que se verifique a aplicação ao contrato das regras pertinentes ao tipo contratual escolhido. A doutrina trabalhista diz ser o contrato de emprego *nominado, de direito privado, principal, consensual, bilateral, oneroso e comutativo, intuitu personae, continuado* e *de adesão.*

13.1.1 Contrato nominado

A classificação dos contratos em nominados e inominados teve maior relevância entre os romanos, porque somente aos primeiros correspondia ação especial, sendo ainda distintos, em cada um dos tipos contratuais, os efeitos da manifestação da vontade. Esclarece, com pertinência, Martins Catharino[dccxlii]:

> Atualmente, tal divisão tem valor muito relativo, pois os contratos, nominados ou não, ensejam ação idêntica. Por outro lado, a expressão 'contratos nominados' serve apenas para diferençar os que têm denominação especial e legal dos que não a têm, nem são por lei regulados, embora muitas vezes os inominados não passem de variações dos nominados. Se forem realmente inominados, ficam sob as normas contratuais de caráter geral. Se não, apela-se para a analogia.

13.1.2 Contrato de direito privado

Quanto a ser contrato de direito privado, importa considerar que a inclusão dos direitos sociais entre os direitos fundamentais, pela Constituição de Weimar e outras, causou, em alguns teóricos do direito laboral, uma primeira impressão de que estaríamos no âmbito do direito público, porque não mais se exigia do Estado uma postura abstencionista – como ao tempo em que apenas as liberdades civis e os direitos políticos eram direitos fundamentais –, mas já agora se comprometia o Estado Social de Direito, ao consolidar a social-democracia, a engendrar os meios necessários à realização dos direitos trabalhistas imanentes à dignidade do trabalho humano[dccxliii].

Isso e a imperatividade das normas de direito laboral foram insuficientes, porém, para que se convertesse o direito do trabalho em direito público. Consoante notam Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, "a mesma coisa acontece com o casamento, com as sociedades de capitais, com o inquilinato e assim por diante, que apesar de muito limitados em seu exercício e no que diz respeito à autonomia da vontade dos seus titulares, permanecem no campo do direito privado"[dccxliv].

13.1.3 Contrato principal

Sobre a classificação como contrato principal, interessa anotar que o tipo antagônico seria o contrato acessório, sendo exemplos deste a fiança e a hipoteca, que inexistem por si mesmas, mas aderem a outro contrato. Ainda quando há mistura contratual[dccxlv], ou seja, quando o empregado, *exempli gratia*, é também mandatário ou mantém com o empregador uma relação locatícia, é imperioso que se perceba a impossibilidade de o contrato de emprego aderir a regras de direito civil regentes da outra espécie contratual. A proteção ao trabalho humano estará assegurada, pois figura o contrato de emprego como contrato principal.

13.1.4 Contrato consensual

O contrato é consensual pois não exige forma especial – não é formal[dccxlvi] –, nem se aperfeiçoa com a entrega de algum bem, como sucede com os contratos reais[dccxlvii]. Diz-se consensual por lhe bastar o consentimento, malgrado devamos fazer remissão, aqui, ao estudo das teorias relacionistas, desenvolvido num tópico precedente deste capítulo. A exigência de forma é excepcional, sendo raros os casos em que se a exige para a constituição de vínculo empregatício (contratos especiais de marítimos e de atletas profissionais, por exemplo) ou para a validação de cláusulas contratuais (compensação de jornada, alargamento de intervalo intrajornada etc.).

13.1.5 Contrato bilateral

É bilateral o contrato de emprego por criar direitos e obrigações para as duas partes, empregado e empregador. Não custa recordar que os atos jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais, estes últimos se apresentando como *contratos* e, por seu turno, subdividindo-se em contratos unilaterais ou bilaterais.

A relevância de se classificar algum contrato como bilateral reside na possibilidade de lhe serem aplicáveis as regras estatuídas nos artigos 476 e 477 do novo Código Civil[dccxlviii]: a *exceção do contrato não cumprido* e a *cláusula resolutória tácita*. Pela primeira, a parte se desonera de cumprir a prestação a que se obrigou enquanto a outra não cumprir a que lhe cabe, sendo de relativa utilidade em contratos, como o de emprego, nos quais as prestações se sucedem no tempo, porque de trato sucessivo. A cláusula resolutória tácita autoriza à parte inocente dar por resolvido o contrato quando a outra parte desatende ao pactuado, devendo a sua pertinência ser estudada quando examinarmos a possibilidade de o empregado ou o empregador ter por cessado o contrato em razão de o outro praticar justa causa.

13.1.6 Contrato oneroso e comutativo

Afirma-se que o contrato é oneroso e comutativo, derivando a sua onerosidade do aspecto de a força de trabalho ser disponibilizada sem o ânimo da liberalidade, do puro despojamento. Fosse gratuita a prestação laboral e decerto não haveria contrato de emprego. Subdivide-se o contrato oneroso em comutativo ou aleatório[dccxlix], somente no primeiro subtipo havendo a equivalência entre as prestações – na hipótese de emprego, referir-nos-íamos à eqüipolência entre a prestação de trabalho e a contraprestação salarial.

O fato de o contrato de emprego ser oneroso, da classe dos comutativos, é de enorme relevância, porque impõe ao aplicador do direito laboral o dever de assegurar ao empregado uma contraprestação salarial sempre que acrescida à sua prestação contratual uma outra, de modo significativo[dccl].

13.1.7 Contrato *intuitu personae*

O contrato de emprego é *intuitu personae* apenas em relação ao empregado, dada a pessoalidade da prestação laboral, examinada quando estudados os sujeitos da relação de trabalho. O empregador pode ser sucedido e essa sucessão, conforme também se pôde perceber, não importa um novo contrato, desde que mantida a empresa, vale dizer, contanto que se sucedam os empregadores, sucedido e sucessor, na titularidade da mesma organização produtiva.

13.1.8 Contrato continuado

É o contrato de emprego continuado ou de trato sucessivo porque não pode ser executado mediante a prática de um só ato, como ocorre nos contratos instantâneos – exemplo destes é o contrato de compra e venda. É interessante notar que, nos contratos continuados, vigora a cláusula *rebus sic stantibus,* resgatada pelo direito da era moderna como teoria da imprevisão[dccli] e a limitar a autonomia da vontade, na medida em que se propõe, por ela, que se preserve o equilíbrio contratual, a equivalência das prestações, revendo-se o valor ou fardo de alguma destas todas as vezes em que ela se tornar, por motivo imprevisto, excessivamente onerosa.

Haveria, portanto e com base na teoria da imprevisão, a possibilidade de o empregado recorrer ao Poder Judiciário com o fim de obter a revisão de seu salário contratual, dada a redução de seu poder aquisitivo em razão de corrosão inflacionária? Paradoxalmente, um ingrediente protetivo do direito laboral – a irredutibilidade do salário – favorece a tese contrária. Assim sucede porque o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, interpretou o princípio no sentido de por ele se resguardar o valor nominal do salário, não o seu valor real[dcclii]. É possível que a isso estivesse atento Arion Sayão Romita[dccliii] quando asseverou:

> Constitui princípio de moral elementar que a ninguém é lícito enriquecer com a jactura alheia. Do ponto de vista moral, inquestionável é a conexão entre o caráter ético do contrato e o princípio de equivalência das prestações, a exigir, como imperativo da justiça comutativa, a constante atualização do crédito salarial.
>
> Será esta uma tarefa da Constituição? Sim, sem dúvida deve constituir objeto de disposição constitucional a garantia mínima, assegurada aos trabalhadores, de defesa do poder aquisitivo do salário contra a depreciação monetária, assegurando a manutenção do seu valor real. Será tarefa da Lei? Sim, sem dúvida deve constituir objeto de preocupação do legislador ordinário o respeito ao princípio de equivalência das prestações. Mas, não só da Constituição nem da lei ordinária, como também – e principalmente – da convenção coletiva de trabalho, mercê da atividade reivindicatória dos sindicatos. Não se pode, hoje em dia, esperar tudo da lei, especialmente no campo das relações de trabalho, ante a relevante função historicamente desempenhada pelas fontes autônomas do direito do trabalho.

13.1.9 Contrato de adesão

O contrato de emprego é, enfim, contrato de adesão, porque nele o empregado normalmente aceita as condições predispostas pelo empregador, não interferindo, regra geral, na estipulação das cláusulas contratuais. Num parêntese necessário, cabe ressaltar que, no contrato de emprego, o trabalhador não adere, sempre e propriamente, a cláusulas previamente concebidas pelo empregador, pois um e outro se sujeitam, no comum dos casos, a condições impostas por lei. Essa característica não converte o emprego em contrato paritário, uma vez que o Estado apenas intervém para assegurar um ajuste que respeite os limites da dignidade do trabalho humano, nada impedindo o empregador de intensificar a proteção garantida ao seu empregado, aumentando-a.

A salvo aquelas raras hipóteses em que o conteúdo do contrato é realmente estabelecido com a colaboração do empregado, a exemplo do que ocorre a altos-empregados, atletas profissionais ou artistas consagrados, a regra generalíssima é a adesão do empregado a cláusulas ordenadas pelo empregador, que se restringe a garantir o nível de proteção que a norma estatal ou coletiva já previa.

E que importância há em se classificar o contrato de emprego como de adesão? O artigo 423 do novo Código Civil estatui que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Indo além, o artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assegura ao sujeito da relação de consumo uma proteção não prevista, com igual largueza, no direito material e processual do trabalho, ao menos nas fontes de produção estatal. O dispositivo reza que é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

14 ELEMENTOS DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

14.1 O que são elementos de um contrato

Os teóricos do direito do trabalho não raro são omissos quanto aos elementos do contrato de trabalho pela razão, singela mas não desprezível, de que a obrigação trabalhista é definida e vincula os seus protagonistas muito mais em razão do modo como se presta o trabalho do que em virtude da maneira como se o ajustou. Sobressai, sempre e sempre, a primazia da realidade.

O *ato de emprego* é mais relevante que a vontade expressa, quer na caracterização do vínculo, quer na identificação das prestações devidas pelo trabalhador e por aquele que lhe toma os serviços. Ainda assim, há *contrato* e, não obstante as peculiaridades do contrato de emprego (estudadas no capítulo alusivo à natureza da relação empregatícia), interessa consultar os seus elementos segundo as categorias teóricas desenvolvidas pelos estudiosos do direito civil.

A primeira preocupação é certamente a de compreender o que são os elementos de um contrato e entender que a percepção desses elementos permitirá, na sequência, saber quais os efeitos que derivam da presença ou ausência de cada elemento em um contrato qualquer, inclusive no contrato de emprego.

A indicação dos elementos de um contrato observa o método de abstração: quando isolamos uma *coisa* e estudamos os seus elementos, a nossa pretensão é a de resgatar o método aristotélico de conhecimento do mundo sensível e, assim, investigar o que é, de tal coisa, a sua essência e o que, nela, é acidental. Assim, identificamos o gênero a que pertence o objeto de nossa intelecção e a sua classificação em meio a coisas distintas.

No Brasil, a atividade intelectual dos contratualistas, que consiste em abstrair do contrato o que é, nele, um *acidente*, para assim apartar a sua *essência*, está claramente influenciada pela erudição de Francesco Carnelutti[dccliv]. O teórico italiano observou que os fatos, sejam naturais ou produzidos pelo homem, se desenvolvem progressivamente, a partir de uma situação inicial. Nem sempre é possível ao homem observar todo o decurso do fato, desde o princípio até o evento (como faz o médico ao notar a sintomatologia de uma enfermidade, acompanhando toda a sua evolução); mas, quando se determina a causa ou o efeito, depreende-se que se conseguiu fixar a progressão das situações. Cada situação é a causa[dcclv] da situação seguinte.

Os fatos em sentido estrito, ou seja, aqueles com causa exterior[dcclvi], podem ser ou não dependentes da vontade do homem. Nos casos em que a transformação de uma situação em outra depende da vontade, ou seja, da aptidão do pensamento para constituir a causa de uma modificação exterior, percebe-se que o homem está em condição de governá-la, denominando-se esse fato ou transformação de *ato*.

14.2 Elementos essenciais do contrato de emprego

A singularidade do raciocínio de Carnelutti está, segundo o seu próprio testemunho, na percepção de que para se proceder à classificação dos requisitos (ou elementos essenciais) do fato jurídico é necessário que se submeta esse fato a decomposição ou análise, identificando-se, nessa trilha, quais os *modos de ser postos pela norma* que são essenciais tanto à situação inicial quanto ao fato e, noutro canto, quais desses elementos[dcclvii] não concernem à situação inicial, mas apenas ao fato ou situação final. Aos primeiros, Carnelutti denominou *requisitos estáticos* e nós, sob o escólio de Orlando Gomes[dcclviii], diremos que esses elementos essenciais são os *pressupostos*. Os *requisitos dinâmicos* são os que se encontram no fato (situação final), mas não na situação inicial, sendo referidos por todos como *requisitos*, simplesmente.

Sobre os requisitos estáticos (ou pressupostos), cabe ver que quando o fato é um ato, nota-se, consoante sobrevisto, uma situação jurídica em movimento, pela vontade do homem. Dir-se-ia, com Carnelutti, que "um dos sujeitos desta (situação jurídica) torna-se o agente que, em face do paciente, opera sobre o bem a que se dirigem os seus interesses respectivos, no conflito juridicamente regulado". São três, então, os pressupostos, ou seja, os pontos de coincidência entre o fato e a situação inicial: os sujeitos (a que corresponde o pressuposto da *capacidade*), o objeto (que corresponde ao pressuposto da *comerciabilidade*) e a relação (correspondente ao pressuposto da *legitimação*).

A propósito dos requisitos dinâmicos, é bastante afirmar que os caracteres juridicamente relevantes da mutação (transformação da situação inicial em fato jurídico) podem dizer respeito ao *tempo*, ao *espaço* ou à *forma*[dcclix]. Quanto à dimensão temporal de uma situação, ocasionada pela vontade do sujeito, é suficiente, para converter a situação inicial em fato (ou ato jurídico), termos presente o requisito concernente ao tempo, qual seja, a duração[dcclx]. De menor importância é o segundo requisito dinâmico, o da quantidade, que respeita ao espaço[dcclxi]. Por fim, tem destacada relevância o requisito dinâmico da qualidade, a que corresponde, como se pode deduzir, o tipo de ato jurídico formal, que é aquele em que a forma é exigida para o desenvolvimento desde a situação inicial até o ato.

Como *forma* não se deve entender, aqui, alguma forma especial (um

documento escrito, público ou particular, por exemplo), mas o modo pelo qual se deve manifestar o devir da situação inicial ao ato[dcclxii]. O ato *formal* é aquele que realiza uma transformação no mundo exterior. Por isso, Carnelutti[dcclxiii] observa que a forma, enquanto requisito dinâmico, decompõe-se em três elementos: um econômico (concernente à *causa*, que é um interesse futuro que estimula a vontade, projetando-se ao início da mutação na mente do sujeito), um elemento psicológico (pertinente à *vontade*, embora o ciclo psicológico não se resuma a esta, ou seja, ao momento em que o pensamento está apto a exteriorizar-se, mas se inicie com o elemento econômico e se encerre com o elemento físico) e um elemento físico (que corresponde à *declaração da vontade*).

Os pressupostos (ou requisitos estáticos) seriam a *capacidade*, a *licitude do objeto* e a *legitimação*. Por sua vez, os requisitos (ou requisitos dinâmicos) do ato jurídico seriam a *duração* (no tempo), a *quantidade* (relativa a espaço) e a *qualidade* (relativa à forma, a que se relacionam a *causa* como elemento econômico, a *vontade* como elemento psicológico e a *declaração de vontade* como elemento físico).

Ao desenvolvermos o estudo dos pressupostos e requisitos da relação laboral, incluiremos a legitimação e a forma, embora estas sejam elementos essenciais de alguns contratos de emprego, não de todos. O nosso interlocutor nos fará essa concessão, porém, ante a pouca utilidade de se apartar o exame dos elementos essenciais de contratos especiais de emprego, o que alongaria, demasiada e desnecessariamente, o presente texto.

14.2.1 Os pressupostos: a *capacidade*, a *liceidade do objeto* e, em alguns casos, a *legitimação*

A) A capacidade trabalhista

A norma pode condicionar o efeito jurídico de um ato ao modo de ser da pessoa que o pratica. Se o ato é de emprego, cuida-se de capacidade trabalhista. E se está a tratar de requisito estático, porque se o exige "para a eficácia do fato na medida em que o for para que a pessoa seja sujeito da situação que com o ato se desenvolve"[dcclxiv].

Nos artigos 3º e 4º do nosso novo Código Civil[dcclxv], há regras sobre a capacidade civil que se aplicam a um dos sujeitos da relação de emprego, vale dizer, ao empregador. No artigo 3º está previsto que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. O artigo 4º reza que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Ao prescrever que os absolutamente incapazes não podem exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, está o artigo 3º do Código Civil a preceituar, *a contrario sensu*, que de outro modo eles podem ser sujeitos de relação jurídica, desde que não se obriguem por ato próprio. Por isso, diz-se, no âmbito do direito civil, que todas as pessoas têm *capacidade de direito*, embora aos incapazes falte a *capacidade de exercício*. Quando se tornam sujeitos de obrigação, os absolutamente incapazes precisam ser *representados* por seus responsáveis legais, enquanto os relativamente incapazes estão aptos a manifestar a sua vontade na constituição de ato jurídico, contanto que *assistidos.*

Não é possível, porém, adotar essas regras do direito civil no tocante ao empregado, ao menos no que tange aos limites etários. Quanto ao empregado, a norma pertinente é o artigo 7º, XXXVII, da Constituição[dcclxvi], que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de

quatorze anos.

Logo, a capacidade de ser empregado observa os seguintes parâmetros:

a) os menores de dezesseis anos, ou de quatorze anos no caso de aprendiz, não podem ser sujeitos de relação de emprego; essa regra pode causar estranheza a quem se apegar em demasia à letra do artigo primeiro do Código Civil, que universaliza a *capacidade de direito*, ao estatuir que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Contudo, parece, uma vez mais, assistir razão a Carnelutti[dcclxvii], quando sustenta que "capacidade jurídica e capacidade de agir, logicamente, são coisas distintas, mas, na prática, semelhantemente a situação e fato, são uma só e a mesma coisa. Elas configuram o aspecto estático e dinâmico de um mesmo fenômeno. O que para a eficácia do ato importa é que os seus sujeitos sejam pessoas que possam ser sujeitos da situação jurídica inicial". O autor refere exemplos extraídos da norma penal e comercial, em que há restrições tanto à capacidade ativa como à capacidade passiva, ou apenas a uma delas, para concluir que "não existe uma capacidade para todos os atos como não existe uma capacidade para todas as situações, e que a capacidade é, antes, regulada por categorias de atos e de situações"[dcclxviii].

b) os trabalhadores maiores de quatorze anos, se aprendizes, ou maiores de dezesseis e menores de dezoito anos têm capacidade trabalhista relativa, mas precisam ser assistidos apenas nos atos de constituição ou desconstituição do vínculo empregatício. Como observa Rodrigues Pinto[dcclxix], respaldado no artigo 439 da CLT, "a incapacidade relativa trabalhista não inabilita o menor a praticar sozinho os atos relacionados com a execução do contrato, como, por exemplo, dar quitação de salários, pactuar alterações favoráveis ao seu interesse [...]". Há orientação jurisprudencial[dcclxx], ainda, no sentido de se presumir a assistência em favor do menor relativamente incapaz que já obteve, na forma do artigo, 17, §1º, da CLT, a emissão de sua CTPS.

c) aos dezoito anos, o trabalhador adquire capacidade plena de

contratar emprego.

d) a prescrição não corre contra o menor de dezoito anos (artigo 440 da CLT).

e) a inobservância do pressuposto da capacidade não impede que o trabalhador menor exija a remuneração do tempo em que disponibilizou a sua força de trabalho e mesmo o pagamento de verbas da dissolução contratual, uma vez que a proibição do trabalho do menor é norma que visa a este proteger e, além disso, é impossível se restituir ao empregado a prestação que lhe coube, qual seja, a sua energia de trabalho. No direito civil, apenas o menor pode postular a rescisão do contrato, em razão de sua incapacidade[dcclxxi]. A regra proibitiva do artigo 7º, XXXIII, da Constituição faz transcendente o interesse, que é assim de toda a sociedade, contra o trabalho do menor de dezesseis anos. O Ministério Público é, em parceria com os agentes de proteção à criança e ao adolescente, o órgão estatal responsável por promover a obediência a esse limite etário.

B) A licitude do objeto

Quando acima nos referimos à comerciabilidade do objeto, estávamos, por óbvio, a dizer da sua idoneidade jurídica, ou seja, do *modo de ser do objeto da relação jurídica* (a prestação exigível, no caso do emprego) que faz dele um bem idôneo para a formação do objeto da situação jurídica inicial, mantendo-se presente na evolução desta até a completa constituição da relação jurídica de emprego[dcclxxii]. Estamos a cuidar de um requisito estático exatamente porque é ele um ponto de coincidência entre a situação inicial e o fato jurídico[dcclxxiii].

É interessante notar, ainda, que o artigo 166, II, do Código Civil[dcclxxiv] prevê a nulidade do negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. A propósito do objeto impossível, é correto afirmar que a água do mar e o ar atmosférico não são, rigorosamente, coisas fora do comércio. A bem dizer, não são *coisa* alguma, porque a coisa é uma porção finita da realidade. Essa noção de finitude fica clara quando percebemos que a mesma água do mar, vertida em um balde e levada a região agreste, onde seja ela um bem exótico e valioso, adquire a condição de *coisa* e pode, assim, ser objeto de relação jurídica[dcclxxv].

Como o objeto da relação jurídica nem sempre é uma coisa, podendo ser uma prestação de fato, Orlando Gomes[dcclxxvi] defende que *objeto* nos negócios jurídicos[dcclxxvii] são "as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos". E arremata: "Os negócios que têm como objeto serviços exigem a prática de atos que satisfaçam determinadas necessidades humanas".

Mas, qual, afinal, seria o objeto ou prestação exigível da relação jurídica de emprego? No que toca ao empregado, a resposta correta seria alusiva à *disponibilidade da energia de trabalho*. Há relação de emprego pelo simples fato de o trabalhador sujeitar a sua força à direção de quem pretende lhe tomar os serviços, mesmo antes de a essa força de trabalho ser dada uma destinação qualquer.

Por isso, assiste razão ao professor Rodrigues Pinto[dcclxxviii] ao afirmar existir, na relação de emprego, um objeto imediato ou próximo (a

disponibilidade da energia de trabalho) e um objeto mediato ou remoto (pertinente ao direcionamento dado à energia de trabalho, pelo empregador). Adiantamos a nossa divergência, porém, no tocante à possibilidade, que parece cogitada pelo insigne mestre, de se ter por ilícito o objeto mediato da relação laboral quando a "efetiva utilização da energia do empregado, ligada à causa de contratar do empregador", tornar ilícito o tal objeto mediato em razão de ser este "destinado a servir a um fim empresarial contrário ao direito em sua essencialidade ética".

Não convergimos quanto a ser sempre assim. É que o objeto é pressuposto ou requisito estático do negócio jurídico, ou seja, elemento que se acha presente na situação jurídica inicial, que se desenvolve no ato, até o fato ou negócio jurídico. Por conseguinte, a ilicitude do objeto não pode ser um elemento extrínseco à situação inicial, como é aquele atinente à causa do contrato[dcclxxix]. Sendo um ponto coincidente na situação inicial e no negócio jurídico, o objeto mediato será ilícito, apenas, nas vezes em que a sua antijuridicidade for inerente à prestação em si mesma, a exemplo do que sucede quando a destinação contratual da energia de trabalho é, ilustrativamente, a de matar homens ou consumar outros delitos.

Se a intenção de praticar a ilicitude não habita o pensamento do trabalhador, mas este apenas contribui, involuntariamente, para o exercício ilícito de uma atividade econômica (suponha-se o empregador que não está habilitado, na forma da lei, a exercer sua profissão), ou para o exercício dissimulado de uma atividade ilícita, o elemento do negócio jurídico inquinado de ilicitude é, nessas hipóteses, a causa, vale dizer, o interesse que o empregador buscou satisfazer através da energia de trabalho do referido empregado. Não haveria, em tais casos, objeto ilícito, a menos que o trabalhador tivesse conhecimento da ilicitude praticada pelo tomador dos seus serviços e fosse, nessa medida, coautor ou partícipe do delito.

Logo, a ação voluntária de praticar um delito ou de contribuir para a sua prática é, igualmente, delituosa, porquanto típica e antijurídica, não surtindo o efeito jurídico pretendido, validamente. A ilicitude do objeto da relação de emprego impede que se assegure ao trabalhador qualquer prestação trabalhista, seja salarial ou indenizatória[dcclxxx].

Uma derradeira observação se faz, contudo, necessária e diz respeito à configuração da ilicitude ou antijuridicidade de um ato concreto qualquer. A

tradição positivista dos agentes do direito, no Brasil, impele-os, muita vez, a que confundam a tipicidade da conduta (o fato de ela estar prevista, em norma legal, como delito) com a sua antijuridicidade, malgrado o direito penal há muito abomine essa erronia.

Não custa recordar que a tipicidade faz presumir a ilicitude, ou seja, a reprovabilidade social da conduta, mas o Direito protege o autor do fato típico sempre que a sua ação se enquadre em uma causa legal (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou extralegal (hipóteses em que a ação é típica, mas o tipo penal caiu em desuso, dada a aceitação social da conduta nele subsumida) de exclusão da antijuridicidade. Isso bastou a que se tenha entendido, na jurisprudência trabalhista, pela garantia a cambistas do jogo do bicho de direitos trabalhistas, não obstante ser essa prática descrita, em norma legal, como uma das hipóteses de contravenção. A sociedade faz as suas apostas porque desdenha dessa tipicidade e, quando não associam a aposta no *bicho* a outros delitos de maior nocividade, as autoridades responsáveis pela repressão estatal toleram-na, igualmente. A Justiça do Trabalho esteve, sem o dizer, a proclamar, em favor de citados trabalhadores, a licitude do seu comportamento[dcclxxxi].

C) A legitimação

Com o intuito de distinguir *capacidade* de *legitimação*, Orlando Gomes e Elson Gottschalk[dcclxxxii] ressaltam:

> Toda pessoa capaz pode obrigar-se por um contrato de trabalho que tenha objeto lícito. Mas, essa aptidão geral para vincular-se por esse negócio jurídico sofre limitações em relação à celebração do contrato de trabalho com determinado objeto, por parte de certos indivíduos.

Ao introduzirmos o assunto relativo aos elementos essenciais da relação de trabalho, enfatizamos a conveniência de nos apegarmos aos princípios da estática e da dinâmica jurídica, sustentados por Carnelutti. Com esse valioso suporte teórico, incluímos a legitimação entre os pressupostos – ou requisitos estáticos – da relação jurídica de emprego, adotando, aqui e assim, a premissa de que estamos a cuidar de elemento contido na situação jurídica inicial, que pelo ato de emprego se desenvolve até formar-se a relação jurídica de trabalho.

Podemos afirmar que, enquanto a capacidade é um modo de ser do sujeito em si, a legitimação "resulta de uma sua posição, isto é, de um modo de ser para com os outros"[dcclxxxiii]. Anota ainda Carnelutti que o conceito de legitimação evoluiu melhor no campo do direito processual, ao se perceber que do autor e do réu não se exigia apenas a capacidade, mas igualmente o elemento da legitimação (legitimidade *ad causam*), isto é, um outro elemento que, ligando-os desde o conflito de interesses que precedeu a ação judicial (ou seja, ligando-os desde a situação inicial), deveria estar a ligá-los na relação jurídica processual que por essa ação se constituía.

Tentando escapar do plano estritamente teórico, poderíamos observar que o menor que tem dezesseis anos ou mais é relativamente capaz de ser empregado, mas não o será se o contrato de trabalho for daqueles que os menores[dcclxxxiv] não podem celebrar, a exemplo dos que exigem trabalho noturno, perigoso ou insalubre (artigo 7º, XXXIII, da Constituição)[dcclxxxv].

A lei, ao negar a pessoas que não possuam a graduação acadêmica correspondente o exercício de certas profissões, está a estatuir que a essas pessoas falta legitimidade para serem empregados em áreas que tais. Novamente inspirados em Gomes e Gottschalk[dcclxxxvi], devemos reparar que não se pode vislumbrar ilicitude do objeto nos exemplos dados. Regra geral, o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, assim como o exercício da advocacia, medicina

ou engenharia não são ilícitos. Há licitude do objeto, faltando, embora e nas hipóteses referidas, o pressuposto da legitimação.

O artigo 166 do novo Código Civil enumera os elementos essenciais dos atos jurídicos cuja inobservância os torna nulos. Mas a sua aplicação subsidiária, autorizada pelo artigo 8º da CLT nos casos de omissão da ordem trabalhista e compatibilidade com o princípio da proteção, nem sempre se faz necessária em se tratando de matéria pertinente aos elementos essenciais do contrato, já que o artigo 9º da CLT prescreve: "São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Assim, o ato infringente de qualquer norma protetiva[dcclxxxvii] é nulo, embora a impossibilidade de devolver as partes à condição em que estavam antes do negócio jurídico assegure ao trabalhador a remuneração correspondente ao tempo em que disponibilizou sua força de trabalho e as verbas relativas à dissolução do contrato, tal como dissemos a propósito da ausência de capacidade.

Quando a legitimação para algumas pessoas – e não para todas as pessoas capazes – é prevista em razão de interesse diverso, a exemplo do que ocorre nos casos de exercício ilegal de profissão (que não encerra proteção ao próprio empregado), decerto a nulidade do contrato vai depender de tal efeito estar referido em lei[dcclxxxviii], parecendo-nos que a prestação de trabalho surtirá o direito à correspondente remuneração (sem outras parcelas, além da contraprestação salarial) somente na hipótese de o empregador dela se beneficiar e na exata medida em que isso possa evitar o seu enriquecimento sem causa.

14.2.2 Os requisitos da relação de trabalho: *causa, consentimento* e, excepcionalmente, a *forma especial*

Vimos que os requisitos dinâmicos do fato jurídico seriam aqueles que se encontram ausentes na situação inicial e são requisitos de duração, de quantidade e de qualidade. Dadas as peculiaridades da relação jurídica de emprego, somente os requisitos inerentes à *forma*, que são os requisitos de qualidade, merecem estudo destacado. Exatamente por ser o contrato de emprego, como regra, do tipo consensual (não solene), o nosso estudo estará centrado nos elementos econômico (causa) e psicológico (vontade à consentimento) do requisito formal. Centraremos atenção, por outro lado, no elemento físico (declaração de vontade), ante as situações em que ele é excepcionalmente exigido.

A) A causa

Ao afirmar, com apoio em Carnelutti, que a causa é o componente econômico do requisito formal, estamos a compreender a *forma* como o modo sob o qual se manifesta a mutação de situação jurídica inicial em relação jurídica de emprego, não restringindo o termo *forma* à acepção que o reduziria à declaração escrita da vontade, que seria um seu elemento (o elemento físico). O adjetivo *econômico* é usado, por sua vez, em seu sentido mais amplo, entendendo como economia "tudo aquilo que é atinente ao desenvolvimento dos interesses, com inclusão daqueles a que, um pouco por aproximação, se dá o nome de interesses morais"[dcclxxxix]

Por seu turno, a noção de *interesse* está associada à insuficiência, para atender às necessidades de todos os homens, dos bens materiais ou ideais que podem ser objeto de apropriação. A causa é, portanto, o interesse que estimula a vontade.

Contudo, é preciso notar que o empregador pode, no campo das hipóteses, constituir a relação de emprego com empregada, tencionando, embora, conquistá-la como mulher; também pode suceder de o empregado se candidatar, com êxito, a emprego de que não pretende extrair a remuneração indispensável à sua subsistência, por ser de outra ordem o seu interesse. Em biografia escrita por Fernando de Moraes, é antológico, por exemplo, o episódio em que Assis Chateaubriand aceita o emprego de copeiro em uma casa de família, cuja matriarca o confundiu com um possível pretendente de tal vaga, malgrado ele a fosse visitar com o intuito de postular o seu ingresso na equipe de jornalistas da empresa de comunicação por ela mantida. Mais adiante e se valendo desse artifício, Chateaubriand alcançou o seu intento, empregando-se no Jornal.

Qualquer interesse configuraria a causa? Houve acirrada divergência entre teóricos subjetivistas, defensores da *razão determinante* da vontade de contratar (o interesse, porventura lícito, de oferecer-se ao emprego visando à conquista do empregado de outro sexo), e os teóricos objetivistas, que advogavam a preeminência da *causa típica*, a ser investigada em vista da significação social do negócio jurídico e sua função, ao pressuposto de que o ordenamento jurídico protege apenas os negócios jurídicos socialmente úteis (na relação de emprego, a causa típica para o empregador é o interesse em obter a utilidade do trabalho a ser prestado pelo empregado; para o empregado, o recebimento de salário).

Logo se notou que a prevalência do objetivismo conduziria à inutilidade da

noção de causa, pois a causa seria, sempre, a antevisão do objeto da relação jurídica, bastando a verificação deste para se indagar, daquela, a ilicitude. O embate dialético entre as duas correntes resultou, por isso, no sucesso de uma concepção dualista, que "admite a causa típica dos objetivistas, mas não despreza a noção subjetiva, entendendo que a função econômico-social de cada tipo de negócio jurídico tem de ser examinada à luz do resultado visado pelas partes, ao celebrá-lo"[dccxc].

Da visão teórica à prática, dizemos, com apoio em Orlando Gomes[dccxci], que quando um juiz examina uma relação jurídica, constituída para que uma das partes ofereça a sua energia de trabalho em troca de alguma remuneração, não se limita o juiz a identificar o contrato de emprego como o tipo de negócio jurídico a que corresponde esse esquema objetivo, para aplicar, então, as regras legais pertinentes. Indaga tal magistrado, ainda, se as partes usaram o negócio jurídico para atender a interesse lícito, esteja ou não presente, no caso concreto, a causa típica.

Nos exemplos citados, em que o empresário se tornou empregador para conquistar a candidata ao emprego ou o jornalista se travestiu de copeiro para assim viabilizar a sua contratação pelo Jornal da dona da casa, a razão determinante não conta, em princípio, com a reprovabilidade social que a faria ilícita.

A causa será antijurídica, contudo, se o interesse, que mover o empregador, for o de utilizar o trabalho do empregado com a intenção de dar à vista uma atividade econômica aparentemente regular, mas que serve de fachada para escamotear a sua prática ilícita. Imagine-se, já agora, o proprietário de loja de utensílios domésticos que inclui entre os bens, que oferece ao comércio, as mercadorias que obtém por meio de descaminho ou contrabando; ou o titular de estabelecimento farmacêutico que disfarça, em sua drogaria, o mercado de substância entorpecente; ou ainda o titular de empresa hoteleira que a usa para a prática de rufianismo.

Resta saber se essa causa ilícita torna nulo o contrato. Entre os civilistas, a discussão tornou-se por muitos anos esquecida, assim sucedendo por força de um artifício do legislador, que não incluiu, no artigo 145 do Código Civil de 1916, a causa ilícita como uma das razões de se inferir a nulidade do contrato[dccxcii]. Está a referência à causa apenas em seus artigos 90 e 92, aquele a prescrever que "só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como

razão determinante ou sob forma de condição", este último a dizer que "os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa". É interessante notar que os dois dispositivos (artigos 90 e 92 do Código Civil de 1916) foram mantidos no Código Civil em vigor a partir de 2003 (artigos 140 e 145), mas estão, em ambos os códigos, inseridos na seção que trata dos vícios da vontade, em meio a artigos que tratam de erro, ignorância e dolo, não tratando, estritamente, de causa. Além disso, versam, somente, sobre a *falsa causa* (ou *falso motivo*, como está no novo Código Civil) e sobre a vontade viciada por *dolo*[***dccxciii***], que é vício da vontade a ser estudado mais adiante.

A *falsa causa* ou *falso motivo*, referido no artigo 140 do novo Código Civil, não se confunde com a *causa ilícita*. No primeiro caso, dá-se a realização de negócio jurídico em razão de causa expressa que se percebe, mais adiante, inverídica[dccxciv]; na causa ilícita, verifica-se interesse que *"contraria a normas imperativas, à ordem pública e aos bons costumes"*[***dccxcv***], vale dizer, interesse que contraria o sentimento de justiça objetivado na sociedade.

A nosso pensamento e ainda sobre a *falsa causa*, a aplicação de tal artigo 140 do Código Civil ao direito do trabalho parece duvidosa nas hipóteses em que a causa que move o empregador é falsa. É que afeta o princípio da proteção a atribuição de nulidade a um contrato que tenha causa falsa, mas lícita, se o empregado já está a disponibilizar a sua força de trabalho. Por outro lado, pensamos seja apenas cerebrina a possibilidade de a causa falsa ser a do empregado – ou seja, o interesse que moveu o empregado – e, em prejuízo do interesse (típico) de obter renda e sustento, ser a causa determinante.

Mas, se não se vislumbra falsa causa, mas sim causa ilícita? Sucede a nulidade? O que há de novo é o preceito inserto no artigo 166, III, do Código Civil editado em 2002, que inclui entre as hipóteses de nulidade do negócio jurídico aquela em que *o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.* Trata-se, não temos dúvida, do resgate da *causa* (ou *motivo*) como um dos requisitos do contrato[dccxcvi]. A norma, porém, é clara: somente a ilicitude do motivo determinante para ambas as partes acarreta a nulidade; se o motivo ilícito é determinante para uma só das partes, a parte inocente não sofre os efeitos da nulidade.

Ousamos defender que, inclusive sob a regência do Código Civil de 1916, cujos dispositivos não previam o motivo ilícito como uma das hipóteses de

anulabilidade, a causa ilícita do contrato de emprego, mesmo quando não *expressa* como motivo determinante, seria fator de nulidade. Até porque a causa ilícita *desvirtua* a proteção legal e o artigo 9º da CLT estatui: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Portanto, a causa ilícita gera a nulidade do contrato. Sobre os efeitos dessa nulidade, basta observar que a relação de emprego é *concausada* – pois assiste uma causa ao empregado e outra, ao empregador – e recordar o que já dissemos sobre os efeitos da nulidade contratual quando o objeto é ilícito. Assim, nada será devido ao trabalhador somente na hipótese de ter sido dele, ou de ambos, o interesse de utilizar o contrato de emprego para fim ilícito[dccxcvii]. Se a causa ilícita foi a do empregador[dccxcviii], nota-se que o empregado pode dela não ter ciência, ou ainda a ter, mas sem contribuir para a consumação do ato antijurídico. Na primeira hipótese, o contrato poderá ser rescindido, se o motivo ilícito se objetivar mediante ações delituosas, porém o empregado terá direito às parcelas salariais e indenizatórias pertinentes[dccxcix]; na hipótese derradeira, caber-lhe-á a contraprestação salarial, em sentido estrito.

B) O consentimento

O consentimento é o ajuste de vontades e, como vimos, a vontade é o segundo elemento do requisito formal de qualquer negócio jurídico, é o seu elemento psicológico. O estudo da vontade não se destina a investigar todas as hipóteses em que a vontade é válida, mas, como sucedeu quando examinamos os outros elementos essenciais, procuraremos identificar as situações em que a vontade é defeituosa e tal defeito torna o ato anulável[dccc], preservando a validade de todas as outras situações.

Poderemos constatar, sob o escólio de Orlando Gomes[dccci], que alguns vícios de vontade – o erro, o dolo e a coação – traduzem uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. São os vícios *psíquicos*. Além destes, há os vícios *sociais*, quais sejam, a simulação e a fraude contra credores, que não atingem, segundo Bevilaqua[dcccii], a vontade "na sua formação, na sua motivação, mas tornam o ato defeituoso porque configuram uma insubordinação da vontade às exigências legais no que diz respeito ao resultado querido". A esses tradicionais defeitos da vontade, o novo Código Civil acresceu o estado de perigo e a lesão, que decerto se somariam aos vícios psíquicos.

Quando recordamos o receio, que Bevilaqua disse ter, de incluir o motivo lícito do ato jurídico entre os requisitos de sua validade, percebemos que o *resultado querido* remonta, em verdade, à causa, e, portanto, os vícios sociais (simulação e fraude contra credores) são, em última análise, a projeção de defeitos, inerentes à *causa* do negócio jurídico, na vontade e na declaração da vontade, contaminando-as.

Como quer que seja, os vícios de vontade não se confundem com a ausência da vontade, ocorrendo essa falta de vontade nos casos de falsidade – a manifestação de vontade parte de outra pessoa que não o sujeito –, violência física e incapacidade natural. Para alguns autores, referidos casos nem mesmo seriam de nulidade ou anulabilidade, mas, *de lege ferenda*, implicariam a *inexistência* do negócio jurídico.

É fácil notar, enfim, que os vícios da vontade se apresentam em conjunto, muita vez, em algumas relações de emprego. Outras vezes, um deles basta à anulabilidade ou à nulidade do contrato que constituiu o liame empregatício.

O *erro* é uma falsa representação e não se confunde com a *ignorância*, referida na mesma seção do Código Civil, como se nota em excerto da obra de

Carvalho Santos, que Rodrigues Pinto[dcccciii] destaca: "A ignorância é a ausência de qualquer idéia sobre uma pessoa ou objeto, enquanto o erro é mais alguma coisa, pois é a substituição da verdadeira idéia por uma idéia falsa sobre a pessoa ou a coisa". Como prescreve o artigo 138 do novo Código Civil[dccciv], somente o erro substancial[dcccv] anula o ato.

Na relação de emprego, a possibilidade, embora remota, de erro poderia acontecer na falsa representação da natureza do ato (o sujeito supõe que inicia relação de trabalho autônomo), da pessoa (empregador ou empregado supõe contratar com pessoa de boa reputação social, desiludindo-se) ou da prestação de trabalho (outra qualidade ou quantidade). Como se está a cuidar de ato anulável, a sentença anulatória não surtirá efeito retroativo.

O *dolo* é o artifício ou expediente astucioso usado para induzir alguém a erro, que aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Carvalho Santos[dcccvi] observa que o outro sujeito da relação jurídica deve ser o autor do dolo ou ter dele (do dolo) conhecimento, criticando, enfim, a definição de Bevilaqua, que faz referência, descabida a seu pensamento, ao aspecto de o dolo causar, necessariamente, prejuízo. Havendo prejuízo, pode a parte inocente pedir a anulação do ato e o ressarcimento pelo dano doloso. Não havendo o dano, basta a prova do erro para a anulação do ato[dcccvii].

A *coação* que vicia o consentimento é a coação moral (*vis compulsiva*), sendo ela a ameaça capaz de incutir temor. A ameaça de dispensa sem justa causa é, por exemplo, uma coação moral – ou, mais especificamente, uma coação econômica – a que está sujeito, não raro, o empregado. A ordem jurídica nega efeito aos atos coativos, a ponto de o artigo 468 da CLT declarar nula[dcccviii] a alteração contratual que for prejudicial ao empregado, mesmo contando com a declaração de vontade deste. Além disso, o poder constituinte reservou à vontade coletiva – que é, a princípio, imune à coação econômica – o poder exclusivo de ajustar compensação de jornada, redução salarial e prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento.

Como já se pôde verificar, a coação física (*vis absoluta*) implica a ausência da vontade e, por conseguinte, a inexistência do negócio jurídico. Ainda assim, não se há negar ao trabalhador que prestou serviço em regime de escravidão todas as prestações trabalhistas devidas aos trabalhadores livres, sendo vedado

ao tomador dos serviços invocar a própria torpeza, por óbvio.

A *simulação* é a declaração ilusória da vontade, com o fito de enganar a terceiro e alcançar fim contrário à lei. Pode ser *absoluta*, quando o ato simulado não disfarçar ato algum, a exemplo do que sucede com a relação de emprego inexistente, que é reduzido a termo em instrumento contratual e anotado em CTPS do suposto empregado com o objetivo fraudulento de simular tempo de serviço para efeito previdenciário ou, ainda, visando disfarçar crédito trabalhista que obterá preferência em processo falimentar. Quando a simulação é *relativa*, ao ato simulado (um contrato de locação de veículo, *verbi gratia*) se contrapõe um ato dissimulado (um contrato de emprego com o dono do veículo), a atrair a incidência do princípio da primazia da realidade.

É bom notar, com base no artigo 167 do novo Código Civil[dcccix], que a simulação não incide apenas sobre a natureza do vínculo (locação *versus* emprego, por exemplo), sendo simulado qualquer ato que aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem realmente conferem ou transmitem (inciso I), ou o ato jurídico que contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (inciso II) ou, por último, quando o instrumento contratual, em sendo o ato bilateral, for antedatado ou pós-datado (inciso III).

Diversamente do que acontece nas hipóteses de vícios psíquicos (erro, dolo e coação), essa diferença entre a vontade real e a vontade declarada é, na simulação, proposital. Em verdade, na simulação relativa a vontade declarada não é real porque o interesse que precedeu a vontade era o de obter uma prestação típica de outro contrato, o que equivale a dizer que a simulação relativa é um vício de causa, como observa Orlando Gomes[dcccx]:

> A simulação distingue-se dos vícios do consentimento porque a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente. Trata-se de vício de causa. O contrato aparente chama-se contrato simulado; o outro, contrato dissimulado.

O Código Civil editado em 2002, no artigo 167, inovou ao cominar a nulidade (não mais a anulabilidade, que depende de provocação da parte e não surte efeitos retroativos) dos atos simulados e, traduzindo para a seara cível o princípio da primazia da realidade, tão caro entre os juslaboralistas, o citado dispositivo prescreve, ainda quanto ao negócio jurídico simulado, que “subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

Sobre a *fraude*, diz-se que tal se apresenta quando se faz uso da norma

jurídica com fim diverso daquele que a inspirou. Exemplo: quando o proprietário de meios de produção forja uma falsa cooperativa de mão-de-obra, com a finalidade de dissimular relações de emprego, tentando eximir-se de obrigações trabalhistas com o suporte do artigo 442, parágrafo único, da CLT, incorre em fraude à lei[dcccxi] e atrai, contra si, a regra do artigo nono da CLT, que impõe a nulidade[dcccxii] do ato fraudulento.

Incluem-se entre os vícios de consentimento enumerados no artigo 171, II, do Código Civil em vigor, o *estado de perigo* e a *lesão*. O estado de perigo se configura nos casos em que alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (artigo 156). A lesão ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (artigo 157).

Por ora, seria apenas cerebrina a tentativa de se antecipar à experiência, indicando situações trabalhistas que atraíssem a incidência das regras atinentes ao estado de perigo. Mas temos defendido que o instituto da lesão mostra-se afinado com a hipótese em que ao trabalhador, no curso da relação laboral, são atribuídas condições mais gravosas de trabalho e ele as aceita, premido pela necessidade de manter o emprego como provisão de alimentos para si próprio e para sua família.

Não se anula necessariamente o contrato nesse caso, pois à anulação prefere o art. 157, §2º do Código Civil uma solução menos drástica e mais sintonizada com o princípio da continuidade da relação laboral: o empregador oferece suplemento suficiente (ou seja, eleva a contrapartida salarial) ou concorda com a redução do proveito (ou seja, retoma-se a prestação de trabalho nas condições originais). E se o empregador não aquiesce quanto à solução que a lei assim prescreve, cabe ao empregado postular a aplicação, pela Justiça do Trabalho, dessa sanção legal.

C) A forma escrita ou a exigência de solenidade

Quanto ao elemento físico (declaração de vontade), basta lembrar a influência, entre nós, da teoria do contrato-realidade, que propõe o aperfeiçoamento do contrato de emprego a partir do início da prestação de trabalho – no direito do trabalho vigente no Brasil, diz-se suficiente a disponibilidade da energia de trabalho para a constituição do vínculo empregatício[dcccxiii] – e, assim, percebe-se a importância relativa do momento em que se exterioriza o ajuste de vontades, ou seja, o consentimento. Mesmo nas raras hipóteses em que há exigência de uma forma especial – a exemplo do que sucede aos atletas profissionais e aos marítimos –, a inobservância da forma escrita acarreta a rescisão do contrato, mas sem prejuízo do salário relativo ao tempo disponibilizado pelo trabalhador, dada a impossibilidade de a ele se restituir a força de trabalho despendida.

Uma forma especial é exigida nos casos de emprego público, qual seja, o concurso público, exigido pelo artigo 37, II, da Constituição. Para atender aos pressupostos da moralidade e impessoalidade dos atos administrativos, diz-se nulo o contrato de emprego firmado entre a Administração e o trabalhador que não for precedido pela aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos[dcccxiv]. O §2º do mesmo artigo 37 impõe a nulidade do contrato de emprego público não antecedido de concurso e o Tribunal Superior do Trabalho recomenda, através da Súmula 363 de sua jurisprudência:

> A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e §2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.

Em sendo exigida a forma escrita para alguma cláusula do contrato ou algum ato específico da relação de trabalho, a exemplo do que ocorre com a compensação de jornadas, prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento e redução salarial, que só por convenção ou acordo coletivo de trabalho podem ser ajustadas[dcccxv], ou com o pedido de demissão e recebimento de verbas da dissolução do contrato para o empregado com mais de um ano de emprego, cuja validade está condicionada à assistência do sindicato da categoria profissional ou do Ministério do Trabalho[dcccxvi], a inobservância da forma escrita ou solenidade acarreta, invariavelmente, a nulidade parcial, ou seja, tornará sem

efeito o ato em particular, e não todo o contrato.

14.3 Elementos acidentais do contrato de emprego

Há elementos do contrato que não lhe habitam a essência, pois que deles pode prescindir o vínculo de emprego. Estando presentes, influem na eficácia do negócio jurídico no tempo[dcccxvii]. Interessam-nos dois elementos acidentais que assim se apresentam: a *condição* e o *termo.* A condição é o fato futuro e incerto, de que depende a constituição – *condição suspensiva* – ou a dissolução – *condição resolutiva* – do negócio jurídico. O termo é fato futuro e certo, podendo também se apresentar como *termo inicial* ou *termo final.*

Extrai-se do artigo 443, §1º, da CLT, que o termo pode ser *certo* ou *incerto*, conforme se puder precisar, ou não, o exato dia de seu advento. O citado dispositivo da CLT enuncia que se considera "como de prazo determinado[dcccxviii] o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada". O termo prefixado é o termo certo (*dies certus an et quando*) e o termo final é incerto (*dies certus an et incertus quando*) sempre que a extinção do contrato está vinculada à conclusão de um serviço ou a um acontecimento de previsão aproximada, como o término da safra.

Releva notar que não há previsão legal de termo inicial ou condição suspensiva, no direito do trabalho. Rodrigues Pinto[dcccxix] observa, a propósito, que se celebra o contrato de emprego "no momento em que se faz necessária a utilização da força de trabalho do empregado, daí a inviabilidade de sujeitar-se o início dessa utilização a acontecimento futuro, certo ou incerto". Coerente com essa linha de raciocínio, remata o mesmo autor que a frustração de uma dessas duas modalidades (*termo inicial* ou *condição suspensiva*) importará efeitos meramente civis "pois a índole de contrato-realidade do ajuste individual de emprego prende seus efeitos à sua execução e não poderá ocasionar conseqüências jurídico-trabalhistas, se essa nem sequer se iniciou".

Ao analisarmos a classificação dos contratos de trabalho quanto à duração, voltaremos ao tema, para esclarecer em que hipóteses são tolerados o termo final e a condição resolutiva.

15 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

Os contratos de trabalho podem sujeitar-se a duas classificações, dentre várias. Com maior apelo prático, optamos por classificá-los quanto aos *sujeitos* e no tocante à *duração*. Ao estudarmos a classificação acerca da duração do contrato, ganharão especial ênfase as regras atinentes aos *contratos por tempo determinado*, o que por si só justificaria uma atenção maior ao conteúdo deste tópico do direito do trabalho.

15.1 Classificação quanto aos sujeitos

A propósito dos seus sujeitos, ou do número destes, classificam-se os contratos em *singulares* ou *plúrimos*[dcccxx], conforme se apresente um só empregado e um empregador ou haja pluralidade de algum deles. O contrato singular é o mais comum, figurando um sujeito – empregado ou empregador – em cada pólo da relação laboral. Já o contrato plúrimo o é em virtude da pluralidade de empregados ou de empregadores, ou de ambos.

A pluralidade de empregados acontece no *contrato de equipe*, sendo assim chamado o contrato por meio do qual o representante de um grupo de trabalhadores (o chefe da equipe) ajusta o labor destes, com vistas à realização de um serviço ou obra que dependa do esforço conjugado de todos os componentes desse grupo.

Revela-se o contrato de equipe, *exempli gratia*, se um conjunto musical presta trabalho em um restaurante ou casa de shows, caracterizando-se o labor subordinado, pessoal, oneroso e não-eventual de cada um dos músicos, mas sendo as condições de trabalho de todos eles ajustadas pelo chefe da equipe, que inclusive intermedeia as ordens de serviço emanadas do empregador. Também se configura o contrato de equipe nos casos em que um mestre-de-obra ou trabalhador qualificado forma um grupo de pedreiros, carpinteiros, serventes etc., e agencia obras para laborarem em conjunto, desde que se apresentem os requisitos da prestação de emprego, exigidos pelo art. 3º da CLT.

O importante é notar que essa intermediação por um empregado mais capacitado ou arguto não desfigura o vínculo de emprego, sendo definitiva a observação de Délio Maranhão[dcccxxi]:

> [...] O contrato de equipe se resolve num feixe de contratos individuais. O 'grupo' não possui personalidade jurídica e existe, menos em função do contrato, do que da obtenção do resultado pretendido, que exige um esforço comum de vários empregados: cada um deles, assim, realiza a sua prestação, por força de um contrato autônomo. Pressupondo o contrato de equipe a organização espontânea do grupo, que se propõe, como tal, prestar um trabalho comum, não há confundir esse contrato com a hipótese em que o empregador atribui um trabalho comum a seus empregados.

A pluralidade de empregadores ocorre, por sua vez, quando, em uma sociedade de fato, que reúne médicos ou odontólogos em uma clínica, ou congrega advogados em um escritório, todos estes ou aqueles contratam e utilizam a prestação de trabalho de um secretário ou contínuo. Dá-se o mesmo se os moradores de uma rua contratam a guarda de um vigilante e o mantêm sob

sua direção comum, ou, ainda, se em uma república de estudantes os seus alojados usam a força de trabalho de um ou vários empregados domésticos, assalariando-os e os dirigindo. Outros exemplos são possíveis, restando notar que, para os intérpretes do direito que não vislumbram a previsão de solidariedade ativa no artigo 2º, §2º, da CLT, a pluralidade de empregadores se esboçará nas hipóteses em que o trabalhador presta serviço, em jornada única, a duas ou mais sociedades empresariais de um grupo econômico.

Interessante é observar, enfim, que em todos esses casos de pluralidade de empregadores o vínculo de emprego pode ser um só, não se multiplicando as obrigações e os direitos do trabalhador na proporção do número de empregadores. Cumprirá o empregado uma só jornada para servir a todos os empregadores e destes receberá um único salário, eventualmente o salário mínimo.

15.2 Classificação dos contratos de emprego quanto à duração

O contrato de emprego, quanto à duração, classifica-se como contrato *por tempo determinado* ou contrato *por tempo indeterminado*. Por sua vez, os contratos por tempo determinado se subdividem em contrato *a termo* e contrato *sob condição resolutiva*. O princípio da continuidade repercute nas características do contrato de emprego, fazendo prevalecer o contrato por tempo indeterminado, ou seja, o contrato sem condição ou termo final, com a mesma pretensão à continuidade que caracteriza a empresa.

Isso não obstante, nota Ruprecht [dcccxxii] que alguns ordenamentos jurídicos admitem o contrato a termo, que "se expandiu primeiro nos países em desenvolvimento, quando seu aparecimento foi recebido pelos economistas como uma reação salutar da sociedade civil ao que chamavam uma excessiva sobrecarga de benefícios sociais; mais tarde atingiu dimensões consideráveis na Espanha, na França, Grã-Bretanha, Itália e em outros países industrializados, e hoje é classificado por alguns trabalhistas como um câncer que ameaça a própria existência das relações de trabalho".

Se não houver cláusula fixando condição ou prazo para a relação de emprego se extinguir, entende-se que se estará a cuidar de contrato por tempo indeterminado. Se existir cláusula alusiva a prazo ou condição, terá ela que se enquadrar em uma das situações, descritas em lei, que autorizam a estipulação de uma condição resolutiva ou termo final. Falta dizer em que situações pode haver previsão de termo ou condição, pois é certo que a prefixação de termo ou condição deve ocorrer nos estritos limites da lei, não ficando ao alvitre do empregador contratar por tempo determinado fora das hipóteses em que a lei o autoriza.

Quanto ao termo final, podemos observar que o direito do trabalho o permite, no Brasil, para relações de emprego protagonizadas por empregados de certas categorias, a exemplo dos atletas profissionais. Mas há, com maior abrangência, preceitos de lei que autorizam, em situações que enumeram, a estipulação de prazo para a vigência de contratos em geral, vale dizer, para a duração de contrato firmado por empregado de qualquer categoria. Trataremos, inicialmente, da norma geral.

15.2.1 O termo final em norma geral

Frisamos que o artigo 443, §1º, da CLT não cria restrições ao contrato por tempo determinado, mas apenas explicita em que situações se apresenta o termo *certo* ou *incerto*, num contrato de emprego qualquer. A contratação de emprego somente poderá ser por tempo determinado quando o instrumento contratual contiver, em uma de suas cláusulas, a justificativa para a fixação de um termo final. Essa justificativa deverá cingir-se a uma das cinco hipóteses legais, mencionadas em seguida.

Aplicando-se a todas as categorias de empregados, a ordem trabalhista tolera o contrato a termo, pois, em cinco hipóteses: a) transitoriedade do serviço (art. 443, §2º, a, da CLT); b) transitoriedade da atividade econômica (art. 443, §2º, b, da CLT); c) experiência (art. 443, §2º, c, da CLT); d) autorização em norma coletiva (art. 1º da Lei 9601/98); e) aprendizes (art. 428, §3º, da CLT).

A primeira possibilidade de contrato a termo é aquela que se dá quando o serviço do empregado tem natureza ou transitoriedade que justifica a predeterminação de prazo. É o que sucede, *exempli gratia*, quando empregados são contratados para a elaboração e execução de um projeto de informatização da linha de montagem de uma indústria qualquer, ou, ainda, para a edificação de uma nova sala de trabalho em uma fábrica ou loja comercial. E se o legislador se refere não apenas à transitoriedade do serviço, mas também ao serviço cuja *natureza* justifica a estipulação de prazo, entendemos possa ser incluída, entre os exemplos possíveis, a contratação a termo para serviços intermitentes, como aqueles que se realizam em estações de veraneio somente nos períodos de estiagem. Uma observação relevante: se o serviço é contínuo, o empregador não pode contratar empregados por tempo determinado para atender a uma demanda maior e episódica de produção, cabendo-lhe, se entender conveniente, valer-se do trabalho temporário regido pela Lei 6.019/74, o que implicará a contratação de trabalhadores temporários com a necessária intermediação de empresa interposta[dcccxxiii].

A segunda hipótese legal de contrato a prazo é concernente à transitoriedade da atividade econômica exercida pelo empregador, dizendo Valentin Carrion[dcccxxiv] que disso seria exemplo a contratação de intérpretes para a realização de uma feira internacional por entidade criada para esse fim exclusivo. Podemos, em adendo, lembrar os empregados contratados para

laborar nas pequenas lojas que se abrem para a venda temporária de cartões de Natal, a cada final de ano, ou mesmo para laborar nas barracas de fogos de artifício, que se instalam no nordeste brasileiro ao tempo dos festejos juninos.

A terceira hipótese é a do contrato de experiência, que, a bem dizer, trata de uma cláusula contratual (a *experiência* não é o objeto do contrato como um todo, sendo uma cláusula autônoma em relação a outras cláusulas, que versam sobre outras condições de trabalho). Sobremais, a cláusula de experiência deveria encerrar sempre uma condição resolutiva[dcccxxv], cujo implemento se daria quando a insatisfação de algum dos sujeitos da relação laboral conduzisse à resolução do contrato. Mas a nossa lei autoriza a cláusula de experiência nos moldes de um ajuste a termo certo, cuja verificação deve se realizar no prazo máximo de noventa dias. Logo, o empregado ou o empregador insatisfeito deve aguardar o exaurimento de todo o período de experiência para só então obter a resolução do contrato de trabalho[dcccxxvi].

A quarta hipótese de contrato a termo é aquela em que o aprazamento está previamente autorizado em acordo ou convenção coletiva de trabalho, dada a permissão contida na Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Sob o argumento de essa norma proporcionar uma significativa elevação dos níveis de emprego, os dispositivos da citada lei trouxeram vantagens trabalhistas e tributárias para os empregadores que, com base nela, contratassem por tempo determinado. O vício de inconstitucionalidade, que supostamente emerge desse tratamento desigual – endereçado a trabalhadores que estariam a exercer as mesmas funções – divide os laboralistas entre os que defendem a validade da norma e os que a têm como inconstitucional[dcccxxvii]. Esvazia-se, todavia, o interesse por essa discussão, na medida em que os sindicatos pouco têm ajustado, mediante acordo ou convenção coletiva, a autorização para a contratação a termo.

A quinta hipótese de contrato a termo é concernente ao contrato de aprendizagem, valendo adiantar que a contratação de aprendizes pode ser facultativa ou obrigatória, como se extrai do artigo 429 da CLT. Sendo um "contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica" (art. 428), importa rematar que o contrato de tal natureza não poderá ser estipulado por mais de dois anos (art. 428, §3º, da CLT). Desde a vigência da Lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000, a validade do

contrato de aprendizagem pressupõe a sua anotação na CTPS do empregado (art. 428, §1º), mas a inobservância dessa exigência formal não fará nulo o contrato, pois somente invalidará a cláusula de aprendizagem.

Para os intérpretes ou agentes do direito laboral que concebem o trabalhador temporário como um empregado, pode-se mencionar, na conta de uma sexta possibilidade de ajuste a termo, o contrato entre ele e a empresa de trabalho temporário, conforme já analisamos ao cuidar da distinção entre trabalhadores temporários e eventuais, no capítulo concernente ao estudo do empregado. Não há contrato de emprego a termo, todavia, quando as instituições federais de ensino somam aos seus quadros docentes, com suporte na Lei 8.745/92, os professores substitutos e visitantes. Exercem estes *função* pública remunerada, e não *emprego*, consoante enfatizamos ao tratar do empregado público.

15.2.2 O termo final em norma especial

Em favor de algumas categorias de trabalhadores, vigora norma especial que autoriza a contratação a termo. Assim se dá, por exemplo, com o empregado rural, o atleta profissional, o trabalhador da construção civil, o marítimo e o técnico estrangeiro.

A inovação no texto da Lei 5.889/73, que rege o trabalho rural, é recente e permite a contratação de empregado rural por até dois anos, a cada período de um ano (art. 14-A), pelo produtor rural que se apresente como pessoa física. A lei diz autorizar, assim, o contrato por pequeno prazo para o exercício de atividade de natureza temporária, convertendo-se em contrato por tempo indeterminado aquele que não observar os limites mencionados.

Inusitadamente, e a pretexto de facilitar o acesso do campesino ao mundo da formalidade, os novos dispositivos trazidos com o art. 14-A da Lei 5.889/73 dispensam a anotação desse contrato por pequeno prazo na CTPS do trabalhador, bastando a inserção de seu nome na guia de recolhimento da contribuição previdenciária e, se para tanto houver prévia autorização em convenção ou acordo coletivo, a subscrição de contrato escrito de trabalho. A experiência dirá se a medida includente e desburocratizante alcancará seu objetivo ou se transmudará em um mero incentivo à precariedade do emprego rural.

Quanto ao atleta profissional, o seu contrato de emprego deve ser a prazo, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos, conforme artigo 30 da Lei 9.615/98.

Também se faculta ao construtor contratar por *obra certa*, com base na Lei 2.959/56, sendo a autorização legal, nesse sentido, estendida até mesmo em favor de empregadores que não exerçam a atividade de construção transitoriamente. Isso fez com que se cogitasse da ab-rogação de citada lei pelo Decreto-lei 229/67, que acrescentou o §2º, já estudado, ao artigo 443 da CLT. Mas o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição pela sobrevigência do contrato por obra certa, fundado no referido decreto-lei[dcccxxviii], oscilando a jurisprudência apenas no que toca à sua compatibilidade com o contrato de experiência[dcccxxix].

À sua vez, referem-se Gomes e Gottschalk[dcccxxx] aos *marítimos*, para explicar que os empregados-tripulantes podem ser contratados pelos empregadores-armadores sob as seguintes modalidades de contrato: a) por

viagem redonda (de ida e volta ao porto inicial); b) por viagem; c) por prazo determinado; d) por mês; e) por parte ou quinhão no frete. Não custa reproduzir, porém, a pertinente observação dos citados autores[dcccxxxi]:

> A particularidade do trabalho marítimo, que se desenvolve a bordo, em ambiente fechado e de área limitada, enseja problema de difícil solução em face da aplicação da lei trabalhista. O aviso prévio, as férias, o repouso e duração do trabalho são algumas das regras do direito comum dos trabalhadores subordinados, que hão de se conformar e se adequar a essas particularidades. Vencido o prazo do contrato, dá-se [...] a recondução tácita. Passa a ser por prazo indeterminado, seguindo, em tudo, a legislação específica do contrato de trabalho comum. Para a despedida do marítimo sem justa causa, impõe-se o aviso prévio. No caso da ruptura, busca ou rescisão imotivada, há de ser, do mesmo modo, desligado de suas funções. Estando a bordo, em viagem, a solução única é o desembarque no primeiro porto de escala.

A propósito do *técnico estrangeiro*, anota Valentin Carrion[dcccxxxii] que pode ele, quando residente no exterior, ser admitido para trabalhos especializados no Brasil, em caráter provisório, com salário em moeda estrangeira. De fato, o artigo 1º do Decreto-lei 691/69 impõe seja o contrato desses técnicos estrangeiros celebrado por tempo determinado e prorrogável sempre a termo certo, vedando-lhes o direito à prorrogação por tempo indeterminado e à sucessão de contratos a prazo.

15.2.3 Contrato de trabalho sob condição resolutiva

Ao cuidarmos da cláusula de experiência, ressaltamos que a cessação do período de prova deveria estar subordinada, em princípio, à verificação de uma condição resolutiva, pois é incerto o êxito da avaliação a que se submetem, nesse período de prova, o empregado e, ao menos no nível teórico, também o empregador. Mas é fato que o art. 443, §2º da CLT tratou o contrato que contém a cláusula de experiência como um contrato a termo, observado o prazo máximo de noventa dias.

Outro caso em que o contrato se sujeita a condição resolutiva está disciplinado pelo artigo 475, §2º, da CLT, que permite ao empregador rescindir (*rectius:* ter por resolvido) o contrato que firmou com o substituto do empregado afastado por invalidez, quando a aposentadoria desse empregado substituído for cancelada em razão de ele recuperar a sua capacidade laborativa [dcccxxxiii]. Mas o citado dispositivo da CLT é explícito ao exigir que o empregado substituto tenha ciência inequívoca, ao ser contratado, da interinidade do vínculo. É o mesmo que dizer: a condição resolutiva sob análise deve ser expressa.

15.2.4 Peculiaridades dos contratos a termo. Duração máxima. Recondução tácita. Suspensão contratual. Ruptura antecipada. Aquisição de estabilidade. Sucessão de contratos com termo certo

Sobre os contratos a termo certo ou incerto, celebrados em consonância com os artigos 443 e seguintes da CLT, há, ainda, seis importantes características:

1ª – A duração máxima do contrato a prazo será de noventa dias, se de experiência, ou de dois anos, nos demais casos de termo certo ou incerto (art. 445 da CLT). É possível uma prorrogação, tácita ou expressa, contanto que o contrato original e sua prorrogação não excedam mencionados limites (art. 451 da CLT). Cuidando-se de termo incerto, não deve o dia correspondente ser previamente indicado, pois o erro de estimativa poderá desnaturar o contrato[dcccxxxiv].

2ª – A prestação de trabalho após o advento do termo final implicará a *recondução tácita* à sua condição natural de contrato por tempo indeterminado. Assim também sucederá quando a fixação de termo final não tiver justificativa que se enquadre em uma das hipóteses previstas em lei (art. 443, §2º), for ajustado um prazo superior ao que a lei autoriza ou houver mais de uma prorrogação do contrato a prazo.

3ª – O tempo de suspensão do contrato, ocorrida em razão de afastamento do empregado permitido por lei (doença, enfermidade, serviço militar etc.), é computado como se estivesse o empregado a cumprir a sua prestação laboral, salvo se as partes ajustarem o contrário (art. 472, §2º, da CLT, *a contrario sensu*).

4ª – A *ruptura antecipada* do contrato a termo, pelo empregador, obriga-o a pagar a metade da remuneração que o empregado venceria até o termo final, a título de indenização (art. 479 da CLT). Se a iniciativa de romper antecipadamente o contrato for do empregado, deverá ele indenizar o empregador, mas o valor dessa indenização não está preestabelecido em lei, pois o artigo 480, §1º, da CLT prevê, apenas, que essa indenização, devida pelo empregado, não poderá exceder aquela que seria devida pelo empregador, se houvesse este promovido a ruptura antecipada do contrato. Uma importante observação: a existência, no contrato, de *cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão* faz indevida a indenização por ruptura antecipada, conforme preceitua o artigo 481 da

CLT[dcccxxxv].

5ª – A aquisição de estabilidade provisória (em virtude de eleição para cargo de direção sindical, ou eleição para cargo de representação dos empregados na CIPA, por exemplo) não converte, regra geral, o contrato a termo em contrato por tempo indeterminado. Essa regra tem sofrido, porém, alguma relativização, sendo três as exceções mais fortemente contempladas na atual jurisprudência: a) na contratação a prazo autorizada por norma coletiva (Lei 9601/98, art. 1º, §4º), a estabilidade, em qualquer de suas modalidades, estará assegurada até o termo final do contrato, não podendo o empregador promover a ruptura antecipada mediante o pagamento da indenização do artigo 479 da CLT; se o fizer, o empregado poderá exigir a reintegração no emprego até o termo final; b) na hipótese de estabilidade provisória em razão de gravidez, diz a nova redação da Súmula 244, 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"; c) na hipótese de estabilidade provisória em razão de acidente de trabalho, orienta a nova Súmula 378, 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 nº 8.213/91". Quando estudarmos as estabilidades provisórias, esclareceremos as razões que inspiraram esses novos verbetes da jurisprudência do TST.

6ª – Os contratos com termo certo não podem ser sucessivos, devendo haver um intervalo mínimo de seis meses entre eles, sob pena de o contrato seguinte sofrer recondução tácita, transformando-se então em contrato por tempo indeterminado. Ao assim estatuir, o artigo 452 da CLT exclui de sua incidência os contratos com termo incerto (cuja expiração dependeria da execução de serviço especificado ou da realização de certo acontecimento), deixando pouca margem à sua própria aplicação. A jurisprudência e a doutrina trabalhista mostram-se tolerantes à celebração sucessiva de contratos de experiência quando estes têm por objeto o exercício de funções distintas.

16 CONTEÚDO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

16.1 A semântica da teoria dos contratos – distinção entre *conteúdo* e *objeto mediato*

O *conteúdo* do contrato corresponde ao seu *objeto imediato*, vale dizer, ao conjunto de prestações que por meio desse contrato se tornam exigíveis. Há contratos, porém, nos quais se revela um *objeto mediato*, ou seja, uma coisa sobre a qual recai a prestação, o que é fácil perceber em se tratando, por exemplo, dos chamados *contratos reais* (mútuo, comodato, depósito). No contrato de mútuo (empréstimo de coisa fungível), o seu conteúdo (objeto imediato) é formado pela prestação de restituir coisa de igual gênero, qualidade e quantidade, enquanto o seu objeto (mediato) é a coisa fungível que se empresta[dcccxxxvi]. Referindo-se aos contratos reais, explica Sílvio Venosa[dcccxxxvii]:

> A prestação, ou seja, a atividade culminada pelo devedor, constitui-se no objeto imediato. O bem material que se insere na prestação constitui-se no objeto mediato. Trata-se de objeto material da obrigação em sentido estrito.

Aliás, uma coisa pode ser, ao mesmo tempo, objeto de vários contratos, dado que sua entrega ou tradição pode ser ajustada de diversas maneiras, mediante contrapartidas diferentes. Quando o contrato é consensual (não é *real*, pois não se exige a entrega de coisa para que ele se aperfeiçoe), o seu conteúdo coincide com o seu objeto imediato, ou seja, com as prestações exigíveis[dcccxxxviii].

16.2 O conteúdo do contrato de emprego

As prestações fundamentais da relação de emprego, que integram o seu conteúdo, são a disponibilização da energia do trabalho, no tocante ao empregado, e o pagamento de salário, quanto ao empregador. O trabalho em si mesmo e o salário, desgarrando-se da exigência de que sejam prestados, seriam objetos mediatos do contrato de emprego.

Há prestações secundárias que também compõem o conteúdo do vínculo laboral. José Augusto Rodrigues Pinto[dcccxxxix] enumera, como prestações complementares do empregador, o fornecimento de meio para execução do trabalho, a urbanidade de tratamento, a preservação de bom ambiente do trabalho, o cumprimento do contrato e da legislação trabalhista, o exercício equilibrado do poder disciplinar. Como prestações complementares do empregado, a diligência, a obediência, a assiduidade e a pontualidade, a fidelidade, a urbanidade e boa conduta.

O mesmo autor correlaciona ao conteúdo da relação laboral o quadro taxativo das justas causas imputáveis ao empregado (CLT, art. 482) e ao empregador (CLT, art. 483), para advertir que "a indisciplina e a insubordinação constituem a negatividade da obediência [...]. Do mesmo modo, o rigor excessivo de tratamento é a negatividade da moderação do poder diretivo". Parece-nos sobremodo interessante perceber que as justas causas se apresentam, portanto e *a contrario sensu*, como prestações trabalhistas.

Quando o artigo 483, e, da CLT estatui a lesão à honra do empregado como uma causa motivadora da resolução contratual, a ordem normativa está a incluir o respeito à reputação do empregado como uma das prestações devidas pelo empregador. Assim, a conduta infringente desse dever legal é de natureza trabalhista, pois importa a violação de cláusula integrante do conteúdo do contrato de emprego. Um delito de tal modalidade, cometido pelo empregador, não terá os seus efeitos civis definidos apenas pela justiça penal ou pelo juízo cível, pois caberá à Justiça do Trabalho decidir, em se tratando de dano extrapatrimonial, se o empregado é titular de direito a reparação por dano moral[dcccxl].

Importa notar que a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho, para dirimir conflitos relativos a danos morais, foi resolvida, inicialmente, com base em fundamento outro, como se estivéssemos a cuidar de direito não relacionado com a obrigação trabalhista. Mas é certo que uma pretensão dessa

ordem tem o descumprimento do contrato de emprego como fundamento, assim tendo decidido o Supremo Tribunal Federal[dcccxli]:

> JUSTIÇA DO TRABALHO: COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos decorrentes de imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.

O Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o voto e lavrou a ementa respectiva. Ao julgar outro recurso extraordinário[dcccxlii], em que igual discussão (sobre a competência da Justiça do Trabalho) era travada, o mesmo magistrado, integrante da Corte Suprema, reverberou: "O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia".

É irresistível lembrar como pode ser enriquecedora a combinação das outras justas causas, previstas nas demais alíneas dos artigos 482 e 483 da CLT, com as obrigações correlatas, aquelas cuja violação lhes dá ensejo. Faz-se generosa a possibilidade de os princípios da dignidade da pessoa humana e da lealdade se realizarem a partir das pretensões trabalhistas que podem nascer desse confronto.

A bem ver, tudo o que vimos a propósito do princípio da dignidade da pessoa humana, no capítulo dedicado aos princípios do direito do trabalho, faz-nos perceber que o empregador se obriga a não considerar o empregado apenas como um meio ou insumo para a sua produção de bens ou serviços. O empregador deve estar atento ao aspecto de o seu estabelecimento revelar-se um ambiente onde deve promover, à semelhança do que sucederia em qualquer outro espaço do território nacional, a efetividade dos direitos fundamentais de liberdade e de prestação social. É seu o dever de proporcionar um ambiente ecologicamente equilibrado. Se assim não age, viola o conteúdo do contrato de emprego e a sua conduta ilícita é passível de resistência obreira, atuação preventiva do Estado e eventual reparação.

Ademais, também um conteúdo esparso da relação de emprego pode ser extraído da legislação que não tem índole, essencialmente, trabalhista. As normas penais cujos dispositivos buscam reprimir o assédio sexual praticado pelo empregador impõem a este, *exempli gratia*, uma prestação que se integra, afinal, ao conteúdo do contrato de trabalho. As conseqüências não penais desse ilícito haverão de ser dirimidas pela Justiça do Trabalho.

17 ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

17.1 A alteração contratual no âmbito do direito civil

Em meio aos teóricos do contrato, é truísmo afirmar que a alteração das cláusulas contratuais somente pode ocorrer por mútuo consentimento. A bilateralidade do ajuste estaria a impedir que um dos contraentes modificasse, unilateralmente, as condições ajustadas. Teríamos, no âmbito do direito civil e com exceções que apenas atenuam o caráter individualista desses postulados, a *alterabilidade bilateral* e a *inalterabilidade unilateral* dos contratos de direito privado.

17.2 Considerações gerais sobre a alteração contratual no âmbito do direito do trabalho. O direito de variar e o direito de resistir

Açodadamente, alguns laboralistas lograram assegurar que ambas as máximas do direito civil não se aplicariam ao direito do trabalho. Incorreram em engano, porém. É que a alteração bilateral do contrato de emprego está autorizada pelo artigo 468 da CLT, vedando-se, estritamente, aquela que importe prejuízo direto ou indireto para o empregado. E a alteração unilateral do contrato de emprego também é, em regra, inválida, com ela não se confundindo, como veremos adiante, a modificação das condições de trabalho que o empregador promove no âmbito de seu *jus variandi*.

Quando o empregador promove alteração unilateral ou prejudicial ao empregado, exercita o empregado o *jus resistentiae*. A resistência individual, de que estamos a tratar, distingue-se, porém, da resistência coletiva, que se realiza através da greve. Nesta, a recusa ao trabalho pode não ter um ato ilícito do empregador como pressuposto. Observa Márcio Túlio Viana [dcccxliii] que a resistência individual "é sempre específica, moldando-se a cada tipo de violação de direito. Exemplificando, se o empregador: não paga salário, não recebe trabalho; ordena em excesso, não é obedecido; e assim por diante. Como vimos, os meios utilizados devem ser idôneos. Assim, [...] não pode um enfermeiro, por encontrar o uniforme sujo, executar a sua tarefa defeituosamente".

17.3 Alterações por intervenção do Estado e por negociação coletiva

O nosso estudo dará ênfase às alterações individuais, quais sejam, àquelas que são promovidas pelos sujeitos do contrato. Entretanto, não custa lembrar que o Estado usa interferir na relação de trabalho, sempre que instado a corrigir o nível de proteção ou adaptar o custo trabalhista à política econômica da vez. A depender do seu grau de generalidade, o interesse tutelado pela nova norma pode ou não ter aplicação imediata, oscilando a jurisprudência trabalhista a depender da natureza e da finalidade da intervenção estatal.

Além disso, a Constituição de 1988 se deixou permeabilizar pelo princípio da autodeterminação coletiva para permitir que mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho pudessem ser ajustadas a compensação de jornada (art. 14º, XIII), a redução de salário com a correspondente redução de carga horária (incisos VI e XIII), a prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV) e a redução ou supressão de direitos conquistados em normas coletivas precedentes (art. 114, §2º, *a contrario sensu*). Esses possíveis ajustes, especialmente aqueles relativos à redução salarial e à supressão de vantagens normativas, ocorrem em meio à relação laboral e importam a alteração de cláusulas contratuais.

A conveniência de adaptar a regra estatal à realidade multifária do mundo do trabalho torna lícitas essas alterações contratuais que ocorrem mediante negociação coletiva, com o endosso da carta constitucional. Não é absoluta, porém, a possibilidade de se reduzir salário ou elastecer jornada por norma coletiva, porquanto se faz indispensável que tal se dê em um diálogo social caracterizado pelo equilíbrio, ou seja, pela existência de contrapartidas que revelem uma possível correlação de forças. Quando lhe é possível perceber que os trabalhadores renunciaram a certo nível salarial sem algo que o compensasse, o TST tem negado validade às normas coletivas que sirviram à redução de salário[dcccxliv].

Voltemos, contudo, a refletir sobre as alterações individuais.

17.4 Alterações voluntárias do contrato de emprego

17.4.1 A alteração consensual do contrato de emprego

Ainda que a redução de salário possa ser ajustada mediante negociação coletiva, cabe sempre lembrar que assim ocorre de modo extraordinário, pois a regra geral é a que proíbe seja o salário reduzido, conforme se infere do art. 7º, VI, da Constituição.

Está dito, também, que a lei infraconstitucional recusa validade à alteração bilateral exclusivamente na hipótese de ela causar prejuízo direto ou indireto ao empregado. Ao longo do tempo, essa regra impediu, a bem dizer, que se concretizassem, *exempli gratia*, a redução salarial e o elastecimento da jornada, mesmo ao tempo em que essas condutas patronais ainda não estavam vedadas, expressamente, pelo texto constitucional. A elas resistindo, o empregado fazia uso do artigo 468 da CLT para postular, respectivamente, diferenças salariais ou a remuneração, como horas extraordinárias, do tempo acrescido à sua jornada, pelo empregador.

Desde sempre, coube ao empregador provar que a alteração operada teria sido consensual, presumindo-se ser vantajosa para o empregado essa mudança, por ele consentida, em suas condições de trabalho. Doutro lado, ao empregado cabe a prova de que a alteração lhe é ou fora prejudicial[dcccxlv], embora a contar com a sua expressa anuência.

Essa distribuição da carga probatória não pode, porém e a nosso sentimento, revestir-se de caráter absoluto. Se é fato que cabe ao empregado, como regra, a prova de que teria sido prejudicado, direta ou indiretamente, pela alteração contratual havida com o seu consentimento, também o é que o prejuízo se presume todas as vezes em que tal alteração importa redução de direitos.

Um exemplo possível seria a redução de jornada com a conseqüente redução salarial. Ao que entendemos, uma alteração dessa ordem é lícita se atender a interesse do empregado – que pretenda obter mais tempo para estudos ou outras atividades –, restringindo-se a vedação constitucional às hipóteses em que a redução de salário serve a interesse exclusivo do empregador e é por ele imposto, clara ou disfarçadamente. Mas é certo que cabe ao empregador a prova do extraordinário, ou seja, é do empregador o ônus de provar que a redução de jornada e salário seria, no caso concreto, uma alteração contratual não apenas consentida, mas também benéfica ao empregado.

Sendo prejudicial ao trabalhador, a alteração contratual é inválida. Nesse

passo, o princípio de direito do trabalho que sobressai é o da indisponibilidade, relativa ou absoluta[dcccxlvi]. À exceção dos casos em que o contrato é alterado para beneficiá-lo, nega-se ao empregado dispor do direito trabalhista assegurado em lei ou contrato.

A proteção trabalhista é atenuada, porém, na proporção inversa da influência que a debilidade econômica e volitiva do empregado exerce sobre o conteúdo do contrato: quanto às cláusulas impostas por lei, a nulidade de sua alteração surte efeitos mais gravosos para o empregador, pois somente as prestações mensais serão gradualmente atingidas pela prescrição, salvando-se sempre o último qüinqüênio; no tocante às cláusulas essencialmente contratuais, que acrescem vantagens não previstas em lei, a prescrição é total, segundo a orientação contida na Súmula 294 do TST[dcccxlvii].

17.4.2 A inalterabilidade unilateral do contrato e o *jus variandi*

Os teóricos da relação de trabalho distinguem a *alteração* das cláusulas contratuais e a *variação* do poder diretivo, ou do conteúdo deste. Regra geral, a alteração unilateral das cláusulas *do contrato* é ilícita. Mas a modulação da prestação de trabalho e, antes, a destinação da energia laboral são definidas pelo empregador ao exercer ele o poder diretivo *stricto sensu.* Usando de boa metáfora, Márcio Túlio Viana[dcccxlviii] acentua que "ao variar, o empregador se move por entre as cláusulas do contrato, ocupando, liberando e reocupando, a cada instante, novos espaços".

Ao estudarmos o princípio da continuidade, ressaltamos o seu nexo com o conceito do *jus variandi*, pois o interesse de preservar a relação de emprego, mesmo quando se modificam a estrutura empresarial, a atividade preponderante do empregador ou a técnica de produção, induzem o agente do direito laboral a permitir ao empregador certa autonomia para modificar as condições de trabalho que, não estando na essência do contrato, possibilitarão a manutenção da empresa e dos empregos por ela gerados. É importante delimitar, portanto e o quanto possível, o âmbito do direito de variar (*jus variandi*). Novamente aqui, é incisiva a palavra de Márcio Túlio Viana[dcccxlix]:

> O traço marcante dessa área é a imprecisão. O comando patronal atua onde as obrigações não foram bem detalhadas, dando conteúdo concreto ao que as partes ajustaram em termos mais ou menos amplos. É que o contrato de trabalho, por sua própria natureza, repele uma previsão antecipada de cada tarefa a ser realizada. O detalhamento da maior parte das prestações só surge ao longo de sua execução.

É difícil, às vezes, identificar a condição de trabalho que é essencialmente contratual – inalterável a princípio –, distinguindo-a daquela que pode ser reorientada a qualquer momento, por se submeter ao poder diretivo *stricto sensu.* Um motorista, por exemplo, pode ter a sua rota frequentemente alterada pelo empregador, pois não é razoável que tal empregado possa exigir a manutenção do trajeto que estava habituado a percorrer desde quando fora contratado – é provável que esse percurso não tenha sido levado em conta na hora do ajuste inicial e não se pode tolher o empregador de modificá-lo, à conveniência da empresa. Bem se vê que a ordem para o referido motorista conduzir o veículo por outro caminho está no âmbito do *jus variandi.* Não se configuraria a alteração, nesse caso, da função mesma de motorista.

Ao citar um exemplo semelhante, embora a retratar o direito de um

empregador variar o serviço executado por um pedreiro, Márcio Túlio Viana[dcccl] faz observação elucidativa:

> Pode parecer que tudo que é secundário, e só por ser secundário, cai no campo do jus variandi. Mas não é bem assim. O comando só se justifica, como vimos, pela natureza do trabalho assalariado, que repele o detalhamento *a priori*. Assim, o que marca os limites *do jus variandi* não é tanto a irrelevância da modificação, mas a impossibilidade lógica de sua previsão aproximada.

O autor observa, ainda, que o *jus variandi* deve respeitar limites *conceituais*, relativos ao campo em que incidem, e limites *funcionais*, que se referem à forma com que o empregador o exerce. O limite conceitual é o contrato de emprego, que é a fonte legitimadora do seu exercício. O limite funcional é atinente à necessidade de ele pressupor uma motivação razoável, pois o empregador "deve usar o *jus variandi* fundado numa razão objetiva, numa necessidade real da empresa, ficando excluído o uso arbitrário, caprichoso, imotivado, discriminatório ou persecutório"[dcccli].

É correto afirmar, ainda, que o *jus variandi* se manifesta nos limites do poder diretivo em sentido estrito, não tendo pertinência com as outras duas expressões do poder de comando (o poder de organização e o poder disciplinar) [dccclii]. Mas nada impede que o empregador renuncie, em parte, ao seu poder diretivo, organizando-se de modo a democratizar o comando do trabalho, através de conselhos paritários. Uma condição de trabalho que não era essencialmente contratual pode assim se tornar, por ato dispositivo do empregador, esboçado em contrato individual ou norma coletiva.

17.4.2.1 A alteração funcional e seu limite de licitude

Na abertura do capítulo da CLT que trata das alterações contratuais, é estatuído que "não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança"[dcccliii]. Parece um acinte à inteligência acadêmica. A outros pode parecer uma ficção jurídica[dccckiv]. Ou um sofisma[dccclv], simplesmente.

Mas, cabe observar que a investidura em função de confiança, com ânimo definitivo ou mesmo transitório[dccclvi], é sempre precária, seja na empresa privada ou na administração pública. Quando o empregado é contratado, ao início da relação laboral, para exercer cargo de confiança, a sua destituição não atrai a incidência do artigo 468, parágrafo único, da CLT, pois não ocorreria, nesse caso, a reversão a um cargo efetivo (inexistente), mas sim a dissolução do vínculo[dccclvii]. Se é contratado para exercer cargo efetivo e depois é comissionado, à manutenção desse comissionamento está desobrigado o empregador.

Logo, descabe falar de alteração unilateral *do contrato*, pois a função que tem caráter fiduciário escapa à regência do princípio *pacta sunt servanda*, que informa a teoria dos contratos. E se não há *alteração contratual*, o legislador está ambientando o retorno ao cargo efetivo nos lindes do *jus variandi*. A interpretação do dispositivo sob análise, quando assim conduzida, afasta a sua aparente teratologia.

Mas se o retorno ao cargo efetivo é permitido, não o seria o rebaixamento de um cargo efetivo a outro de menor grau hierárquico. O rebaixamento é alteração unilateral e prejudicial, por isso ilícita.

Ademais, a estabilidade funcional se distingue da estabilidade econômica. O empregado que exerceu função de confiança por mais de dez anos adquire o direito de ter a gratificação correspondente atraída pelo núcleo salarial, consoante consagrado na Súmula 372, I, do TST:

> Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

Tal empregado preserva a gratificação de função, malgrado seja

eventualmente desinvestido da função de confiança.

17.4.2.2 A tentativa de padronizar o *jus variandi*

A jurisprudência tem ensaiado a padronização das iniciativas empresariais que se situam na esfera do *jus variandi*. Diz-se, por exemplo, que a quantidade de tempo de trabalho a cada dia (jornada) não pode ser majorada, mas que os horários de início e término dessa jornada podem sofrer modificação no âmbito do direito de variar, desde que o empregador o modifique com parcimônia[dccclviii]. A Súmula 265 do TST recomenda, inclusive, que se tolere a transferência de empregado que presta trabalho à noite para o turno do dia, com a perda do adicional noturno.

Quanto ao lugar de trabalho, a ordem trabalhista restringe a alteração concernente à *localidade* de trabalho, definindo-a como aquela que implica a mudança de residência do empregado (artigo 469 da CLT). Ao empregador é possível variar a localidade do trabalho de seu empregado somente quando este exerce cargo de confiança, exista cláusula tácita ou expressa que autorize a *transferência* (mudança de localidade) ou em casos de real necessidade de serviço[dccclix]. Mas os teóricos e agentes do direito do trabalho não veem óbice à alteração do *local* de trabalho, que intitulam *remoção*. Em suma, a transferência é, a princípio, vedada; a remoção, por seu turno, estaria no universo do *jus variandi*.

Sobre o modo de se trabalhar, a restrição se dá quanto à mudança da função, como tal entendida a atribuição ou o conjunto de atribuições. A lei tolera a alteração de serviço ou tarefa – que é elemento da função – nas hipóteses em que a nova incumbência não fere os limites do contrato, sendo inerente à qualificação profissional e demais atributos do empregado (artigo 456, parágrafo único, da CLT). Délio Maranhão[dccclx] observa que "dentro do círculo do cargo, podem caber [...] vários serviços. A mudança do empregado de um para outro serviço, nos limites do cargo, da qualificação profissional, é que se legitima pelo exercício do *jus variandi*".

Ainda sobre a variação do modo de trabalhar, impende rematar que não se combate a mudança de cargo, se a função permanece inalterada. Octavio Bueno Magano observa, porém, que a extinção do cargo pode autorizar a variação da função para outra que lhe seja afim[dccclxi].

17.4.2.3 A mudança de localidade e seus efeitos pecuniários. Grupo econômico

Está vista a diferença entre *transferência* e *remoção*. A transferência importa a mudança de localidade[dccclxii], cujo sentido está aqui associado à residência (a lei se refere, por equívoco, a domicílio) do empregado. A transferência é a variação do lugar de trabalho que acarreta a mudança de residência, numa relação de causalidade e não de coincidência (entre a variação do lugar de trabalho e a mudança de morada). O artigo 469 veda, a princípio, a transferência, assegurando o artigo 659, IX, da mesma CLT, a antecipação de tutela nos processos em que o empregado postule a invalidação de transferência.

Os parágrafos primeiro e terceiro do artigo 469 da CLT excepcionam os casos em que a transferência está no âmbito do *jus variandi* do empregador. A localidade de trabalho pode variar quando: a) o empregado é exercente de cargo de confiança; b) o contrato contém cláusula explícita ou implícita que permite a transferência; c) a transferência ocorrer por real e transitória necessidade do serviço do empregado em outra localidade.

Quanto ao exercício de cargo de confiança, interessa destacar que o permissivo legal se apresenta no conjunto de regras que reduzem a proteção trabalhista em favor dos altos-empregados, justificando-se nessa medida[dccclxiii].

Sobre a cláusula contratual que autoriza a transferência, anota Magano[dccclxiv] que "há condição implícita de transferência quando a mobilidade derivar da própria natureza do trabalho desempenhado pelo empregado. É o caso dos aeronautas, dos aeroviários, dos viajantes ou pracistas, dos artistas etc"

A real necessidade de serviço é concebida, muita vez, como a imprescindibilidade do trabalhador transferido na outra localidade, considerando-se a sua aptidão técnica e a inexistência de outro empregado cuja transferência importe, para ele, estorvo menor. Cabe ao empregador o ônus de provar a necessidade do empregado na localidade para a qual o está transferindo[dccclxv].

A leitura do artigo 469, §3º, da CLT induz a percepção de que a real necessidade de serviço permite apenas a transferência provisória, assegurando,

ainda e enquanto durar o trabalho na outra localidade, o adicional de transferência, no importe nunca inferior a 25% do salário. A jurisprudência assumiu, todavia, posição curiosa ao vincular o adicional referido à transferência provisória, pois o negou nas hipóteses de transferência definitiva. A princípio, o fato de esta não se situar no âmbito do *jus variandi* implicaria uma indenização maior, jamais a supressão desse direito. De toda sorte, Márcio Túlio Viana[dccclxvi] sustenta que "se a transferência, embora rotulada de provisória, perdura por longo tempo, pode o empregado resistir, voltando ao local de origem".

A nosso ver, a exigência de que a transferência seja provisória para que só então seja devido o adicional de transferência não pode prevalecer, contudo, na hipótese de transferência para outro país, pois outra seria a fonte do direito, como se infere de julgado pertinente:

> […] ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA (INTERNACIONAL) E REFLEXOS. Na hipótese de transferência internacional do empregado, irrelevante saber se a transferência teve ou não ânimo definitivo, para concessão do respectivo adicional. É que, diversamente do que sucede com o art. 469, § 3º, da CLT, e bem assim com a recomendação da OJ 113 da SBDI-1 do TST, da Lei 7.064/82 não se extrai qualquer relevância no aspecto de ser provisória ou definitiva a transferência, daí porque não há como se adotar o quesito provisoriedade à transferência regida pela Lei 7.064/82. A transferência do empregado, no âmbito de empresa de dimensão transnacional, dá-se com uma repercussão normalmente mais severa na vida social e familiar do empregado, impondo-lhe a imersão em uma nova cultura, com diferentes idioma, culinária, referências morais, cívicas, econômicas etc. Tais efeitos não poderiam deixar de ser amenizados pela normativa nacional, que visa proteger o contrato do empregado em um novo panorama laboral e social. Enquanto perdurar a permanência do trabalhador brasileiro no exterior, é devido o adicional de transferência, exegese que se extrai do art. 2º e 10º da Lei 7.064/82. Recurso de revista conhecido e provido (TST, 6ª Turma, RR 28600-50.2004.5.02.0021, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 15/08/2012, Data de Publicação: 14/09/2012).

Outra acentuada dissensão jurisprudencial teve lugar a propósito de ser ou não devido o adicional de transferência nas hipóteses em que a variação da localidade de trabalho está fundada no exercício de cargo de confiança ou em cláusula contratual permissiva (CLT, art. 469, §1º). O TST[dccclxvii] entende que a transferência do empregado de confiança, sendo provisória, importa o direito ao adicional de transferência, o mesmo sucedendo quando a cláusula contratual, explícita ou implícita, faz lícita a transferência.

Sendo ou não devido o adicional sob exame, é certo que "as despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador", consoante enuncia o artigo 470 da CLT. A quantia que servirá ao ressarcimento dessas

despesas é aquela que deve ser paga a título de ajuda-de-custo[dccclxviii]. Cabe frisar que o adicional de transferência visa à indenização do trabalho em situação adversa, porque realizado numa localidade diferente daquela em que o empregado foi contratado e residia, porventura, com a sua família. A despesa conseqüente da mudança de residência não é ressarcida por meio do adicional de transferência, mas mediante o pagamento de ajuda-de-custo, que só a isso se destina.

Questão realmente embaraçosa é, por fim, aquela que diz respeito à variação de localidade do trabalho que implica o labor do empregado, no novo lugar, para outra empresa do mesmo grupo econômico. Aos que interpretam o artigo 2º, §2º, da CLT com o exclusivo sentido de solidariedade passiva, a hipótese ora examinada não será de transferência, mas de cessação de um vínculo e início de um novo liame empregatício. Os agentes do direito do trabalho que sustentam a solidariedade ativa entre as sociedades empresariais que integram grupos econômicos entenderão que houve transferência e esta, sendo provisória, daria ensejo ao adicional previsto no artigo 469, §3º, da CLT[dccclxix].

17.4.2.4 O *jus variandi* extraordinário

A regra da inalterabilidade unilateral do contrato comporta exceções, previstas em norma estatal ou aceitas, de lege ferenda, pela doutrina. Trata-se, já agora, de alteração de cláusulas essenciais do contrato, que o direito autoriza em condições extraordinárias.

O poder de transferir o empregado, havendo a extinção do estabelecimento em que este vinha prestando serviço, é expressão do jus variandi extraordinário, que tem esteio no artigo 469, §2º, da CLT. Há, nessa hipótese de transferência, uma clara exceção, prescrita em lei, à regra da inalterabilidade unilateral.

Quanto às situações em que a doutrina admite, em caráter extraordinário, a alteração de condições essenciais do contrato, podem ser enumeradas[dccclxx]: a) as alterações decorrentes de necessidade premente da empresa; b) as benéficas ao empregado. Um exemplo da primeira situação, que poderíamos associar à incidência de força maior, é a exigência de o vendedor carregar para local seguro a mercadoria da loja em que este trabalha, se essa loja sofre alguma intempérie, incêndio etc. Na segunda situação hipotética se enquadraria, entre outras alterações benéficas a princípio irrecusáveis, a promoção. Os teóricos do direito do trabalho têm evoluído no sentido de entender que a promoção não pode ser recusada quando a empresa está organizada em quadro de carreira ou o novo cargo, a que está ascendendo o empregado, tem função igual ou afim à do cargo anterior[dccclxxi].

18 SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

18.1 A suspensão contratual sob a ótica do direito do trabalho

A relação de emprego é de trato sucessivo, pois se protrai no tempo, renovando-se a exigibilidade das prestações. Como qualquer outra relação continuada, está sujeita ao imprevisível, ao imponderável. Estivesse regida pelas regras de direito civil e o fato de se originar em contrato bilateral faria viger a cláusula resolutória tácita, ou seja, o contrato de emprego se resolveria pela circunstância de um de seus sujeitos não poder cumprir a sua prestação. O direito do trabalho está inspirado, porém, no princípio da continuidade, por isso se recheando de normas que asseguram a preservação do contrato quando a sua execução está temporariamente inviabilizada.

A bem dizer, não se suspende o contrato, mas a sua execução. A expressão *suspensão do contrato* contém uma elipse, portanto, que o uso generalizou. Suspende-se a execução do contrato de emprego por motivos inerentes ao empregado, como a doença e fatos relevantes de sua vida civil, familiar, social, suspendendo-se-a ainda por motivos outros, concernentes ao interesse coletivo (referimo-nos à greve) ou à paralisação da atividade econômica. A proteção é, pois, mais abrangente, não se restringindo aos casos em que o empregado está fisicamente impossibilitado de trabalhar.

18.2 Nome e conteúdo dos tipos de suspensão

Os estudiosos do direito do trabalho se digladiam acerca da distinção entre a *suspensão* e a *interrupção* do contrato de emprego, divergindo quanto aos conceitos e mesmo no tocante ao acerto dessa terminologia usada pelo legislador (Título IV, Capítulo IV, da CLT) em substituição às expressões "suspensão parcial" (interrupção) e "suspensão total" (suspensão), mais comuns no direito comparado.

Vamos abstrair da querela a propósito do nome jurídico adequado, adotando, por objetividade, a nomenclatura legal. Para efeitos práticos, usaremos a palavra suspensão também como gênero, sempre que quisermos referir uma regra comum à suspensão e à interrupção. Sobre o significado de cada termo (suspensão e interrupção), interessa perceber que a classificação do caso concreto em um desses tipos legais não basta à verificação de seus efeitos.

A iniciativa de classificar os casos de descontinuidade na execução do contrato como suspensão ou interrupção teve em vista a tentativa de diferenciar, respectivamente, as situações em que empregado e empregador ficam desonerados de suas obrigações (suspensão) e aquelas outras em que o empregador continua obrigado a pagar o salário, malgrado se interrompa a prestação de trabalho (interrupção). Essa divisão esquemática é relativizada, contudo, ante a existência de casos em que o empregador se exonera do salário em sentido restrito, mas permanece obrigado a cumprir outras prestações acessórias em favor do empregado. A esses tipos intermediários chamaremos de *casos híbridos*, como adiante se verá.

18.3 Classificação legal

Por apelo didático, vamos dividir as hipóteses de suspensão contratual em três tipos: a) interrupção contratual; b) suspensão contratual; c) casos híbridos. Os efeitos eventualmente extraordinários da causa suspensiva serão analisados, no entanto, caso a caso.

18.3.1 Hipóteses de *interrupção* contratual

Os casos em que o empregado suspende a prestação de trabalho, sem prejuízo do salário, acentuam a forma peculiar como o caráter comutativo do contrato de emprego se desenha. A equivalência de prestações, que é uma característica da sinalagmaticidade, não implica, no liame empregatício, a exata correlação entre a disponibilidade da energia de trabalho e a retribuição pecuniária, na mesma e invariável razão entre tempo e dinheiro. Há prestações salariais que não correspondem a uma prestação de trabalho em tempo específico.

Se divisamos o cotidiano de uma relação de emprego, percebemos que a utilidade do trabalho é sempre maior que a remuneração por ela assegurada. Na interrupção do contrato de emprego dá-se o inverso: o trabalho não é prestado, mas o empregador continua pagando o salário.

Exemplos desses casos de interrupção contratual são:

a) O repouso semanal remunerado (art. 7º, XV, da CF e Lei 605/49).

b) O repouso em feriados (Lei 605/49).

c) As férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII, da CF e art. 129 da CLT).

d) A falta abonada, mediante o pagamento do salário correspondente (art. 131, IV, da CLT).

e) A falta em até dois dias consecutivos, justificada pelo falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou dependente (art. 473, I, da CLT).

f) A falta por até um dia, em cada doze meses, para doação de sangue (art. 473, IV, da CLT).

g) A falta por até dois dias consecutivos em virtude de casamento (art. 473, II, da CLT).

h) A falta por cinco dias do pai, em virtude do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF e art. 10, §1º, do ADCT, conforme IN 1/88 do Ministério do Trabalho[dccclxxii]).

i) A falta por até dois dias, consecutivos ou não, para o alistamento eleitoral (art. 473, V, da CLT e art. 48 da Lei 4.737/65).

j) A falta ao trabalho para o cumprimento das obrigações de reservista, notadamente os exercícios e atividades comemorativas do dia do

reservista (art. 473, VI, da CLT e art. 65, c, da Lei 4.375/64[dccclxxiii]).

k) As faltas necessárias à prestação do exame vestibular visando ao ingresso em estabelecimento de ensino superior (art. 473, VII, da CLT).

l) A ausência ao trabalho pelo tempo indispensável ao comparecimento em juízo (art. 473, VIII, da CLT[dccclxxiv]), como parte ou testemunha (art. 822 da CLT).

m) A licença remunerada (art. 133, II, da CLT).

n) A interrupção da atividade empresarial (art. 133, III, da CLT).

o) O tempo de intervalo intrajornada excedente do limite legal, sem autorização contratual (Súmula 118 do TST).

p) O afastamento por até quinze dias em razão de enfermidade ou acidente de trabalho (art. 59, §3º, da Lei 8.213/91).

q) O afastamento para o exercício da atividade de conciliador do representante dos empregados na comissão de conciliação prévia (art. 625-b, §2º, da CLT).

r) O período de aviso prévio indenizado (art. 487, §1º, da CLT).

s) O afastamento para prestação de serviço militar extraordinário, com direito a salário integral nos primeiros noventa dias (art. 472, §§3º a 5º, da CLT) e, após, a 2/3 do salário, salvo engajamento (arts. 60 e 61 da Lei 4.375/64).

18.3.2 Hipóteses de *suspensão* contratual

Há casos outros em que se suspendem tanto a prestação de trabalho como a prestação salarial:

a) O afastamento por exigência de encargo público (art. 472 da CLT).

b) A suspensão disciplinar por até trinta dias (limite de licitude previsto no art. 474 da CLT).

c) O afastamento por mais de quinze dias em razão de enfermidade, propiciando o recebimento do auxílio-doença, a ser pago pelo INSS (art. 59, caput, da Lei 8.213/91).

d) A aposentadoria por invalidez, enquanto assim se configurar e por tempo indefinido[dccclxxv] (art. 475 e §1º, da CLT e arts. 42 a 47 da Lei 8.213/91. Súmula 160 do TST. A súmula 217 do STF está superada, ante a atual redação do art. 475 da CLT).

e) A suspensão para a qualificação profissional do empregado, mediante autorização em norma coletiva e prévia aquiescência do trabalhador, por período de dois a cinco meses (art. 476-A da CLT).

f) A ausência de trabalho em razão de greve (art. 7º da Lei 7.783/89), salvo a previsão de direito ao salário em norma coletiva ou arbitral[dccclxxvi].

g) A ausência ao trabalho em razão do desempenho de cargo de direção ou representação sindical, salvo assentimento da empresa ou cláusula em contrato ou norma coletiva que mantenham a obrigação de o empregador pagar o salário (art. 543, §2º, da CLT).

Em todas essas situações, exoneram-se empregado e empregador, durante o afastamento, no tocante a qualquer prestação atinente ao contrato de emprego. É essa a regra, malgrado devamos estar atentos à existência de divergência jurisprudencial no que tange a algumas possíveis circunstâncias que podem sobrevir após o implemento da causa suspensiva.

Nos dois últimos casos há pouco enumerados – greve e representação ou direção de sindicato –, pode haver interrupção, e não suspensão contratual, se o contrato ou a norma coletiva assim dispuserem.

Quando ocorre a suspensão para a qualificação profissional do empregado, a ajuda compensatória a que se obrigar o empregador, durante o período de afastamento do empregado e em razão de norma coletiva, não tem natureza

salarial, pois assim estatui o artigo 476-A, §3º, da CLT.

18.3.2.1 Efeitos da suspensão contratual no tocante a prestações não sinalagmáticas – assistência escolar, médica ou odontológica

Fácil é notar que inexiste uma posição firme dos estudiosos e agentes do direito do trabalho sobre o caráter absoluto da regra segundo a qual se suspendem todas as prestações do empregado e do empregador nos casos de suspensão do contrato. Em princípio, as prestações que se suspendem são aquelas que servem à contraprestação salarial ou viabilizam a realização dos serviços pelo trabalhador, ou seja, aquelas prestações que se ajustam à característica de retribuir o trabalho ou concorrem para que o labor se desenvolva.

Um caso ilustrativo é o dos empregadores que asseguram assistência escolar, médica ou odontológica em razão do liame empregatício. Ao prover jurisdição em feitos nos quais se discute a preservação da assistência médica ou odontológica durante a suspensão contratual, o TST tem sido enfático ao afirmar que o direito a benefícios dessa ordem se mantêm durante o período de suspensão do contrato[dccclxxvii]. Essa firme jurisprudência resultou na edição da Súmula 440 do Tribunal Superior do Trabalho:

> Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

18.3.2.2 Efeitos da suspensão contratual no tocante à justa causa

Titubeia-se, ainda, quanto à possibilidade de se caracterizar justa causa a agressão física ou verbal contra o empregador durante a suspensão do contrato, parecendo-nos fugir ao limite do razoável propor que todas as obrigações – não somente as de prestar o trabalho e de remunerá-lo – estariam suspensas, sem exceção. Isso porque, ao fim da suspensão contratual, poderia faltar o pressuposto da atualidade da falta, que estudaremos no capítulo relativo à cessação do contrato. E seria, afinal, um contrassenso exigir que o empregador mantivesse, em seu quadro de empregados e por tempo indefinido, aquele que o estapeou ou o tratou com vilipêndio. O mesmo raciocínio se adotaria para a hipótese inversa, em que o empregador infringe o conteúdo do contrato de trabalho.

A matéria é vexatória, mas nos parece adequada a distinção que, a propósito das justas causas cometidas pelos trabalhadores em meio à suspensão contratual, faz Maurício Godinho Delgado[dccclxxviii]:

> No tocante à dispensa por justa causa não pode haver dúvida de ser ela inviável, juridicamente, desde a falta tipificada obreira tenha ocorrido no próprio período de suspensão do pacto. Ilustrativamente, cite-se o caso do empregado que, comprovadamente, revele segredo da empresa durante o período suspensivo (art. 482, g, CLT); ou do empregado que cometa comprovado ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas contra o empregador durante o período suspensivo do contrato (art. 482, k, CLT).
>
> Será distinta, contudo, a solução jurídica em se tratando de justa causa cometida antes do advento do fator suspensivo (por exemplo: empresa está apurando, administrativamente, falta cometida pelo obreiro... o qual se afasta previdenciariamente antes do final da apuração e correspondente penalidade máxima aplicada). Neste caso, a suspensão contratual prevalece, embora possa a empresa comunicar de imediato ao trabalhador a justa causa aplicada, procedendo, contudo, à efetiva rescisão após o findar da causa suspensiva do pacto empregatício.

Interessa observar – e o estamos a dizer repetidamente – que a suspensão do contrato importa a descontinuidade das obrigações trabalhistas fundamentais, quais sejam, o salário e a disponibilidade da energia de trabalho. Cabe externar o pensamento de Wagner Giglio: "Suspendem-se efeitos do contrato e ainda assim somente seus efeitos principais – prestação de serviços e pagamento de salários –, sobrevivendo os secundários, implícitos na avença, de respeito mútuo, fidelidade do empregado etc."[dccclxxix]

18.3.2.3 A proteção ao empregado portador da AIDS

O artigo 1º da Lei 7670, de 1988, dispõe:

> A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:
>
> I – a concessão de: a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei n. 1711, de 28 de outubro de 1952; b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei n. 1711, de 28 de outubro de 1952; c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6880, de 9 de dezembro de 1980; d) pensão especial nos termos do art. 1o da Lei n. 3738, de 4 de abril de 1960; e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes.
>
> II – levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.
>
> Parágrafo único – O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover.

As Leis 8.212 e 8.213, de 1991, regularam o custeio e os benefícios da Previdência Social, sem revogar a Lei 7.670, de 1988, que é norma especial e, por isso, exigiria revogação expressa. Assim, o que se tem positivado, ao que nos interessa, é o direito de o empregado soropositivo, que houver manifestado a síndrome após sua filiação à Previdência, obter a suspensão de seu contrato e o recebimento de auxílio-doença, ou mesmo a aposentadoria. O parágrafo único, acima transcrito, permite concluir, *a contrario sensu*, que o empregado não precisa estar impossibilitado de se locomover para que tenha suspenso o seu contrato.

Assim, a mencionada norma previdenciária desautoriza a resilição do contrato do empregado portador de AIDS, mas não por lhe assegurar estabilidade[dccclxxx] e sim por reconhecer o caráter patológico do mal que assoma ao indivíduo quando ele contrai o seu vírus. A lei garante a suspensão contratual, com o recebimento de auxílio-doença, sendo vedado, como já se sabe, a resilição de contrato suspenso[dccclxxxi].

O recebimento do auxílio-doença pode ser exigido mediante ação movida em face do INSS, diretamente. Sendo tal o objetivo do empregado que pede a sua reintegração no emprego, visando a que seja declarada, em última análise e numa aparente contradição, o seu direito à suspensão contratual, decerto que a alternativa mais razoável seria o ajuizamento de ação previdenciária, e não

trabalhista.

O Tribunal Superior do Trabalho tem-se mostrado, porém, sensível à premência dos interesses do portador do vírus HIV, que é mesmo incompatível com o dispêndio de tempo maior à procura do instrumento jurídico mais adequado. É doente que não pode esperar. Em hipótese na qual uma grande empresa despediu um empregado soropositivo, o Ministro Valdir Righeto observou, em seu voto: "Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com venda da sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro". Na ementa dessa paradigmática decisão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho[dccclxxxii], lê-se:

> Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.

No caso, a mais alta Corte do Trabalho redarguiu o caráter meramente programático do princípio da igualdade, que impede se trate igualmente um empregado aidético, marcadamente desigual. Ignorou, portanto, a velha hermenêutica, que negava aos princípios constitucionais, em seu elevado grau de generalidade, alguma força normativa, ou a força que tem a norma de aplicação direta. Os princípios consagrados na Constituição, especialmente o da isonomia, não se dirigem apenas ao legislador, como pondera Paulo Bonavides:

> A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais[dccclxxxiii].

Andou bem o TST, portanto, quando atribuiu força imperativa ao princípio da igualdade e decidiu, topicamente, pela prevalência do respeito à dignidade e do direito à vida. E se os sintomas da AIDS ainda não se manifestaram, mas o empregado é comprovadamente portador do vírus HIV, não terá ele direito à

suspensão do seu contrato, mas, como está a orientar a Súmula 443 do TST, “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”.

18.3.2.4 Efeitos da suspensão contratual no tocante à prescrição

Acerca da prescrição, o tema que inquieta é a possibilidade de o prazo prescricional fluir normalmente quando alguma circunstância estaria a perturbar o contrato a ponto de fazer suspensa a exigibilidade de sua execução. Em dado momento, assentou-se a jurisprudência, que hoje não mais predomina, no sentido de o afastamento por doença ou acidente de trabalho ser incompatível com a fluência de prazo prescricional, pois a enfermidade tolhe, em regra, a possibilidade de o empregado exercer o seu direito de ação (pela singela razão de a doença dificultar qualquer ação física). Assim, não poderia correr a prescrição contra quem não está apto, ou inteiramente apto, a deduzir pretensão em juízo.

Essa antiga orientação jurisprudencial tinha bom fundamento, porquanto seja evidente que ao legislador do direito civil não ocorreria a idéia de regular essa matéria, incluindo a licença para tratamento de saúde ou em razão de infortúnio como causa de suspensão do prazo de prescrição trabalhista. E disso não cuidaria porque as normas de direito trabalhista são especiais, além de ser estranha, àquele ramo do direito que regula os contratos paritários, a ideia de um contrato ser preservado mesmo durante o período em que a sua execução está suspensa. Essa particularidade da relação de emprego (a de o seu contrato não se resolver ante a impossibilidade de seu cumprimento, apenas se dando a sua suspensão) estaria a exigir do intérprete do direito do trabalho uma posição afirmativa do princípio da proteção, o que resvalaria, necessariamente, para a conclusão *de lege ferenda* de ser a suspensão do contrato de trabalho uma causa de suspensão do prazo prescricional.

Ademais, o direito positivo oferecia chancela a tal entendimento. A esse propósito, é de todo coerente entender, como tantas vezes entendeu o TST antes de adotar sua atual posição, que a alta médica, ao fim do recebimento de auxílio-doença, assemelha-se à condição suspensiva, pois é fato futuro e incerto que faz renascer a condição física necessária ao exercício do direito de ação. Nessa medida, aplicar-se-ia à hipótese o art. 199, I, do novo Código Civil,

suspendendo-se o prazo de prescrição. Houve decisões da alta Corte Trabalhista[dccclxxxiv] que enriqueceram a discussão.

> A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.

Não se estabeleceu a regra incontrastável de que o prazo prescricional sempre corre contra o trabalhador cujo contrato está suspenso por doença ou em decorrência de acidente de trabalho, exigindo-se dele, contudo, que demonstre a absoluta impossibilidade de propor sua ação trabalhista.

18.3.3 Casos híbridos. Efeitos jurídicos

Acontece de o empregado se afastar temporariamente do emprego, sem direito a salário *stricto sensu*, mas com direito a exigir outras prestações do empregador. A Lei 8036/90 enumera casos nos quais o FGTS, que a partir da Constituição de 1988 tem natureza de salário diferido[dccclxxxvi], deve ser recolhido durante o afastamento do empregado. São os seguintes:

a) Prestação de serviço militar (art. 15, §5º da Lei 8.036/90 e art. 28, I, do Decreto 99.684/90) ordinário e obrigatório, pois o serviço militar extraordinário acarreta a interrupção do contrato e o engajamento definitivo na carreira militar faz cessar o vínculo de emprego.

b) Licença por acidente de trabalho (art. 15, §5o da Lei 8.036/90 e art. 28, III, do Decreto 99.684/90), com recebimento de auxílio-doença. Interessa, aqui, a licença que excede os quinze primeiros dias de afastamento, porque esta primeira quinzena se caracteriza como interrupção do contrato, com direito a salário pago pelo empregador.

c) A licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 28, IV, do Decreto 99.684/90).

d) A suspensão causada pela eleição do empregado a cargo de direção da sociedade empresarial, desde que não se mantenha a dependência hierárquica (art. 16 da Lei 8.036/90 e art. 29 do Decreto 99.684/90).

O artigo 4º, parágrafo único, da CLT – nascido ao tempo em que o empregado podia não optar pelo regime do FGTS e então tinha direito à indenização de antiguidade (artigo 478 da CLT) e à aquisição de estabilidade decenal (artigo 492 da CLT) – manda computar, "para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente de trabalho".

Quanto à licença-gestante, vale ressaltar que o salário-maternidade, pago durante o seu gozo, é benefício previdenciário cujo pagamento é adiantado pelo empregador, sendo o seu valor abatido, em seguida, da contribuição previdenciária que tal empregador recolha ao INSS[dccclxxxvii]. Ademais, a licença e o benefício estão assegurados nos casos de adoção ou guarda de menor, estendendo-se por 120 dias se a criança tiver até um ano de idade, por 60 dias se a criança tem entre um e quatro anos e por 30 dias se a criança tem entre quatro e

oito anos.

18.4 Conversibilidade da suspensão do contrato

Anota Rodrigues Pinto [dccclxxxviii] que todas as modalidades de suspensão contratual são passíveis de conversão de uma classe em outra, a exemplo do que se dá com o afastamento por doença ou em decorrência de acidente de trabalho: a interrupção contratual da primeira quinzena de afastamento converte-se, a partir do décimo sexto dia, em suspensão contratual. Também a suspensão disciplinar pode se converter em interrupção do contrato, quando a Justiça do Trabalho reconhece a ilicitude da pena aplicada ao empregado e ordena, então, o pagamento dos salários correspondentes.

Não se converte em interrupção contratual, porém, a suspensão do contrato por enfermidade ou acidente de trabalho, quando o auxílio-doença, pago pelo INSS, é complementado pelo empregador. Assim sucede nas empresas cujos titulares se obrigam, por contrato individual, regulamento interno ou norma coletiva, a complementar o benefício previdenciário, até que este alcance a paridade com o salário dos empregados em atividade. Lembra Amauri Mascaro Nascimento [dccclxxxix] que esse complemento é acessório de verba previdenciária (destituída de natureza salarial), seguindo a sorte da parcela principal. Se o complemento de benefício previdenciário não é uma modalidade de salário, de interrupção contratual não se há cuidar.

19 CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho

19.1 Terminologia

Na legislação trabalhista, há uma clara generalização dos termos *rescisão* e *demissão,* usando-se um ou outro quando a lei quer se reportar ao término do liame empregatício, como se esses vocábulos não tivessem um significado técnico específico.

Adiante, veremos que *rescisão* deveria designar a dissolução do contrato em vista da nulidade deste e *demissão* seria – como é em rigor – o ato em que o empregado desata, por vontade sua, a relação laboral. Uma vez que a legislação trabalhista surgiu, no Brasil, para ser operada por agentes do Poder Executivo – a *magistratura do trabalho* surgiu em 1941 e somente na Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho se incorporou à estrutura do Poder Judiciário –, parece-nos que a influência de práticas administrativas fez com que a palavra *demissão* fosse usada com o sentido de despedida. Cabe frisar que, no âmbito do direito administrativo, *demissão* é pena contra o servidor público infrator.

Quanto ao uso indiscriminado da palavra *rescisão,* em especial na Consolidação das Leis do Trabalho, parece-nos que se adotou incialmente uma classificação que foi adotada, na doutrina, por Cesarino Júnior e Marly Cardone[dcccxc]. Esses autores advogam a existência de dois tipos principais de terminação do contrato de trabalho: "1) o de cessação das relações de trabalho; 2) o de sua rescisão. Distinguem-se em que a cessação resulta de um fato, é involuntária, portanto, ao passo que a rescisão provém de um ato, sendo, em conseqüência, voluntária". Como exemplos de *cessação* do contrato de trabalho, os mencionados laboralistas referem-se à morte do empregado, à aposentadoria e à condenação criminal deste.

É possível tolerar, nessa medida, o caráter pouco técnico da linguagem usada na Consolidação das Leis do Trabalho se compreendemos a sua origem, a classificação que a ela deu azo. Adotaremos, porém, a classificação doutrinária que nos parece mais didática e, por isso mesmo, distinguiremos os modos de cessação do contrato de emprego[dcccxci] com base na seguinte tipologia: a) *resilição*; b) *resolução*; c) *rescisão*; d) *caducidade*. Nessa classificação se incluiria, ainda e se estivéssemos cuidando de contrato gratuito[dcccxcii], a *revogação* – o contrato de emprego é, como antevisto, oneroso.

19.2 Resilição do contrato de emprego. Direito potestativo, ônus da prova e aviso prévio

O contrato de trabalho é *resilido* quando se desfaz por iniciativa das partes ou de uma delas. No âmbito do contrato de emprego, a resilição bilateral ou distrato é de rara ocorrência[dcccxciii]. Por sua vez, a resilição unilateral pode acontecer por iniciativa do empregado, quando ele se demite (há *demissão* propriamente dita) do emprego, querendo exonerar-se, assim, das obrigações inerentes ao contrato. Sendo o empregador quem decide resilir o contrato, dá-se então a *despedida* ou *dispensa*.

Regra geral, apenas os contratos por tempo indeterminado são resilidos. Podem sê-lo a qualquer instante e inclusive pelos empregados, pois a estes é assegurada a liberdade de trabalho (artigo 5º, XIII, da Constituição) e, por isso, a liberdade também de não trabalhar. Por outro lado, diz-se comumente que o empregador, no Brasil, está investido do direito potestativo[dcccxciv] de despedir os seus empregados, ao menos aqueles empregados que não tenham adquirido estabilidade definitiva ou provisória.

Em verdade, o princípio contemplado no art. 7º, I da Constituição é o da "relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa", mas o fato de esse mesmo dispositivo esclarecer que a matéria será regida por lei complementar, a qual preverá a indenização compensatória, dentre outros direitos, terminou por relativizar a adoção, no Brasil, do *princípio da justificação*, que, se aplicado plenamente, exigiria do empregador a indicação do motivo inerente à empresa ou à conduta do empregado que estaria permitindo o ato de dispensa. O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estatui o valor da indenização[dcccxcv] devido enquanto não surgir a ansiada lei complementar.

A única indenização a que se obriga o empregador, que promove a resilição arbitrária ou sem justa causa do contrato, é, assim, equivalente a 40% (quarenta por cento)[dcccxcvi] do FGTS do empregado, vale dizer, um valor que pode ser normalmente suportado pelas finanças da empresa e não condiz, afinal, com o valor do bem jurídico que estaria a proteger. Se há direito potestativo, assim sucede porque a Constituição autoriza, na prática, que o empregador dispense o empregado desde que lhe pague alguma indenização, cabendo ao trabalhador

submeter-se resignadamente à decisão de despedi-lo.

Mas a liberdade de despedir empregados somente faz lembrar que direitos potestativos existem porque o legislador não atendeu ao desígnio constitucional, negligenciando enfim a sua obrigação de editar lei complementar que poderia, *exempli gratia*, fixar indenização onerosa o bastante para inibir a conduta licenciosa do empregador que subtrai de seu empregado, sem qualquer justificativa e inopinadamente, a fonte de sua subsistência.

Os contratos de emprego são ordinariamente resilidos pelo empregador, di-lo a experiência. Ao empregado não interessa fazer cessar a fonte do salário que lhe provê alimentos e outras necessidades. O ônus de provar o fato extraordinário da resilição por iniciativa do contrato, ou mesmo o advento de causa geradora de resolução ou caducidade, é, por isso, do empregador. Nesse sentido a Súmula 212 do TST[dcccxcvii].

19.2.1 O aviso prévio

19.2.1.1 Conceito e cabimento do aviso prévio

O individualismo exacerbado pode conduzir à sua própria negação. Sendo livre, ou supostamente livre, para contratar, o homem possuía a discrição de se obrigar por toda a vida, impedindo a si próprio de promover o desate do contrato que já não atendia, após vários anos de vigência, à sua mais recôndita esfera de interesses. Era evidente o paradoxo.

Noutra perspectiva, autorizar a ruptura imediata de contratos civis importava assegurar aos contraentes uma discricionariedade lesiva à harmonia das relações sociais. O aviso prévio, tal como se o concebe hoje, foi idealizado para permitir que qualquer dos sujeitos de um contrato por tempo indeterminado pudesse denunciá-lo, contanto que o fizesse cessar após avisar o outro contraente com a antecedência exigida em lei. É uma obrigação, que se realiza mediante uma notificação premonitória, como se extrai do artigo 487 da CLT.

Quer na hipótese de demissão, quer nos casos de despedida, a parte que denuncia o contrato por tempo indeterminado – que é o tipo de contrato que comporta, normalmente, a resilição – obriga-se a conceder o aviso prévio. Portanto, o aviso prévio encontraria seu leito natural na denúncia vazia (dispensa ou demissão sem motivação expressa) de contratos por tempo indeterminado, mas essa regra admite ao menos duas exceções.

Sendo o contrato por tempo determinado, o aviso prévio não é, em princípio, devido, mas o será se o contrato contiver a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, referida no artigo 481 da CLT.

Se não há denúncia vazia, o aviso prévio não é devido, salvo na hipótese mencionada no artigo 487, §4º, da CLT, que diz respeito à despedida indireta, ou seja, à resolução do contrato em razão de justa causa cometida pelo empregador. Aí se estará a evitar, como veremos a seu tempo, que o empregado seja prejudicado, financeiramente, quando o empregador comporta-se de modo insidioso com a finalidade de o induzir, maldosamente, a pleitear a resolução do contrato com base no artigo 483 da CLT.

19.2.1.2. Forma do aviso prévio. Aviso prévio de trabalhador menor

É preferível que o aviso prévio seja concedido por escrito, mas nada obsta que o seja verbalmente, cabendo sempre à parte denunciante o ônus da prova. É inconcebível, contudo, o aviso prévio tácito ou presumido. Carlos Alberto de Paula[dcccxcviii] sustenta tais regras a propósito da forma do aviso prévio e consente que o menor possa pré-avisar o empregador sem estar assistido por seu responsável legal[dcccxcix], pois somente lhe seria vedado assinar, sem assistência, o recibo rescisório (*rectius:* recibo relativo à cessação do contrato). Pensamos, todavia, assistir razão a Vantuil Abdala, ao sustentar posição contrária, sob o argumento de o artigo 439 da CLT, que autoriza o menor a assinar recibos de salário sem a assistência de seu responsável legal, merecer interpretação restritiva.

19.2.1.3. Indenização compensatória do aviso prévio. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado pelo empregador

Se a parte, que pretende dissolver o contrato por tempo indeterminado, não pré-avisa a outra, incorre ela nas sanções legais, a saber: o empregado que não concede o aviso prévio ao empregador dá a este o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo do aviso (art. 487, §2º, da CLT); o empregador que não pré-avisa o empregado da dispensa, com antecedência mínima de trinta dias (artigo 7º, XXI, da Constituição), deve pagar-lhe uma indenização de valor equivalente ao salário[cm] do período de aviso prévio, integrando esse período ao tempo de serviço do trabalhador para efeito de cálculo dos duodécimos de férias e 13º salário, bem assim do recolhimento do FGTS (Súmula 305 do TST).

Note-se que a integração do período de aviso prévio ocorre apenas nas hipóteses em que é do empregador a iniciativa de resilir o contrato e ele não pré-avisa o empregado (artigo 487, §1º, da CLT). Nesse caso, devem ser calculadas as parcelas resilitórias com base na remuneração que seria devida no período de aviso – incorporado ao tempo de serviço –, incidindo nesse cálculo o reajuste salarial porventura assegurado, no período do aviso prévio indenizado, à categoria profissional – não importa se o empregado recebeu as verbas da resilição contratual antes de ser concedido o reajuste. É o que reza o artigo 487, §6º, da CLT. Se o empregado é dispensado, no dia 30/maio/2011, sem a prévia dação do aviso, aproveita-lhe o reajuste salarial acaso concedido no mês de junho de 2011, ainda que ele receba, antes de junho, as verbas resilitórias.

Há orientação jurisprudencial[cmi] recomendando, também, a anotação na CTPS do período de aviso prévio, ou seja, a inclusão deste no tempo de vigência do contrato. Trata-se de tendência sedutora, ante a dicção do artigo 487, §1º, da CLT, que manda integrar *sempre* o período de aviso prévio ao tempo de serviço. A nossa posição é crítica no tocante a esse entendimento, ao menos enquanto não estiver firme a jurisprudência acerca de a anotação do período de aviso prévio na carteira de trabalho surtir o resultado prático der esse tempo computado para fim de aposentadoria. Ao não produzir tal efeito, a anotação cria uma ilusão para o empregado, nada mais que isso. E como a norma constitucional foi emendada para que os empregados contem, para efeito de aposentadoria, o tempo de contribuição[cmii] (não mais o tempo de serviço), sustentamos que somente os

operadores do direito que considerassem o aviso prévio indenizado como salário de contribuição podem defender, coerentemente, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS.

Por tais razões, parece razoável entender que seria exigível a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, pois a Lei 8.212, de 1991, não inclui tal parcela entre aquelas que estariam imunes a essa incidência. Seguindo essa linha, a Instrução Normativa n. 20 de 11/01/2007, do INSS, passou a exigir a cobrança de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, balizando assim o procedimento das auditorias fiscais. Logo, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS do empregado ganharia um efeito que, em última análise, lhe emprestaria coerência, qual seja, o efeito de computar-se esse tempo de aviso prévio para efeito de aposentadoria. Mas é fato que a jurisprudência continua refratária, muita vez, à incidência da contribuição previdenciária sobre a indenização do aviso prévio[cmiii].

19.2.1.4 Prazo de aviso prévio

Segundo o que preceitua o artigo 7º, XXI, da Constituição, os trabalhadores urbanos e rurais têm direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias. Sobre o modo de contagem do prazo de aviso prévio, viceja a vertente jurisprudencial que adota a regra contida no artigo 125 do antigo Código Civil (artigo 132 do Código Civil que vigerá a partir de 2003): exclui-se o dia de começo, incluindo-se o do vencimento, conforme recomenda a Súmula 380 do TST.

Por mais de duas décadas, a referida proporção do período de aviso prévio com o tempo de serviço não passou de uma auspiciosa promessa constitucional. Mas ocorreu de o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos mandados de injunção 943 e 1010-DF, em 22 de junho de 2011, esboçar a intenção de fixar a proporcionalidade que atenderia ao comando constitucional, porquanto demasiada a mora legislativa. Apressou-se então o Congresso Nacional de modo a legislar a matéria, fazendo-o por meio da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, cujo preceito é de singeleza quase angustiante. Diz, no que interessa, a citada lei:

> 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 no 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.

Tais dispositivos estão abertos à exegese doutrinária e jurisprudencial, mas uma primeira leitura informa que no primeiro ano da relação laboral o aviso prévio – assegurado pelo art. 7º, XXI, da Constituição como direito fundamental dos trabalhadores – deve ser de trinta dias [cmiv] e, a partir do primeiro dia do ano seguinte, o empregado terá direito a aviso prévio que durará, além dos trinta dias desde sempre assegurados, mais três dias por cada ano de serviço prestado na empresa, até o máximo de noventa dias (30 dias do tempo mínimo + 60 dias se contados vinte anos de emprego). O primeiro ano do contrato é computado nessa proporção (+3 dias por ano), embora nele seja devido o aviso prévio de apenas 30 dias.

Uma parte expressiva da doutrina bradou que o prazo de aviso prévio seria, também para o empregador, de trinta dias no mínimo e proporcional ao tempo de

serviço, sem perceber, aparentemente, que essa extensão de tempo e a proporcionalidade foram asseguradas como direito social dos trabalhadores, direito fundamental apenas destes, dada a finalidade específica que o aviso prévio tem para o empregado, qual seja, a procura por novo emprego. Como adiante se verá, mesmo quando a ordem constitucional não consagrava o aviso prévio devido aos trabalhadores como direito fundamental (o art. 158 da Constituição de 1967 era omissa quanto ao tema), inexistia perfeita simetria entre o pré-aviso devido pelo empregado e aquele devido pelo empregador.

Não nos parece consistente, por isso mesmo, a tese de que estaria derrogado, também no tocante ao aviso dado pelo empregado, o inciso I do artigo 487 da CLT, que fixa em oito dias o período de aviso prévio para empregados que recebem salário a cada semana ou com periodicidade inferior. Não há sentido, enfatiza-se uma vez mais, em se apegar a uma suposta simetria – que sempre foi parcial – entre o aviso concedido pelo empregador e o dado pelo empregado.

O aviso prévio que o empregado deve conceder ao empregador visa apenas a que não se dê a ruptura traumática da atividade produtiva, naquilo que concerniria à contribuição do trabalhador demissionário na produção de bens ou serviços a que se dedica continuamente a empresa. Essa continuidade é uma característica da empresa que não habita a alma do trabalhador, pois a empresa continua operando quando se desfaz o vínculo de emprego, sem que ao empregado se garanta a certeza de que continuará despendendo sua energia de trabalho em outro ambiente empresarial e assim provendo sua subsistência e dignidade.

Para o empregado, o aviso prévio não significa somente a proteção contra um momento de ruptura, mas uma oportunidade para que readquira a condição social e econômica de trabalhador. Além de não ser justo, segundo o senso comum, que o empregado mais antigo tenha um período para desligar-se da empresa igual àquele que ali trabalha há pouco tempo, a reinserção no mercado de trabalho é decerto mais difícil para o empregado que se habitua a uma dada rotina funcional, ano após ano, e assim não se capacita para novos modelos de produção, tecnologia e organização empresarial cuja compreensão lhe seria exigida na busca de novo emprego. Justifica-se, nessa ordem de ideias, a proporção entre o tempo de serviço e o tempo de aviso prévio.

Outro aspecto interessante: porque a isonomia entre o aviso prévio devido pelo empregado e aquele devido pelo empregador nunca existiu por completo, nem a finalidade do aviso prévio é a mesma em relação a cada um dos sujeitos

do contrato, esse raciocínio nos leva a deduzir que o empregador doméstico está obrigado a conceder aviso prévio (artigo 7º, parágrafo único, da Constituição), mas não há norma jurídica prevendo igual obrigação por parte do empregado doméstico demissionário.

19.2.1.5 Especificidades do aviso prévio devido pelo empregador

São ao menos quatro as diferenças entre o aviso prévio devido pelo empregado e aquele a que se obriga o empregador e as duas primeiras estão vistas: o tempo mínimo de trinta dias para o aviso prévio devido pelo empregador (não há norma exigindo tempo mínimo para o aviso devido pelo empregado) e a proporção entre o período de aviso prévio e o tempo de serviço (ao empregado se assegura mais três dias por ano de aviso prévio, após ele completar o primeiro ano contratual).

Outra diferença reside na integração ao tempo de serviço do período de aviso prévio indenizado pelo empregador. Se o empregador não pré-avisa o empregado, deve não apenas pagar-lhe os salários de todo o período de aviso prévio (observando inclusive a proporcionalidade com o tempo de serviço), como igualmente considerar o tempo de aviso prévio no tempo de serviço, computando esse tempo inclusive no cálculo de FGTS, 13º salário proporcional e férias que porventura devam ser indenizadas. Não se verifica essa projeção do período de aviso prévio no tempo de serviço quando o empregado negligencia a sua obrigação de pré-avisar o empregador de que se demite do emprego.

A quarta diferença é, certamente, aquela que concerne à redução de jornada ou dias de trabalho durante o período de aviso prévio, toda vez em que é este regularmente concedido pelo empregador (artigo 488 e parágrafo único, da CLT). Quando é o empregado quem dá o aviso prévio, continua ele a prestar sua jornada normal, sem redução de carga horária.

O empregador que concede o aviso prévio obriga-se a reduzir em duas horas[cmv] a jornada normal do empregado, salvo se este, o trabalhador, optar por não laborar durante sete dias consecutivos, sem prejuízo do salário. Em princípio, esse período alternativo de sete dias sem trabalho foi estabelecido em consonância com o período de trinta dias que se destinava, em todos os casos, para o aviso prévio. Se agora é maior o período de aviso prévio, em vista de sua proporção com o tempo de serviço, decerto a jurisprudência se inclinará por assegurar um tempo igualmente proporcional[cmvi], sem trabalho, para a procura de novo emprego. Cuidando-se de trabalhador rural eventualmente dispensado, assiste-lhe o direito de não trabalhar em um dia por semana, no período de aviso prévio[cmvii].

Orienta a Súmula 230 do TST que é ilegal substituir o tempo que se reduz

da jornada de trabalho, no período de aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes. Não tem valia jurídica, assim, o aviso prévio que é concedido sem a redução da jornada ou dias de trabalho. Se tal suceder, faculta-se ao empregado, urbano ou rural, pedir que o aviso prévio, irregularmente concedido, seja integralmente indenizado e integrado ao seu tempo de serviço.

Tais regras se justificam na medida em que o período de aviso prévio deve ser utilizado para a busca e possível obtenção de novo emprego, pelo trabalhador. Também por isso, ao empregador é vedado fazer coincidir com o período de aviso prévio o gozo de férias do empregado ou o tempo de estabilidade provisória [cmviii].

19.2.1.6 Natureza jurídica do aviso prévio

Quanto à natureza jurídica do aviso prévio, reveste-se este de natureza *receptícia* e *constitutiva*. As declarações receptícias são aquelas que somente se tornam eficazes no momento em que recebidas por aqueles aos quais se dirige. Orlando Gomes[cmix] explica: “Se alguém pretende despedir um empregado, a despedida só se efetiva quando este vem a ter conhecimento [...] da declaração do empregador”. E o aviso prévio é uma declaração constitutiva porque, tão logo concedido, acarreta a efetiva dissolução do contrato (artigo 489 da CLT). Caso a parte notificante queira reconsiderar o seu ato, antes de se encerrar o período de pré-aviso, a sua retratação só surte efeito se contar com a aceitação da parte adversa.

19.2.1.7 Aviso prévio e justa causa. Aquisição de estabilidade provisória

É evidente que o aviso prévio não imuniza as partes dos seus demais deveres, inerentes ao conteúdo do contrato de emprego. O empregador que comete justa causa em meio ao período de aviso prévio deve tolerar a imediata dissolução do vínculo, sem prejuízo de dever o salário correspondente ao restante do prazo do aviso (artigo 490 da CLT). Se é o empregado quem pratica justa causa antes de esse prazo se exaurir, perde ele o direito ao salário relativo ao tempo que faltava para completá-lo (artigo 491 da CLT).

Por outro lado, a jurisprudência não tem admitido a aquisição de estabilidade provisória após a concessão do aviso prévio, se a estabilidade é motivada por ato volitivo do empregado (*verbi gratia*, o registro de candidatura à direção de sindicato ou CIPA). Assim recomenda a Súmula 369, IV, do TST.

19.2.1.8 Aviso prévio e suspensão contratual

Questão tormentosa se mostrou, inicialmente, a alusiva à possibilidade de o contrato de emprego ser suspenso durante o período de aviso prévio, em razão, por exemplo, de enfermidade ou de acidente de trabalho. Carlos Alberto Reis de Paula[cmx] teve oportunidade de sustentar que o fato não prejudicava o aviso prévio nem prorrogava a vigência do contrato, pois a sua natureza jurídica assenta-se no direito potestativo do empregador, mantendo-se sua responsabilidade até o dia em que a denúncia do contrato se consuma. Mas o autor admitia a contrariedade de Russomano e de Hirosê Pimpão, pois sustentavam ambos que o aviso prévio permite ao empregado a procura de novo emprego, restando impossível alcançar esse objetivo quando o trabalhador adoece, nesse meio tempo.

O Tribunal Superior do Trabalho adotou essa última posição, conforme se extrai da Súmula 371 do TST:

> A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.

Conforme explicou o Ministro Ronaldo Leal em um dos precedentes que inspiraram a Súmula 371 do TST, “somente após o final da licença médica é possível contar o prazo do aviso e conseqüente ruptura do contrato laboral”[cmxi].

19.2.1.9 Aviso prévio, prazo para pagamento das resilitórias e prescrição

Por fim, o fato de o aviso prévio ser concedido ou, em vez disso, indenizado repercute no prazo legal fixado para pagamento das verbas resilitórias e no prazo de prescrição bienal, que flui a partir da cessação do contrato de emprego.

Sendo o aviso prévio regularmente concedido, as verbas da resilição contratual devem ser pagas no dia útil imediato ao término do contrato (artigo 477, §6º, a, da CLT), salvo se o empregado cumprir o aviso prévio em casa, sendo liberado do trabalho nesse período e obtendo, então, o direito de receber as citadas verbas no decêndio seguinte ao dia em que foi informado da dispensa[cmxii].

Quanto ao prazo de prescrição bienal nos casos em que o aviso prévio é normalmente concedido, encerra-se o biênio, como não poderia deixar de ser, na mesma data do segundo ano seguinte ao da cessação do vínculo, ou seja, dois anos após se encerrar o período de aviso prévio.

Mas se o aviso prévio é indenizado pelo empregador, integrando-se ao tempo de serviço o seu período, o prazo para pagamento das verbas resilitórias será de dez dias a partir do dia da cessação do contrato (artigo 477, §6º, b, da CLT). Aqui como lá, o não pagamento nesse prazo tornará devida a multa, prevista no artigo 477, §8º, da CLT. No tocante à prescrição bienal, cabe notar que o prazo prescricional foge à regra mais comum no trato da prescrição, que é a da *actio nata*, pois o biênio prescritivo é deflagrado a partir da cessação do contrato, não obstante a exigibilidade das parcelas resilitórias e da multa ocorra, como visto, no prazo do art. 477, §6º, da CLT.

Usualmente, a prescrição flui a partir da lesão e, via de conseqüência, do nascimento da ação, vale dizer, da exigibilidade da pretensão. Assim se dá com a prescrição qüinqüenal. Entretanto, o Poder Constituinte de 1988 inovou ao condicionar o término da prescrição trabalhista ao transcurso de dois anos, contados da cessação do contrato de emprego. E o prazo bienal é prescritivo (não é decadencial[cmxiii]), porque corre contra uma pretensão de natureza condenatória.

Não havia, mesmo, limites que pudessem divisar a atuação do poder constituinte, no tocante à matéria sob exame. Se optou por desprezar, pontualmente, o princípio da *actio nata,* fê-lo porque podia. E como o artigo 487, §1º, da CLT projeta o período de aviso prévio indenizado no tempo de

serviço do empregado, não temos dúvida de que o biênio prescricional deve ser deflagrado apenas ao término do período de aviso prévio, inclusive na hipótese de o aviso prévio ser indenizado e integrado ao tempo de serviço. Assim se posicionou, não por acaso, o Tribunal Superior do Trabalho, através da orientação jurisprudencial n. 83 da sua Subseção I de Dissídios Individuais[cmxiv].

19.2.2 Assistência ao empregado demissionário. Empregado menor que se demite

O artigo 477, §1º, da CLT estatui que o pedido de demissão ou recibo de quitação, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, é válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho. Valentin Carrrion[cmxv] observa que a ausência dessa formalidade é mais grave no pedido de demissão do que no de pagamento, pois naquele primeiro caso "deseja-se preservar não só a autenticidade de manifestação havida como a data, e ainda afastar a ausência de pressões ou abuso sobre o estado de ânimo claudicante do empregado em virtude de algum revés momentâneo sofrido no ambiente de trabalho ou fora dele. Mesmo que se prove a autenticidade do pedido de demissão não homologado, prevalece o posterior arrependimento".

Com igual rigor, o Tribunal Superior do Trabalho tem invalidado o pedido de demissão sem a assistência por sindicato ou Ministério do Trabalho, após o primeiro ano do contrato. *Verbis:*

> VALIDADE DO INSTRUMENTO DE RESCISÃO – AUSÊNCIA DO SINDICATO. Consigna, expressamente, a norma do parágrafo primeiro, do artigo quatrocentos e setenta e sete, da CLT, que o pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço somente é válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho. Este preceito é tutelar e de ordem publica, a exemplo do artigo quinhentos, da CLT. Sem obediência às formalidades legalmente exigidas, a quitação apresenta-se carente de valor jurídico, não produzindo qualquer efeito legal. Neste compasso, torna-se insubsistente a compensação deferida pelo egrégio Tribunal Regional, entre as verbas pleiteadas e aquelas constantes do recibo de quitação firmado sem a presença do sindicato de classe. Recurso conhecido e provido.[cmxvi]

A assistência sindical ou ministerial é exigível nos casos em que o empregado conta mais de um ano, sustentando Valentin Carrion[cmxvii] que se integra, para esse efeito, o período de aviso prévio indenizado. Entendemos que essa posição só deve ser adotada se é incontroverso que houve dispensa do empregado. Se o empregado não completou um ano de emprego, pode demitir-se validamente e, se o fizer sem conceder antes o aviso prévio, pode ser descontado o salário do período de aviso prévio, mas sem integração desse período ao tempo de serviço.

Outra questão, invariavelmente tormentosa, é aquela que gravita em torno da possibilidade de o menor demitir-se do emprego, sem a assistência de seu

responsável legal, especialmente quando o faz antes de completar o primeiro ano de emprego. Mais uma vez, entendemos que não se reveste de validade o ato praticado por menor ao início e ao fim do contrato, sem a devida assistência. Extrai-se do artigo 439 da CLT que somente os atos de execução do contrato de emprego, não os de constituição ou desconstituição deste, podem se realizar sem a assistência do menor por seu responsável legal. A matéria não tem trato uniforme, contudo, pela jurisprudência trabalhista, como se pode notar ao exame de ementa relativa a julgamento da Primeira Turma do TST:

> MENOR - PEDIDO DE DEMISSÃO – VALIDADE. A validade do pedido de demissão apresentado por trabalhador menor de idade está condicionada à assistência de seu representante legal ao ato praticado. Revista conhecida e provida [cmxviii].

Em sentido contrário, pela validade do pedido de demissão firmado por menor não assistido, a decisão da Terceira Turma do TST:

> MENOR– PEDIDO DE DEMISSÃO – VALIDADE – ARTIGO QUATROCENTOS E TRINTA E NOVE DA CLT. O menor pode, validamente, pedir demissão sem assistência de seus responsáveis legais. O artigo quatrocentos e trinta e nove da CLT apenas veda a ele firmar recibo de quitação de indenização final, em decorrência de rescisão do contrato de trabalho. A possibilidade de anulação da demissão depende, portanto, da demonstração de vício de vontade, como previsto em lei. Recurso de revista desprovido” [cmxix].

A respeito das prestações devidas em cada hipótese de resilição contratual trataremos, adiante, no subitem relativo aos efeitos da cessação do contrato de emprego.

19.3 Resolução do contrato de emprego. Extinção normal. Justa causa

Ainda preferimos a enumeração das hipóteses de resolução contratual que era sugerida por Délio Maranhão[cmxx], em curso de sua única lavra. Ao menos quando incluía o renomado autor, entre os casos de resolução contratual, também aqueles que não dependiam de intervenção judicial. E esclarecia não ser a sentença desconstitutiva do Poder Judiciário da essência do ato resolutivo, pois, à semelhança do que previa o artigo 119, parágrafo único, do Código Civil de 1916, o artigo 474 do atual Código Civil também prevê que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial".

O importante é perceber que o vocábulo *resolver* não tem o significado, aqui, de indicar a solução para uma contenda, decidindo-a. Mas estaremos a tratar de fatos que, com ou sem intervenção judicial, *resolvem* o contrato de emprego porque o extinguem, desfazem-no, reduzem-no à inexistência, resguardando os direitos adquiridos e o eventual direito a perdas e danos.

Nesse sentido, os sujeitos do contrato de emprego não resolvem o contrato, mas se submetem à ação do fato resolutivo e dele se valem, para manifestar, através da dispensa por justa causa ou da declaração de *despedida indireta* pelo empregado, o seu interesse de pôr fim ao contrato de trabalho.

Superada essa digressão semântica, cabe notar que são basicamente dois os casos (que se repartem) de resolução do contrato de emprego:

a) A extinção normal do contrato em virtude de sua completa execução

b) A violação de obrigação contratual que atraia a incidência da cláusula resolutiva tácita

Sobre as parcelas resolutórias que são devidas em cada um dos casos, cabe examinar o subitem específico, logo adiante. Estudemos, antes, o modo como se realiza cada qual.

19.3.1 A resolução mediante extinção normal do contrato de emprego

O contrato de emprego somente se extingue *normalmente* quando está ele sujeito a condição resolutiva expressa ou termo final. O implemento da citada condição ou o advento do termo final, certo ou incerto, implica a extinção do contrato porque se o tem, então, como cumprido.

19.3.2 A justa causa – implemento da condição resolutiva tácita

A seu tempo, enaltecemos uma característica comum dos contratos bilaterais, que é a de conterem uma condição resolutiva tácita, ou seja, a possibilidade de um de seus sujeitos o ter por resolvido em razão da inadimplência do outro sujeito do contrato. É o que sucede no vínculo de emprego, sempre que o empregado ou o empregador age de modo a enquadrar sua conduta em uma das justas causas enumeradas nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente.

Discute-se, às vezes, sobre estarem todas as possíveis justas causas enclausuradas na CLT ou, em vez disso, se os dispositivos regentes da matéria seriam apenas enunciativos. A discussão se esvazia, porém, na medida em que se percebe o grau de generalidade dos dispositivos legais em questão – é rara a conduta socialmente reprovável ou contratualmente incompatível que não pode, afinal, subsumir-se em um dos citados tipos legais, que mais adiante serão, por nós, destrinçados.

Como quer que seja, a justa causa tem características que não podem ser olvidadas, quais sejam: a) a gravidade; b) a atualidade; c) a imediatidade.

A infração é *grave* se quebra a relação de confiança que deve existir entre empregado e empregador, tornando insuportável a manutenção do vínculo. Não há maior relevância no fato de a infração também se configurar, ou não, um delito civil ou mesmo penal. Sendo tal que não se possa exigir da parte inocente a mantença da fidúcia que é imanente à relação laboral, caracterizada estará a justa causa. Havendo a correlação entre o ato faltoso e a rotina de trabalho, com interferência, por exemplo, na imagem da empresa, na confiabilidade ou na harmonia da relação que a une à outra parte, configurado estará o ilícito trabalhista.

A conduta se afigura *atual* quando é recente, não tendo decorrido tempo bastante para que, em cada caso e sempre com apoio no princípio da razoabilidade, possa se inferir o *perdão tácito*. Segundo Evaristo de Moraes Filho[cmxxi], "a justa causa deve ser atual, isto é, contemporânea ao próprio ato de rescisão contratual. E isto tanto é verdadeiro para decisão do empregador, como para a do empregado". Doutrina e jurisprudência têm enfatizado, contudo, que o tempo despendido, pelo empregador, em sindicâncias internas ou investigações sérias, visando à certeza sobre a prática da conduta faltosa, sua dimensão e autoria, não desfigura a atualidade. Ao revés, convém que a

imputação de falta, com sequelas imprevisíveis, seja precedida de apuração e, sendo possível ou exigível por norma regulamentar ou coletiva, com a observância do contraditório. Um parêntese necessário: alguns laboralistas referem-se a *imediatidade* como sinônimo de *atualidade.*

O caráter da *imediatidade* ou *determinância* é constatado nos casos em que a falta e a ordem de dispensa, tratando-se de justa causa cometida por empregado, correlacionam-se diretamente. Sobrevindo a dispensa do empregado, a pretexto de ter o mesmo cometido ato de improbidade, mas verificando o empregador, após dispensá-lo, a inocorrência do aludido ato, não poderá perseverar na alegação de justa causa com base em outra conduta do empregado, ainda que estejam presentes, quanto a essa outra conduta, os demais pressupostos da justa causa. A relação de imediatidade é, aqui, etiológica, de causa e efeito imediato, não se confundindo com o pressuposto antevisto da atualidade.

19.3.2.1 A justa causa e a falta grave

Vários expoentes do direito do trabalho preferem não distinguir os conceitos *justa causa* e *falta grave.* Mas a distinção é útil, pois, como veremos no próximo tópico, existem casos de estabilidade que impedem a dissolução do contrato e a norma que os regula ressalva apenas a hipótese de o empregado perpetrar falta grave (não somente justa causa), apurada na forma da lei.

Segundo o artigo 494 da CLT, "constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado". Logo, a falta é de tal ordem se nela sobressai, mais que em outras, a gravidade (natureza grave), ou há, dela, uma inconveniente reiteração.

O modo de apurar essa justa causa mais grave ou repetida, a falta grave, é o inquérito judicial, facultando-se ao empregador suspender o empregado e ajuizar o citado inquérito no prazo decadencial de trinta dias, pois do contrário não poderá obter sentença que desconstitua o contrato de emprego. É um caso típico, como adiante se perceberá, de resolução contratual.

19.3.2.2 As justas causas atribuíveis aos empregados

Além do casuísmo previsto no artigo 482 da CLT, podemos referir outras condutas, igualmente previstas em lei ou referidas pela jurisprudência, que também se configuram justas causas cometidas por empregado. São exemplos a recusa de entregar a carteira de trabalho para a anotação pelo empregador, exigida pelo artigo 29 da CLT; a resistência de usar os equipamentos de proteção individual que neutralizam a insalubridade (artigo 191, II, conforme artigo 158, parágrafo único, ambos da CLT) e, até dezembro de 2010, a falta contumaz de pagamento, por bancário, de dívidas legalmente exigíveis (artigo 508 da CLT, revogado pela Lei 12.347/2010).

Mas as justas causas mais comumente alegadas são mesmo aquelas que se subsumem nas alíneas do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, cabendo esclarecer como os agentes do direito do trabalho vêm estreitando o significado de cada um desses tipos legais.

Nós nos pouparemos, entretanto, de tratar da justa causa referida no artigo 482, parágrafo único, da CLT, pois faz ele menção a ato atentatório à segurança nacional, em consonância com uma norma excepcional que já não tem eficácia, atendendo a circunstâncias históricas que não deixaram boa lembrança.

A) Ato de improbidade

Improbidade é expressão com significado muito abrangente, pois ímprobo é todo aquele que age em desacordo com a Moral. Na era da diversidade cultural, os preceitos morais não variam somente em razão de sua alta carga de subjetividade, mas também e sobremodo pela influência dos onipresentes meios de comunicação na interação entre comunidades ou culturas diferentes.

Atomizando esse virtual conflito, a jurisprudência tem associado a improbidade referida na alínea *a* do artigo 482 da CLT à conduta lesiva ao patrimônio do empregador ou de colegas de trabalho.

B) Incontinência de conduta ou mau procedimento

Incontinência de conduta denota especialmente, segundo a orientação jurisprudencial prevalecente, o desvio de comportamento sexual. É interessante notar, sob o escólio de Wagner Giglio[cmxxii], que a legislação consolidada referia-se a *improbidade ou incontinência de conduta*, como se essas expressões tivessem sentido aproximado. Mas a comissão de juristas que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho preferiram unir, em outra alínea e sem a intenção de estabelecer a sinonímia, a incontinência de conduta e o mau procedimento.

Mau procedimento é um conjunto de palavras que abarca um sentido novamente muito amplo, optando os doutrinadores por classificarem como tal "o comportamento incorreto do empregado, através da prática de atos que firam a discrição pessoal, as regras do bem viver, o respeito, o decoro e a paz; atos de impolidez, de grosseria, de falta de compostura, que ofendem a dignidade". Após se referir assim, Wagner Giglio[cmxxiii] assinala que, sendo vagas essas noções, "o mau procedimento faz as vezes de vala comum, no enquadramento dos atos faltosos: tudo que incompatibilize o empregado com o exercício de suas funções, tudo que autorize e justifique a dispensa – e não possa ser classificado como outra justa causa específica – é *encaixado* como mau procedimento". Com propriedade, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina Batalha de Rodrigues Netto[cmxxiv] rematam:

> Não é possível apurar-se a incontinência de conduta e o mau procedimento in abstrato, mas in concreto, atendendo-se às circunstâncias específicas e, sobretudo, à intenção de provocar perturbação, escândalo ou desrespeito à harmonia indispensável no ambiente de trabalho. Assinale-se que a incontinência e o mau procedimento devem apurar-se no ambiente de trabalho e não alhures. Pouco importa o comportamento do trabalhador fora do ambiente de trabalho, desde que aquele não tenha reflexos negativos neste. Nas zonas rurais, onde os trabalhadores se vinculam por relações de vizinhança, nas denominadas colônias, o comportamento do trabalhador pode ter reflexo no contexto familiar dos outros empregados que convivem no mesmo ambiente, e esta circunstância não pode escapar à atenção do julgador.

C) Negociação habitual

A *negociação habitual* é justa causa quando, segundo a dicção do artigo 482, *c*, da CLT, ocorre por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador, e quando constitui ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou é prejudicial ao serviço.

A *negociação* não é aqui compreendida como *ato de comércio*, pois, embora o dispositivo seja originário da legislação que cuidava de matéria mercantil[cmxxv], o vocábulo deve ser abrangente de todas as atividades do empregado que visam a obtenção de lucro[cmxxvi], sejam industriais, comerciais, rurais, de transporte etc.

Além disso, a caracterização dessa justa causa não prescinde da *habitualidade* e da *ausência de permissão*, expressa ou tácita[cmxxvii], do empregador.

Necessário é, igualmente, que a atividade do empregado seja *concorrente* com a do empregador (vendas avulsas de cosméticos quando se trabalha em loja do mesmo ramo; conserto de veículos ou equipamentos nos intervalos concedidos pela empregadora, porventura uma oficina que se dedica a essa atividade etc.) ou lhe seja *prejudicial* (ausência do empregado ao trabalho para se dedicar ao outro serviço[cmxxviii]), ainda que esse prejuízo seja virtual.

Não havendo *atividade que visa ao lucro*, *habitualidade*, *não autorização do empregador* e *concorrência* ou *prejudicialidade*, estará assegurada a liberdade de trabalho. Salva-se apenas a hipótese de a cláusula de exclusividade ser contratual e, portanto, vinculativa[cmxxix].

D) Condenação criminal

O artigo 482, *d*, da CLT prescreve a condenação criminal como uma espécie de justa causa, mas explicita que a sentença condenatória deve ter transitado em julgado e que essa justa causa estará desfigurada se houver concessão do *sursis*, vale dizer, da suspensão da execução da pena. O legislador não desprezou o fim social que é inerente à norma de direito penal, qual seja, a ressocialização do apenado. Em vez disso, teve em vista a impossibilidade de trabalho, dada a segregação do empregado pela Justiça Criminal. O que configura a condenação criminal como justa causa é, somente, a privação de liberdade, que impede a prestação laboral[cmxxx].

Assim, a pena restritiva de direito ou mesmo o benefício de prisão-albergue, que implica o recolhimento à prisão somente à noite, não autorizam a dispensa por justa causa[cmxxxi]. Quando é decretada a prisão preventiva do empregado, mas se o absolve ao final do processo-crime, inexiste condenação criminal com trânsito em julgado que lhe possa ser irrogada. Não há justa causa.

Nada obsta, porém, que o empregador enquadre a conduta do empregado, sendo o caso, como *ato de improbidade* ou *mau procedimento*, despedindo-o por justa causa, na hipótese de a condenação criminal não importar a aplicação de pena privativa de liberdade.

E) Desídia no desempenho das funções

Desídia é sinônimo de negligência, incúria, indolência. Implica desleixo, e não incapacidade ou imperícia. É justo que o empregador cobre do empregado, em situação de normalidade, uma quantidade de trabalho que corresponda à produção de um ser humano com as características desse seu empregado – consideremos a aptidão menor de um deficiente físico ou de um menor aprendiz – ou, regra geral, de um homem mediano.

O artigo 482, *e*, da CLT prevê, como justa causa, a desídia *no desempenho das funções*, pois não se deveria conceber que a negligência pudesse ser percebida na inação. Apesar disso, há doutrina e jurisprudência remansosas que enquadram a falta ao trabalho ou a impontualidade como manifestações de desídia, o que parece uma contradição em termos[cmxxxii].

Contudo, quando o empregado negligencia a sua obrigação de manter um ritmo razoável de trabalho, inviabilizando, assim, o regular funcionamento da engrenagem que depende de sua contribuição para produzir bens ou serviços, a sua desídia, mormente se contumaz, é conduta que se tipifica como justa causa e autoriza a dispensa.

F) Embriaguez habitual ou em serviço

São duas as situações que, segundo a expressão legal, devem-se distinguir: a *embriaguez costumeira* ou a *embriaguez em serviço*. A princípio, para a configuração da justa causa sob exame basta uma só manifestação de embriaguez durante o cumprimento da jornada de trabalho ou, em outras circunstâncias, a sucessiva turbação alcoólica fora do ambiente ou do tempo de trabalho. O torpor, que a ingestão desmesurada de álcool provoca, degenera o caráter do homem e o expõe à irrisão ou ao medo, à inércia ou à atividade motora desordenada, causando insegurança e apreensão que não são condizentes com a função social da empresa. É injusto, porém, que a lei dispense o mesmo tratamento para a embriaguez em serviço e para o alcoolismo, como se estivesse a cuidar de conduta voluntária e igualmente reprovável.

Voltaremos ao tema. Por ora, adiantamos que a embriaguez em serviço não se dá, necessariamente, no estabelecimento do empregador. Há empregados que prestam trabalho externo e, enquanto o fazem, a intoxicação alcoólica é causa de dispensa. Ademais, Wagner Giglio[cmxxxiii] pondera sobre o fenômeno da irradiação do estabelecimento, que pode ser considerado em casos de improbidade e também de embriaguez:

> Assim, será considerada como embriaguez em serviço não só a falta cometida à entrada do estabelecimento, nas circunstâncias apontadas, como a praticada durante o intervalo para descanso, ou para refeição, e a cometida no serviço externo, além das que, como é lógico, surgirem durante a jornada.

A embriaguez deve ser provada pelo empregador que a alega, à semelhança do que sucede com qualquer outra justa causa. Almeida Júnior, citado por Giglio[cmxxxiv], indica quatro meios para o diagnóstico da embriaguez, a saber: observação comum, exame clínico, teste e dosagem alcoólica. Todavia, o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de se embriagar ou de ingerir bebida que contém álcool, sob o risco de alcançar o estado de êxtase, é necessário, não se caracterizando justa causa a embriaguez fortuita ou involuntária, induzida, por exemplo, pelo desconhecimento sobre o teor inebriante da substância ingerida ou pela sua ingestão com fim medicinal.

Além disso, o texto da Consolidação das Leis do Trabalho está visivelmente desatualizado no tocante a outras substâncias tóxicas, diferentes do álcool. Não há razão para se restringir a justa causa ao consumo desregrado de bebida alcoólica, como observam Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha

Netto[cmxxxv]. Até porque estaria essa conduta (consumo de qualquer substância entorpecente em meio à jornada) subsumida, decerto, em outra das justas causas enumeradas no artigo 482 da CLT, o que tornaria anódina essa discussão.

Questão ainda controvertida é a relativa à embriaguez patológica, que é, para muitos, o mesmo que embriaguez habitual ou alcoolismo. Rodrigues Pinto[cmxxxvi] anota "um consistente alinhamento de juízes e tribunais do trabalho com a tese de que a embriaguez habitual (cuja denominação mais precisa é alcoolismo) não configura justa causa para despedida do empregado. A tese encontra respaldo nas áreas médica e sociológica, para as quais o alcoolismo é doença, conclusão que não pode deixar de refletir-se, necessariamente, no campo jurídico". O autor lembra que o alcoolismo é reconhecido como enfermidade pelo órgão competente da Organização Mundial de Saúde, inclusive com inscrição na Classificação Internacional de Doenças – CID[cmxxxvii].

Adotando-se tal entendimento, como nos parece seja adequado, necessário é rematar que o alcoólatra que se apresenta ébrio no local de trabalho, uma ou mais vezes, deve ser conduzido a tratamento de saúde, com direito a benefício previdenciário. Não pode ser dispensado por justa causa.

Entretanto, essa matéria sempre foi controvertida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como revelam as ementas das suas Terceira e Turmas do TST, dispostas aqui em ordem cronológica[cmxxxviii]:

> JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO. O alcoolismo é uma figura típica de falta grave do empregado ensejadora da justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Mesmo sendo uma doença de conseqüência muito grave para a sociedade é motivo de rescisão contratual porque a lei assim determina. O alcoolismo é um problema da alçada do Estado que deve assumir o cidadão doente, e não do empregador que não é obrigado a tolerar o empregado alcoólatra que, pela sua condição, pode estar vulnerável a acidentes de trabalho, problemas de convívio e insatisfatório desempenho de suas funções. Revista conhecida e desprovida.

Em sentido diametralmente contrário:

> [...] RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. Não se pode convalidar como inteiramente justa a despedida do empregado que havia trabalhado anos na empresa sem cometer a menor falta, só pelo fato de ele ter sido acometido pela doença do alcoolismo, ainda mais quando da leitura da decisão regional não se extrai que o autor tenha alguma vez comparecido embriagado no serviço. A matéria deveria ser tratada com maior cuidado científico, de modo que as empresas não demitissem o empregado doente, mas sim tentasse recuperá-lo, tendo em vista que para uma doença é necessário tratamento adequado e não punição. Revista parcialmente conhecida e parcialmente provida [...].

Ao que parece, tal discussão já foi mais acentuada no TST, pois parece emblemática e definitiva a decisão da Subseção I de Dissídios Individuais no sentido de enfatizar o aspecto patológico do alcoolismo, afastando de vez a validade da dispensa por justa causa em hipótese de embriaguez habitual. Assim decidiu a SBDI I:

> EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência o álcool (referência F- 10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. 2. O dramático quadro social advindo desse maldito vício impõe que se dê solução distinta daquela que imperava em 1943, quando passou a viger a letra fria e hoje caduca do art. 482, f, da CLT, no que tange à embriaguez habitual. 3. Por conseguinte, incumbe ao empregador, seja por motivos humanitários, seja porque lhe toca indeclinável responsabilidade social, ao invés de optar pela resolução do contrato de emprego, sempre que possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador dessa doença, a fim de que se submeta a tratamento médico visando a recuperá-lo. 4. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido para restabelecer o acórdão regional. [cmxxxix]

Não podia ser diferente, pois a reclamar do direito do trabalho uma atualização dogmática está o art. 4º, II, do Código Civil de 2002 a incluir, entre as pessoas relativamente incapazes, “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”.

G) Violação de segredo da empresa

O artigo 482, *g*, da CLT não exige a *divulgação*, bastando a *violação* de segredo da empresa, ou seja, o seu uso indevido, para a tipificação da conduta como justa causa. Nem mesmo trata de informação inacessível ao empregado, mas de segredo *do qual, por força do cargo, o empregado esteja de posse*, como rezava o Decreto 20.465, de 1931, a primeira norma a cuidar do tema[cmxl].

É exato afirmar, ainda, que a profanação de segredo *pessoal* do empregador não caracteriza a justa causa em foco, porquanto descaberia falar de segredo *da empresa*[cmxli] em tal hipótese.

Irrelevante, aliás, é que o segredo seja industrial ou relativo a estratégia comercial, por exemplo. Ao estudarmos o princípio da boa-fé, informante do direito do trabalho, percebemos a importância de empregado e empregador manterem uma relação de lealdade, que oportunize a harmonia das relações internas e o conseqüente sucesso da atividade empresarial, em benefício de todos que fazem a empresa ou consomem o seu produto final. Assim, comete justa causa o empregado que faz uso indevido de informação sigilosa da empresa, que a diferencia e viabiliza a sua participação no mercado, sobremodo competitivo.

É vedado ao empregador dispensar por justa causa, porém, o empregado que informar segredo da empresa por imposição de autoridade, seja esta uma autoridade administrativa, em meio a fiscalização ordenada por órgão estatal, ou um magistrado, que esteja a tomar seu depoimento após obter do tal empregado o compromisso de não calar a verdade[cmxlii].

H) Indisciplina ou insubordinação

Distinguem-se o ato de *indisciplina*, que pressupõe uma ordem genérica, destinada a uma coletividade de empregados, e o ato de *insubordinação*, pois insubordinado é o trabalhador que desatende a ordem que lhe é diretamente dirigida.

A indisciplina é uma manifestação de rebeldia contra o poder de organização, em que se investe o empregador quando edita normas regulamentares.

A insubordinação se revela como um momento de resistência contra o poder diretivo *stricto sensu*, ou seja, o poder de o empregador dizer em que será despendida a energia de trabalho do empregado. Se a ordem patronal exceder os limites do *jus variandi*, vale dizer, as condições de trabalho que integram a essência do contrato, a desobediência a esse comando não importará ato de insubordinação, mas sim o legítimo exercício do *jus resistentiae.*

I) Abandono de emprego

O abandono de emprego é justa causa que exige, para a sua caracterização, o *fato do abandono* e o *ânimo de abandonar.* Malgrado o ânimo seja irrelevante sem o fato precedente do abandono, somente a conjunção desses dois fatores autoriza a dispensa por justa causa.

O fato do abandono se configura mediante a ausência continuada, sem interrupção, ao trabalho. O trabalhador que costuma faltar ao serviço, de modo intermitente, pode estar cometendo alguma outra justa causa, mas não a do abandono de emprego.

Sobre o ânimo de abandonar, cabe esclarecer que quando o empregado falta ao trabalho, mas informa que assim age para atender a um compromisso familiar de alguma relevância, a sua falta pode não se justificar a ponto de ser abonada e, por isso, decerto serão descontados os dias de falta no cálculo do salário. Mas é claro que a justa causa não estará configurada, porque não estaria movido o empregado pelo interesse de se despojar, definitivamente, do emprego.

Há construção jurisprudencial no sentido de se presumir o elemento subjetivo – o desejo de abandonar o emprego – nos casos em que o empregado não se apresenta ao trabalho por mais de trinta dias, sem qualquer justificativa. Não é outra, aliás, a orientação contida na Súmula 32 do TST[cmxliii]. Todavia, o empregador pode obter elementos de convicção, que o certifiquem do ânimo de abandono, antes desse trintídio. Assim ocorre, por exemplo, quando o empregado inicia prestação de serviço em outra empresa.

Por parte do empregado, poderia ele comprovar que faltou continuadamente ao trabalho em razão de estar submetido a cárcere público ou privado, ou mesmo por estar doente e não ter como se comunicar com o empregador. A justa causa estaria desfigurada.

Igual raciocínio se desenvolveria nos casos em que o empregado estivesse em período de aviso prévio, com carga horária reduzida em vista da necessidade de obter outro posto de trabalho, e então deixasse de ir trabalhar, pois bem sucedido nessa procura por um novo emprego. Não haveria abandono de emprego, como está a recomendar a Súmula 73 do TST[cmxliv].

Às vezes, desenvolve-se, em processos judiciais, o confronto entre a tese patronal de abandono de emprego e a antítese, oposta pelo empregado, no sentido de que teria trabalhado além do período consentido pela defesa, sendo,

ao final, dispensado sem justa causa. A jurisprudência é exigente, nesse caso, pois atribui ao empregador o ônus de provar não apenas o abandono, mas também a cessação do trabalho. Elucida a Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Enfim, vale ressaltar que nada justifica a prática de se solicitar o retorno ao emprego através de jornais, em anúncios caros e evidentemente inacessíveis à grande massa de trabalhadores. O uso é inócuo, não atende a exigência legal e se mostra, ainda, incompatível com o atual estágio dos meios de comunicação, que permite interagir com o empregado por via postal, telefone ou correio eletrônico, por exemplo. Ademais, a obrigação de comparecer ao trabalho é do empregado, não estando ela condicionada ao convite do empregador.

J) Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas

A norma penal prescreve penas intimidativas contra as condutas que o legislador reputa socialmente reprováveis. Extraem-se, dentre estas, as condutas difamatórias ou somente injuriosas, que consistem, respectivamente, em atribuir a outrem a prática de ato não capitulado como crime e em irrogar atributo ou qualidade ofensiva, em detrimento das regras de civilidade. A ninguém é permitido o comentário, falso ou verdadeiro, sobre atos que de outros desaprova, nem a adjetivação desairosa, pois o bem jurídico resguardado pela norma penal é a honra, a reputação, a imagem das pessoas em seu meio social.

Tanto assim que a lei admite a exceção da verdade somente nos casos em que a ofensa irrogada é alusiva a fato tipificado como crime – se a ação penal pode ser manejada pelo Ministério Público – ou é relativa ao exercício pelo funcionário público de suas funções, já que nesses casos há interesse do Estado em ser informado do delito e, munido dessa informação, cabe ao órgão estatal deduzir a pretensão punitiva. Em outras hipóteses de difamação ou mesmo de injúria, o ofensor é passível de ação penal independentemente da veracidade de sua ofensa.

O artigo 482, *j*, da CLT capitula como justa causa a ação difamatória ou injuriosa, bem como a ofensa física, cometidas pelo empregado *em serviço*, contra qualquer pessoa. Quando a ofensa verbal ou física é dirigida ao empregador ou superiores hierárquicos, configura-se a justa causa mesmo que não ocorra em serviço, consoante estatui o artigo 482, *k*, da mesma Consolidação das Leis do Trabalho.

Estamos a tratar da justa causa que se realiza através da difamação ou da injúria. Mas, ao que se nota, também a calúnia – imputação de crime – é ato que configura justa causa, salvo se o empregado obtiver, em juízo penal ou mesmo trabalhista, a oportunidade de provar a veracidade de sua afirmação. É que o cometimento de crime, consoante sobrevisto, deve mesmo ser delatado, mas essa delação exige seriedade e disposição de provar a sua veracidade.

Sobre a ofensa física, o dispositivo legal sob exame ressalva a possibilidade de ela se dar em legítima defesa, que é a excludente de ilicitude em que se enquadra quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem[cmxlv]. A lei que deu origem à alínea ora analisada era de 1935 e, segundo Giglio, reproduzira decreto de 1931. O nosso Código Penal é de 1940, com alteração de sua parte geral em

1984. É possível que isso justifique o fato de citado dispositivo da CLT não fazer referência a outras causas excludentes de antijuridicidade, sejam as legais – estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal –, sejam as extralegais, como se apresentam os casos em que a ação, em suas circunstâncias, não se contamina de reprovabilidade social.

Ao que entendemos, a retorsão imediata, ou seja, a resposta desrespeitosa do empregado após a provocação do empregador, que também lhe atingiu a honra pessoal ou estritamente profissional, não pode ser tratada como justa causa, salvo se o empregado se excedeu ao redarguir a ofensa que lhe foi dirigida[cmxlvi]. Seria razoável a compreensão de que, em tal hipótese de excesso verbal, haveria culpa recíproca, reduzindo-se à metade a indenização de aviso prévio, férias e 13º salário proporcionais[cmxlvii].

Quanto à retratação, reza a norma penal que é ela excludente de punibilidade. Mas, a princípio, não há reflexo da retratação do empregado na seara trabalhista, ante a natural dificuldade de se restabelecer a harmonia e o mesmo grau de fidúcia, no ambiente empresarial, após a ofensa verbal inviabilizar o trato civilizado e o exercício do poder diretivo pelo empregador[cmxlviii].

K) Prática constante de jogos de azar

A Lei das Contravenções Penais (artigo 50, §3º) tipifica como jogo de azar aquele em que o ganho e a perda dependem exclusivamente ou principalmente da sorte; as apostas sobre corridas de cavalo, fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; as apostas sobre qualquer outra competição esportiva. Pode-se reparar uma clara preocupação do legislador de proscrever, mais que outros jogos, as apostas, em que a sorte é a única determinante do resultado. O futebol e tênis de quadra são, portanto e *exempli gratia*, modalidades esportivas cuja prática não põe em risco o emprego.

Há, ainda, a ressalva de que, nas corridas de cavalo, a aposta (costumeira) do jogador somente se enquadra como justa causa se não acontecer em local onde sejam autorizadas. *Mutatis mutandis*, a prática de apostar em loterias oficiais, porque lícita, não justifica a despedida do empregado.

É necessário, de igual modo, que o empregado tenha a finalidade de *apostar*, ou seja, arriscar algum dinheiro ou bem no sucesso daquele que mereceu sua indicação, ou dele próprio, com o objetivo de obter retorno mais rendoso. Está implícito na definição legal de jogo de azar esse pressuposto, o intuito de lucro[cmxlix]. Se a atividade é apenas lúdica ou prazerosa, a sua constância deve ser estimulada, não havendo justa causa.

Quando a norma exige *prática constante*, não está, segundo Wagner Giglio[cml], a referir o jogador *viciado*. O autor argumenta:

> Equiparar a prática constante ao vício não esclarece o significado da expressão legal, mas apenas transfere o problema: que é vício? Seria o costume, o hábito, a simples repetição da atividade? Ou seria o comportamento patológico, aquele apelo interior psicologicamente irresistível, aquela atração invencível pelo jogo? Evidentemente o viciado, no sentido patológico do termo, incide na falta, em estudo, mas não só ele. É suficiente, para configurar a infração, que o empregado tenha o hábito arraigado do jogo, que a ele se dedique reiteradamente, como um costume que já faz parte de seu comportamento em sociedade.

Por fim, Giglio enfatiza que a gravidade da falta varia em razão do cargo em que o empregado está investido, pois é mais grave na proporção em que ele exerce função de maior confiança, dada a potencial influência do jogo ou aposta na formação ou desvirtuamento do caráter. Se o empregado exerce função não especializada, sendo um servente ou um trabalhador braçal, decerto que a quebra da relação fiduciária, imprescindível à configuração da justa causa, não se apresenta.

19.3.2.3 As justas causas atribuíveis aos empregadores

Está visto que os contratos bilaterais se resolvem quando uma das partes negligencia alguma de suas obrigações e a parte inocente opta, então, por considerar terminado o vínculo. Contra o empregador se pode ativar, igualmente, a cláusula resolutória tácita, presente assim no contrato de emprego, sempre que ele viola qualquer de suas obrigações, seja a de remunerar o trabalho, seja a de tratar o empregado com urbanidade e respeito ou qualquer outra prestação que integre o conteúdo do contrato.

O artigo 483 da CLT enumera as justas causas que podem ser cometidas pelo empregador e a experiência jurídica, como a prática forense, intitulam-nas como casos de *rescisão indireta* ou *despedida indireta,* numa imprecisão terminológica que se justifica pela tentativa de enaltecer o fato de essas justas causas do empregador surtirem os mesmos efeitos financeiros da dispensa sem justa causa e, não raro, disfarçarem mesmo o interesse de livrar-se do trabalhador sem o despedir com todas as palavras.

Sendo essa a orientação jurisprudencial que prevalecia, ao artigo 487 da CLT foi acrescido, há algum tempo, o parágrafo quarto, prevendo que é devido o aviso prévio na despedida indireta. Em verdade, essa norma se reveste de caráter atípico porque o aviso prévio é, como já estudado, um instituto que se coaduna com a denúncia vazia de contratos por tempo indeterminado. A resolução por justa causa se concretiza através de denúncia cheia – com a qual seria, a princípio, incompatível o aviso prévio. Mas o legislador apenas deu vazão ao que a jurisprudência trabalhista tinha consagrado: o aviso prévio é devido na despedida indireta para que o empregador não se beneficie de sua torpeza, ao induzir o empregado a postular a resolução do contrato, perseguindo-o dissimuladamente, sem o despedir.

O ônus, que recai sobre o empregado, de provar o descumprimento do conteúdo do contrato pelo empregador, é, às vezes, dificultoso. Nem sempre o empregado está apto a provar que o seu empregador incorreu em uma das faltas capituladas no artigo 483 da CLT. Há, inclusive, dois casos, entre os referidos nesse dispositivo consolidado, em que o trabalhador pode, sem se afastar do emprego, ajuizar ação trabalhista, visando à declaração judicial de que o contrato se resolveu. Como veremos, o artigo 483, §3º, da CLT, autoriza o empregado a continuar trabalhando quando propõe reclamação trabalhista com base nas suas alíneas *d* e *g*[cmli]. Se mal sucedido na tentativa de provar que o empregador

cometeu justa causa, o empregado teria, nesses casos, preservado o seu vínculo laboral.

Questão interessante é a que concerne à atualidade da falta cometida pelo empregador, pois o empregado se submete, muita vez, a infração patronal por tempo continuado. Por algum tempo, percebeu-se forte corrente jurisprudencial no sentido de não se configurar a justa causa do empregador o fato de este descumprir por longo tempo, contando com a aparente tolerância do trabalhador, uma regra qualquer legal ou contratual. Haveria perdão tácito porque ausente a atualidade da falta quando finalmente fosse provocado o Poder Judiciário. Essa linha de pensamento desprezava a nuance de o *perdão tácito* ser de muito difícil aplicação contra o empregado, pois abstrai da sua hipossuficiência econômica, ou seja, da necessidade imediata que o trabalhador tem de manter a fonte de seu sustento e acomodar-se, assim, ante a lesão que lhe atinge e se protrai no tempo. Ao que parece, a jurisprudência atual revela-se atenta a esse aspecto da realidade vivida pelo empregado[cmlii].

Analisemos, então, cada uma das justas causas atribuíveis ao empregador.

A) Serviços superiores às forças do empregado

O artigo 483, *a*, da CLT prevê, como justa causa cometida pelo empregador, a exigência de *serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato.* Não parece fazer sentido, portanto, a discussão doutrinária sobre a norma estar referindo apenas a força física, pois se estaria, talvez sem o propósito, a discriminar o trabalho intelectual, mais comum agora, no mundo da automação, que antes.

Vale dizer, não pode ser cobrado trabalho além da energia intelectual suportável, pois o contrário significaria, tal como sucede quando a força física é cobrada em excesso, permitir e, mais que isso, prestigiar o trabalho estressante e desumano. Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto [cmliii] lembram que também as exigências afetas à ergonomia do trabalho, como aquelas contidas em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho a propósito do assento que assegure postura correta ao trabalhador, devem ser observadas pelo empregador, sob pena de estar ele a cobrar labor que extravasa os limites da força física.

Por igual, o serviço vedado por lei, pela moral ou pelo contrato não pode ser cobrado, sob pena de essa cobrança ou seu atendimento implicar a justa causa sob exame. A expressão *vedado por lei* é compreendida, às vezes e sem prejuízo para a eficácia da sanção jurídica, como a fazer alusão, estritamente, ao trabalho proibido por lei penal. A extrapolação indevida da jornada de oito horas ou o trabalho noturno, insalubre ou perigoso por menores de dezoito anos (artigo 7º, XXXIII, da Constituição), que são exemplos de infração trabalhista, enquadrar-se-iam, segundo Giglio [cmliv], como serviço vedado pelo contrato (alínea *d* do art. 483 da CLT), assim se sustentando numa óbvia referência ao conteúdo imperativo do contrato de emprego. Muda-se apenas o enquadramento na lei: em vez de fundar-se na exigência de trabalho ilegal, a rescisão indireta se amoldaria à vulneração do contrato.

É, enfim, agressivo aos bons costumes o trabalho que se desenvolve em detrimento da moral objetivada na sociedade ou das regras de trato social. Excedendo esses limites, o empregador se sujeita a ação movida pelo empregado, com vistas à declaração de justa causa patronal.

B) Rigor excessivo

Bem entendido, o empregador comete justa causa quando o empregado é tratado, por ele ou por outro superior hierárquico, com excesso de rigor. Sobreleva, nesse ponto, a dignidade da pessoa, vale dizer, do empregado contra o qual se dirige a ordem de serviço. A consciência humana não tolera mais a existência de escravos nem feitores, e as relações sociais devem ter, hoje, a característica da civilidade. Nesse passo, percebe-se, também, como se alarga o conteúdo do contrato de trabalho, pois a configuração de qualquer conduta como justa causa importa a inserção da conduta inversa no rol de prestações devidas pelo empregador.

O tema *rigor excessivo* é normalmente associado ao modo deseducado como o trabalhador é tratado. Mas a jurisprudência vem enriquecendo essa discussão, não raro decidindo-se pelo rigor excessivo em casos de submissão do empregado a revista abusiva [cmlv] e, entendemos nós, vulnera os limites do trato civilizado o empregador que passa, em determinado momento do liame laboral, a não mais dar ordens de serviço ao empregado, com o intuito maldisfarçado de persegui-lo ou vexá-lo ante a presença incômoda de colegas que o veem submetido assim ao constrangimento de ser confundido com um homem afeito à vadiagem, em detrimento do valor social do trabalho.

C) Perigo manifesto de mal considerável

Há *perigo* quando a saúde ou a incolumidade física do empregado está ameaçada. A justa causa se configura se o perigo é *manifesto*, dele não surgindo dúvida.

Reproduzindo lição de Dorval de Lacerda, observa Valentin Carrion[cmlvi] que, como *mal considerável*, devem se enquadrar "não os riscos naturais da profissão, mas os anormais, em virtude da não-adoção pelo empregador de medidas geralmente utilizadas ou de normas de higiene e segurança do trabalho". No mesmo sentido, Wagner Giglio[cmlvii] anota:

> Qualquer trabalho oferece riscos, por mínimos que sejam. A execução de serviços ao sol pode avermelhar a pele; na chuva, pode causar um resfriado. Não são esses pequenos inconvenientes que preocuparam o legislador, mas os males consideráveis, no sentido de ponderáveis, relevantes, importantes, de vulto.

É evidente que os exemplos, mencionados pelos laboralistas acima nominados, são apenas ilustrativos. O trabalho a céu aberto, dando-se por tempo demasiado, expõe o empregado a doenças de pele extremamente graves, como informam os mais recentes estudos médicos. Portanto, há, nele, *mal considerável*, sem interferência do fato de inexistir, segundo o item I da orientação jurisprudencial n. 173 da SDI 1 do TST, previsão legal para assegurar, em tal hipótese, o direito ao adicional de insalubridade[cmlviii].

D) Não cumprimento de obrigações do contrato

Ao analisarmos a alínea *a* do artigo 483 da CLT, vimos que se dá, ali, alusão a justa causa que se configura quando são exigidos serviços alheios ao contrato. Por sua vez, a alínea *d*, ora em estudo, refere-se à violação de cláusulas contratuais, não mais à exigência de trabalho que extrapole o conteúdo destas.

Cuida-se, aqui, de uma das duas hipóteses em que o empregado pode continuar trabalhando para o empregador, mesmo depois de requerer que a Justiça do Trabalho declare a resolução do vínculo, pelo cometimento de justa causa. Essa faculdade lhe é assegurada pelo artigo 483, §3º, da CLT, e tende a jurisprudência a deferir, sendo o caso, salários e indenizações até o último dia de trabalho, ainda que o último dia de trabalho aconteça após a propositura da ação trabalhista.

Conforme nos referimos ao introduzirmos o estudo das justas causas praticadas pelo empregador, há algum dissenso doutrinário sobre configurar-se a rescisão indireta quando o empregador descumpre obrigações impostas por lei, como férias e FGTS. Preconiza-se, não raro, que se indefira, nesses casos, a resolução do contrato, a pretexto de a prestação descumprida poder ser ordenada mediante sentença judicial. Como posição intermediária, poderia citar-se a de que o princípio, a nortear a decisão nesses conflitos, deveria ser sempre o da razoabilidade, como se infere de excerto da obra de Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto[cmlix]:

> Ao juiz caberá a análise das circunstâncias para verificar até que ponto o descumprimento das obrigações possa comportar reparação por meio de reclamação e a partir de que ponto se justifica a rescisão indireta pela insuportabilidade do descumprimento contratual e o prejuízo para a subsistência do trabalhador e de sua família.

Também a jurisprudência deu coro, até certo tempo, à ideia de que haveria perdão tácito do trabalhador que resignadamente suportasse a violação da lei trabalhista pelo seu empregador, sem o interpelar perante as cortes judiciais. Recusamos, contudo, essa vertente jurisprudencial, pois a sua absorção poderia traduzir-se, por exemplo, em uma postura transigente do Poder Judiciário nos casos em que o empregador transgredisse a sua obrigação (principal) de pagar o salário, sendo este o salário mínimo.

É antiga, a esse propósito, a orientação contida na Súmula 13 do Tribunal Superior do Trabalho: “O só pagamento dos salários atrasados em audiência não elide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho”. Estamos convencidos, em verdade, de que é forte a jurisprudência atual noutra direção,

como se pode colher dos seguintes precedentes:

> RESCISÃO INDIRETA. IMEDIATIDADE DA REAÇÃO DO EMPREGADO. A anotação da CTPS e o recolhimento do FGTS decorrem de obrigação legal do empregador, pelo que se configurou o ato faltoso, como relatado pelo Regional. Embora o Reclamante não tenha se insurgido de forma imediata, deixando transcorrer tempo razoável entre o inadimplemento e o momento de promover a resilição do contrato de trabalho, não é aplicável à espécie o princípio da imediatidade, aplicado ao empregador, pois trata-se de hipótese diversa. Na hipótese, deve aplicar-se o princípio da hipossuficiência, porque o empregado é obrigado a submeter-se a certas condições, por um período de tempo, ainda que lhe provoquem prejuízo, com o objetivo único de preservar seu posto de trabalho. Recurso de Revista conhecido e provido (TST, 2ª Turma, RR-2.045/2001-067-02-00.5, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 6/3/2009)
>
> RECURSO DE REVISTA - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - IMEDIATIDADE. A ausência de imediatidade entre a falta cometida pelo empregador e a irresignação da reclamante, materializada na interposição de ação com pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho, quando transcorridos mais de dois anos da data de início das irregularidades implementadas, não constitui óbice ao reconhecimento de falta grave praticada pelo empregador (art. 483, -d- e § 3º, da CLT), em face da necessidade premente de manutenção do contrato de emprego, imprescindível ao sustento da empregada e de sua família. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 1ª Turma, RR-328/2002-010-04-00.1, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 26/9/2008)
>
> RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. PAGAMENTO DE SALÁRIO EXTRAFOLHA. IMEDIATIDADE. Conquanto a imediatidade da reação do empregado ao descumprimento do contrato pelo empregador seja fator de relevância a ser observado, no âmbito do Direito do Trabalho, importa considerar-se que o artigo 483 da CLT não a impõe como condição sine qua non à caracterização da rescisão indireta. Com efeito, as normas do Direito do Trabalho regem-se pelo princípio da proteção ao hipossuficiente, estando presente naquele dispositivo consolidado a intenção do legislador por garantir ao empregado a interrupção de suas atividades com direito à indenização, ainda que já decorrido lapso considerável de tempo, levando-se em conta sua condição reconhecidamente vulnerável ante o empregador que não cumpre suas obrigações contratuais e legais. Recurso de revista conhecido e desprovido (TST, 2ª Turma, RR-467/2002-042-12-00.6, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 19/9/2008).

E) Ato lesivo da honra ou boa fama. Ofensas físicas

Aplicam-se, quanto à justa causa prevista na alínea *e* do artigo 483 da CLT, os conceitos já examinados ao tempo em que estudamos a justa causa de igual natureza, cometida pelo empregado. Bem assim no tocante às ofensas físicas.

Mas duas observações são importantes. É que a ofensa física do empregador ou de seu preposto se configura justa causa se perpetradas contra o empregado, salvo em legítima defesa. Já a ofensa verbal pode ser dirigida ao empregado ou mesmo a pessoa de sua família, caracterizando-se, em ambos os casos, a justa causa sob análise.

A segunda observação é atinente ao assédio sexual, que pode ocorrer por intimidação ou chantagem. Consumando-se através de conduta permeada de insinuações sobre a possibilidade de favores sexuais, subsume-se na justa causa alusiva aos atos atentatórios à honra do empregado ou, como é mais comum, à honra ou reputação da empregada. Assiste razão, porém, a Alice Monteiro de Barros[cmlx], ao sustentar:

> A legislação e a jurisprudência têm destacado como elemento essencial do assédio sexual que o comportamento seja incômodo e que seja repelido. Logo, só o repúdio manifesto a uma solicitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva pode justificar uma ação judicial, e não um simples galanteio, um elogio acompanhado de certas sutilezas comuns entre os povos, principalmente latinos, e às vezes até provocados pela pseudo vítima. Em conseqüência, o fato de o assédio sexual partir de pessoas que já tiveram um relacionamento afetivo pode impedir o êxito de uma ação judicial, dada a dificuldade de se desincumbir do ônus da prova.

Alguns autores e juízes preferem, contudo, enquadrar o assédio sexual cometido por empregador ou preposto deste como perigo manifesto de mal considerável[cmlxi]. O fundamento legal é irrelevante, pois são os mesmos os efeitos e, afinal, se o empregado não promover o enquadramento legal que agrade à compreensão do magistrado, poderá ele, ao decidir, emprestar à falta a subsunção adequada com esteio no princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*).

F) Redução do trabalho remunerado por peça ou tarefa

A justa causa referida na alínea *g* do artigo 483 da CLT é concernente a um modo disfarçado de reduzir o salário do empregado, aproveitando-se do fato de ele receber salário variável. De justa causa se cogita quando o empregador passa a cobrar do empregado uma quantidade menor de trabalho, com o objetivo, certamente dissimulado, de reduzir o seu ganho salarial e, assim, induzi-lo a deixar o emprego.

A lei previne tal conflito, assegurando logo ao empregado o direito de postular, em tais circunstâncias, a declaração judicial de que se está a processar a sua despedida indireta.

É certo, ainda, que o dispositivo sob análise faz referência apenas ao trabalhador que recebe por peça ou tarefa. Mas também se aplica, por integração analógica, a outros trabalhadores que vencem salário por unidade de obra ou serviço, a exemplo de vendedores que percebem apenas comissão. Vez ou outra, a jurisprudência[cmlxii] adota o dispositivo legal, que ora examinamos, como fundamento para a resolução dos contratos de emprego em que o trabalhador é mantido em constrangedora ociosidade. Como já antecipamos, parece-nos mais adequado, no plano semântico, tratar o fato como a caracterizar o rigor excessivo, malgrado a controvérsia seja, em verdade, irrelevante, ante a coincidência de efeitos jurídicos.

19.3.2.4 A culpa recíproca

O artigo 484 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve que, “havendo culpa recíproca, no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal do trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade”. A indenização referida nesse artigo de lei é a do artigo 478 da CLT, devida aos empregados que, antes da Constituição de 1988, não optavam pelo regime do FGTS. Logo, cuida-se de situação residual, pois são bem raros esses empregados.

Entretanto, o instituto da culpa recíproca continua atual, dada a possibilidade de o juiz do trabalho [cmlxiii] perceber, ao enfrentar um caso concreto, que empregado e empregador agiram mediante condutas igualmente graves e contemporâneas (não necessariamente simultâneas), de modo a tornar insustentável a preservação do emprego.

É comum ocorrer de uma das condutas ser a causa da conduta adversa, como na troca de ofensas físicas ou verbais, quando o comportamento de ambos os contendores se mostra estranho às regras de civilidade. Sucedendo, ao revés, a retorsão imediata e sem excesso verbal, ou a legítima defesa, decerto que não há culpa recíproca, mas o cometimento de justa causa pelo primeiro agressor.

Há casos em que se conclui pela culpa recíproca quando o empregado reage, imoderadamente, a uma conduta patronal que viola lei ou contrato e se protrai no tempo, a exemplo de uma agressão verbal ou física do trabalhador provocada por mora salarial. Assistimos a julgamento, faz vários anos, no qual foi declarada a culpa recíproca em caso de acidente provocado por empregado que, ao conduzir de modo imprudente o veículo do empregador após ingerir bebida alcoólica, causou acidente, revelando-se a culpa recíproca pelo fato de se ter exigido desse empregado o trabalho em meio ao Carnaval, já se encontrando ele animado pela folia momesca quando foi surpreendentemente chamado a trabalhar.

A culpa recíproca é importante pelos efeitos jurídicos que dela advêm. O artigo 18, §2o, da Lei 8.036, de 1990, reduz a 20% a indenização que é devida, nesse caso, sobre os depósitos do FGTS. Por sua vez, a Súmula 14 do TST orienta:

> Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinqüenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

19.3.2.5 Justa causa do empregado doméstico

Uma certa perplexidade aturdia os agentes do direito do trabalho nas ocasiões em que instados a refletir sobre o empregado doméstico ser passível de dispensa por justa causa, pois o artigo 7º, *a*, da CLT excluía a aplicação da norma consolidada em favor – ou contra – essa categoria de trabalhadores. Isso não obstante, é regra geral de direito a resolução dos contratos bilaterais quando um de seus sujeitos negligencia o cumprimento de uma de suas cláusulas e isso inviabiliza a manutenção do vínculo.

A Lei 10.208, de 2001, acresceu à Lei 5.859, de 1972, que regula o emprego doméstico, o artigo 6º, §2º: "Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei as hipóteses previstas no art. 482, com exceção das alíneas c e g e de seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho".

Assim, o empregado doméstico pode ser dispensado por justa causa, desde que a sua conduta, sendo grave, atual e determinante, enquadre-se nas alíneas do artigo 482 da CLT que proscrevem ato de improbidade, incontinência de conduta ou mau procedimento, condenação criminal que implique encarceramento, desídia no desempenho das funções, embriaguez habitual[cmlxiv] ou em serviço, ato de indisciplina, ato de insubordinação ou abandono de emprego.

19.3.2.6 A resolução do contrato de empregado público

Como se pode observar no capítulo reservado aos empregados, no subitem dedicado aos empregados públicos, os servidores públicos regidos pela CLT são aqueles que prestam trabalho para sociedades de economia mista e empresas públicas. São também empregados públicos, residualmente, os servidores contratados pelo regime da CLT antes de o Supremo Tribunal Federal restabelecer o regime jurídico único (art. 39 da Constituição).

Antes de o STF assim decidir, os empregos públicos que surgiram em razão da quebra, pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998 (A Reforma Administrativa), da unicidade do regime jurídico, observaram, no âmbito da União, os preceitos da Lei 9.962, de 2000, segundo a qual a administração não pode dispensar o empregado público com a mesma discricionariedade que é assegurada ao empregador privado, uma vez que o art. 3º da citada Lei 9.962, de 2000, estabelece, em consonância com o princípio da motivação e em *numerus clausus* [cmlxv], as situações de fato que justificam a despedida:

a) *Falta grave*, conforme art. 482 da CLT. A lei usa, ao que parece, de imprecisão terminológica, porquanto esteja a tratar de resolução contratual que depende de ato unilateral da Administração e a expressão *falta grave* é usada, pela legislação trabalhista, para referir as justas causas cuja repetição e gravidade justifiquem a resolução do contrato de empregados estáveis pela Justiça do Trabalho, mediante inquérito judicial[cmlxvi].

b) *Acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas*. A lei está a cuidar da acumulação vedada pelo art. 37, XVI e XVII, da Constituição.

c) *Necessidade de redução de quadro de pessoal*, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal (Lei Complementar 101/2000, art. 23). O §3º, II, do artigo 169 da CF prevê que o segundo procedimento para a redução do quadro de pessoal (após a redução dos cargos em comissão e funções de confiança)

é a exoneração dos *servidores não estáveis.* Sendo insuficiente, exonerar-se-ão os servidores estáveis investidos em *cargos* (§4º), já agora mediante indenização.

d) *Insuficiência de desempenho*, apurado em procedimento sumário, cabendo um recurso para chefe imediato, com efeito suspensivo e prazo de trinta dias para apreciação, desde que haja *o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas* (art. 3º, IV, da Lei 9962, de 2000). O servidor investido em *cargo* público tem proteção maior, assegurada em lei complementar (art. 41 da Constituição).

A mesma Reforma Administrativa (EC 19/1998) alterou a redação do art. 41 da Constituição e, nesse ponto, a mudança interessa ao estudo da resolução do contrato entre a administração e os seus servidores. É que, antes, o mencionado art. 41 previa: "são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público". Àquele tempo, o STF entendia: "A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores"[cmlxvii].

Na mesma linha, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou a sua jurisprudência, que mais adiante se cristalizou na Súmula 390:

> Súmula 390 do TST:
>
> I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.
>
> II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Contudo, a regra mudou. Após a Emenda Constitucional n. 19/1998, o art. 41 da Constituição passou a estar assim redigido: "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público". O preceito não mais se refere, genericamente, aos servidores, mas assegura estabilidade somente aos servidores investidos em cargo público, ou seja, sujeitos ao regime estatutário[cmlxviii].

Não demorou para que os estudiosos de direito administrativo discorressem sobre a mudança, que retirava a estabilidade dos servidores públicos celetistas,

assim se manifestando, entre outros, Bandeira de Mello[cmlxix] e Lopes Meirelles, este a sustentar que os empregados públicos, "não ocupando cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos, sendo obrigatoriamente enquadrados no regime geral de previdência social, a exemplo dos titulares de cargo em comissão ou temporário"[cmlxx].

Seguindo a mesma trilha, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema e, ao fazê-lo, distinguiu os empregados públicos admitidos antes da EC 19, para os quais a estabilidade após o segundo ano de contrato converteu-se em direito adquirido, daqueles que, sendo admitidos após a mudança, não adquiriam mais a estabilidade[cmlxxi].

Outra questão é aquela alusiva à estabilidade dos empregados públicos que o são porque admitidos nos quadros das sociedades de economia mista e empresas públicas. Eles realmente não têm estabilidade e assim o STF[cmlxxii], como também o TST (por meio da jurisprudência consolidada na Súmula 390, II[cmlxxiii]), sempre entenderam.

O que nos parece susceptível a crítica, respeitosamente, é a orientação jurisprudencial, aparentemente inabalável, no sentido de que esses servidores públicos celetistas, os quais são investidos mediante concurso em empregos oferecidos pelas sociedades de economia mista e empresas públicas, possam ser dispensados sem qualquer motivação. É o que pensa o STF[cmlxxiv] e, nessa mesma linha, o TST editou a orientação jurisprudencial n. 247 da SBDI 1:

> SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.
>
> I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
>
> II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

O fundamento para a licença de despedir imotivadamente, que se outorga a esses entes da administração pública indireta, é a circunstância de o art. 173, §1º, II da Constituição atribuir-lhes a "sujeição ao regime jurídico próprio das

empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

A primeira observação contrária a essa vertente jurisprudencial que desafortunadamente tem prevalecido é o aspecto de o princípio da motivação não estar necessariamente atrelado à estabilidade do art. 41 da Constituição. A motivação dos atos administrativos – dentre eles se incluindo o ato de despedir um servidor público celetista – tem como suporte os princípios consagrados no art. 37 da Constituição, especialmente o postulado da legalidade[cmlxxv], pois não é possível certificar-se que o ato administrativo é legal e atende à moralidade pública e à impessoalidade se ele não contém a indicação do motivo que lhe rende ensejo.

A observação derradeira, a propósito do tema, é a aparente impropriedade de se reportar a jurisprudência a dispositivo constitucional (art. 173, §1º, II[cmlxxvi]) que não protege a administração pública de quem quer que seja, menos ainda a exonera da obrigação de tratar seus servidores com dignidade, porquanto a preocupação foi outra e de natureza estranha à relação de emprego: a intenção do constituinte foi claramente a de não permitir que o Estado interviesse na economia, exercendo atividade produtiva em regime de concorrência, sem submeter-se às regras de direito civil, trabalhista e tributário exigidas das empresas privadas concorrentes. O intento do poder constituinte foi o de onerar convenientemente a administração pública, salvaguardando os interesses do livre mercado. Não foi, claramente, o de desonerá-la de qualquer obrigação que lhe fosse imanente.

Quando se permite que os entes paraestatais dispensem seus empregados, aprovados mediante severos concursos públicos, sem qualquer motivação, liberam-se os entes da administração de um dever que não está regido diretamente pelos princípios e regras que balizam a ordem econômica e social, mas sim no postulado da moralidade pública. Salvo, talvez, porque se contamine igualmente "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa" que, em atenção ao art. 170 da carta republicana, "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

19.3.2.7 A greve e a resolução contratual

A greve não é um ato ilícito e, entre nós, parece inadequado tratá-la como mera faculdade, pois o artigo 9º da Constituição a eleva ao *status* de direito, ao preceituar:

> É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
>
> §1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
>
> §2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Os servidores públicos civis têm assegurado o direito de greve, vedada somente aos militares. O artigo 37, VII, da Constituição remete, contudo, a regulação da matéria, pertinente à greve dos servidores civis, a lei específica, que ainda não foi editada. A inércia do Poder Legislativo provocou, afinal, uma decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal[cmlxxvii] que, no âmbito de mandado de injunção, estabeleceu, como norma de regência da greve dos servidores públicos, com algumas ressalvas que especificou, a Lei 7.783/89, ou seja, a lei que disciplina a greve na empresa privada.

Mas a greve no serviço público é um fato excepcional, pois a primeira concepção de greve foi aquela que se associou à interrupção da atividade econômica e, por essa via, do lucro do empresário, como forma de pressão contra situações injustas. Regra geral, a greve significa a ruptura da atividade produtiva, revelando-se, assim, uma manifestação de rebeldia contra a premissa, aparentemente indefectível, de ser a mão-de-obra sempre disponível e farta, carecendo buscar o empresário, apenas, os outros insumos necessários ao desenvolvimento da empresa. Nessa medida, justifica-se um dispositivo constitucional que, como visto, abstém-se de regrar o ato coletivo em razão de ser ele, numa síntese, um ato de violência legitimado, avesso à ordem estabelecida. O *caput* do artigo 9º da Constituição está, em sua literalidade, a permitir, num primeiro plano e sem peias, que os trabalhadores decidam a hora e o motivo da greve.

Os §§1º e 2º do mesmo artigo 9º ressalvam, contudo, a possibilidade de norma infraconstitucional estabelecer limites ao exercício do direito de greve, admitindo os citados preceitos, nessa linha, que a ação coletiva deverá preservar o atendimento a necessidades inadiáveis da comunidade e, se abusiva, será alvo de repressão estatal, igualmente legitimada.

Não obstante a mencionada característica da greve – a de ser uma afronta à ordem econômica, quase sempre refletida no ordenamento jurídico –, era esperado que a inserção da greve no universo do Direito ocorresse à custa de alguma limitação dos atos de *paredismo*. Se é um direito, sendo inclusive direito fundamental, a greve passa a conviver com outros direitos e garantias fundamentais, não se permitindo que o arbítrio dos trabalhadores se realize com o sacrifício de outros interesses, necessidades e direitos individuais ou coletivos. Paga-se um preço por ser *direito*.

A delimitação da greve, conseqüente de sua *juridicização*, não se deu, exclusivamente, nos citados parágrafos do artigo da 9º da Constituição. A Lei 7.783, de 1989, ao divisar um significado para o conceito *greve*, reza em seu 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.

Em capítulo posterior deste livro sobre o direito de greve, destrinçaremos as quizilas doutrinárias e jurisprudenciais a propósito dos limites estabelecidos no conceito legal que assim se firmou. Por ora, importa perceber que a greve deverá ser, segundo a lei, precedida da tentativa de negociação ou possível arbitragem[cmlxxviii], de autorização em assembléia sindical[cmlxxix] e de aviso ao empregador com antecedência de quarenta e oito horas ou, cuidando-se de serviços ou atividades essenciais[cmlxxx], o aviso ao empregador e usuários deve acontecer setenta e duas horas antes do início da paralisação[cmlxxxi].

Tentando proteger o empregado contra a conduta do empregador que impede o pleno exercício do direito de greve, o artigo 6º, §2º, da Lei 7.783, de 1989, veda ao patronato a adoção de meios que visem constranger o trabalhador a comparecer ao trabalho ou frustrem a divulgação do movimento. Com igual objetivo, suspendem-se os contratos de emprego dos grevistas durante a paralisação[cmlxxxii].

O direito de greve é também garantido mediante a proibição de novos contratos e de resilições contratuais nos dias por que durar o seu exercício[cmlxxxiii], salvo em duas situações: a) no caso de o sindicato ou a comissão de negociação[cmlxxxiv] não acordarem com o empregador sobre a manutenção de uma equipe de empregados que deverá atuar, durante a greve,

visando assegurar os serviços cuja interrupção resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção dos serviços essenciais à retomada das atividades da empresa; b) em caso de abuso, que o artigo 14 da Lei 7783/89 diz ser o ato infringente de qualquer de seus preceitos ou a continuação da greve depois de ser celebrado acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou após a decisão da Justiça do Trabalho. Malgrado a dubiedade do preceito legal, parece-nos que as duas situações permitem a contratação de novos empregados, mas só a última delas estaria a ensejar, também, a possibilidade de o empregador despedir trabalhadores.

A opção do legislador por moldar a greve como um *direito individual* está refletida em alguns dispositivos da Lei 7.783, de 1989, mas com relevo naqueles em que é proscrita a manifestação ou o ato de persuasão utilizados, pelos grevistas, para obstar o acesso ao trabalho dos empregados que não queiram aderir ao movimento (artigo 6º, §3º) e no parágrafo, há pouco mencionado, que autoriza a dispensa de empregados. Houve quem assimilasse essa regra como se estivesse ela a consentir com a dispensa por justa causa. Não escapou à doutrina e à jurisprudência, porém, a impropriedade do permissivo legal que, assim interpretado, estaria a permitir que o empregador despedisse o empregado em razão de ilegalidade ou abuso cometidos pela coletividade de trabalhadores.

É evidente que a greve e sua manutenção, mesmo depois de ser declarada a sua abusividade pela Justiça do Trabalho, é assunto de deliberação em assembléia sindical, desenvolvendo-se um processo comunicativo em que os trabalhadores, titulares de interesses contramajoritários, se rendem à vontade da maioria. A nossa experiência permite constatar como pode ser odiosa a retaliação contra os líderes[cmlxxxv] – que se expõem ao desagrado do empregador, sob o manto constitucional da estabilidade, na defesa de interesses sempre transcendentes – ou contra os liderados, que o são pela razão singela de se sujeitarem ao princípio democrático do respeito à vontade majoritária.

Ademais, a despedida de um empregado, como represália à ação coletiva, malfere o princípio constitucional da não-discriminação, como observa Messias Pereira Donato[cmlxxxvi]:

> Se todos ou grande parte dos trabalhadores participaram ou deram adesão coletiva ao processo de greve e aos procedimentos de sua sustentação, não se manterá na via judicial o ato do empregador que vier a sancionar um ou alguns dos empregados, com perdão ou abstração de outros. Se, no interesse da empresa, não quiser ou não lhe convier punir a todos, em princípio

não poderá punir a ninguém.

O Supremo Tribunal Federal uniformizou sua jurisprudência sobre a matéria, ao editar o verbete n. 316 de sua Súmula: “A simples adesão à greve não constitui falta grave”. É fácil perceber, entretanto, que a excelsa Corte não esclarece, nesse enunciado, se está imunizando, também, o trabalhador que adere a greve declarada ilegal.

O Tribunal Superior do Trabalho teve oportunidade de decidir que mesmo a participação em greve ilegal ou abusiva não autoriza a dispensa por justa causa, salvo em decorrência de ato faltoso individual. Não se tolera, por exemplo, o ato de sabotagem ou violência, moral ou física, contra a pessoa ou o patrimônio do empregador ou de outros empregados, a pretexto da greve. A ementa seguinte é elucidativa:

> JUSTA CAUSA – PARTICIPAÇÃO EM PARALISAÇÃO EM DESACORDO COM A LEI Nº 7.783/89. A greve é um direito consagrado no texto constitucional, sendo facultado aos trabalhadores decidir obre a oportunidade de desempenhá-lo. A simples adesão ao movimento paredista não constitui falta grave, porquanto somente atos de violência desencadeados por força desta paralisação conduzem ao reconhecimento da justa causa[cmlxxxvii].

Em verdade, o problema parece ser de mais difícil solução quando a Justiça do Trabalho decide pela abusividade da greve e ordena o retorno ao trabalho, porém os empregados mantêm a paralisação. A nosso ver, uma decisão judicial de tal ordem tem a consequência de retirar a imunidade contra a despedida sem justa causa, que o art. 7º da Lei 7.783/89 assegura com vistas a proteger o trabalhador que participa de movimento grevista encetado nos limites da juridicidade. Mas a índole coletiva da greve se preservaria mesmo na hipótese de a greve resvalar, por questões formais, para a ilicitude.

Logo, o empregador poderia despedir o empregado, sem justa causa, a partir do momento em que a Justiça do Trabalho afirmasse a ilegalidade ou abusividade do movimento coletivo. A configuração de justa causa não seria uma mera decorrência dessa decisão, a surpreender todos os trabalhadores que teriam acreditado na regularidade da mal engrendrada ação sindical e agora estariam sob a contingência, por isso apenas, de perder seus postos de trabalho, em prejuízo de sua subsistência e de sua família.

Se a decisão judicial declara a abusividade da greve, entendemos, em suma, que retira ela dos empregados a proteção do artigo 7º da Lei 7.783, de 1989, quer no tocante à suspensão dos contratos, quer no que tange à vedação da dispensa. O trabalhador faltoso pode incorrer, por exemplo, nas justas causas de indisciplina ou de abandono de emprego, mas não haveria a justa causa de

participação em greve que a Justiça do Trabalho declarasse abusiva. É forte, contudo, o entendimento contrário[cmlxxxviii].

Voltaremos ao tema em capítulo próprio, dedicado sobretudo à compreensão da greve como direito fundamental.

19.4 Rescisão do contrato de emprego

Autores de escol se renderam à terminologia adotada, com técnica duvidosa, pelo legislador e, assim, passaram a usar como sinônimas as palavras *resilição* e *rescisão.* Os dicionários não distinguem um e outro termo, sendo feita a distinção, conforme antevisto, pela linguagem jurídica e, desde 2002, pelo Código Civil brasileiro.

Para a teoria jurídica dos contratos, a *rescisão* se dá nas hipóteses em que o contrato é dissolvido por força de nulidade, que é a sanção consistente em negar efeito a negócio jurídico, por faltar a este um ou mais de seus elementos constitutivos. Em outra passagem de nosso curso, enumeramos os elementos essenciais e acidentais do contrato de emprego, enfatizando quais os efeitos da nulidade contratual em cada um dos casos.

Regra geral, a prestação de trabalho já ocorrida, ou o tempo à disposição do empregador, devem corresponder a uma contraprestação salarial, mesmo se rescindido o contrato em razão de nulidade, dada a impossibilidade de se restituir ao empregado a energia de trabalho que disponibilizou e porventura despendeu. Em última análise, a prestação que onera o trabalhador é a disponibilidade de sua força de trabalho e, se tal houve, impossível é devolvê-la.

Quanto à ausência de capacidade trabalhista, vimos que o empregado recebe salário e complementos salariais, inclusive o salário diferido (férias, 13º salário, FGTS etc.), nos casos em que a nulidade contratual atende a preceito de lei que protege os interesses do próprio empregado.

Se o objeto da relação jurídica é ilícito e, por isso, sobrevém a rescisão contratual, o empregado tem direito ao salário e aos complementos salariais se contribuiu indiretamente, mas com o seu trabalho, para viabilizar a atividade delituosa do empregador. É o caso do balconista de loja de equipamentos de segurança que disfarça o comércio de armamento proibido, sem que o trabalhador faça, ele próprio, a mercancia das armas. Ocorrendo de o trabalhador praticar o comércio de tal mercadoria, não obstante conheça o caráter ilícito desse seu ato, o contrato deve ser rescindido sem que se assegure ao trabalhador direito algum. Não é possível estimar a remuneração do ato criminoso.

Há pelo menos um caso em que a nulidade do contrato de emprego é prevista em razão de inobservância de forma. Como visto, trata-se da hipótese de contratação, por ente estatal ou paraestatal, sem o prévio concurso público. A Súmula 363 do TST recomenda: “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no

respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS".

A parte final da Súmula 363 do TST acresce aos efeitos da nulidade o FGTS (sem o acréscimo de 40%) porque o legislador infraconstitucional aditou à Lei 8.036, de 1990, o artigo 19-A, que prescreve:

> É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Houve um primeiro momento no qual se debateu a constitucionalidade desse dispositivo, sobretudo quanto à possibilidade de se aplicar essa regra aos contratos anteriores ao acréscimo legal. Mas o TST dirimiu o dilema ao editar a orientação jurisprudencial 362 de sua SBDI 1 com o seguinte teor: "Não afronta o princípio da irretroatividade da lei a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, aos contratos declarados nulos celebrados antes da vigência da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001".

De todo modo, a não ser que o agente do direito do trabalho atribua ao FGTS outra natureza, afora a de salário diferido, mesmo após a Constituição o ter assegurado [cmlxxxix] como direito social do trabalhador – qualquer que seja o modo de dissolução do contrato –, a pergunta será sempre inevitável: se o FGTS, como salário diferido, é direito do trabalhador irregularmente contratado pelo Estado, qual a razão de outros complementos salariais não o serem? Talvez o interesse transcendente que é atendido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, destinado a programas sociais. Talvez a falta de sintonia entre as instâncias decisórias, judiciária e legislativa. O tempo permitirá o amadurecimento da experiência jurídica.

19.5 Caducidade do contrato de emprego

A *caducidade* do contrato é, como ensina Rodrigues Pinto[cmxc], a extinção desse contrato por *esgotamento* de suas funções, no mundo jurídico. A bem ver, há fatos, como a morte ou a força maior, que fazem o contrato perder forças, o *resolvem*[cmxci]. A modalidade sob análise seria, portanto, uma espécie de resolução do contrato. Ainda assim, preferimos classificar à parte a caducidade do contrato, dada a dessemelhança de efeitos jurídicos entre esta e os demais casos de resolução contratual.

A) Morte do empregado

O falecimento do empregado faz cessar o contrato porque a prestação laboral é *intuitu personae*. A pessoalidade é uma característica dos atos de emprego. Quando morre o empregado, os seus direitos trabalhistas não precisam ser arrecadados em processo de inventário, para posterior distribuição entre os seus sucessores. O artigo 1º da Lei 6.858, de 1980, contém o seguinte preceito:

> Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em cotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Bem se vê que a necessidade de alvará judicial[cmxcii] somente existe quando faltam dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores públicos, podendo o empregador pagar diretamente aos citados dependentes, se há eles. O artigo 38 da Lei 8.036, de 1990, tratando especificamente do saque do FGTS deixado pelo empregado, que veio a falecer, é ainda mais explícito ao prescrever que "o saldo da conta vinculada do trabalhador que vier a falecer será pago a seu dependente, para esse fim habilitado perante a Previdência Social, independentemente de autorização judicial".

Mas tanto a Lei 6.858, de 1980, quanto a Lei 8.036, de 1990, acrescentam aos artigos citados um parágrafo primeiro que ressalva as cotas atribuídas a menores, prevendo que estas devem permanecer depositadas em caderneta de poupança e, salvo autorização judicial, não podem ser levantadas antes de os tais menores completarem dezoito anos.

Sobre as parcelas resolutórias que são devidas, nesse e em outros casos de caducidade do contrato de emprego, cabe examinar o subitem específico, logo adiante.

B) Aposentadoria do empregado

Em se cuidando dos efeitos da aposentadoria na relação de emprego, interessa tratar das aposentadorias compulsória, espontânea e por invalidez.

Sobre a aposentadoria por invalidez, recomendava a Súmula n. 217 do Supremo Tribunal Federal: "Tem direito de retornar ao emprego ou ser indenizado em caso de recusa do empregador o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de 5 (cinco) anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo". Sobreveio, porém, a Lei 8.213/91 que preserva a aposentadoria mesmo após os cinco primeiros anos de afastamento e a faz cessar, definitivamente, dezoito meses depois (art. 47, II). Em princípio, a aposentadoria por invalidez, mesmo quando se protrai por mais de cinco anos, não é mais causa de resolução do vínculo empregatício.

A aposentadoria compulsória, que é aquela requerida pelo empregador quando o empregado do sexo masculino completa setenta anos, ou sessenta e cinco anos se mulher, faz cessar o contrato de emprego, sendo devidas as mesmas indenizações previstas em favor do empregado dispensado sem justa causa (artigo 51 da Lei 8213, de 1991).

Sobre a tese de que a aposentadoria espontânea – requerida pelo empregado que completa o tempo de contribuição ou a idade exigidos no artigo 201, §7º, da CLT – também resolve o contrato, adiantamos que o Tribunal Superior do Trabalho já entendeu assim, mas se fez atento a iterativas decisões do Supremo Tribunal Federal para editar enfim a orientação jurisprudencial n. 363 da SDI 1: "A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral".

A questão, relativa à aposentadoria espontânea fazer cessar o contrato, é normalmente enfrentada à luz do artigo 453 da CLT e do artigo 49 da Lei 8.213/91. O primeiro inciso deste último reza que a aposentadoria por idade será deferida "ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou, b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea *a*".

E se a lei previdenciária autoriza a opção de o empregado desligar-se (alínea a) ou não se desligar do emprego (alínea b), é evidente que a aposentadoria importa a extinção do vínculo de emprego somente se o empregado o quiser[cmxciii].

É bom notar que a questão toca bem perto assunto de política legislativa, sendo certo que houve valores sociais em conflito a serem sopesados pelo legislador – a este, coube a alternativa de privilegiar o interesse do trabalhador mais velho que o mercado não mais quer ou, em vez disso, prestigiar o incremento dos níveis de emprego que resulta da substituição de inativos pelos jovens que precisam ingressar no mercado de trabalho.

Estudos de direito comparado têm revelado que o legislador, em países diferentes, opta por um ou outro valor, ora premiando o trabalhador no ocaso da vida laboral, ora optando por alargar a expectativa de trabalho para a população jovem. Isso levou Arion Sayão Romita, citado por Rodrigues Pinto, a concluir que a aposentadoria "extingue o contrato de trabalho se a lei dispuser nesse sentido. Caso contrário, não". A lei, que está em vigor no Brasil, assegurou ao empregado o direito de decidir pela extinção do contrato ao aposentar-se.

No cotidiano forense, percebemos, inclusive, que o empregador é informado, pelo instituto previdenciário, sobre a concessão da aposentadoria requerida pelo seu empregado, vários meses – às vezes mais de um ano – depois

de essa aposentadoria ser deferida. Isso deixou de ser um problema quando se consolidou o entendimento de que a aposentadoria espontânea não resolve o contrato de emprego.

C) Morte do empregador

Não é intuitu personae a participação do empregador na relação de emprego. Ao revés, ele costuma se apresentar difusamente em meio ao vínculo e pode se fazer suceder sem o prévio conhecimento, menos ainda a anuência, do empregado. Tudo isso está visto.

Existe, contudo, uma exceção a essa regra. É que o empregador, quando é ele pessoa física, estabelece com o empregado, normalmente, uma relação mais próxima, que é pessoal na ordem dos fatos, embora não o seja para efeitos jurídicos. Por isso, o artigo 483, § 2o, da CLT, estatui: "No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho".

Mas a permissão outorgada por citado dispositivo não garante ao empregado, que optar pela resolução do contrato em razão da morte de seu empregador, qualquer indenização. Alguns autores radicalizam, ao entenderem que a norma está autorizando o empregado a se demitir, pura e simplesmente[cmxciv]. O entendimento implica, com *venia*, a neutralização dos efeitos da norma jurídica, pois não havia necessidade de norma específica para que o empregado pudesse, em tais circunstâncias, demitir-se. Valentin Carrion[cmxcv] anota, porém, que a interpretação no sentido de que o artigo 483, §2º, da CLT permite ao empregado demitir-se tem conseqüência importante: a indenização por ruptura antecipada de contrato a termo, que seria indevida nessa hipótese.

Ao que inferimos, a morte do empregador (pessoa física) autoriza a dissolução do contrato, mas não assegura indenização em favor do empregado. Não se dá, todavia, resilição, mas sim fato resolutivo, condicionada essa resolução do contrato à vontade do trabalhador. As consequências práticas dessa distinção aparecem quando se cogita de parcelas que são devidas, em princípio, apenas na resilição contratual, a exemplo do aviso prévio (a se entender que a morte do empregador pessoa física resolve o contrato, inexiste a obrigação – que o empregado demissionário teria – de conceder aviso prévio).

A distinção entre pedido de demissão e resolução contratual deveria ser útil também no tocante a direitos que são simplesmente vedados ao empregado demissionário, mas que seriam compatíveis com os casos de resolução contratual, como o direito de sacar o FGTS (a resolução contratual poderia autorizar o saque, mas o empregado que pede demissão não tem o direito de

obter a liberação do FGTS). É certo, porém, que o artigo 20, II, da Lei 8036, de 1990, dá direito ao saque do FGTS quando há a morte do empregador individual se esse falecimento implicar a "rescisão de contrato" e a Circular n. 166, de 1999, da Caixa Econômica Federal, exige, ao regular o saque pelo código 03, que o empregado apresente, entre outros documentos, declaração escrita do empregador "confirmando a rescisão do contrato em conseqüência de supressão de parte de suas atividades". Logo, não há direito ao saque do FGTS quando o empregador individual morre, mas a sua atividade econômica continua sendo desenvolvida pelos seus sucessores.

Outras verbas da dissolução contratual são previstas em normas que as vinculam ao tempo de serviço (férias adquiridas, por exemplo), à dispensa sem justa causa (indenização de valor equivalente a 40% do FGTS) ou à inocorrência de justa causa (férias e 13º salário proporcionais), não tendo relevância o fato de se configurar a resolução contratual ou a resilição por iniciativa do empregado quando o empregador pessoa física falece.

Dúvidas não restam, entretanto, de que ao empregado são devidas todas as prestações que o seriam numa dispensa sem justa causa, sempre que o falecimento do empregador, pessoa física, implique a *cessação da atividade econômica*. É o que regula o artigo 485 da Consolidação das Leis do Trabalho.

D) Força maior que determina a extinção da empresa

O Código Civil[cmxcvi] equipara os efeitos do caso fortuito e da força maior. A Consolidação das Leis do Trabalho silenciou sobre o caso fortuito e definiu a força maior de modo a incluí-lo nessa definição[cmxcvii].

A força maior é definida pelo artigo 501 da CLT como o "acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente". Os dois parágrafos desse mesmo artigo esclarecem que a imprevidência do empregador é causa excludente da razão de força maior (§1º) e que o motivo de força maior não tem relevância, para efeitos trabalhistas, quando não afeta, substancialmente, a situação econômica e financeira da empresa (§2º).

Prescreve o dispositivo seguinte, o artigo 502 da CLT, que serão devidas por metade as indenizações devidas nos casos em que o motivo de força maior impuser a extinção da empresa. Os seus incisos fazem menção à indenização de antigüidade[cmxcviii] e à indenização devida pelo empregador em hipótese de ruptura antecipada de contrato a termo (a indenização prevista no artigo 479 da CLT).

Os pressupostos da força maior, tal como compreendida a partir dos mencionados artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, são:

a) acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador.

b) acontecimento para o qual não concorreu o empregador, direta ou indiretamente (incluída a sua imprevidência).

c) acontecimento que afete, substancialmente, a situação econômica e financeira da empresa.

d) acontecimento que provoque a extinção da empresa (exclui-se, portanto, a extinção de setor da empresa; mas a extinção de estabelecimento pode ser resultante de força maior[cmxcix])

Inocorre força maior, assim, quando o empregador enfrenta dificuldades financeiras por má gestão empresarial ou em razão de crise econômica no País, pois não se está a cuidar de válvula de escape para a atividade de risco. Ao empregado descabe assumir riscos da atividade patronal.

Também a greve e a falência, como a concordata ou mesmo a liquidação

extrajudicial são fatos que, embora anormais, não derivam de força maior, no âmbito trabalhista, pois são inerentes ao exercício da atividade empresarial e a lei estabelece, em normas especiais, os efeitos de cada qual na relação de emprego.

E) *Factum principis*

O *factum principis*, ou fato do príncipe, é uma variação da força maior, designando uma ordem ou proibição de autoridade pública que frustra a execução do contrato[m] – interessa-nos, particularmente, o contrato de emprego. Porque encerra uma modalidade de força maior, o *factum principis* exige a imprevisibilidade e a irresistibilidade, no tocante ao empregador.

Vale dizer: não há fato do príncipe se o ato da autoridade pública consiste em revogação de ato administrativo de concessão ou autorização, pois é previsível a ação revogatória. Também não há fato do príncipe se a determinação estatal foi motivada pelos reflexos na sociedade da inadimplência do empregador e busca restabelecer o equilíbrio das relações sociais, de resto ameaçado pela imprevidência de tal empregador.

São raros, portanto, os casos de intervenção estatal que não derivem da má gestão empresarial ou não possam ser associados ao risco da atividade econômica, o que levou Valentin Carrion[mi] a comentar:

> O instituto (o factum principis) se esvaziou no decorrer do tempo, se é que já não nasceu morto; a prática revela dois aspectos: se o ato da autoridade é motivado por comportamento ilícito ou irregular da empresa, a culpa e as sanções lhe são atribuídas por inteiro; se seu proceder foi regular, a jurisprudência entende que a cessação da atividade faz parte do risco empresarial e também isenta o poder público do encargo; o temor de longa duração dos processos judiciais contra a Fazenda Pública também responde por essa tendência dos julgados.

Ocorrendo o fato do príncipe, o ente estatal é responsabilizado quanto às *indenizações* decorrentes da dissolução do contrato. Mas somente as indenizações (artigo 486 da CLT) e, destas, as que têm a intervenção estatal como fato gerador (a exemplo do acréscimo de 40% sobre o FGTS e da indenização do artigo 479 da CLT).

Mesmo quando se configura o *factum principis*, as parcelas salariais (não indenizatórias) continuam devidas pelo empregador e há entendimento, anotado por Valentin Carrion[mii], no sentido de outras parcelas dissolutórias (aviso prévio, férias e 13º salário proporcionais) serem indevidas, porquanto incompatíveis com a força maior – enquanto fato involuntário e extintivo de obrigação. Relembraremos, porém e mais adiante, que a força maior não interfere no débito de férias e 13º salário proporcionais.

Quando o empregador é notificado para se defender em processo judicial e invoca, em sua defesa, o fato do príncipe, cabe à Justiça do Trabalho verificar a

pertinência da alegação e, sendo essa a hipótese, denuncia a lide[miii] ao ente público cuja ação interventiva fez cessar, supostamente, o contrato de emprego.

Em se constatando o *factum principis,* a indenização porventura devida ao empregado o será pelo ente público, remetendo-se os autos do processo ao juízo federal ou da fazenda pública competente (artigo 486, §3º, da CLT).

F) Outros casos de cessação da empresa ou estabelecimento. Falência. Recuperação judicial. Liquidação extrajudicial

Referimos, aqui, a falência e a recuperação judicial do empresário-empregador para negar que nesses casos há, ou há necessariamente, a cessação dos contratos de emprego. Vamos por partes.

O artigo 64 da Lei 11.101, de 2005 (nova Lei de Falências), estatui que, durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê (de credores), se houver, e do administrador judicial. O dispositivo ressalva os casos em que o gestor da empresa é afastado por práticas indevidas ou mesmo ilícitas, mas essa situação excepcional não traria, ao que nos parece, reflexos na seara trabalhista.

Diversamente do que sucedia na concordata (instituto jurídico extinto com o advento da Lei 11.101/2005), nos casos de recuperação judicial há a suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor[miv], salvo se o crédito correspondente não estiver abrangido pelo plano de recuperação apresentado por este ao juízo[mv]. Havendo, contudo, a suspensão do prazo prescricional e das ações cognitórias e executivas, o §4º do artigo 6º da Lei 11.101, de 2005, é peremptório ao limitar esse tempo de suspensão, *verbis*:

> Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Restabelecendo-se o curso da ação judicial em que o empregado postula direitos inerentes ao vínculo de emprego, a Justiça do Trabalho estará apta a acolher todas as pretensões que se podem deduzir numa hipótese de descumprimento da ordem jurídica, inclusive aquelas que seriam decorrentes da dispensa sem justa causa. O fato de o empregador ter requerido a recuperação judicial de sua empresa não sucede em prejuízo dos direitos sociais.

Quanto à falência, convém sempre ter em mente que estamos a tratar de processo judicial que nasceu para atender ao interesse dos empresários – a princípio dos comerciantes e hoje sem qualquer restrição de atividade econômica – que enfrentavam intempéries econômicas ou crises de gestão. O fim maior de tal processo é a extinção das obrigações[mvi], mesmo daquelas que seriam

honradas parcialmente durante a falência, sucedendo-se o restabelecimento da capacidade de o empresário malsucedido abrir novo negócio, quando terá virado uma página turbulenta de sua vida e a esquecerá, sem remorso com o que se passa na memória de seus antigos credores. Se essa é a teleologia da norma, a sua aplicação dependerá de sua afinidade com o valor social do trabalho, que é princípio constitucional.

Mas, ainda sobre a falência, consultemos logo as novas regras da Lei 11.101, de 2005. O primeiro dispositivo a ser cotejado com a matriz constitucional é o artigo 83, I, que limita a cento e cinqüenta salários mínimos por empregado o valor que preferirá a créditos de outra natureza, no momento em que os credores da massa falida recebem os seus haveres.

Talvez em pouca sintonia com o que acontece na prática, o artigo 117 da Lei 11.101 prevê que os contratos bilaterais, a exemplo do contrato de emprego, não se resolvem pela falência e podem ser, assim, executados pelo administrador judicial. Se ele, o administrador judicial, entender que é conveniente para a massa a resilição dos contratos, será a massa falida onerada em relação a todas as parcelas devidas nas hipóteses de dispensa sem justa causa, mas não se sujeitará ela à sanção do artigo 467 nem à multa do artigo 477, §8º, da CLT – conforme recomenda a Súmula 388 do TST.

De toda sorte, a prescrição contra as obrigações do falido se suspende[mvii], voltando a correr quando se dá o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência[mviii]. Em rigor, essa derradeira situação – a da retomada do prazo prescricional – somente acontecerá nos casos em que o empregado não habilitou o seu crédito no processo de falência, assim sucedendo porque não houve tempo para essa habilitação (o crédito se teria constituído quando o processo já havia iniciado) ou o credor trabalhista não teve conhecimento da quebra do seu empregador[mix]. Fora daí, a sentença de encerramento da falência extinguirá a obrigação trabalhista da massa falida (mesmo que ela não tenha sido solvida por inteiro) e então não fará sentido cogitar de prescrição.

Sobre a liquidação extrajudicial das sociedades anônimas, prevista na Lei 6.024, de 1976, basta notar que ela não acarreta, por igual, a resolução dos contratos de emprego.

G) A confusão como causa extintiva da obrigação trabalhista

O artigo 381 do novo Código Civil diz extinguir-se a obrigação “desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”. Dá-se, nesse caso, a confusão.

Acontece, por vezes, de o empregador ser pessoa física e ter o único filho como seu empregado. O falecimento do primeiro faz do segundo o seu sucessor universal, inclusive no tocante à titularidade da empresa. O exemplo é ilustrativo de como a confusão pode fazer cessar o vínculo de emprego confusão: o filho empregado não pode ser, após a morte do pai, credor dele próprio.

Em pequenos negócios, ocorre, também episodicamente, de o empregador ser sucedido, como titular da empresa, pelo seu próprio empregado. É evidente a impossibilidade de se preservar, no caso, o liame empregatício. Mas se o empregado apenas passa a integrar o quadro de sócios da organização patronal, mantendo-se a dependência hierárquica, decerto poderá ele agir contra a sociedade empresária que titulariza a organização produtiva, dela exigindo o cumprimento das obrigações trabalhistas, pois se distinguem, em princípio, as esferas de responsabilidade das pessoas jurídica e física.

19.6 O regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

19.6.1 A história e a estrutura do sistema de depósitos

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço nasceu como um sistema alternativo de indenização do tempo de serviço, pois veio substituir a parte do regime da CLT que previa indenização de antiguidade (artigo 478) e estabilidade após dez anos de emprego na mesma empresa (artigo 492). Era um sistema opcional, podendo o empregado urbano optar por ele ou, não fazendo tal opção, ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, sem ressalvas.

Em 1988, a Constituição (artigo 7º, III) estendeu o FGTS ao trabalhador rural e, no mesmo passo, converteu o FGTS em regime único dos empregados urbanos e rurais. Agindo desse modo, o constituinte também pôs fim ao direito de opção que o trabalhador urbano, em verdade, nunca propriamente exerceu. Como nota Ribeiro de Vilhena[mx], "apesar de a Lei 5.107/66 enunciar o ato jurídico de incorporação do empregado em seu quadro através de uma manifestação de vontade chamada ´opção`, como um direito de escolha, a verdade é que quem sempre ´optou` foi o empregador, pois, antes de assinar-se a Carteira de Trabalho ou um contrato, seja de experiência, assina-se o termo de opção".

A prestação laboral do empregado que não optava pelo regime do FGTS não representava, ainda assim, um custo menor para o empregador (que não depositava 8% da remuneração do empregado em conta-vinculada, mas tinha que fazê-lo em conta-individualizada, para estorno posterior). Também por isso, o empregador *optava* por não ter um empregado que pudesse estar fora do regime do FGTS e assim adquirir estabilidade.

A Lei 8.036, de 1990, atribuiu a um Conselho Curador, composto por representantes de trabalhadores e empregadores, órgãos e entidades estatais, o poder de estabelecer normas e diretrizes do FGTS (artigo 3º), cometendo ao Ministério da Ação Social a gestão do

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e à Caixa Econômica Federal a responsabilidade de agente operador.

19.6.2 Alíquotas e titulares do direito ao FGTS

O artigo 15 da Lei 8.036, de 1990, obriga os empregadores a depositar em conta vinculada de seus empregados quantia correspondente a 8% da remuneração que lhes paga, reduzindo-se a 2% essa alíquota em se cuidando de empregado aprendiz (artigo 15, §7º). A contribuição é facultativa sobre as retiradas de diretores não empregados[mxi].

Quanto aos empregados domésticos, o art. 3º-A da Lei 5.859, de 1972, faculta ao empregador doméstico requerer a inclusão de seu empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Se o empregador o incluir, poderá tal empregado valer-se do seguro-desemprego na hipótese de ser dispensado sem justa causa.

A Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, permite que normas coletivas de trabalho autorizem a contratação por tempo determinado. Em seu artigo 2º, II, está prevista a redução a 2% da alíquota para o FGTS dos empregados que forem contratados, sob a sua regência, nos sessenta meses seguintes à edição de citada lei.

Por fim, o artigo 19-A da Lei 8.036/90 exige a incidência do FGTS sobre os salários pagos ou devidos por força de contrato de emprego com ente público que tenha sido declarado nulo, dada a inocorrência de concurso para a investidura do trabalhador.

19.6.3 Natureza jurídica do FGTS. Contribuição social ou salário diferido. A Lei Complementar 110 e sua aparente inconstitucionalidade

Por fazer único o regime do FGTS, ao menos quanto aos empregados não domésticos, a Constituição de 1988 ressuscitou a discussão sobre a natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Sergio Pinto Martins[mxii], mostrando-se familiarizado também no trato de matéria tributária, expõe as teorias que versam sobre o tema e, ao final, sustenta que, no tocante ao empregado, o FGTS é um instituto de natureza trabalhista; quanto ao empregador, o FGTS vem a ser uma contribuição social, espécie do gênero tributo.

Vamos nos deter, inicialmente, na caracterização do FGTS como *contribuição social*. Interessante é notar, com Hugo de Brito Machado[mxiii], que o tributo parafiscal não foi definido pelo Código Tributário Nacional e, apoiando-nos em Becker, poderíamos rematar que a contribuição social parece fugir à regra geral das relações tributárias, que têm o Estado como sujeito ativo[mxiv]. Sustenta Becker que "nunca poderão ser sujeito ativo de relação jurídica tributária, nem o indivíduo humano, nem a pessoa jurídica não-estatal", explicando que mesmo sendo válida, eventualmente, a regra jurídica que atribuir a posição de credor à pessoa física ou jurídica não-estatal, excluir-se-á a natureza tributária da obrigação que desse modo se estabelecer[mxv].

O tema merece alguma ponderação, porém. Vale ressaltar que o art. 149 da Constituição permitiu à União instituir tributo (contribuição social) como instrumento de atuação das categorias profissionais ou econômicas em suas respectivas bases territoriais, não autorizando a utilização, a qualquer título, desses recursos financeiros pela própria União. O trecho pertinente do dispositivo ("contribuições sociais... de interesse das categorias profissionais ou econômicas, *como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas*") não deixa

margem a dúvida.

Importa frisar que o argumento não contraria aquele anterior, que reclama estar o ente público no pólo positivo da relação tributária, porquanto possa o Estado situar-se na posição de sujeito ativo da relação, mas a instituir tributo cuja destinação reverta integralmente em favor de ente não-estatal, mediante seu repasse após a arrecadação (mesmo a arrecadação pode ser delegada a instituições bancárias, conforme artigos 6º e 7º do CTN). A destinação aos trabalhadores, que integram uma categoria profissional, seria irrelevante para que se configurasse a natureza tributária, consoante reza o artigo 4º, II, do Código Tributário Nacional e ensina Alfredo Becker[mxvi].

O artigo 149 remete ao art. 146, III, da Constituição e este, por seu turno, diz caber à lei complementar "estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies [...]; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários [...]". Sustenta-se, contudo, que o Código Tributário Nacional estaria vigendo como se lei complementar tributária fosse, assim se posicionando os mais festejados intérpretes do direito fiscal. Anote-se ainda que o CTN regula os tributos como meio de transferir dinheiro de particulares para o Erário (fato inocorrente pela via da contribuição sindical), mas ressalva, em seu art. 217, IV, a exigibilidade da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

É defensável, por tais razões, a tese de o FGTS ser, na perspectiva do empregador, uma contribuição social. Aliás, essa orientação justificou, em 2001, a edição da Lei Complementar n. 110, que instituiu contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa de empregado, na proporção de 10% sobre o montante dos depósitos na conta vinculada, com os acréscimos legais (artigo 1º). A mesma lei complementar instituiu uma outra contribuição social com alíquota de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado (artigo 2º).

Num primeiro momento, alguns empregados postularam a indenização de valor equivalente a essas novas alíquotas (8% + 0,5% por mês e 40% + 10% na dispensa sem justa causa), pois não perceberam que as contribuições sociais criadas pela Lei Complementar n. 110 não revertiam em seu favor, diretamente. O valor arrecadado servirá para o Fundo pagar o valor resultante da atualização monetária suprimida em dezembro de 1988, fevereiro de 1989 e abril de 1990. O que pode pedir o empregado é a incidência do acréscimo indenizatório de 40% sobre o produto desses reajustes, caso dispensado sem justa causa.

Não custa questionar, entretanto, a constitucionalidade da citada lei complementar, que transfere a empregadores um débito do sistema financeiro estatal e ignora o preceito do artigo 7º, III, da Constituição, que estatui ser o FGTS um direito social *do empregado urbano ou rural*. É, ainda, da essência do FGTS a responsabilidade de o empregador recolhê-lo sobre a remuneração de cada um de seus empregados, estritamente. Tal norma infraconstitucional é, portanto, antissistêmica, porquanto obrigue os atuais empregadores a prover o saldo do FGTS relativo a trabalhadores estranhos aos seus quadros de empregados, saldo este resultante de depósitos cuja atualização monetária foi negligenciada pelo Estado.

Quanto ao FGTS ser *salário diferido*, na perspectiva do empregado, entendemos que essa posição possa ser defendida com desassombro, a partir da edição do atual texto constitucional. É que antes de sua promulgação, o empregado perdia o FGTS que não podia ser por ele sacado, ao final do vínculo. Atualmente, quando o empregado é dispensado por justa causa ou se demite, o saldo de FGTS é mantido em sua conta vinculada, podendo ser levantado por motivo (previsto em lei) diferente da dispensa por justa causa ou extinção da empresa ou, afinal, sobrevindo a sua aposentadoria[mxvii].

Por conseguinte, não se pode mais cogitar de indenização ou

mesmo de prêmio, ao se investigar a natureza jurídica do FGTS. É ele um complemento do salário cuja percepção, pelo empregado, é adiada.

19.6.4 A movimentação da conta vinculada

O saldo da conta vinculada pode ser sacado, pelo empregado, nas situações tipificadas em incisos do artigo 20 da Lei 8.036, de 1990. Tratam esses incisos, com pormenores, de levantamento possível em razão de despedida sem justa causa, inclusive a indireta, por culpa recíproca e por força maior; extinção total da empresa ou fechamento de estabelecimento; aposentadoria; falecimento do trabalhador; pagamento de prestações do Sistema Financeiro Habitacional; aquisição de moradia; conta inativa; extinção normal do contrato a termo; suspensão do trabalho avulso; neoplasia maligna; aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização.

Se o empregado é dispensado sem justa causa, assiste-lhe o direito a indenização de valor equivalente a 40% do montante dos depósitos em sua conta vinculada, acrescido de juros e correção monetária. Em hipóteses de cessação do contrato por culpa recíproca ou força maior, a indenização é devida, mas por metade (20%). Essa indenização deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador, para que este a levante em seguida, dada a necessidade de se coibir a resilição simulada de contratos (que visavam ao saque em meio ao vínculo de emprego), tudo em conformidade com o artigo 18 e parágrafos da Lei 8.036, de 1990.

19.7 A forma e a força liberatória do recibo firmado no desate contratual

Na ocasião em que estudamos a resilição do contrato por iniciativa do empregado (demissão), pudemos constatar que a mais alta jurisprudência trabalhista é inflexível ao afirmar a invalidade do pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço, sem a assistência sindical ou ministerial[mxviii]. Sem o mesmo rigor, mas com firmeza, não se tem validado a quitação de verbas da dissolução contratual após o primeiro ano de contrato, sem tal assistência (artigo 477, §1º, da CLT). Inexistindo sindicato ou representação do Ministério do Trabalho na localidade, vale a assistência de órgão do Ministério Público, do Defensor Público ou, se impedidos estes, do Juiz de Paz (§3º).

Ocorre, contudo e por vezes, de o próprio empregado admitir, em juízo, que recebeu as verbas discriminadas em recibo firmado na cessação do contrato, não obstante a ausência da assistência exigida no artigo 477, §1º e 3º, da CLT. Havendo prova inconcussa do pagamento, o bom senso recomenda que não se prestigie o enriquecimento sem causa, ou seja, que não se condene o empregador a reiterar o pagamento das verbas resilitórias confessadamente recebidas. A matéria não está pacificada, contudo, dada a sanção de nulidade (não validade) prescrita no citado dispositivo.

A lei exige que o pagamento das verbas rescisórias (*rectius:* parcelas dissolutórias) se dê em dinheiro ou, se o empregado for alfabetizado, em cheque visado (artigo 477, §4º, da CLT). O pagamento complessivo (um valor global a quitar várias parcelas) é mais uma vez vedado, pois o §2º do artigo 477 da CLT é explícito:

> O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

Havendo crédito do empregador, a compensação deste não pode exceder, nessa ocasião da cessação do contrato, o valor que corresponder a um mês de remuneração (§5º).

Questão tormentosa foi, por um tempo longo, a de definir se o empregado poderia postular diferenças de verbas pagas na cessação do contrato após ser assistido por seu sindicato, no ato em que as recebeu. Contra a tese de que haveria ato jurídico perfeito, vale dizer, a quitação irrevogável de títulos e valores referidos em tal recibo, posicionou-se o Tribunal Superior do Trabalho,

inicialmente, no sentido de a quitação ser concernente apenas aos *valores* discriminados no documento.

Com o intuito de estimular a assistência sindical e evitar o congestionamento das pautas de juízes do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho editou novo enunciado da súmula de sua jurisprudência, recomendando a eficácia liberatória dos recibos passados ao término dos contratos de emprego, sob a assistência do sindicato obreiro. Surgiu, assim e como alvo de aplausos e apupos, a Súmula 330 do TST.

A alta Corte Trabalhista constatou, então, que os sindicatos estavam evitando homologar (rectius: assistir os empregados em) os Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho, pois é certo que os títulos e valores por eles quitados são, regra geral, somente aqueles cujo débito é preestabelecido pelo empregador, não havendo transação a ensejar pagamento de quantia maior que a admitida. Em verdade, a tendência de judicialização dos conflitos trabalhistas, que é uma característica de nossa cultura, parece ter obnubilado a percepção dos dirigentes sindicais, que não perceberam, na Súmula 330 do TST, a necessária autorização para prevenir conflitos trabalhistas, convolando transações extrajudiciais sobre fatos e direitos realmente controvertidos.

O TST reviu a redação da Súmula 330, para frisar a possibilidade de os sindicatos ressalvarem valores de parcelas dissolutórias, quando assistissem os empregados. Os sindicatos reagiram, uma vez mais, de modo a negar os efeitos do citado verbete da súmula do TST, já que ressalvavam, não raro, todas as parcelas e valores contidos no recibo concernente à cessação do contrato. Ante os efeitos deletérios da primeira e da segunda empresas, o TST se fez receptivo à insatisfação dos sindicatos e de seus representados, dando ao multicitada Súmula 330 do TST a sua redação atual:

> A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos no parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.
>
> I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo.
>
> II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Logo, o fato de o sindicato assistir o empregado, na dissolução de seu contrato, não impedirá que esse trabalhador dirija-se à Justiça do Trabalho em busca da diferença de parcelas que foram, em parte, quitadas sob tal assistência.

19.8 Efeitos da cessação do contrato de emprego

Sob o ponto de vista prático, inquieta ao agente do direito do trabalho a tarefa de identificar as possíveis pretensões de empregados cujo contrato foi atingido por resilição, resolução, rescisão ou caducidade. É interessante enumerar quais os direitos que resultam da cessação do contrato e listar os casos em que há o cabimento de cada um desses direitos.

19.8.1 O direito à reintegração

Quando pode um empregado, após ser despedido, postular sua reintegração no emprego? Ao enfrentar um conflito dessa ordem, a primeira preocupação deve ser a de consultar as peculiaridades do caso concreto para examinar se o contrato podia ser dissolvido, dada a inexistência de garantia de emprego. Se afirmativa a resposta, importa verificar se a dispensa, mesmo podendo operar-se sem justa causa, teve motivo e se tal motivo revestiu-se de licitude, pois poderá o trabalhador exigir a restauração do vínculo no caso de ser despedido por causa ilícita.

Em rigor, são ao menos seis as hipóteses em que se revela a invalidade da dispensa: a) estabilidade definitiva ou provisória; b) suspensão do contrato; c) dispensa discriminatória; d) dispensa lesiva de direito fundamental; e) em caso de empregado público, a veracidade do motivo determinante da dispensa; f) anistia. Nas cinco últimas hipóteses não se exige que o empregado seja titular de estabilidade no emprego, dado que a declaração de nulidade da dispensa e a ordem judicial de reintegração têm então, como causa autônoma, a restituição das partes ao estado em que se encontravam antes do ato nulo. Convém examinar cada um desses casos de nulidade da dispensa.

A) Estabilidade

Analisemos primeiramente a possibilidade de estabilidade, definitiva ou provisória, a proteger o emprego. Embora o próximo capítulo deste livro seja dedicado às hipóteses de estabilidade, algumas noções podem ser adiantadas.

Se o contrato se dissolvera por iniciativa do empregador e o empregado era estável, deve este postular a reintegração, com salários vencidos e vincendos, além de férias, 13o salário, FGTS e outras parcelas acaso suprimidas em razão do afastamento.

A Súmula 244, II, do TST esclarece que “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”. A regra mostra-se comum a todos os casos de estabilidade provisória, como se nota à leitura da Súmula 396 do TST:

> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA"
>
> I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.
>
> II - Não há nulidade por julgamento “extra petita” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT.

Presume-se, em verdade, que o empregador já teria manifestado a sua intenção de despedir o empregado sem justa causa quando o dispensou em meio ao período de estabilidade e, por isso, ao Poder Judiciário caberia apenas deslocar a dispensa para data posterior a tal período, condenando o empregador a pagar as verbas trabalhistas sonegadas no tempo em que o emprego estava garantido ao trabalhador.

É razoável concluir, portanto, que o empregado deverá pedir a reintegração se estável no dia da propositura da ação, ou seja, se ainda está em curso o período de estabilidade. Se o julgamento for favorável ao empregado e se der após o termo final da estabilidade, ao juiz cabe ordenar a conversão em pecúnia (salários etc.) do direito à reintegração.

A jurisprudência foi resistente, em dado período, à possibilidade de o empregado ajuizar ação, visando à sua reintegração no emprego, quando o período de estabilidade já se havia exaurido. É que, nesse caso, o empregado teria impedido o empregador de satisfazer a pretensão principal, qual seja, a de restabelecer o emprego, às vezes sem que o empregador sequer tivesse

conhecimento de que despedira o trabalhador em meio ao período de estabilidade. É outro, porém, o entendimento hoje prevalecente, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 399 da SBDI 1:

> 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 estabilitário.

Outra questão genérica é aquela que concerne ao direito de estabilidade ser assegurado também em contratos por tempo determinado. Quando estudarmos, no próximo capítulo, as espécies de estabilidade provisória, veremos que a jurisprudência do STF e do TST têm modificado a sua compreensão sobre o tema, pois há algum tempo está a afirmar que a garantia de emprego assegurada ao trabalhador que sofre acidente de trabalho e à empregada gestante incidem mesmo quando o contrato está sujeito a termo final ou condição resolutiva, conforme se infere, respectivamente, das Súmulas 378, III e 244, III do TST.

O próximo capítulo tratará, como já esclarecido, apenas do direito à estabilidade no emprego.

B) Reintegração na hipótese de suspensão do contrato

No capítulo relativo à suspensão do contrato, vimos que os artigos 471 e seguintes da CLT imunizam o trabalhador que tem o seu contrato suspenso por doença, acidente de trabalho, serviço militar obrigatório, greve etc. Ele não pode ser despedido durante a suspensão contratual.

Em rigor, o empregado não pode ser reintegrado à rotina do emprego se a causa de seu afastamento persiste, a exemplo de quando ele tem o seu contrato suspenso em razão de enfermidade e ainda não recuperou a sua aptidão para o trabalho, mas é surpreendido com a despedida. Nesse caso, assiste ao trabalhador o direito de obter o restabelecimento do vínculo de emprego, mas assim sucede para que ele continue afastado em gozo do benefício previdenciário[mxix] até recuperar as suas forças, a sua condição de prestar trabalho.

Sobre o empregado que recebe aviso prévio e em seguida tem o seu contrato suspenso em razão de enfermidade, a parte final da Súmula 371 explicita: “No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, […] só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário”. Segue-se, aqui, o mesmo raciocínio desenvolvido a propósito da estabilidade, ou seja, protrai-se a data da dispensa para tempo posterior ao da suspensão contratual.

C) Dispensa discriminatória

No capítulo dedicado à análise dos princípios de direito do trabalho, especialmente quando tratamos do princípio da igualdade de tratamento, enfatizamos a possibilidade de empregados, titulares ou não de estabilidade, serem reintegrados após sofrerem despedida com viés discriminatório.

O art. 1º da Lei 9.029/95 proíbe "a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal". Em seguida, prescreve a mesma lei:

> Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:
>
> I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
>
> II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

O texto do inciso I contém um erro de terminologia ao confundir os institutos da "readmissão" com o da "reintegração". Mas se trata de equívoco sem maior consequência, pois o significado de reintegração é aquele explicitado no restante do dispositivo, qual seja, a restituição do emprego com o recebimento de todas as parcelas salariais relativas ao período de afastamento. Haveria readmissão se, em vez disso, o empregador fosse obrigado a estabelecer um novo contrato com o trabalhador injustamente despedido.

Por sua vez, a Súmula 443 do TST tem o seguinte enunciado:

> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - 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.

E assim se completa o sistema jurídico de proteção contra atitudes patronais preconceituosas, quer ao início do liame empregatício, quer ao seu final. A nulidade da dispensa discriminatória gera não apenas a reparação por dano moral, mas igualmente a reintegração no emprego. E então se preservará o emprego até que sobrevenha alguma causa de resolução contratual ou mesmo nova ordem de dispensa, mas nesse caso o empregador deverá provar que, a despeito de sua conduta anterior socialmente reprovável, há motivo de índole

disciplinar ou inerente à empresa que estaria a justificar a dissolução do contrato.

D) Dispensa lesiva a direito fundamental – a garantia de indenidade

O empregado é titular, normalmente, de vários direitos fundamentais, a exemplo do direito de participar de greve como meio pacífico de reivindicar condições mais justas de trabalho, ou do direito de exercer em plenitude a liberdade sindical, inclusive candidatar-se a cargo de direção do sindicato e assim veicular interesses nem sempre simpáticos ao empregador, ou enfim do direito de provocar a jurisdição trabalhista com vistas à satisfação de pretensões que, não obstante fundadas na ordem jurídica, são resistidas pelo titular da empresa. Trata-se, como se percebe, de direitos fundamentais que incomodam o empregador, sem embargo de servirem à sustentabidade do meio ambiente de trabalho.

Quando o ambiente laboral está assim tensionado, não raro o empregador atende à irresistível tentação de subjugar o trabalhador que se insurgiu contra o seu poder, como se precisasse mostrar, ao trabalhador e iguais, a sua incontrastável hegemonia econômica, social e política. A reação do empregador é então a de despedir o empregado insurreto, não importando a eventual justeza de seu interesse e o meio legítimo, sobretudo pacífico, usado para satisfazê-lo. O intuito emulatório ou persecutório, vingativo mesmo, de tal conduta é manifesto, mas é certo que durante muitos anos a jurisprudência se acomodou ante esses atos patronais a pretexto de que havia, como um óbice à realização da justiça, um direito potestativo de despedir empregados.

Talvez a reação primeira ou mais reluzente contra esse desvirtuamento do poder empresarial tenha emanado do Supremo Tribunal Federal, em acórdão cuja dicção é paradigmática:

> O direito potestativo de despedir não pode ser potencializado a ponto de colocar-se, em plano secundário, o próprio texto constitucional, como se a ordem jurídica agasalhasse, no campo patrimonial, direito absoluto. Se de um lado, reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do co-partícipe da força de produção. Não, a este ponto não

> pode ser guindado o direito de despedir. O exercício respectivo deve observar, até mesmo, a ética primária, o que se dirá quanto às garantias do cidadão relativas às convicções políticas, à liberdade de consciência, à manifestação de convicção política (§§ 1º, 5º e 8º do art. 153 da Constituição Federal de 1967). É sabença geral que contra a Constituição não existe direito, ainda que ligado à potestividade (STF, RE 130206-PA, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 14/08/1992). [mxx]

A mudança de perspectiva se deve, também e muito, à construção jurisprudencial que se forjou no âmbito do Tribunal Constitucional da Espanha e, sob a denominação audaciosa de "garantia de indenidade", logo se difundiu por toda a Europa, mais adiante sendo gradualmente absorvida pelos tribunais trabalhistas brasileiros. Ilustra essa nova tendência a ementa seguinte:

> DISPENSA RETALIATÓRIA - DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - ABUSO DE DIREITO - REINTEGRAÇÃO Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamatórias ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (convenções 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cfr. Augusto César Leite de Carvalho, -Direito Fundamental de Ação Trabalhista-, in Revista Trabalhista: Direito e Processo, Anamatra - Forense, ano 1, v.1, n. 1 - jan/mar 2002 - Rio). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/03/2012, Data de Publicação: 13/04/2012).

Igual ao que sucedeu na jurisprudência europeia, a garantia de indenidade em sentido estrito[mxxi], no Brasil, é associada ora ao princípio da não discriminação, ora à *fundamentalidade* do direito de ação, como agora a tratamos. De um modo ou de outro, é fato que o instituto ganha foro de importância na jurisprudência brasileira[mxxii]

e remete à possibilidade de rever-se, mais que a anterior resignação dos tribunais, o traço cultural, talvez legado de um tempo colonial de senhores e escravos, segundo o qual o patrão se investiria de potestade inconciliável com a submissão a uma corte de justiça. Há, na garantia de indenidade, um bafejo de civilização direcionado ao ambiente de trabalho.

A garantia de indenidade importa a reintegração do trabalhador que ajuíza ação trabalhista em face de seu empregador quando ainda está em curso o vínculo de emprego.

E) Dispensa de empregado público com motivo declarado e infundado

Quando tratamos de resolução contratual, especialmente da resolução do contrato de empregado público, dissemos que o empregado público não adquire estabilidade no emprego. E afirmamos também que, para nosso desconforto intelectual, a jurisprudência tem endossado a conduta de sociedades de economia mista e empresas públicas que dispensam seus empregados sem apresentar motivo que justifique o ato de dispensa – ato patronal que é, a nosso ver e em detrimento da jurisprudência assim consagrada, um ato administrativo cuja legitimidade exigiria prévia motivação.

Ocorre, todavia e por vezes, de a administração pública, nessa contingência de empregadora, motivar o ato de dispensa e, então, atrair a incidência da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato está condicionada à real existência e juridicidade dos motivos declarados. Embora a jurisprudência autorize a sociedade de economia mista e a empresa pública a despedir seus empregados admitidos mediante concurso (OJ 247, I da SBDI 1) sem dizer por que o fazem, o motivo da resilição contratual, porventura informado no ato de despedida, vincula o órgão da administração, de modo a tornar inválido o ato de dispensa cuja causa for inveraz ou ilícita.

Assim tem decidido a Justiça do Trabalho, conforme se extrai de iterativos julgados[mxxiii]. E como não é normal a administração pública dispensar sem justa causa os servidores que admitiu mediante concurso, resulta inviável converter o ato patronal em dispensa sem justa causa, mormente se nem mesmo o empregador pretendeu revesti-lo desse caráter de absoluta precariedade, pois motivou, embora motivasse mal, o ato de dispensa.

Quando não comprovado ou sem base jurídica o motivo declarado pelo empregador público para despedir o servidor, ordena-se a reintegração no emprego.

F) Anistia

Anistiar significa esquecer e perdoar. Mas é assunto estranho às relações paritárias, pois é ato de poder, como se colhe do sentido dado ao verbete pelo Dicionário Houaiss: “ato do poder público que declara impuníveis delitos praticados até determinada data por motivos políticos ou penais, ao mesmo tempo que anula condenações e suspende diligências persecutórias”.

Nas sociedades ocidentais que viveram tempos de governos autoritários, que encarceravam e submetiam a tortura ou ao degredo os adversários de ideologia ou prática política, o retorno à ordem democrática compreendeu atos igualmente políticos de anistia, a exemplo do que sucedeu, no Brasil, com a edição, ainda sob o regime militar, da Lei 6.683/79, que pretendeu consolidar a abertura política “lenta, gradual e segura” iniciada no Governo Geisel. Mas o reaproveitamento de servidores civis e militares ficou subordinado à decisão de comissões especiais criadas no âmbito dos respectivos ministérios para estudar cada caso e a orientação jurisprudencial (transitória) n. 44 da SBDI preconizava: “O tempo de afastamento do anistiado pela Lei nº 6.683/79 não é computável para efeito do pagamento de indenização por tempo de serviço, licença-prêmio e promoção”. Em suma, tratava-se de readmissão, não propriamente de reintegração no emprego.

Ainda sob a regência da ordem constitucional anterior, a Emenda Constitucional 26, de 1985, concedeu anistia “a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares”, bem assim “aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais”.

Como o art. 4º, §5º da EC 26/85 previa que a anistia aos servidores civis haveria de gerar efeitos financeiros a partir da data de promulgação da emenda, “vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo”, sobreveio a orientação jurisprudencial n. 12 da SBDI 1: “gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo”. Deu-se à anistia o efeito de readmissão (celebração de novo contrato), em consonância com o texto da emenda constitucional que a

concedeu, mas em detrimento da correlação lógica entre a concessão de anistia (perdão em plenitude) e a reintegração (restauração do emprego desde o injusto afastamento). E havia, de todo modo, uma clara mitigação: o tempo de afastamento era computado para efeito de promoções e vantagens outras relacionadas ao tempo de serviço.

A atual Constituição atribui à União a competência para conceder anistia (art. 21, XVII), mediante lei (art. 48, VIII), e o seu Título X, reservado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 8º, estabelece:

> É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

À semelhança da EC 26/85, o §1º do art. 8º do ADCT vedou qualquer pagamento de salário com efeito retroativo, embora uma e outra norma assegurassem o cômputo do período de afastamento para efeito de promoções e outras vantagens. Mas havia controvérsia sobre o reinício do contrato quando a administração não a promovia e assim provocava a demanda judicial. A esse propósito, a orientação jurisprudencial n. 91 da SBDI 1: “os efeitos financeiros da readmissão do empregado anistiado serão contados a partir do momento em que este manifestou o desejo de retornar ao trabalho e, na ausência de prova, da data do ajuizamento da ação”.

Outras leis sobrevieram para casos pontuais, como a Lei 8.878/94 que concedeu anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido: exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal; despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista. Interpretando o art. 6º da Lei 8.878/94, seguiu-se a orientação jurisprudencial

(transitória) n. 56 da SBDI 1: “Os efeitos financeiros da anistia concedida pela Lei nº 8.878/94 somente serão devidos a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração em caráter retroativo”. Uma vez mais, cuida-se de readmissão no emprego com o cômputo do tempo de serviço, numa reiterada mistura de readmissão e reintegração.

E igualmente adveio a Lei 10.790, de 2003, que concedeu anistia “a dirigentes, representantes sindicais e demais trabalhadores integrantes da categoria profissional dos empregados da empresa Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, que, no período compreendido entre 10 de setembro de 1994 e 1º de setembro de 1996, sofreram punições, despedidas ou suspensões contratuais, em virtude de participação em movimento reivindicatório, assegurada aos dispensados ou suspensos a reintegração no emprego”. Sobre a retroação de efeitos financeiros, o art. 1º, §1º da Lei 10.790/2003 previu que as pendências observariam parâmetros fixados em acordo celebrado na Justiça do Trabalho em 2003.

Conforme já esclarecido, a anistia deveria apagar todos os efeitos das ações autoritárias ou de revanchismo sofridas por empregados públicos, mas decerto que a preocupação com o erário vem de mitigar esses efeitos nas várias leis e dispositivos constitucionais que, historicamente, anistiam tais trabalhadores. Na maior parte dos casos, percebe-se que a anistia restaurou o emprego, mas com a roupagem de um novo contrato cujas cláusulas consideraram o tempo de serviço anterior ao afastamento.

Examinemos, na sequência, as parcelas que são devidas em hipóteses de dissolução válida do contrato de trabalho.

19.8.2 As prestações típicas da dissolução do contrato

É exato afirmar que o empregado cujo contrato se dissolveu pode ter direito, a depender do tipo de cessação do contrato que se realizou na situação concreta, a deduzir as pretensões seguintes:

A) Indenização e integração do período de aviso prévio

Pudemos notar que o empregado pode postular que o seu período de aviso prévio seja indenizado e integrado ao tempo de serviço sempre que o empregador o dispensar sem justa causa e não o tiver notificado na forma legal, com a antecedência mínima de trinta dias, observada a proporção legal com o tempo de serviço. A obrigação de pré-avisar inclui a redução de carga horária, exigida, em relação aos empregados urbanos, pelo artigo 488 e seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não é lícito pedir o tempo correspondente à redução de jornada (duas horas diárias) como horas extraordinárias, consoante preconiza a Súmula 230 do TST.

Também já pudemos perceber que, excetuando a regra geral, entende-se devida a indenização do aviso prévio, com integração ao tempo de serviço, em casos de ruptura antecipada de contratos a termo que contenham a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão (artigo 481 da CLT) e também nas hipóteses de despedida indireta (artigos 483 e 487, §4º, da CLT).

Havendo a indenização do período de aviso prévio, na forma do artigo 487, §1º, da CLT, o seu valor corresponderá ao *salário* que seria pago nesse período. A Súmula 354 do TST exclui a gorjeta desse cálculo e, assim, orienta que seja o salário (o conjunto de parcelas salariais), e não a remuneração (que incluiria a gorjeta e oportunidades de ganho), a base de cálculo do aviso prévio indenizado.

Se é o empregado quem se demite, sem dar o aviso prévio, pode o empregador descontar de eventuais créditos desse empregado o valor que equivaler ao salário do período de aviso prévio (artigo 487, §2º, da CLT). A princípio, não pode o empregador exigir indenização nesse valor, mas apenas proceder a desconto, se crédito do empregado houver.

B) Férias em dobro, simples e proporcionais

O artigo 146 da CLT deixa claro que as férias adquiridas devem ser indenizadas, ainda que o empregado tenha cometido justa causa. Em qualquer caso de dissolução contratual, as férias adquiridas, que o jargão forense converte em *férias vencidas*, estarão asseguradas ao trabalhador.

Exaurido o período concessivo, pedem-se férias em dobro, ou melhor, a indenização das férias na forma dobrada. Se o período concessivo ainda fluía ao tempo em que houve a cessação do contrato, as férias são devidas na forma simples.

Sobre o período aquisitivo que estava em curso quando aconteceu a cessação do contrato, dá ele ensejo às férias proporcionais (indenização de valor proporcional ao tempo de aquisição de férias interrompido: 1/12 da remuneração, não apenas do salário, por cada mês contratual ou fração superior a quatorze dias[mxxiv]). Quando apenas a CLT regulava o direito a férias proporcionais, a primeira verificação era atinente ao tempo de serviço: se o empregado contava menos de um ano de emprego, as férias proporcionais eram devidas somente nas hipóteses de extinção normal do contrato a termo ou dispensa sem justa causa (artigo 147 da CLT); se o empregado contava com mais de um ano de emprego, as férias proporcionais somente não eram devidas nas hipóteses em que ele for despedido sem justa causa (artigo 146, parágrafo único, da CLT).

Mas é fato que o art. 11 da Convenção 132 da OIT, ratificada pelo Brasil e por isso integrante de nosso sistema jurídico como norma supralegal, assegurou o direito a férias proporcionais quando há “cessação da relação empregatícia”, sem prescrever qualquer correlação entre esse direito e a modalidade da dissolução contratual. O TST percebeu essa alteração normativa e alterou a Súmula 261 do TST, para afirmar que o empregado que pede demissão antes de completar um ano de emprego tem direito a férias proporcionais. Prevaleceu, assim, a regra mais benéfica prevista na Convenção 132 da OIT, não mais vigorando a regra da CLT segundo a qual o trabalhador com menos de um ano de contrato somente teria direito a férias proporcionais se despedido sem justa causa ou na resolução normal de contrato por tempo determinado.

Citando os casos mais comuns, vale dizer que a dispensa sem justa causa sempre dá direito a férias proporcionais; a dispensa por justa causa nunca assegura o direito a férias proporcionais; o empregado que se demite tem direito

a férias proporcionais mesmo que não tenha completado um ano de emprego[mxxv]. Em princípio, a jurisprudência tenderia a aplicar a Convenção 132 da OIT e assim assegurar férias proporcionais em outras hipóteses de cessação do contrato no primeiro ano da relação laboral, a exemplo da resolução contratual por morte do trabalhador.

As férias em dobro, as férias simples e as férias proporcionais devem ser remuneradas ou indenizadas, indistintamente, com o acréscimo de 1/3 (um terço) sobre o salário, previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição. A Súmula 328 do TST é enfática: “O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da Constituição da República de 1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto em seu art. 7º, inciso XVII”.

C) Décimo terceiro salário proporcional

O artigo 1º, §1º, da Lei 4.090, de 1962, garante o 13º salário, que a lei ainda denominava *gratificação natalina*, explicitando que o seu valor deve corresponder a 1/12 (um doze avos) da remuneração, não somente do salário, devida em dezembro. O §2º do mesmo dispositivo esclarece que a fração igual ou superior a quinze dias deve ser considerada como mês integral, para tais efeitos. Ditos preceitos de lei se reportam ao 13º salário devido em dezembro, quando o contrato está em curso ou cessa após o dia quinze desse mês.

Por coerência, o artigo 1º, §3º, da citada Lei 4.090, estatui que o 13º salário proporcional é devido, mesmo quando o contrato termina antes do mês de dezembro, nas seguintes hipóteses: a) extinção normal dos contratos a prazo; b) cessação do contrato resultante da aposentadoria; c) dispensa do empregado sem justa causa.

O dispositivo em tela (artigo 1º, §3º, da Lei 4.090) refere-se, em verdade, à *rescisão sem justa causa* e poderia ser interpretado como a se reportar não somente à despedida, mas também à resilição contratual que ocorre por iniciativa do próprio trabalhador. Essa discussão foi superada pela Súmula 157 do TST, que recomenda: "A gratificação instituída pela Lei 4090, de 1962, é devida na resilição contratual de iniciativa do empregado". Comentando o verbete, Francisco Antônio de Oliveira[mxxvi] reproduz ementa emblemática do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento no qual figurou o Ministro Evandro Lins como relator:

> O décimo-terceiro salário é devido, proporcionalmente aos meses trabalhados, mesmo quando o empregado pede demissão, rompendo espontaneamente o contrato de trabalho. O direito do empregado à sua percepção é conquistado mês após mês, tanto que, se demitido sem justa causa, pelo empregador, antes do advento do mês de dezembro, somente receberá tantos avos quantos meses efetivamente trabalhados.

É importante notar que o cálculo de férias proporcionais leva em conta o mês contratual, da mesma forma como as férias vencidas têm como parâmetro o ano contratual, e não o ano civil. Já para o 13º salário proporcional, computa-se o mês civil, assim se considerando a fração de mês igual ou superior a quinze dias. O empregado que recebe salário de R$ 1.200,00 e trabalha de 03/jan/2001 a 16/jul/2001, sendo despedido após a regular concessão de aviso prévio, tem

direito de receber R$ 800,00 (6/12 da remuneração, acrescida de 1/3 do salário) a título de férias proporcionais e 13º salário proporcional no valor de R$ 700,00 (7/12 da remuneração). No cálculo de férias proporcionais, consideramos que havia seis meses e quatorze dias de trabalho. No cálculo de 13º proporcional, computamos cinco meses completos (fevereiro a junho) e mais duas frações de mês de mais de quatorze dias (29 dias em janeiro e 16 dias em julho).

D) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e acréscimo indenizatório de 40%

Consoante sobrevisto, ao empregado que tem dissolvido o seu contrato é assegurado o direito a sacar o saldo existente em sua conta vinculada quando há (artigo 20 da Lei 8.036/90):

a) dispensa sem justa causa do empregado;

b) despedida indireta (artigo 483 da CLT);

c) cessação do contrato por culpa recíproca;

d) cessação do contrato por motivo de força maior;

e) extinção total da empresa ou fechamento de um seu estabelecimento;

f) aposentadoria do empregado;

g) falecimento do trabalhador;

h) extinção normal do contrato a termo;

i) declaração de nulidade do contrato por admissão de servidor público sem concurso.

Acrescentou-se à Lei 8.036, de 1990, o artigo 19-A, exigindo a incidência do FGTS sobre os salários pagos ou devidos por força de contrato de emprego com ente público que tenha sido declarado nulo, por não se ter submetido o empregado ao concurso de provas ou de provas e títulos. Mas a indenização de valor equivalente ao acréscimo de 40% do saldo do FGTS não é devida nesse caso.

Sendo o contrato lícito e o empregado dispensado sem justa causa, assiste-lhe o direito, ainda, a indenização de valor equivalente a 40% do montante dos depósitos em sua conta vinculada, acrescido de juros e correção monetária. Formulários e mesmo decisões judiciais denominam essa *indenização* de *multa*, sem que a imprecisão terminológica acarrete algum problema.

Nas hipóteses de cessação do contrato por culpa recíproca ou força maior, a citada indenização é devida, mas por metade (20%).

A indenização sob exame deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador, em conformidade com o artigo 18 e parágrafos da Lei 8.036, de 1990. Se o empregador assim não procede, pode o

empregado postular o pagamento direto, pois o depósito em conta vinculada tem o objetivo de evitar a fraude, que nesse caso não estaria a ocorrer.

É oportuno reiterar que as contribuições sociais previstas na Lei Complementar n. 110, de 2001, devidas pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa de empregado, na proporção de 10% sobre o montante dos depósitos na conta vinculada, e com alíquota de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado, não revertem em favor do empregado, diretamente.

E) Multa do artigo 477, §8º, da CLT

A multa, agora sob análise, é devida sempre que o prazo para pagamento das verbas da dissolução contratual não é cumprido. O prazo pode ser de um ou de dez dias, conforme preceitua o artigo 477, §6º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Se o aviso prévio é regularmente concedido, as verbas da resilição contratual devem ser pagas no dia útil imediato ao término do contrato (artigo 477, §6º, a, da CLT). Os intérpretes e agentes do direito do trabalho desconfiam, porém, do aviso prévio que é cumprido em casa, pois esse não pode ser um artifício para postergar, simplesmente, o pagamento das parcelas dissolutórias. Por isso e porque o artigo 477, §8º, da CLT prevê que o prazo é de dez dias, a partir da notificação da demissão (*sic*), quando é dispensado o cumprimento do aviso prévio, entende-se que se o empregado cumprir o aviso prévio em casa, sendo liberado do trabalho nesse período, obtém, então, o direito de receber as citadas verbas no decêndio seguinte ao dia em que foi informado da dispensa[mxxvii].

Mas se o aviso prévio é indenizado pelo empregador, integrando-se o seu período ao tempo de serviço, ou ainda se o aviso prévio não é devido (casos de resolução contratual ou de contrato a termo, por exemplo), o prazo para pagamento das verbas da dissolução contratual é de dez dias a partir do dia da cessação do contrato (artigo 477, §6º, b, da CLT). Aqui como lá, o prazo é contado com exclusão do dia de começo e inclusão do dia de vencimento, conforme orientação jurisprudencial n. 162 da SDI I do TST, prorrogando-se até o dia útil seguinte, ao que entendemos, sempre que o seu termo final coincidir com dia em que não há expediente na empresa ou, sendo o caso, na sede do órgão incumbido da assistência ao empregado (artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT).

O não pagamento no prazo de um ou dez dias tornará devida a multa, prevista no artigo 477, §8º, da CLT. É certo que o empregador se exime da multa se prova, inclusive através de declaração do Ministério do Trabalho ou do sindicato, que a mora é do credor, pois tal empregador teria, sem êxito, envidado esforços para realizar o pagamento.

A multa, em favor do empregado, tem valor *equivalente ao seu salário*,

segundo a norma que ora analisamos. A interpretação mais razoável do dispositivo legal conduziria ao entendimento de que essa multa deveria ter o salário por dia de trabalho como parâmetro, multiplicando-se-o pelo número de dias em mora. A multa teria valor maior na proporção em que fosse maior o tempo de atraso no pagamento, não onerando o empregador que atrasasse um dia, por eventual descuido, com o valor cobrado ao empregador que estivesse em mora há meses ou anos. A verdade, porém, é que esse entendimento não tem prevalecido.

Os empregados pedem e, assim provocados, os juízes deferem a multa no valor de um salário mensal, tanto contra o empregador que está em mora há poucos dias como contra aquele que está assim há mais de um mês. É de se lamentar essa acomodação da jurisprudência.

A multa é devida em qualquer caso de cessação contratual, desde que constatado débito do empregador gerado pela cessação do contrato e ocorra a mora. Salvam-se, como antevisto, a hipótese de falência do empregador e, a nosso sentimento, os casos de resolução contratual que sejam incompatíveis com o prazo fixado no artigo 477, §6º, da CLT, a exemplo da morte do empregado, força maior e morte do empregador pessoa física. Percebe-se forte jurisprudência no sentido de não caber a multa em casos de dispensa por justa causa, mas entendemos que a alegação precisa ser procedente, para que não se use a imputação falsa de justa causa como um ardil para evitar o pagamento da multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT.

Outro ponto de polêmica jurisprudencial sempre foi a imposição da multa do art. 477, §8º, da CLT nos casos em que o vínculo de emprego é reconhecido apenas em juízo. De um lado, advoga-se que o empregador de boa-fé seria lesado quando se impusesse a ele uma sanção legal em consequência de liame empregatício que ele imaginava ser de outra natureza; de lado oposto, rebate-se que não se pode privilegiar a torpeza dos empregadores que mantêm empregados na informalidade. O TST adotou esse último entendimento[mxxviii] ao revogar a orientação jurisprudencial 351 da SDI 1[mxxix].

F) Sanção do artigo 467 da CLT

Até o início de setembro de 2001, o artigo 467 da CLT cominava uma sanção que correspondia à dobra do salário retido, sempre que havia cessação do contrato e o empregador não quitava o salário incontroverso até a primeira audiência do processo judicial movido pelo empregado. A Lei 10.272, de 2001, alterou a redação do artigo 467 da CLT, que passou a conter a seguinte prescrição:

> Em caso de rescisão (rectius: cessação) de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de 50% (cinqüenta por cento).

É evidente que se não houver controvérsia sobre qualquer das verbas dissolutórias, estará o empregador na contingência de pagá-las, todas, até a primeira audiência em sede judicial, sob pena de as dever, daí por diante, com o acréscimo de 50%. Mas é importante lembrar que a cominação somente é válida nos casos em que já houve a dissolução do contrato (o que é lógico, pois, do contrário, não seriam devidas as tais verbas) e a jurisprudência, com razão, tem entendido que a controvérsia sem consistência, instaurada com o fito exclusivo de elidir a sanção do artigo 467 da CLT, em rigor não a afasta. Exemplo disso é a alegação do empregador de que teria pago as verbas dissolutórias, quando ele sequer tenta comprovar o pagamento. A elisão da pena imposta pelo artigo 467 da CLT pressupõe controvérsia séria sobre o débito em discussão.

Por fim, faz-se oportuno aludir ao princípio da extrapetição. É que há, aparentemente, consenso jurisprudencial quanto a ser devida a sanção prevista no artigo 467 da CLT mesmo quando o empregado não a pede, ao propor a sua ação trabalhista.

G) Indenização adicional. Artigo 9º da Lei 7.238/84

O artigo 9º da Lei 7.238, de 1984, reproduziu o artigo 9º da Lei 6.708, de 1984. Uma e outra leis regulavam, a seu tempo, a correção automática semestral dos salários. Rezava o citado artigo de lei:

> O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Para além da discussão atinente ao valor da indenização adicional[mxxx], uma primeira questão se levantou: o período de trinta dias, que antecedia a correção salarial, deveria considerar a integração ao tempo do serviço do período de aviso prévio indenizado? A resposta é afirmativa, conforme se extrai da Súmula 182 do TST. Se o empregado integra categoria profissional que tem data-base em primeiro de maio e é dispensado, sem justa causa e sem aviso prévio, em início de março do mesmo ano, a integração do período de aviso prévio, a ser indenizado, certamente fará devida a indenização adicional.

Em contrapartida, tem-se decidido que não é devida essa indenização quando a integração do aviso prévio indenizado projeta a cessação do contrato para depois da data-base[mxxxi] (o que ocorreria, no nosso exemplo, se a dispensa do empregado se desse em abril).

Embora os reajustes semestrais automáticos já não sejam devidos, pois a política governamental de salário se modificou com o tempo, decerto que a angústia de ser dispensado às vésperas da data-base de sua categoria permanece, sendo esse o caso.

O preceito legal não protegia o empregado, somente, contra a despedida que parecia ser obstativa do reajuste salarial. Mais que isso, tentava estatuir sanção pecuniária para inibir a conduta patronal que resultava em impedir que o empregado melhorasse o seu poder aquisitivo, vivendo tempos de novo padrão salarial. Tanto assim que a Súmula 314 do TST recomenda:

> Ocorrendo a rescisão contratual no período de 30 (trinta) dias que antecede a data-base, observado a Súmula n. 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis ns. 6708/79 e 7238/84.

Mas, note-se bem: a indenização somente é devida em caso de dispensa sem justa causa, ocorrida no trintídio anterior à data-base.

H) Seguro-desemprego

O seguro-desemprego é um benefício custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador e é pago aos trabalhadores que estão com o seu contrato de trabalho suspenso em virtude de participação em curso ou programa de qualificação profissional (artigo 2º-A da Lei 7.998/90) ou, ao que nos interessa, a empregados dispensados sem justa causa que comprovem:

a) Ter recebido salário nos seis meses que antecederam a dispensa;

b) Haver sido empregados por pelo menos quinze meses nos últimos vinte e quatro meses;

c) Não estar em gozo de benefício previdenciário de prestação continuada, exceto o auxílio-acidente, o auxílio suplementar e o abono de permanência;

d) Não estar em gozo de auxílio-desemprego;

e) Não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

O valor de cada parcela do benefício observa piso (salário mínimo) e teto previstos em resoluções do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT, variando o número de parcelas em função do tempo de emprego[mxxxii]. O artigo 14 da Resolução n. 467, de 21 de dezembro de 2005, do CODEFAT, exige que o empregado requeira o benefício a partir do 7º (sétimo) e até o 120º (centésimo vigésimo) dias subseqüentes à data da dispensa sem justa causa.

O empregado que não recebe a Comunicação de Dispensa do seu empregador, ao ser dispensado sem justa causa, pode requerer o benefício, ainda assim, pela via administrativa. Mas é certo que a eventual informalidade do contrato (sem anotação na CTPS) ou a falsa imputação de demissão (resilição por iniciativa do empregado) ou de justa causa inviabilizarão o recebimento.

Atento a qualquer possibilidade de o empregado sofrer dano em razão de o seu empregador ser omisso, não lhe entregando os documentos úteis ao requerimento de seguro-desemprego, o TST editou a Súmula 389 de sua jurisprudência:

> SEGURO-DESEMPREGO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR NÃO LIBERAÇÃO DE GUIAS
>
> I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho a lide entre empregado e

empregador tendo por objeto indenização pelo não-fornecimento das guias do seguro-desemprego.

II - O não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização.

I) Indenização por danos morais

O que se questiona é a possibilidade de a imputação de justa causa configurar dano moral, quando o empregador a alega, mas dela não faz prova ou resulta vencido no processo trabalhista em que são pedidas as verbas resilitórias.

A nosso pensamento, a alegação de justa causa precisa mesmo ser refletida ou precedida de máxima ponderação, porque é evidente que causa dor (dano extrapatrimonial) a imputação injusta. Até aqui, cogitamos do dano moral cuja reparação fora erigida a direito fundamental pelo art. 5º, V, da Constituição.

Num parêntese, cabe redarguir que há, contudo, outro direito fundamental que não pode ser relevado, quando se está a discernir que implicações decorrem da alegação malsucedida de justa causa. Referimo-nos ao direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição, em favor igualmente da pessoa que se defende no processo judicial. Também exerce direito fundamental o empregador que postula a apreciação pelo Poder Judiciário de *matéria de defesa*, como se nota em ementa que provém do STF:

> A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5o da Carta da República [mxxxiii].

Entendemos, por isso, que se deve rejeitar pretensão de tal ordem – de reparação por dano moral resultante da alegação não comprovada de justa causa – em hipóteses nas quais o empregador não tem sucesso no enquadramento jurídico de conduta atribuída ao empregado, como nos casos em que a Justiça do Trabalho não qualifica como ato de desídia, indisciplina ou insubordinação um comportamento imputado ao trabalhador, ou não o reputa grave o suficiente para configurar a justa causa. Inexistiria, ainda, dano moral a ser reparado quando o empregador houvesse postulado, em processo judicial anterior, a declaração de justa causa informada em auditoria interna, instaurada e

desenvolvida com isenção e contraditório.

Mas a convicção, que temos, de não ser possível impedir que o empregador tenha assegurado esse direito – o de obter provimento jurisdicional sobre a configuração, como justa causa, de fato que tenha apurado com exação administrativa –, não se amolda, inteiramente, à orientação jurisprudencial que somente admite o dano moral quando o processo antecedente é manejado, pelo empregador, com desvio de finalidade, vale dizer, com o propósito de atingir a honra do empregado, a sua fama ou outros direitos da personalidade[mxxxiv]. A acusação infundada de improbidade gera dano moral independentemente de a ela se dar, ou não, alguma divulgação.

A utilização abusiva do artigo 482 da CLT, quando resulta em desconforto moral para o empregado, é causa bastante do direito à reparação. De modo emblemático e após intenso debate, a SBDI 1 decidiu a esse propósito:

> [...] O ato de improbidade pressupõe conduta que causa dano ao patrimônio do empregador, tendo correlação com crimes previstos no Direito Penal, como furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, ou apropriação indébita, prevista no artigo 168 do referido diploma legal. Diante disso, a acusação de prática de ato de improbidade constituiu uma grave imputação ao empregado, e a desconstituição pelo Judiciário demonstra claramente o abuso do direito do empregador de exercer o poder disciplinar, ao aplicar a mais severa das penas disciplinares, fundado em conduta gravíssima sem a cautela necessária. O empregado demitido com base nesse tipo de conduta carrega a pecha de ímprobo, de desonesto, mesmo quando há a desconstituição da justa causa judicialmente, o que, por óbvio, ofende, de forma profunda, sua honra e sua imagem perante ele mesmo e perante toda a sociedade, causando-lhe sofrimento, independentemente da ampla divulgação ou não do ocorrido por parte de sua empregadora. Mesmo porque, tratando-se de verificação judicial dessa conduta, a publicidade é absoluta, haja vista que o processo é público e, no caso dos autos, não há notícia de que corra em sigilo de justiça. Em julgamentos dessa natureza, é comum a oitiva de testemunhas e a exposição a um processo público para que o reclamante demonstre que não foi ímprobo, que não deu causa a despedimento justificado. Dessarte, antes de imputar conduta ímproba a qualquer trabalhador é indispensável que o empregador se certifique absolutamente da materialidade, da autoria, de todos os elementos necessários à futura comprovação dessa imputação. Evidenciado, assim, o dano moral decorrente da não comprovação do ato de improbidade que fundamentou a justa causa do reclamante, é devida a indenização correspondente, nos termos dos artigos 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Embargos conhecidos e desprovidos (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR - 20500-90.2003.5.07.0025, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DEJT 25/05/2012).

Recordemos, inclusive e por oportuno, que no processo em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para prover sobre a indenização por dano moral[mxxxv], o Ministro Sepúlveda Pertence assentou, para tal efeito, que "a imputação caluniosa – *causa petendi* de ação reparatória de danos morais –, surgiu exclusivamente em razão da relação de emprego, formulada como pretexto de justa causa para a resolução do contrato de trabalho pelo empregador".

O empregado pode pedir a indenização por danos morais sem indicar, desde logo, o valor que bastará à reparação. Ao arbitrar o valor, o juiz se valerá da eqüidade, atentando para a necessidade de compatibilizá-lo com as condições econômicas do empregador e, especialmente, com a fixação de quantia que lhe implique sacrifício, reconfortando o empregado. Não é tarefa fácil, nem está o juiz brasileiro acostumado a decidir sem um padrão legal preestabelecido, que lhe aquiete o espírito e o intelecto.

20 ESTABILIDADE NO EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho

20.1 Fonte jurídica e tipologia da estabilidade

Após estudarmos os modos e os efeitos da cessação do contrato de emprego, impende observar que há fatos impedientes da despedida do trabalhador. Ao proteger interesses ou valores que devem prevalecer quando confrontados com o direito de o empregador dispensar, imotivadamente, o seu empregado, a norma trabalhista garante, por vezes, a manutenção, provisória ou definitiva, do vínculo empregatício.

Cuida-se, portanto, de estabilidade, que pode ser prevista em norma estatal e também em convenção coletiva de trabalho, no regulamento de empresa ou em qualquer outra fonte de direito do trabalho, inclusive no contrato individual. A sentença normativa, proferida pelos tribunais trabalhistas ao término dos dissídios coletivos de trabalho, às vezes contém cláusula assecuratória de estabilidade por algum tempo a partir do encerramento de greve, o tempo bastante para que as seqüelas do movimento grevista se diluam.

Por ora, interessam-nos as hipóteses mais comuns de estabilidade, aquelas que têm a Constituição ou alguma lei como fundamento.

20.2 A estabilidade definitiva

Houve tempo em que a legislação trabalhista se deixou influenciar pela necessidade de o Governo Federal estabilizar a receita de institutos previdenciários e, com tal objetivo, assegurou, inicialmente aos ferroviários, a estabilidade definitiva no emprego após dez anos de serviços efetivos em uma empresa. Editou-se a Lei 4.682, de 1923, conhecida como Lei Eloy Chaves – em homenagem ao seu autor –, sendo a mesma uma lei nitidamente previdenciária, pois visava à criação da Caixa de Aposentadoria e Pensões junto às empresas ferroviárias.

Com igual preocupação, a de prover os institutos de previdência social que então se constituíam, outras leis surgiram, na década seguinte, a estender o direito de estabilidade definitiva a marítimos, comerciários e bancários, sendo que estes últimos se tornavam estáveis com apenas dois anos de serviço para um só empregador.

Observa Arnaldo Süssekind[mxxxvi] que somente com a Lei n. 62, de 1935, o instituto da estabilidade deixou de ser tratado em diploma de previdência social para ser regulado por norma trabalhista, sendo que a citada lei estendeu o direito à estabilidade definitiva, após dez anos de serviço efetivo, a todos os empregados que ainda não possuíam a garantia, excetuados os trabalhadores rurais e os domésticos.

A Consolidação das Leis do Trabalho uniformizou, em 1943, a legislação concernente à estabilidade no emprego, mas excetuou, uma vez mais, rurícolas, domésticos e também os servidores públicos (artigo 7º). Para os demais empregados, inclusive os bancários, a estabilidade era adquirida quando o empregado completava dez anos de trabalho em uma mesma empresa. Os períodos descontínuos de trabalho se somavam, salvo se o empregado houvesse sido dispensado por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente ao final de algum desses períodos (artigo 453 da CLT). Além disso, incluía-se no tempo de serviço o período de afastamento por acidente de trabalho ou para a prestação de serviço militar obrigatório (artigo 4º, parágrafo único, da CLT).

Ao empregado que não contasse dez anos de emprego, mas tivesse o seu contrato dissolvido, sem que fosse sua a iniciativa de o resilir, garantia-se uma indenização de valor equivalente a um mês de remuneração por ano ou período superior a seis meses de serviço para aquele empregador (artigo 478 da CLT),

desde que ele houvesse superado o primeiro ano da relação laboral, então compreendido como período experimental.

O empregado que adquiria a estabilidade decenal não podia ser dispensado, mesmo que cometesse ilícito tipificável como justa causa. Se o trabalhador cometesse falta grave[mxxxvii], facultava-se ao empregador instaurar inquérito judicial, com vistas à comprovação de tal falta e à dissolução do contrato pela Justiça do Trabalho, tudo com base no artigo 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com esteio no princípio da continuidade, a legislação trabalhista foi edificada a partir do pressuposto de que a permanência do trabalhador na empresa era um fato natural, que correspondia ao interesse patronal de exercer, também por tempo indefinido e com sucesso crescente, a mesma atividade econômica. Tanto assim que o artigo 499, §3º, da CLT, previa (como ainda prevê, mas sem a mesma eficácia): "A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478".

Na esteira da rica jurisprudência que se construiu a propósito do sistema de estabilidade ora destrinchado, que previa apenas indenização no primeiro decênio de emprego, a Súmula 26 do TST orientava (até ser revogada em novembro de 2003): "Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na mesma empresa". Esse modo de garantir a vigência do artigo 499, §3º, da CLT, acima transcrito, consolidava o entendimento de ser o final do decênio o termo inicial do período de estabilidade – preservava-se, de tal modo, a regra de direito civil, segundo a qual "o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito"[mxxxviii].

Vivia-se, podemos notar, um período que parecia ser auspicioso para os trabalhadores, como acentua Arion Sayão Romita:

> O princípio da estabilidade no emprego chegou a converter-se, em algumas formulações doutrinárias – como expõe Durán Lopez –, em autêntico mito, em um valor intemporal, imperecível, destinado a inspirar o desenvolvimento do moderno Direito do Trabalho. A estabilidade no emprego, como conquista de um Direito do Trabalho evolvido e moderno, promoveria a obtenção de novas conquistas. A estabilidade não poderia ser questionada e sua existência deveria ser preservada a todo custo, como barreira oposta a retrocessos intoleráveis. Ignoravam-se as exigências das empresas, de fundo econômico. O progresso histórico da regulação do trabalho humano impunha o contrato de trabalho de duração indefinida, apto a ensejar uma carreira ao empregado, imune ao término derivado da iniciativa patronal. Os

contratos por tempo determinado somente seriam tolerados a título de exceção, em nome de um princípio sacrossanto, o da estabilidade no emprego. [mxxxix]

Toda essa rede de proteção começou a ruir em 1966. A pretexto de atrair o capital estrangeiro, dando novo impulso à nossa economia, forjou-se, em tal ano, um novo regime, em que os empregados poderiam optar pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), não mais adquirindo estabilidade os que fizessem tal opção[mxl]. Ao início de cada mês, o empregador passou a recolher 8% da remuneração paga aos seus empregados, optantes pelo FGTS, no mês anterior. Esses empregados, que optavam pelo FGTS, não mais adquiriam estabilidade decenal e, por isso, disseminou-se, entre os empregadores, o estratagema de não admitir empregados que se opusessem a optar pelo novo regime. Eram raros os empregados regidos pelos artigos 478 e 492 da CLT, sendo residual o pagamento de indenização de antiguidade ou a aquisição de estabilidade.

Salvavam-se os trabalhadores rurais, pois para eles não vigia o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A Constituição de 1988 universalizou, contudo, o regime do FGTS. Todos os empregados, urbanos e rurais, passam então a ser titulares do direito de receber, ao final de seus contratos, o valor recolhido pelos respectivos empregadores em suas contas-vinculadas, desde que não tenham motivado ou deliberado a cessação do vínculo e observadas as restrições legais relativas a esse saque.

Não há mais aquisição de estabilidade decenal e o pagamento da indenização de antiguidade somente é devido a empregados, urbanos ou rurais, que tenham prestado serviço antes de 1988 na condição de não optantes pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Nada obsta, porém, que o contrato individual, o regulamento de empresa ou mesmo a norma coletiva de trabalho assegurem estabilidade definitiva, embora não seja essa uma tendência. Há, hoje, uma clara inclinação – muito pouco absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro – de prestigiar o direito, não de estabilidade, mas sim de o empregado ser informado sobre as razões da cessação de seu contrato. Nessa medida, o contrato de trabalho pode findar até mesmo por outros motivos, que não dizem respeito ao comportamento do empregado.

O princípio emergente é o da justificação. Países como Alemanha, Canadá e Portugal coíbem a despedida arbitrária[mxli], que é aquela completamente desprovida de qualquer motivo, inerente à conduta do empregado, à manutenção da empresa (motivo econômico, financeiro ou mesmo técnico, como o relativo à

redução de pessoal que acontece em processos de automação da empresa). Assim está assentado nos anais da 67ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, nos idos de 1982:

> A legislação em matéria de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador mudou radicalmente em muitos países. Deixou de consistir essencialmente em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobras as condições em que se tornam indevidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a constituir o centro jurídico das análises e decisões dos tribunais, principalmente em virtude do freqüente apelo a sua proteção por parte de trabalhadores que entendem perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento da legislação de muitos países sobre o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador [...].

O artigo 7º, I, da Constituição protege a relação de emprego "contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". É lamentável que o projeto de lei complementar, elaborado com a firme colaboração de Arnaldo Süssekind, esteja há muitos anos em morosa tramitação no Congresso Nacional. Ademais, a citada lei terá que prever a indenização compensatória, por exigência do referido preceito constitucional. Não haverá a vedação absoluta da despedida arbitrária. Por ora, a indenização devida é aquela prevista no artigo 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (acréscimo de 40% sobre o saldo do FGTS), sendo insuficiente para inibir a despedida não justificada. Não custa anotar que a justificação da despedida é uma conduta conotativa de civilidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

20.3 A estabilidade provisória (ou garantia de emprego)

Certas circunstâncias, em meio à relação de emprego, expõem o trabalhador ao conflito aberto com o seu empregador, dada a necessidade de defender interesses titularizados pela coletividade dos empregados. Assim se dá, por exemplo, quando o empregado se candidata e eventualmente se elege dirigente sindical ou representante dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Noutras vezes, protegem-se valores de mais alta estima, como a maternidade, ou mesmo o sentimento de inapetência para retornar ao mercado de trabalho daqueles que são vítimas de algum acidente de trabalho, ou seja, são vitimados pelo risco da atividade econômica em que se envolvem para garantir a própria subsistência e a de sua família.

Há autores que rejeitam a expressão "estabilidade provisória" porque haveria nela uma contradição em termos: o que é estável o seria sempre em caráter definitivo, nada seria estável provisoriamente. Preferem assim a expressão "garantia de emprego". Embora respeitável tal digressão semântica, não estamos com ela de acordo no mundo dos significados. Parece-nos que algo pode ser temporariamente estável e os dicionários apoiam essa acepção.

Quando estudamos as peculiaridades do contrato a termo, vimos que ele não se converte, regra geral, em contrato por tempo indeterminado quando o empregado, que o protagoniza, adquire estabilidade provisória e o tempo de estabilidade extrapola o termo final ou a condição resolutiva. Em princípio, o empregado não permanece estável, e no emprego, quando o vínculo se dissolve pelo advento do termo ou condição. Mas vimos, também, que essa regra tem sofrido alguma relativização, sendo três as exceções mais fortemente contempladas na atual jurisprudência:

a) o art. 1º, §4º da Lei 9601/98 estabelece regra para a contratação a prazo autorizada por norma coletiva que, a nosso ver, poderia ser concebida como regra prevalente em qualquer contrato por tempo determinado: a estabilidade, em qualquer de suas modalidades, estará assegurada até o termo final do contrato, não podendo o empregador promover a ruptura antecipada mediante o pagamento da indenização do artigo 479 da CLT; se o fizer, o empregado poderá exigir a reintegração no emprego até o termo final;

b) na hipótese de estabilidade provisória em razão de gravidez, diz a nova redação da Súmula 244, 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”;

c) na hipótese de estabilidade provisória em razão de acidente de trabalho, orienta a nova Súmula 378, 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 nº 8.213/91”.

As razões de o contrato a termo ou sob condição resolutiva aparentemente se desnaturar quando o empregado adquire estabilidade provisória têm a ver com os valores jurídicos e sociais divisados na proteção à maternidade e ao trabalhador acidentado. Questiona-se frequentemente acerca de o contrato continuar com a característica de contrato por tempo determinado quando cessa o período de estabilidade provisória e, segundo nos parece claro, a resposta a tal indagação irá depender de mostrar-se possível a preservação dessa característica: se ao final do período de estabilidade provisória ainda não se houver alcançado o termo final (*exempli gratia*: a empregada engravida e completa cinco meses após o parto quando a obra para a qual foi contratada ainda não terminou, estando o termo final do contrato associado à conclusão de citada obra civil), o contrato se resolverá, normalmente, quando sobrevier o termo final da estabilidade; mas, se foi fixado um termo ou condição cujo implemento se exauriu durante o período de estabilidade provisória (*exempli gratia*: contrato por obra certa, se a obra se encerrou quando a empregada gestante ainda estava em gozo da licença-maternidade), entendemos que a aquisição de estabilidade provisória converterá mesmo o contrato por tempo determinado, inexoravelmente, em contrato por tempo indefinido, pois não há sentido em se cogitar a manutenção do contrato a termo se o termo já aconteceu, e os fatos não retrocedem jamais.

Talvez cause impacto o aspecto de se desconsiderar a vontade inicial, que movia o empregador, de celebrar contrato por tempo determinado, pois se estaria desprezando essa intenção pela superveniência de estabilidade provisória. Mas é preciso notar que o princípio da segurança jurídica, que garante a imutabilidade dos contratos, deve conviver com outros princípios de igual ou maior envergadura (proteção à família, função social da empresa, valor social do trabalho etc.) e não se afigura condizente que uma cláusula de experiência (prevendo um período inicial de prova por até noventa dias e a continuidade do vínculo se a experiência é bem sucedida) possa prevalecer frente à proteção à maternidade ou às vicissitudes do trabalhador acidentado. Como perceberemos

ao retornarmos a esse tema, no estudo das estabilidades provisórias específicas, essa ponderação de valores foi inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A jurisprudência trabalhista tem-se posicionado no sentido de também não caber a aquisição de estabilidade provisória em meio ao período de aviso prévio, mormente quando esse período é indenizado, se a estabilidade decorre de um ato puramente volitivo (candidatura a cargo de dirigente sindical ou da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), ou seja, não deriva de um fato natural ou que se realize apenas pela vontade do trabalhador ou trabalhadora (a exemplo do que sucede na gravidez ou no acidente de trabalho). A Súmula 369, V, do TST assim orienta: "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".

Havendo direito a estabilidade provisória, importa saber se a lei está a vedar a dispensa ou se a autoriza nas hipóteses de justa causa cometida pelo empregado. Há casos em que a lei proíbe o desfazimento do vínculo pelo empregador mesmo se o empregado comete justa causa, pois prevê que o vínculo pode se desconstituir apenas em razão de falta grave e por sentença, exarada em inquérito judicial (artigo 494 da CLT). É o que sucede, por exemplo, com o dirigente sindical, como orienta a Súmula 379 do TST. Quando a norma, assecuratória da estabilidade, não restringe a dissolução do contrato ao cometimento de falta grave, a jurisprudência[mxlii] tem enfatizado a desnecessidade de inquérito, vale dizer, a possibilidade de o empregador, diretamente, dispensar o empregado que incorrer em justa causa.

Outra decorrência comum das várias hipóteses de estabilidade provisória é a impossibilidade de se obter a reintegração no emprego quando o período de estabilidade já se exauriu. Tem enfatizado o TST que, nesses casos, são devidos apenas os salários desde a despedida até o final do período estabilitário, como revelam as Súmulas 244, II e 396 do TST.

Os casos de estabilidade provisória são, em princípio, os que enumeramos em seguida.

20.3.1 A estabilidade sindical

É vedada a dispensa do empregado sindicalizado que se candidatar a cargo, sujeito a eleição, de direção sindical ou de representação do sindicato perante outros órgãos ou entidades. Dura essa estabilidade, se o empregado for eleito, até o ano seguinte ao término do mandato, dada a necessidade de impedir a maior exposição dos empregados à possível retaliação patronal, seja quando os empregadores pretendem conter a defesa de interesses trabalhistas que a eles ainda onera ou incomoda, seja quando a defesa da categoria resulte em atos emulatórios ou de pura perseguição que ocorram após o fim do mandato sindical, mas já agora por puro rancor ou tardia vingança.

Com o intuito de abrandar o conflito, embora sem o eliminar, a norma jurídica sempre optou por preservar o emprego de tais trabalhadores, desde o momento em que eles se apresentam ao confronto, predispondo-se a participar do diálogo, até quando se esvazia a tensão, o estado de conflito que é imanente à relação entre o empregador e os representantes dos empregados.

Antes mesmo de a estabilidade sindical ser contemplada no art. 543, §3º, da CLT, o art. 25 da Lei 5.107, de 1966, primeiro dispositivo legal a tratar da matéria, já previa que esse *período de conflituosidade latente* se estendia do registro da candidatura até um ano após o final do mandato.

A garantia está, atualmente, assegurada pelo artigo 8º, VIII, da Constituição e, desde antes, vinha prevista, consoante sobredito, no artigo 543, §3º, da CLT, que foi, assim, recepcionado pela nova ordem constitucional, salvo quanto aos dirigentes de associações profissionais, que eram estáveis porque, até a edição do texto constitucional de 1988, a entidade associativa somente recebia a investidura sindical (a Carta de Reconhecimento do Ministério do Trabalho) se fosse, até então, uma associação profissional afinada com a política de governo[mxliii]. Como o sindicato não precisa mais passar, ao início de seu processo de constituição, pelo estágio em que figurava apenas como associação profissional, cancelou-se a Súmula 222 do TST, que contemplava a estabilidade dos dirigentes de associações profissionais.

Também está visto que o período de estabilidade se inicia com o registro da candidatura e, se eleito o empregado, ainda que suplente, não pode ser ele dispensado até um ano após o final de seu mandato, salvo se cometer falta grave, a ser apurada em inquérito judicial (artigos 494 e 853 da CLT). Duas questões podem ser, aqui, suscitadas: a primeira é pertinente ao início da estabilidade nos

casos em que o sindicato está em formação, constituindo-se a diretoria antes de a associação obter a investidura sindical; a segunda questão é relativa ao possível limite para a composição da diretoria, pois do contrário se forjarão colegiados com número excessivo de trabalhadores, todos desejosos de estabilidade, mas de modo a desfigurar a garantia.

Sobre o início da estabilidade quando a composição da diretoria precede a constituição do sindicato, parece-nos deslindada a controvérsia, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e também do Tribunal Superior do Trabalho. É que, em julgamento paradigmático, a Excelsa Corte garantiu a efetividade do direito mesmo antes do registro da entidade, como esclarece a ementa correspondente:

> A constituição de um sindicato – posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (Supremo Tribunal Federal, MI 144, 3.8.92, Pertence, RTJ 147/868) – a ele não se resume: não é um ato, é um processo. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato, não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical; interpretação pedestre, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade de classe.”[mxliv]

O Tribunal Superior do Trabalho seguiu igual orientação em vários de seus julgados, cabendo citar a posição da Subseção I de Dissídios Individuais:

> RECURSO DE EMBARGOS. DIRIGENTE SINDICAL. GARANTIA DE EMPREGO PROVISÓRIA. ENTE SINDICAL CUJO PEDIDO DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO JÁ FORA FORMALIZADO À ÉPOCA DA DISPENSA. A necessidade de se outorgar proteção ao dirigente sindical impõe-se já no processo de criação do ente respectivo. É nessa fase que os trabalhadores em processo de organização encontram-se mais vulneráveis, não se admitindo que o empregador frustre a iniciativa obreira na origem. Não se pode, portanto, pretender vincular o início da garantia devida ao dirigente sindical a qualquer providência formal subsequente à deliberação da categoria de organizar-se em sindicato – máxime o registro no Ministério do Trabalho e Emprego - providência de índole meramente administrativa, destinada a dar publicidade à constituição do novo ente sindical. Dessa forma, merece ser mantida a decisão proferida pela Turma mediante a qual se reconheceu a garantia provisória no emprego a dirigente de ente sindical cujo pedido de registro já fora devidamente formalizado à época de sua dispensa. Entendimento consentâneo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte superior. Recurso de embargos não conhecido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 290400-25.2001.5.09.0662, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 29/04/2010, Data de Publicação: 07/05/2010).

A propósito da composição da diretoria sindical, vale resgatar as observações que fizemos ao tratar dos princípios regentes da organização sindical, em confronto com o da autodeterminação coletiva. Vimos que o artigo 8º, I, da Constituição consagrou o princípio da autonomia sindical (que veda a interferência do Estado na organização interna do sindicato, nada impedindo,

portanto, que a direção do sindicato se constitua, por exemplo, na forma colegiada), mas o Supremo Tribunal Federal[mxlv] e o Tribunal Superior do Trabalho[mxlvi] vêm decidindo, após intensas refregas em um número significativo de processos, que é abusiva a composição do órgão de direção do sindicato com número de dirigentes sindicais superior ao previsto no artigo 522 da CLT:

> A administração do Sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de 7 (sete) e, no mínimo, de 3 (três) membros e de um Conselho Fiscal composto de 3 (três) membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral.

Em sua redação mais recente, a Súmula 369, II do TST esclareceu que a estabilidade alcança os sete dirigentes sindicais investidos na forma do art. 522 da CLT e igual número de suplentes. Assim se estancaram as possíveis dúvidas sobre os suplentes também serem estáveis, pois deles cuida o art. 8º, VIII da Constituição[mxlvii], sem que antes o fizesse o citado dispositivo da CLT.

Não se tem reconhecido a estabilidade de outros dirigentes sindicais, além daqueles quantificados no referido artigo. Mesmo quanto a estes, freqüentemente se excluem desse manto protetivo os membros do conselho fiscal, pois, com efeito, o artigo 8º, VIII, da Constituição e o artigo 543, §3º, da CLT referem-se a cargos de *direção* ou *representação* sindical. O dissenso jurisprudencial surgiu pelo fato de os membros do conselho fiscal não dirigirem nem representarem o sindicato, exercendo, em vez disso, a fiscalização da gestão financeira[mxlviii].

Ousamos entender, porém, que a estabilidade sindical não pode ser excludente, pois o raciocínio, segundo o qual somente seriam estáveis os membros da diretoria, abstrai o aspecto relevante de o conselho fiscal integrar a chapa diretiva que se apresenta como apta à reivindicação obreira em conjunto com os diretores, submetendo-se aquele e estes a eleição única (art. 524, §1º da CLT) na qual todos os candidatos a órgãos da administração sindical se solidarizam na difícil missão de desafiar o interesse patronal. Importa dizer que há sempre deles que, como os membros do conselho fiscal, expõem seus nomes à sanha eventualmente persecutória do empregador, pela singela circunstância de integrarem os órgãos de administração sindical, embora não protagonizem necessariamente as contendas, os conflitos abertos pela melhoria das condições de trabalho. Parte da jurisprudência comunga desse entendimento[mxlix] e também é defendida a estabilidade dos membros do conselho fiscal por autores

de indiscutível autoridade acadêmica e judiciária, a exemplo de Arnaldo Süssekind[ml] e Alice Monteiro de Barros[mli].

Desse modo, há uma referência constante da doutrina e de segmento expressivo da jurisprudência aos órgãos da *administração* do sindicato (inclusive os membros do conselho fiscal), referidos no artigo 522 da CLT, como aqueles que estariam sob a proteção do artigo 543, §3º, da CLT. Todavia, a jurisprudência do TST se consolida em sentido inverso, ao negar a estabilidade ao membro de conselho fiscal de sindicato "porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato". Assim se inscreve na orientação jurisprudencial n. 365 da SDI 1 do TST.

Questão igualmente tormentosa tem sido a que concerne à identificação do representante sindical a quem seria outorgada, pela Constituição e pela CLT, a estabilidade de que estamos a tratar. Em rigor, os representantes do sindicato se apresentam normalmente como delegados sindicais e atuam em dois níveis diferentes: a) nas delegacias ou seções sindicais criadas na base territorial, os delegados são escolhidos por designação da diretoria do sindicato (artigos 517, §2º e 523 da CLT); b) no conselho de representantes dos sindicatos nas federações e confederações, atuam os delegados eleitos em assembleia para mandato específico (artigos 524, a e 538, §4º, da CLT).

No tocante aos primeiros, vigora a orientação jurisprudencial n. 369 da SBDI 1, a saber: "O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exerçam ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo". Entretanto, no que tange aos delegados eleitos para atuação em federações e confederações, a estabilidade é assegurada, conforme se depreende de julgamento elucidativo:

> RECURSO DE EMBARGOS NÃO REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ESTABILIDADE. SUPLENTE. DELEGADO SINDICAL ELEITO. CONSELHO DE REPRESENTANTES DA FEDERAÇÃO. 1 - O empregado eleito para compor o Conselho de Representantes junto à respectiva federação ou confederação, ainda que suplente, é detentor da estabilidade prevista no art. 543, § 3.º, da CLT, porquanto, não obstante intitulado delegado sindical, difere daquele previsto no art. 523 da CLT e na Orientação Jurisprudencial 369 da SBDI-1 exatamente porque estes últimos não são eleitos, mas indicados pela direção da entidade sindical. 2 - O delegado sindical de que trata o art. 538, § 4.º, da CLT é eleito para compor a administração das federações e confederações e por isso mostra-se alcançado pela proteção contra despedida sem justa causa. 3 - É de se ressaltar que, no caso, o fato de ser suplente não impede a reintegração postulada, uma vez que os arts. 8.º, VIII, da Constituição da República e 543, § 3.º, da CLT conferem estabilidade provisória ao empregado sindicalizado eleito para o cargo de direção ou

representação sindical, bem como para os seus suplentes. Recurso de embargos conhecido e provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 125600-83.2003.5.10.0014, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 22/03/2012, Data de Publicação: 03/04/2012).

Ademais, é indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, do registro da candidatura e, sendo o caso, da eleição e posse do empregado. O art. 543, §5º da CLT prevê o prazo de vinte e quatro horas para ambas as notificações, mas o TST tem enfatizado que esse prazo pode ser relevado quando a dispensa do empregado ocorreu seguramente depois de o empregador ter ciência de que ele se candidatou ou elegeu-se dirigente sindical, ainda que essa ciência tenha ocorrido após o prazo legal. Porque consolidado esse entendimento, a Súmula 369, I do TST passou a ter a redação seguinte: “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”.

Por vezes, acontece de ser extinto o estabelecimento em que trabalha o dirigente ou o representante sindical, inviabilizando-se, aparentemente, a manutenção do emprego. Por muito tempo se questionou a responsabilidade de o empregador pagar, nesse caso, indenização de valor equivalente aos salários do período restante de estabilidade, a pretexto de o risco da atividade econômica recair exclusivamente sobre o empregador. A orientação jurisprudencial que se consolidou na Súmula 369, IV representou uma solução moderada para essa situação, ao preconizar que a estabilidade não subsiste se há a extinção da *atividade empresarial* no âmbito da base territorial do sindicato. Extinguindo-se apenas o estabelecimento, mas havendo outro na base territorial do sindicato, obriga-se o empregador a manter o empregado investido de estabilidade sindical.

Enfim, o empregado de categoria profissional diferenciada[mlii] que se elege para a direção ou representação de sindicato só goza de estabilidade se exercer, na empresa, atividade pertinente a essa categoria, conforme orientação contida na Súmula 369, III do Tribunal Superior do Trabalho.

20.3.2 A estabilidade dos membros da CIPA eleitos pelos empregados

O artigo 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. É importante ressaltar que somente são estáveis os membros eleitos da CIPA, ou seja, os representantes dos empregados. Os representantes do empregador, inclusive o presidente da CIPA, são nomeados pelo próprio empregador, não sendo eleitos pelos empregados e, por isso, não adquirem estabilidade.

A princípio, questionou-se a extensão dessa estabilidade aos empregados eleitos para a suplência dos membros titulares da CIPA. Tentando pôr cobro a essa dúvida, o TST editou o item I da Súmula 339 de sua jurisprudência, a dar limites definitivos à matéria. Está dito no verbete que "o suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, *a*, do ADCT a partir da promulgação da Constituição de 1988".

O citado preceito constitucional insinua uma absoluta sinonímia entre dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa, mas o artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho define despedida arbitrária como aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Vale dizer, o empregado cipeiro pode ser dispensado por causa inerente à empresa, não necessariamente por ter praticado ato que se configure justa causa.

O artigo 163 da CLT impõe a constituição de uma comissão interna de prevenção de acidentes em cada estabelecimento ou local de trabalho, delegando ao Ministério do Trabalho, em seu parágrafo único, o poder de regulamentar as atribuições, a composição e o funcionamento das CIPA. Essa delegação foi levada a efeito através da Norma Regulamentadora n. 5 do Ministério do Trabalho.

A correlação entre CIPA e estabelecimentos, correspondendo uma comissão daquelas para cada um destes, tem-se revelado importante na solução do conflito que nasce quando é fechado o estabelecimento onde trabalhava o empregado cipeiro. Definiu, sobre o assunto, o item II da Súmula 339 do Tribunal Superior do Trabalho:

> A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário.

Por derradeiro, cabe frisar que é desnecessário o inquérito judicial para a dissolução do contrato do empregado eleito membro da CIPA. O artigo 165, parágrafo único, da CLT, prescreve: “Ocorrendo a *despedida*, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado”. Logo, o ajuizamento de inquérito pelo empregador não deve ser tolerado, pois a sua desnecessidade importa a ausência de interesse processual, que é condição da ação trabalhista. Não é pacífica, contudo, a jurisprudência a respeito.

20.3.3 A estabilidade da gestante

O artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Houve tempo em que se compreendeu a *confirmação* da gravidez como a convicção da empregada sobre o seu estado, obtida por meio idôneo, normalmente através de exame laboratorial.

De toda sorte, não há exigência de que se confirme junto ao empregador, pois o verbo *confirmar* tem aqui o sentido de "receber confirmação", não significando "comprovar"[mliii]. Isso se dá porque, não bastasse ser dificultosa a prova de que a gravidez teria sido informada ao empregador (na ordem dos fatos, são muitos os empregadores insensíveis que despedem a empregada quando desconfiam de seu estado gravídico), o bem jurídico maior, protegido pela estabilidade da gestante, é a maternidade. A empregada adquire o direito à estabilidade mesmo quando o empregador desconhece a sua gravidez, sendo elucidativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido[mliv].

Em verdade, a jurisprudência sequer tem dado ao vocábulo *confirmação* (referimo-nos à *confirmação da gravidez*, exigida pelo artigo 10, II, *b*, do ADCT) a importância que lhe dedicamos, pois não raro a Justiça do Trabalho defere a reintegração da empregada gestante mesmo quando nem mesmo ela tinha ciência, ao ser dispensada, da gravidez que se iniciara durante o vínculo de emprego. As decisões do STF e mesmo a recomendação contida na Súmula 244, I, do TST são, por exemplo, um claro sinal de que as instâncias especial e extraordinária não consideram a *confirmação* para a empregada – de que ela própria está grávida – um fato relevante na obtenção da sua estabilidade, pois sobre esse fato silenciam os referidos tribunais, talvez porque só e excessivamente provocados sobre a importância de o empregador ter ciência da gravidez . Veja-se, por exemplo, o que enuncia a Súmula 244, I, do TST:

> O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT)

Como o preceito normativo não contém palavras vazias de algum significado, sempre preferimos entender que a aquisição de estabilidade se dava a partir de quando a empregada obtinha, por meio idôneo, a *confirmação* de sua gravidez, ainda que dela não tivesse conhecimento o empregador. Mas a já referida posição do STF, que detém qualificadamente a guarda do texto

constitucional, no sentido de condicionar a estabilidade apenas ao fato objetivo da gravidez, prevalece atualmente, parecendo-nos esclarecedor o aresto seguinte do TST:

> RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À ESTABILIDADE. O art. 10, II, -b-, do ADCT estatui que é vedada a dispensa imotivada da empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Da análise do referido dispositivo, infere-se que a simples comprovação da gravidez é suficiente para que a empregada tenha reconhecido o seu direito à garantia no emprego, não se exigindo, portanto, nenhum outro requisito. Nesse enfoque, é irrelevante a ignorância do empregador ou da própria gestante sobre sua condição, a teor, inclusive, do entendimento sedimentado no item I da Súmula n.º 244 deste Tribunal Superior. Com efeito, a interpretação teleológica do mencionado dispositivo constitucional leva à conclusão de que a expressão confirmação de gravidez, deve ser entendida não como a confirmação médica, mas como a própria concepção do nascituro. A gravidez está confirmada no mesmo momento da concepção. Desse modo, quando o empregador despede sem justa causa a empregada gestante, ainda que disso não saiba, assume o risco dos ônus respectivos. Dessarte, sendo o direito à estabilidade provisória da gestante reconhecido desde o momento da concepção, não há como se afastar a mencionada estabilidade no caso da concepção ter ocorrido no curso do aviso prévio indenizado, uma vez que, no referido período o contrato de trabalho ainda se encontra vigente. Tal ilação decorre do entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial n.º 82 desta Subseção, que prevê que -a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado-. Ademais, não se cogita da aplicação da Súmula n.º 371 desta Corte como óbice ao reconhecimento da estabilidade gestante, visto que os precedentes que originaram o referido verbete apenas analisaram a projeção do aviso prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva ou da aplicação retroativa de normas coletivas e não da estabilidade gestante. Recurso de Embargos conhecido e desprovido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 3656600-96.2002.5.06.0900, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 09/09/2010, Data de Publicação: 17/09/2010).

Em contrapartida, devemos reparar que o período de estabilidade se encerra, normalmente, antes de fluir a prescrição bienal, que corre a partir da cessação do vínculo. Pareceria razoável, por isso, exigir da empregada a diligência de ajuizar ação trabalhista, visando à sua reintegração no emprego, em meio ao período de estabilidade, pois o objetivo da gestante não pode ser, exclusivamente, onerar o empregador – eventualmente sem ciência da gravidez – com a indenização de valor equivalente aos salários do período de estabilidade. Seria necessário que se desse ao empregador a oportunidade de ser informado da gravidez e, cumprindo o mandamento consitucional, restabelecesse o emprego. Assim decidiu, em alguns momentos, o Tribunal Superior do Trabalho[mlv], antes de assumir, com firmeza, a posição diametralmente oposta[mlvi]: assegura-se a indenização de

valor correspondente aos salários do período de estabilidade mesmo quando a empregada propõe a ação judicial após encerrar-se o prazo de estabilidade no emprego, conforme recomenda a orientação jurisprudencial n. 399 da SBDI 1:

> 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 estabilitário.

Não mais sendo possível, ainda assim, a reintegração, por razões justas e inerentes à empresa (extinção do estabelecimento, do cargo etc.) ou pelo encerramento do período de estabilidade, devida é a indenização de importe correspondente às parcelas salariais ou indenizatórias relativas ao período de estabilidade. Uma importante ressalva: a indenização se refere a período que compreende a licença-maternidade, por isso não se podendo cumular as indenizações referentes àquela e a esta, no rol de postulações dirigidas ao juiz.

Impende frisar que a norma protetiva da maternidade não faz menção à necessidade de falta grave para que o contrato seja dissolvido e, por isso, desnecessário e mesmo impertinente é o inquérito judicial. Se a empregada pratica justa causa, o empregador a pode dispensar, não tendo que aguardar decisão desconstitutiva da Justiça do Trabalho. De outro lado, vê-se que a empregada gestante que for despedida sem justa causa poderá obter, no processo em que pedir a sua reintegração, seja esta ordenada liminarmente.

Por fim, devemos assentar que a estabilidade sob exame foi estendida à empregada doméstica por meio da Lei 11.324/2006. Antes disso, dizia-se, inclusive era esta a nossa compreensão, que à empregada doméstica se garantia, no tocante à gravidez, somente o direito à licença-gestante (artigo 7º, XVIII, da Constituição). É que, diversamente do que ocorre às outras empregadas, a doméstica não tinha a estabilidade assegurada no texto da Constituição[mlvii]. Quando a matéria parecia de menor interesse, ante a alteração legislativa e o tempo transcorrido desde então, eis que em meados de 2012 o Ministro Horácio Senna Pires apresenta, noutro sentido, à Subseção I de Dissídios Individuais, voto que se tornaria vencedor em 13/dez/2012 após acesos debates, no julgamento do E-ED-RR 5112200-31.2002.5.02.0900.

Tivemos oportunidade de votar em citado julgamento e então afirmamos nosso convencimento no sentido de acompanhar o ministro relator e os que lhe seguiram o entendimento de que a estabilidade da gestante doméstica remonta a data anterior à mudança no texto da Lei 5.859/72, promovida pela Lei

11.324/2006. Os fundamentos que nos persuadiram se alicerçam na Convenção 103 da OIT e foram os que seguem:

> No julgamento dos embargos declaratórios em agravo de instrumento n. 448.572/SP da Segunda Turma do STF, [...] o Ministro Celso de Mello registra a razão de o legislador constituinte haver estabelecido tão relevante garantia de emprego em favor das gestantes: assim teria operado porque consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional mediante a ratificação da Convenção 103 da OIT.
>
> Quatro dispositivos da Convenção 103 merecem destaque: os artigos I,1 e 3,h esclarecem que a norma internacional citada aplica-se às "mulheres assalariadas que trabalham em domicílio", regendo "o trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares". O art. III prescreve: "Toda mulher a que se aplique a presente convenção tem o direito, mediante exibição de atestado médico que indique a data provável de seu parto, a uma licença-maternidade". E o art. VI complementa, no âmbito de interesse, que "quando uma mulher se ausentar do trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada".
>
> Ao final da década de 90, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar a eficácia de convenção da OIT (mais precisamente da Convenção 126), afirmava: "não é de se presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação"[mlviii]. E é hoje cediço, na jurisprudência do STF, "o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil"[mlix]. As convenções da OIT revestem-se, pois, de indefectível eficácia.
>
> Concluo, por tais fundamentos, que havia mesmo a previsão expressa da estabilidade da gestante doméstica no ordenamento jurídico vigente à época em que a reclamante prestou serviços à reclamada, grávida se tornando de filho que não poderia ter proteção menor pela circunstância de sua genitora professar dignamente o ofício de trabalhadora doméstica.

E assim se consolidou, quando talvez nem mais houvesse reflexo nas relações sociais, a orientação jurisprudencial no sentido de a estabilidade da empregada doméstica, pela condição de gestante, remontar ao início da vigência (1966), no Brasil, da Convenção 103 da OIT. Como observou, com sua costumeira propriedade, o Ministro Lélio Bentes Corrêa ao proferir seu voto convergente, afasta-se, a partir de tal decisão, o desconforto de se supor que uma garantia normativa prevista para proteger o feto e a maternidade pudesse inexistir pela singela razão de a trabalhadora ser empregada doméstica. Afastou-se, a bem dizer, a discriminação do feto pela condição de trabalho de sua mãe.

20.3.4 A estabilidade acidentária

O artigo 118 da Lei 8.213, de 1991, preceitua: “O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a constitucionalidade dessa proteção ao trabalhador acidentado, incumbe-nos solucionar duas vezeiras questões: Se o trabalhador não recebeu o auxílio-doença, porque o seu afastamento se deu por menos de quinze dias ou em razão de o empregador não comunicar o acidente ao INSS, terá ele direito à estabilidade, que se inicia, segundo a lei, a partir da cessação do auxílio-doença? Em sendo afirmativa a primeira resposta, o empregado pode exigir do empregador, na Justiça do Trabalho, a sua reintegração, ou, ao revés, toda matéria sobre infortunística deve ser dirimida pela Justiça Comum?

Sobre ser devida a estabilidade acidentária ao empregado que não recebeu o auxílio-doença, entendemos que duas situações se distinguem, merecendo tratamento diferenciado. Se o empregado não se afasta, em razão do acidente, por mais de quinze dias, a responsabilidade pelo pagamento do salário, nesse breve período de afastamento, é do empregador, cuidando-se, como já vimos, de mera interrupção contratual.

Pode acontecer, entretanto, de o empregado permanecer por mais de quinze dias sem poder trabalhar, com seqüelas do acidente, não sendo expedida a *Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT)* pelo empregador. É certo que o artigo 134, §3º, do Decreto 2.172, de 1997, autoriza o próprio empregado, o sindicato ou seu médico, a informar a ocorrência do acidente, caso não o faça o empregador. Mas não se há negar que o trabalhador, intimidado pela possibilidade de ser vítima de retaliação patronal ou insciente desse seu direito de requerer o auxílio-doença, por vezes aceita trabalhar sem as condições físicas adequadas, não podendo ser punido.

Nesse caso, parece-nos claro que o empregado despedido mais de uma quinzena depois de sofrer o acidente de trabalho, mas menos de um ano após o seu restabelecimento, pode pedir a sua reintegração, cabendo à perícia médica, designada pelo juiz, verificar se o mal se configura um acidente de trabalho ou doença profissional e, em caso afirmativo, se era necessário o afastamento por mais de quinze dias. Se a resposta for positiva, devida será a reintegração, pois não se afigura lícito imunizar o empregador omisso, que causa prejuízo ao

empregado que sofre porque, ao lhe servir, acidenta-se. É o que se extrai dos precedentes do item II da Súmula 378 do TST, estando esse verbete assim redigido:

> São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

Em se entendendo, como nos parece adequado, que o empregador é obrigado a reintegrar o empregado que não recebeu auxílio-doença acidentário em razão de ele, o empregador, não ter comunicado o infortúnio ao INSS, nada obsta que a declaração *incidenter tantum* da ocorrência de acidente de trabalho se dê em processo trabalhista. Essa competência da Justiça do Trabalho é hoje incontroversa.

Enfim, o artigo 118 da Lei 8.213, de 1991, não exige o cometimento de falta grave para a dissolução do contrato do acidentado. E como apenas a falta grave deve ser apreciada mediante inquérito (artigo 494 da CLT), o empregador poderá dispensar o empregado que praticar justa causa.

20.3.5 A estabilidade dos membros da Comissão de Conciliação Prévia eleitos pelos empregados

O artigo 625-A da CLT permite que empresas e sindicatos instituam Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, visando à conciliação de conflitos individuais. Se a comissão é instituída no âmbito do sindicato, a sua constituição deve ser regulada pela norma coletiva que a institui. Se a comissão é instituída no âmbito da empresa, metade de seus membros é eleita pelos empregados e, em favor destes, prescreve o parágrafo único do artigo 625-B, §1º, da CLT:

> É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até 1 (um) ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

Note-se que, num aparente descuido, o legislador faz referência a *falta grave* e, ao mesmo tempo, autorizou a dispensa se o empregado a comete. É sabido que a falta grave somente pode ensejar a dissolução do contrato quando apurada em inquérito judicial, que resulte em sentença desconstitutiva. Na estabilidade decenal e na estabilidade sindical, já estudadas, vimos que o empregador não pode dispensar o empregado, pois somente a Justiça do Trabalho pode dissolver o vínculo, ao reconhecer a falta grave. Logo, o dispositivo acima transcrito (artigo 625-B, §1º, da CLT) encerra uma exceção à regra, ao consentir que o próprio empregador dispense o empregado faltoso. Mas é possível que a jurisprudência caminhe em sentido oposto, entendendo que haveria uma imprecisão terminológica, querendo o legislador se referir a *justa causa* (artigo 482 da CLT) ao fazer alusão a *falta grave* (artigo 493 da CLT).

Há dúvida, também, quanto ao início do período de estabilidade, porquanto a norma trabalhista, fugindo à tradição, refere-se somente ao termo final da garantia de emprego, não retroagindo o seu início ao registro da candidatura. Dada a recentidade da matéria, é incipiente a jurisprudência quanto a se iniciar a estabilidade no momento em que o empregado registra a candidatura à representação de seus pares. Na doutrina, Sergio Pinto Martins[mlx] defende que "a garantia de emprego não se inicia com a candidatura, mas desde a eleição, pois a lei nada menciona nesse sentido".

Em sentido contrário, verberamos nós, em tese[mlxi] apresentada no 8º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, , promovido pela Editora LTr, assim se manifestando outros autores de teses sustentadas nesse mesmo

simpósio, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite[mlxii], que defende:

> Observa-se que a lei não faz menção ao marco inicial da garantia estabilitária. Dado que a situação sub examine assemelha-se, em função da representatividade por eleição, à do dirigente sindical e à do cipeiro, parece-nos juridicamente adequada a aplicação analógica dos arts. 8o, VIII, da Constituição e do art. 10, II, a, do ADCT. É dizer, o dies a quo da garantia no emprego do membro eleito da Comissão de Conciliação Prévia empresarial deve coincidir com o registro de sua candidatura. Mesmo porque entendimento outro poderia desaguar em incentivo à odiosa figura da despedida obstativa, em prejuízo dos fins institucionais do instituto ora criado.

Surgem, nos dias que correm, denúncias graves contra representantes de empregados em Comissões de Conciliação Prévia, que estariam promovendo conciliações prejudiciais aos empregados, em detrimento até mesmo das garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. É evidente que se a comissão é formada por empregados que não temem a represália patronal – os que a temem não se candidatam, pois se acautelam ante a dissensão doutrinária sobre o início da estabilidade –, é maior a probabilidade de a comissão ser um apêndice do departamento de pessoal do empregador, fugindo, assim, aos fins do instituto.

20.3.6 A estabilidade do membro do Conselho Curador do FGTS

O artigo 3º da Lei 8.036, de 1990, prevê que o FGTS é regido através de normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. De sua vez, o §9º do mencionado artigo 3º prescreve:

> Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até 1 (um) ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

Esses representantes dos trabalhadores são indicados pelas centrais sindicais e nomeados pelo Ministro do Trabalho, tendo mandato de dois anos [mlxiii]. O período de estabilidade está perfeitamente divisado no dispositivo acima reproduzido: inicia-se com a nomeação pelo Ministro do Trabalho e termina um ano após se encerrar o mandato.

O empregado pode ser *despedido*, mas apenas quando praticar *falta grave*, apurada em *processo sindical*. Como a falta grave referida no artigo 494 da CLT não comporta despedida (mas sim a resolução pelo juiz) e essa falta tem que ser comprovada através de inquérito judicial (não por processo sindical), conclui-se que a falta grave referida no artigo 3º, §9º, da Lei 8036, de 1990, não é aquela que se caracteriza como uma justa causa mais grave e repetida (artigo 492 da CLT). Certamente, o legislador quis se referir à *justa causa*, tanto que autorizou a dispensa na hipótese de ela ser cometida e exigiu, em vez de inquérito judicial, um processo sindical.

Quanto à apuração prévia em *processo sindical*, há aí uma expressão enigmática. Somente o surgimento do conflito e a experiência jurídica, daí conseqüente, poderão dar a tal expressão um sentido prático. A princípio, teria o empregador de aguardar a apuração do fato, em inquérito extrajudicial, instaurado pelo sindicato que recomendou à central sindical o nome do empregado supostamente infrator. Se era essa a intenção, parece-nos que se verifica, na exigência, uma clara violação do direito subjetivo de ação, com sede constitucional.

20.3.7 A estabilidade do empregado eleito diretor de cooperativa

A Lei 5.764, de 1971, regula as cooperativas de produção, de consumo ou de crédito. O seu artigo 55 preceitua que "os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT". O dispositivo é aplicável igualmente às cooperativas de trabalho, reguladas pela Lei 12.690, de 2012, que não se refere à garantia de emprego mas prevê expressamente a aplicação subsidiária da Lei 5.764/71 na matéria em que é omissa.

Vimos a estabilidade assegurada aos dirigentes sindicais, também aqui ela se iniciando com o registro da candidatura e se encerrando um ano após o término do mandato. O contrato de emprego não pode ser resilido pelo empregador, como também analisado. Na hipótese de o empregado – eleito diretor de cooperativa – cometer falta grave, cabe ao empregador suspendê-lo e, no prazo decadencial de trinta dias, ajuizar inquérito judicial, ou seja, uma ação (des)constitutiva que visa à resolução do pacto pelo juiz do trabalho.

É bom notar, ademais, que se cuida, aqui, de cooperativa instituída pelos empregados, protegendo-se, dentre estes, aquele que se eleger diretor da cooperativa. A jurisprudência[mlxiv], em dado momento, não estendeu o direito de estabilidade aos diretores de cooperativas se nesta ingressassem, como associados, outras pessoas, além de empregados da empresa contra a qual se dirigisse a exigência de respeito à estabilidade. Mas, após alguma cizânia jurisprudencial, a SBDI 1 do TST se posicionou em sentido contrário, como se percebe na ementa seguinte:

> EMBARGOS - COOPERATIVA - LEI Nº 5.764/71 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - ADMISSÃO DE TERCEIROS COMO ASSOCIADOS DA COOPERATIVA. O art. 55 da Lei nº 5.764/71 não estabelece qualquer vedação ou restrição no sentido de limitar a estabilidade apenas àquelas cooperativas formadas exclusivamente por empregados de uma determinada empresa, sem a participação de terceiros. Embargos conhecidos e desprovidos (TST, SBDI I, E-RR - 1239/2002-002-03-00.3, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 04/06/2009, DEJT 12/06/2009).

A garantia de emprego é assegurada aos *diretores* de cooperativas criadas por empregados, sem estendê-la expressamente aos seus suplentes. Em verdade, o mesmo sucederia aos suplentes dos representantes dos trabalhadores na CIPA, uma vez que a CLT não lhes assegurava estabilidade e o art. 10, II, *a*, do ADCT veda, em sua literalidade, a dispensa somente dos membros titulares. Contudo, a jurisprudência se consolidou de modo diferente ao tratar dos suplentes da CIPA e

das cooperativas, pois afirmou caber estabilidade aos suplentes dos membros diretores da CIPA (Súmula 339 do TST) e negou igual garantia aos suplentes dos diretores de cooperativas (OJ 253 da SDI 1 do TST).

Quanto a se estender o direito de estabilidade aos membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, acentua-se o dissenso jurisprudencial e doutrinário. Sobre alcançar os membros do Conselho Fiscal, decerto que a discussão tem aspectos diferentes daquela que foi travada a propósito dos membros do Conselho Fiscal dos sindicatos. É que, diversamente do sucedido com o artigo 522 da CLT, que dimensiona a administração das entidades sindicais, o artigo 47 da Lei 5.764, de 1971, não inclui o Conselho Fiscal como órgão de administração da cooperativa. Nele não há diretores, mas agentes de fiscalização. Portanto, não se estende a estabilidade aos que integram os conselhos fiscais das cooperativas, consoante já é cediço na jurisprudência[mlxv].

No tocante ao Conselho de Administração, não custa recordar, com Sergio Pinto Martins[mlxvi], que "da forma como está escrito no art. 47 da Lei 5.764/71, a cooperativa pode também ser dirigida pelo Conselho de Administração, pois é empregada a conjunção alternativa ´ou´. Tanto pode ser dirigida pela Diretoria como pelo Conselho de Administração". Isso não obstante, o autor afirma, com respaldo em ilação com regras atinentes às sociedades anônimas e em decisão genérica[mlxvii] da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que a estabilidade não é extensiva aos que formam o Conselho de Administração.

Pensamos, porém, que se o fim social da norma é a proteção dos que dirigem a cooperativa, não vemos como excluir os membros do Conselho de Administração. Há, inclusive, decisão turmária do Tribunal Superior do Trabalho a que se ajusta o nosso entendimento[mlxviii].

Todavia, o debate parece seguir outra orientação no âmbito da SBDI 1 do TST, que tende a consolidar a jurisprudência trabalhista no sentido de a estabilidade não se estender a todos os membros do conselho de administração, ao menos nos casos em que existe, além de citado órgão deliberativo, uma diretoria eleita. É o que se extrai da ementa seguinte:

> [...] ESTABILIDADE PROVISÓRIA - MEMBRO DE CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE COOPERATIVA - ARTIGOS 47 E 55 DA LEI Nº 5.764/71 Nos termos do artigo 47 da Lei nº 5.764/71 as sociedades cooperativas são administradas por uma Diretoria ou por um

Conselho de Administração. A estabilidade provisória, prevista no art. 55, restringe-se aos empregados que sejam eleitos para exercer cargos diretivos. Assim, se a cooperativa optar pela constituição de apenas um dos órgãos (Diretoria ou Conselho) os seus membros serão detentores de estabilidade provisória. Se houver coexistência de ambos na gestão dos negócios da cooperativa, somente os membros da diretoria gozarão da garantia. Na hipótese dos autos, restou comprovado que houve eleição tanto para a Diretoria como para o Conselho de Administração, motivo pelo qual o Autor, eleito membro do Conselho de Administração, não tem direito à estabilidade provisória. Embargos conhecidos e desprovidos (TST, SBDI 1, E-RR 483274/1998.9, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, j.12/11/2007, DJ 08/08/2008). [mlxix]

20.3.8 A estabilidade do membro do CNPS

A Lei 8.213, de 1991, regula o Plano de Benefícios da Previdência Social e instituiu, por isso, o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, formado por representantes do Governo Federal, dos aposentados e pensionistas, dos empregados e dos empregadores. Os representantes dos empregados são indicados pelas centrais sindicais e confederações. Em seu art. 3º, §7º, Lei 8.213/91, vê-se estatuído:

> Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividades, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

A não ser quanto ao início do período de estabilidade, percebe-se a semelhança entre essa garantia e aquela assegurada aos dirigentes e representantes dos sindicatos, inclusive no que tange à necessidade de inquérito judicial para apuração da falta grave (artigos 494 e 853 da CLT).

20.3.9 A estabilidade dos representantes dos trabalhadores na empresa

O artigo 11 da Constituição reza que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Por seu turno, o art. 1º da Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Brasil, prescreve:

> Os representantes dos trabalhadores na empresa deverão gozar de proteção eficaz contra todo ato que possa prejudicá-los, inclusive a despedida, em razão de sua condição de representantes dos trabalhadores, de suas atividades como tais, de sua filiação ao sindicato ou de sua participação na atividade sindical, sempre que esses representantes atuem conforme as leis, contratos coletivos ou outros acordos comuns em vigor.

Como não se fiscaliza o cumprimento do artigo 11 da Constituição, que é regra desprovida de sanção, ainda é pálida a experiência, no mundo real, que faria possível dizer qual proteção estaria assegurada aos representantes de trabalhadores.

Entendemos, todavia, que um conflito dessa natureza – relativo à dimensão das garantias que devem ser dadas aos representantes de trabalhadores – já fora solucionado ao menos em dois momentos, pelo legislador estatal. Tanto quando regrou a estabilidade sindical, como quando o fez sobre a estabilidade do cipeiro, o Estado brasileiro previu que a garantia de emprego deveria estender-se do registro da candidatura até o ano seguinte ao término do mandato. Logo, o que falta são os mecanismos que assegurem efetividade à garantia constitucional. Em se tratando de norma auto-aplicável, conviria uma regulamentação pelo Ministério do Trabalho, seguida de efetiva fiscalização.

Não custa recordar que a representação obreira, no ambiente empresarial, mesmo à margem do movimento sindical ou até com a sua colaboração, previne conflitos individuais e coletivos, tornando mais civilizada a relação entre os agentes do capital e os trabalhadores.

20.3.10 A estabilidade no período pré-eleitoral

Em períodos próximos às eleições, são usualmente editadas leis que, ao regularem o processo eleitoral, costumam vedar e considerar nulos, por alguns meses antes das eleições e até o dia de realização destas, a concessão de reajustes que excedam o índice correspondente ao da inflação, ou ainda a nomeação, admissão, contratação ou exoneração de servidor público, sua transferência, dispensa ou readaptação. Uma após a outra, a Lei 7.773, de 1989, a Lei 8.214, de 1991, e, mais recentemente, a Lei 9.504, de 1997, essas leis eleitorais vêm proibindo a exoneração ou dispensa de servidores integrantes da administração pública centralizada ou descentralizada[mlxx].

A vedação de dispensa nos períodos pré-eleitorais vincula a administração pública direta no tocante aos empregados admitidos enquanto vigorou a Lei 9.962/2000 (antes de o STF resgatar a exigência de regime jurídico único), bem assim as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que são entes paraestatais regidos, no tocante às relações de trabalho que constituem, pela legislação trabalhista. É o que está consagrado na orientação jurisprudencial n. 51 da SBDI 1 do TST.

21 DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE

Augusto César Leite de Carvalho

21.1 A greve e o meio ambiente de trabalho

A identificação da greve com a *causa ambiental* se revela mais nitidamente quando não se a contempla para atender a um motivo idiossincrático de determinado trabalhador, a um anseio pessoal ou egoístico. Nada a estranhar quando se tem em mente que, regra geral, as necessidades do empregado não o incomodam isoladamente, mas a todos que compartilham a mesma experiência, no ambiente da empresa. Não obstante a Constituição[mlxxi] e a lei[mlxxii] predigam que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercerem o direito de greve e igualmente "sobre os interesses que devam por meio dele defender", a proposta de ruptura da rotina laboral atende, na ordem dos fatos, ao interesse coletivo, ou ao interesse do trabalhador que empolga ou contagia a coletividade dos trabalhadores. Por justa que parecesse ser, a interrupção do trabalho por um empregado específico, para reverter uma situação adversa que isoladamente o inquietasse, não se configuraria greve.

Estamos a cuidar, portanto, de um meio de resistência coletiva que visa à pacificação do ambiente de trabalho, proporcionando-lhe condições que não seriam espontaneamente oferecidas pelo empresário.

21.2 A interação entre a greve e os sistemas político e econômico

Sob a perspectiva da teoria política, a greve faz emergir a importância do princípio democrático. Assim como se dá em outros setores da sociedade civil politicamente organizada, entrega-se a resolução do conflito coletivo à própria coletividade, pondo-se freio ao poder social que se estaria exercendo em rota de colisão com o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária. A ruptura da normalidade, no ambiente de empresa, serve para que ele se deixe contaminar pelo princípio maior da democracia, conjugando afinal *liberdade* e *participação*.

Sob o prisma puramente econômico, tem-se afirmado que os provedores de todos os outros fatores de produção (insumos ou matéria-prima, capital e tecnologia) barganham o preço do que fornecem para a constituição e desenvolvimento da empresa, revelando-se a greve como o momento único no qual a oferta de trabalho é represada para que seu custo seja também renegociado. O provedor de trabalho humano decide não mais se resignar ante a dominação do capital, expondo-se também aos riscos da negociação. Rompe-se com a lei da oferta e da procura com vistas ao reequilíbrio dos negócios jurídicos, ao menos daqueles que envolvem o trabalho humano.

21.3 Conceito legal

A greve, que nasceu como um fato social, interessa agora como um conceito jurídico, pois do contrário não se a compreenderá como um direito. E se é certo que todo conceito remete a um significado, há conceitos cujos significados transbordam a mera ontologia dos fatos ou fenômenos a que se referem para revelar, além do que vemos no mundo sensível, a causa ou o fim que a conduta humana assim retratada pretende alcançar. Quando o legislador definiu a greve como a "suspensão coletiva, temporária ou pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador"[mlxxiii], não a autorizou por qualquer motivo nem a permitiu com vistas à cessação definitiva da atividade empresarial.

A greve é um conceito que remete a um fato (a paralisação da atividade), a uma causa (o interesse coletivo de superar condições adversas) e a um fim (o retorno à normalidade com condições mais justas de trabalho para a coletividade de trabalhadores), além de ser um direito fundamental. Trata-se, portanto, de conceito que tem conteúdo ontológico, etiológico, teleológico e jurídico.

Logo, a alusão, no conceito legal, à temporariedade da suspensão do trabalho deve ser associada à expectativa de que a atividade empresarial seja restabelecida, pois não há greve se os trabalhadores desejam eliminar, de uma vez para sempre, os seus postos de trabalho, a empresa enfim. Nessa digressão se aloja também o componente finalístico do conceito de greve, pois a greve (típica) deve visar à recomposição das condições de trabalho em um padrão mais justo ou equânime, impedindo assim a degeneração do ambiente laboral. A greve estará desfigurada se pretender a extinção da empresa, pois, como nota Tarso Genro[mlxxiv], a greve se escora num trinômio: "ruptura da normalidade da produção; prejuízo para o capitalista; e proposta de restabelecimento da normalidade rompida".

A lei diz igualmente que a greve implica a suspensão total ou parcial da

prestação de trabalho. Tem-se compreendido que a suspensão *parcial* seria aquela que diria respeito à quantidade de trabalhadores, não sendo *total* aquela que não envolvesse todos os empregados da empresa. A nosso pensamento, deve-se compreender a suspensão parcial em vista, também, da prestação mesma de serviço, sem uma necessária referência à fração do quadro de pessoal que teria aderido ao movimento.

É como dizer: a greve não seria parcial apenas quando uma parte da empresa aderisse à *parede*, mas também quando os que a ela aderissem não interrompessem completamente a prestação laboral, pois continuariam realizando parte do trabalho. Adotando tal interpretação, a sempre criativa logística da reivindicação – que engloba a mencionada *operação tartaruga*[mlxxv], a *greve de ocupação*[mlxxvi], a *greve de braços caídos*[mlxxvii], a greve que é parcial apenas na aparência[mlxxviii] – estaria legitimada pela norma jurídica.

21.4 A greve como direito fundamental

Da greve se diz, portanto, que é ela um direito fundamental cujo exercício pressupõe a defesa de um interesse coletivo e a proposta de restabelecimento da normalidade com condições de trabalho mais justas, importando a suspensão temporária e pacífica do trabalho. Quando se submete esse conceito a decomposição ou análise, descerra-se a verdadeira face da greve, o seu instigante conteúdo jurídico. Tentemos desvendá-lo a partir de duas premissas: a de a greve ser direito fundamental de índole coletiva e a de estar balizada, para cumprir o seu fim social, pelo princípio da boa-fé objetiva.

Na sequência, será interessante analisar, à luz da fundamentalidade do direito de greve e de sua regência pelo princípio da boa-fé, o aspecto de a greve suspender o contrato de trabalho, especialmente no que tange ao pagamento dos salários.

21.4.1 A greve como direito coletivo fundamental

Os direitos fundamentais se apresentam na forma mais evoluída do Estado de Direito, quando aqueles mesmos direitos naturais que mais adiante compuseram as pautas e declarações universais de direitos humanos se acomodam finalmente nas cartas constitucionais do século XX, exigindo dos estados nacionais o dever, mais que o compromisso, de atender a expectativas de abstenção ou de prestação indispensáveis à consecução dos valores e princípios mais caros da humanidade.

Os direitos humanos estão vocacionados ao desafio de serem universais em meio à diversidade cultural da era pós-moderna. Aparelham-se dos atributos da irrenunciabilidade, da incessibilidade e da imprescritibilidade pela singela mas sublime razão de serem positivados com a marca indelével da fundamentalidade. Em certa medida, os catálogos de direitos fundamentais seriam a contribuição mais valiosa da concepção positivista do direito – para ilustrar essa ideia, basta citar os arautos do garantismo jurídico e a preocupação de negarem o caráter meramente programático das constituições para nelas contemplarem princípios e regras aptos não apenas a emprestar validade ou invalidade ao regramento infraconstitucional, mas inclusive a suprir eventuais omissões normativas.

Há um ganho qualitativo inquestionável na caracterização da greve como direito fundamental, parecendo significativo dessa mudança de paradigma o aspecto de ela ter ocorrido por obra das constituições sociais que a partir da segunda década do século XX adicionaram aos direitos de liberdade civil e política os direitos sociais, nos catálogos de direitos fundamentais. O direito à greve, a exemplo dos direitos sociais à saúde, educação e moradia, são daqueles que podem ser percebidos em sua dimensão individual no que toca ao seu exercício, mas a sua titularidade remete normalmente a necessidades coletivas, que não se acomodam na latitude individual ou isolada de cada interessado.

É firme a convicção de que o empregado não pode, solitariamente, deflagrar uma greve. A convocação dos trabalhadores para esse fim, a deliberação sobre o início da greve e acerca dos meios a serem utilizados, bem assim sobre a terminação da parede, estão indiscutivelmente associados à dimensão coletiva do direito de greve. Não há controvérsia séria, na doutrina ou na jurisprudência, sobre caber ao sindicato, na forma de seu estatuto, "convocar [...] assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços". Assim o diz o art. 4º da Lei 7.783/89, rematando o seu §2º que, na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará acerca da convocação e da cessação da greve, constituindo comissão de negociação para esse fim.

21.4.1.1 As dimensões individual e coletiva do direito fundamental à greve[mlxxix]

Contudo, é comum dizer-se, não somente no Brasil[mlxxx], que o direito de greve é "direito individual de exercício coletivo". A dimensão individual se revelaria na adesão à greve, na participação no movimento paredista e na hora em que o trabalhador delibera dele afastar-se, voltando ao trabalho. Em verdade, a lei respalda a conduta individual que destoa da vontade coletiva e o faz quando o legislador opta por não exigir que se interrompa inteiramente a atividade empresarial durante a greve – a exemplo do que prescrevem outras ordens jurídicas[mlxxxi] – e também quando preceitua: "as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho [...]"[mlxxxii].

Não parece condizente com o ordenamento jurídico esse desdém à vontade da maioria. Em outros recantos do direito privado, o interesse coletivo pode até operar-se mediante a ação individual, mas assim se dá para proteger-se o interesse do indivíduo ou do grupo, sem que se estimule o atrito ou conflito entre um e outro, entre o todo e a parte. Ao reger os direitos e deveres dos condôminos, o art. 1314 do Código Civil estatui, por exemplo, que "cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la". Contudo, o parágrafo único protege o interesse coletivo ou condominial dos arroubos da vontade individual quando prescreve que "nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros".

Assim sucede igualmente entre co-herdeiros (art. 1791 CC[mlxxxiii]), porque mesmo entre pessoas que compartilham

sentimento fraterno não se tolera a exacerbação da conduta individual em direção contrária ao interesse do grupo. Na greve, dá-se curiosamente o inverso: a possibilidade de dissidência individual em detrimento da proteção ao interesse coletivo. É o que ocorre sempre que o empregado resolve desertar do movimento grevista, abandonando a causa do grupo de trabalhadores a que pertence. Em rigor, e a despeito de a greve ser um direito fundamental, abandona-se a orientação prevalente em outras searas do direito – a salvaguarda do interesse coletivo – com a finalidade pouco auspiciosa de se atribuir ao trabalhador uma responsabilidade pessoal que ele de outro modo não teria.

Paradoxalmente, a conversão da greve em um direito trouxe um evidente embaraço para os que a exercem. A vontade do indivíduo (desertor) é protegida para que os órgãos jurisdicionais possam julgá-lo desprotegido na hipótese de restar viciada, por qualquer razão, a deliberação coletiva de usar a greve como meio de resistência e pressão. Aderir ou não à parede é um gesto de coragem e desassombro, um ato de enfrentamento pessoal, em vez de revelar-se o respeito à vontade da maioria e à causa comum. Nota-se que a compreensão da greve como um direito está atrelada, portanto e desafortunadamente, a um viés individualista que contaminou a sua força persuasiva, comprometendo a sua finalidade de pacificar o ambiente empresarial.

A jurisprudência trabalhista não tem razões, porém, para atiçar essa tendência, aguçando o descompasso entre a titularidade coletiva do interesse tutelado e a responsabilidade pessoal pelos efeitos da ação paredista. Por isso, não se pode consentir, em princípio, que o empregado seja punido quando o for pela participação em greve declarada abusiva em razão de vícios para os quais ele não concorreu, a exemplo de vícios formais – como a ausência de quórum estatutário na assembleia de convocação ou de ausência de aviso prévio.

21.4.1.2 A greve como direito fundamental – a opção pela via pacífica e a preeminência como método de solução dos conflitos coletivos

A origem do direito do trabalho se associa à indignação e ao comportamento reativo dos operários que resolveram, em dado momento histórico, desafiar o poder do capital. Antes em estado de absoluta letargia no âmbito da empresa que se disseminava como nova forma de organização, a revolta ante a injustiça e indignidade das primeiras condições de trabalho arrebatou esses homens para lançá-los contra a opressão que inevitavelmente viria, porque a liberdade de expropriar a energia de trabalho se inseria no amplo espectro de liberdade que a classe burguesa havia conquistado.

Serve à antologia da reação obreira o *luddismo*, movimento de trabalhadores que quebravam máquinas ao início do século XIX como modo de se insurgirem contra a mecanização advinda com a revolução industrial. Mas o movimento obreiro era sempre reprimido, inclusive quando consistia na paralisação do trabalho. Anota Márcio Túlio Viana que "um dos exemplos mais duros de repressão se deu na Alemanha de 1371, quando 32 trabalhadores foram enforcados; mas a Inglaterra de 1500 cortava orelhas dos grevistas e, na França de 1791, a Lei Chapelier punia até os patrões que os contratavam"[mlxxxiv].

Nos dias que correm, o Código Penal brasileiro pune com detenção de seis meses a dois anos e multa aquele que "participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo". A eficácia do dispositivo é duvidosa, pois o Ministério Público forjado no regime democrático não o invoca, normalmente e ao que se sabe. Mas, embora seja igualmente rara a notícia de empresário punido porque tenha subsumido sua conduta na prescrição do art. 203 do mesmo Código Penal, ao "frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho", é certo que as greves de 1980 motivaram condenações criminais no Brasil, nos estertores do

regime autoritário[mlxxxv].

A greve, tal como se a idealiza nos dias de hoje, não comporta atos de violência contra o empregador, nem atos dissimulados de lesão aos bens que integram o elemento material da empresa. É um mecanismo de autotutela, ainda assim, pois subverte a lógica econômica da empresa capitalista ao permitir que, por algum tempo, a coletividade de trabalhadores tome a mando a gestão do seu próprio trabalho (ainda que seja para interrompê-lo) e assim permaneça até que se alcancem as condições laborais mais justas ou dignas, que por essa via se reivindicam. Seguindo a contribuição doutrinária de Roberto Santos, explica Márcio Túlio Viana:

> [...] ao contrário do que acontece com as outras mercadorias, que podem ser manobradas estrategicamente, o trabalho depende de variáveis *incontroladas* – inclusive a taxa demográfica. Não pode controlar sua quantidade de forma estratégica. Nem pode ficar à espera de oportunidade melhor para ser *vendido*. Daí a necessidade de greve: seu objetivo é afirmar que os *vendedores* da *mercadoria* estão dispostos a armazená-la temporariamente.[mlxxxvi]

A greve se justifica também pela falta de alternativas, porventura forjadas pelo engenho humano, para fazer frente à injustiça das condições de trabalho quando a premência de equidade precisa ser combinada com a mantença da prestação alimentar, ainda que a fonte provedora dos alimentos esteja a explorar abusivamente a força de trabalho.

As fórmulas alternativas já foram tentadas, reportando-se Marilena Chauí aos trabalhadores da COSIPA que, nos anos 70, aproveitando-se do fato de a unidade de trabalho ser considerado local de segurança nacional, insusceptível a greves, combinaram chegar ao trabalho sem os seus respectivos crachás, o que teria ocasionado a formação de filas imensas, identificação demorada, altos-fornos apagando-se e, por fim, a predisposição da empresa para negociar[mlxxxvii].

Em setembro de 2007, a imprensa noticiou a greve na *second life* deflagrada pelos empregados da IBM na Itália, aproveitando-se da

circunstância de a empresa haver criado um ambiente virtual na página da internet que serve à interação de avatares que simulam a vida real. Com algum sucesso, inclusive midiático, os trabalhadores pressionaram por melhores condições salariais.

Não é fácil, porém, imaginar um meio de pressão mais eficiente que a greve para a reversão de uma realidade conjunturalmente adversa, sobrevinda nos limites de uma relação coletiva de trabalho. A realização dessa ideia, a greve, prescinde da imagem de violência que historicamente a contaminou, pois se concretiza, em sua forma atual e civilizada, como um meio pacífico de solucionar conflitos transindividuais, como são os conflitos que normalmente se ambientam na topografia dos estabelecimentos empresariais.

21.4.1.3 O interesse coletivo e as greves geral, política e de solidariedade

Sendo a greve, desde a sua origem, um meio de persuadir o empresário a atender às reivindicações de seus empregados, por vezes se dissente acerca da possibilidade de ser ela utilizada para veicular interesses que não podem ser satisfeitos pelo empregador. É que a eficácia da greve se expande na mesma proporção em que a empresa interfere na realidade social, não raro se a usando para atender a fins que transcendem o ambiente empresarial.

Pode-se conjecturar que a greve nunca pediu licença à ciência jurídica, sendo alçada à categoria de direito a reboque dos fenômenos que já se disseminavam, no mundo do trabalho, como um fato social aparentemente irrefreável. Por outro ângulo, também se poderia lembrar que a empresa é um microcosmo da sociedade capitalista, sendo igualmente seus os interesses do capital empolgados pelas políticas públicas que dão sustentação ao atual sistema econômico.

No plano essencialmente jurídico, seria de lembrar o aspecto significativo de o art. 9º da Constituição assentar, a propósito do direito de greve, que cabe exclusivamente aos trabalhadores decidir sobre os interesses que devam por meio dele defender, não devendo a norma infraconstitucional restringir o que o constituinte claramente quis ampliar[mlxxxviii]. A greve geral (como a que se desenvolveu na França, em setembro de 2010, contra a elevação da idade mínima de aposentadoria), a greve política (*v.g.* pela implementação de um direito trabalhista a cuja regulamentação o Estado resiste) e a greve de solidariedade (*v.g.* apoio a outra greve ou a um dirigente sindical injustamente punido)[mlxxxix] podem sufragar interesses coletivos que animam categorias inteiras de trabalhadores.

O tema, porém, não é pacífico, havendo autores de nomeada que sustentam o não cabimento da greve para a defesa de interesses não trabalhistas, ou que transcendam a esfera de deveres que possam ser

atribuídos ao empregador[mxc]. O argumento se contrapõe à máxima de Fábio Konder Comparato: “a única restrição admissível de uma liberdade constitucional só pode advir da própria Constituição”[mxci].

Em verdade, a matéria está bem equacionada pelas divisões internas da Organização Internacional do Trabalho que fiscalizam o cumprimento dos princípios e normas assecuratórias da liberdade sindical, conforme sintetiza Raimundo Simão de Melo:

> Quanto à greve puramente política, a OIT entende que esta não está abrangida pelos princípios de liberdade sindical (Convenção n. 87, art. 10). Todavia, ‘o Comitê concluiu que os interesses profissionais e econômicos que os trabalhadores defendem com o direito de greve abrangem não só a conquista de melhores condições de trabalho ou as reivindicações coletivas de ordem profissional, mas englobam também a busca de soluções para as questões de política econômica e social [...]. Na mesma ordem de idéias, o Comitê tem observado que os trabalhadores e suas organizações deveriam poder manifestar seu descontentamento com questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses dos trabalhadores, num âmbito mais amplo que os dos conflitos de trabalho susceptíveis de resultar numa determinada convenção coletiva [...]. A ação dos trabalhadores deve, portanto, limitar-se a expressar um protesto e não ter por objetivo perturbar a tranqüilidade pública (OIT, 1999, § 450). Nesse sentido, o Comitê de Liberdade Sindical tem considerado que a declaração de ilegalidade de uma greve nacional de protesto contra as conseqüências sociais e trabalhistas da política econômica do governo e sua proibição constituem grave violação da liberdade sindical’ (OIT, 1996, § 493). No tocante à greve de solidariedade, em estudo geral de 1983, a Comissão de Peritos da OIT a definiu (‘a greve que se insere em outra empreendida por outros trabalhadores’) e estimou que uma proibição pode ser abusiva, razão pela qual os trabalhadores devem poder recorrer a tais ações, desde que legal a greve inicial que apóiam (OIT, 1983, b, § 217), posição essa assumida também pelo Comitê de Liberdade Sindical (OIT, 1927, §§ 417 e 418)[mxcii].

É relevante, a esse propósito, dosar a responsabilidade do empregador na mesma medida em que ele tem reais condições de ser dócil ou resistente às reivindicações do movimento grevista. O empregador não pode, muitas vezes, satisfazer as pretensões que se apresentam em greves políticas ou greves gerais. A Justiça do Trabalho pode proceder a essa dosagem sempre que instada, nos moldes do art. 7º da Lei 7.783/89, a prover sobre os salários intercorrentes à greve ou, genericamente, acerca das relações obrigacionais que em meio à greve se estabelecem.

21.4.1.4 A greve como direito fundamental – o *lock-in* e o *lock-out*

Embora os direitos fundamentais se tenham gestado como uma constitucionalização dos direitos humanos, há alguma controvérsia sobre a sua titularidade poder recair, extraordinariamente, também sobre pessoas jurídicas[mxciii]. Ainda assim, apenas aos trabalhadores, quando considerados coletivamente, pode ser atribuída a titularidade do direito fundamental de greve.

A propósito, a lei proíbe o empregador de promover o *lock-out*[mxciv], assim compreendida a "paralisação provisória das atividades da empresa, estabelecimento ou seu setor, realizada por determinação empresarial, com o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, frustrando negociação coletiva ou dificultando o atendimento a reivindicações coletivas obreiras"[mxcv]. O empresário não tem, como se fosse um direito, menos ainda um direito fundamental, a liberdade de interromper a atividade econômica como maneira de exercer pressão sobre os empregados.

Outra questão, vista sob enfoque diverso, é o direito de os trabalhadores provocarem, por via pacífica ou ordeira, a paralisação de toda a atividade econômica, usando meios de persuasão que envolvam os trabalhadores, sem exceção, na defesa da causa que lhes é própria. Para-se não somente a prestação pessoal de trabalho, mas a atividade produtiva. Um modo de avançar nesse sentido, evitando que prevaleça o receio de enfrentar o poder social em que está investido o empregador, é a greve de ocupação (*lock-in*) ou greve de braços caídos.

Influenciada, talvez, pela jurisprudência gerada sob a influência da antiga lei de greve (a Lei 4.330/64), que preconizava o uso da força pública para liberar o acesso ao local de trabalho[mxcvi], subsiste alguma hesitação acerca da licitude da greve que se desenvolve sem que os trabalhadores se afastem, propriamente, do lugar em que

normalmente trabalham. Esse estado de perplexidade deriva, certamente, de dois fatores: a) a timidez com que a lei confere legitimidade à paralisação de toda a atividade econômica (não apenas da prestação individual de trabalho) como uma finalidade legítima da greve; b) a dificuldade, de índole psicológica, de diferenciar a conduta dos trabalhadores que se declaram em greve mas permanecem dentro do estabelecimento empresarial daquele que se declara ou parece ser *fura-greve* apenas para não revelar a sua participação em greve de ocupação.

A greve de ocupação ou *lock-in*, a exemplo da operação tartaruga e outros modos disfarçados de enfrentar o poder patronal, legitima-se, a nosso ver, porque se amolda ao conceito de greve como ruptura da atividade produtiva e da relação coletiva de trabalho, visando ao seu restabelecimento em condições mais justas. Não fere, ademais, o princípio da boa-fé, pois a conduta obreira, assim retratada, não denota deslealdade, antes se inserindo no contexto de uma ordenada reação dos trabalhadores à maneira recalcitrante com que o empresário investe contra o exercício do direito de greve. O trabalhador que age assim não é desleal, posto seja apenas destemido.

Sobre o tema, observa Maurício Godinho Delgado[mxcvii] que "a *ocupação do estabelecimento (lock-in)* é, essencialmente, um método de realização do movimento paredista. Por isso, enquadra-se no conceito legal dessa figura do Direito Coletivo". No mesmo sentido, Pinho Pedreira[mxcviii] adverte que as greves de ocupação não são ontologicamente diversas das outras, pois o que há é mera diferença de grau. Trata-se, segundo o professor baiano, de uma *qualificação* de greve: sendo esta lícita, nem por isso se torna ilícita com a ocupação.

21.4.2 A greve e o princípio da boa-fé objetiva

Há dispositivos legais que, referindo-se à boa-fé subjetiva, invocam a ingenuidade, a possível inocência na realização de negócios jurídicos inválidos. Enquanto a boa-fé subjetiva remete ao consentimento, a boa-fé objetiva, que é o assunto de nosso interesse, traduz-se em lealdade, na honestidade de propósitos que deve nortear as relações jurídicas. Nessa direção, o atual Código Civil contém preceito no sentido de que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"[mxcix].

A assimetria ou desigualdade presente na relação de emprego não autoriza a deslealdade de qualquer dos seus sujeitos individuais ou coletivos, revelando-se a conduta leal na interação com o outro pólo da relação intersubjetiva (a) e com o próprio instituto jurídico de que se servem os atores sociais (b), pois as entidades do direito não se prestam a outros escopos senão aos fins sociais para os quais foram concebidos. Se há greve, devem comportar-se os agentes e os destinatários da parede em coerência com os aspectos objetivos e finalísticos do instituto – em princípio, deveriam sempre interromper a atividade laboral e econômica com vistas a solucionar o conflito de interesses que motivou a ruptura no processo produtivo.

A greve traduz-se em um episódio traumático, mas um trauma que exige tempo e reflexão. A lei, por isso, estabelece alguns mecanismos de imunização da greve, que impedem seja ela perturbada por ações patronais dirigidas à frustração de seu intento (a) ou por condutas obreiras que a desvirtuem como um meio pacífico de alcançar a paz e a equidade no ambiente de trabalho (b).

21.4.2.1 Imunização da greve contra a perturbação patronal

Antes mesmo de a greve iniciar, aos representantes dos trabalhadores, que a cogitam, assegura-se a proteção do emprego e do exercício de seus respectivos mandatos. O direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro são intransigentes quando divisam a necessidade de os representantes dos trabalhadores poderem atuar sem o receio de alguma represália patronal.

No plano do direito internacional, e inobstante sejam omissas as convenções da OIT sobre o direito de greve, a Convenção 98 da OIT protege a sindicalização do trabalhador contra a discriminação do empresário, salvaguardando a liberdade sindical que a Convenção 87 garante em todas as suas dimensões[mc]. Por sua vez, o art. 1º da Convenção 135 renova que "os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais em vigor". As Convenções 98 e 135 foram ratificadas pelo Brasil.

Internamente, o art. 8º, VIII e o art. 543 da CLT imunizam o dirigente sindical e o exercício de seu mandato, sendo de relevo observar que o art. 11 da Constituição preconiza a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados. A ele se garantiria, supostamente, a proteção da Convenção 135 da OIT, não fosse a circunstância de essa incerteza quanto ao nível de proteção que lhe seria assegurada estar desestimulando a eleição de tais representantes de empregados – o que compromete, em última análise, a eficácia do mencionado dispositivo constitucional.

A partir da deflagração da greve, a imunização contra a conduta patronal que tente inibi-la é mais visível, pois a lei estabelece que os contratos se suspendem e "é vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos", exceto para a manutenção de máquinas e equipamentos – a ser ajustada com o comando da greve – ou quando a greve é exercida de modo abusivo[mci]. É evidente que o movimento grevista, para alcançar o seu objetivo, precisa estar blindado contra a tentativa de retaliação, por parte do titular da empresa.

Em certa medida, a conduta patronal deve denotar resignação e respeito ao exercício de direito coletivo, que visa à pacificação do ambiente de trabalho. A diluição do poder diretivo se pode sentir quando a lei diz ser "vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento"[mcii]. A intenção do legislador é a de entregar à coletividade dos trabalhadores as ferramentas indispensáveis à incorporação de todos ao movimento reivindicatório, valorizando a greve como instrumento de concretização do princípio da democracia.

Por iguais razões, a impossibilidade de contratar trabalhadores substitutos não pode, evidentemente, ser objeto de dissimulação ou fraude. O empregador não está autorizado, por exemplo, a promover a mobilidade de seus empregados ou a remoção de seus trabalhadores terceirizados com o objetivo de liberar-se dos efeitos da greve. Os setores da empresa cujos empregados aderirem à greve não podem ser supridos por outros quaisquer trabalhadores, sob pena de se fazer letra morta do dispositivo legal que protege a parede da resistência abusiva do empregador.

Por vezes, surgem leis que anistiam os trabalhadores que lideraram greves ou delas participaram, impedindo assim a consumação da represália patronal. Em rigor, as leis de anistia seriam

absolutamente desnecessárias se internalizássemos a *garantía de indemnidad*, ou seja, a garantia – cunhada pela jurisprudência espanhola e mais adiante difundida por toda a União Europeia – de que não pode sofrer retaliação a pessoa, inclusive o trabalhador, que exerce direito fundamental. Gil Albuquerque esclarece:

> Definitivamente, a despedida ou qualquer outra sanção imposta pelo empresário ao trabalhador como conseqüência de ele exercer seu direito de participar em uma greve legal é nulo por vulnerar o direito fundamental que consiste em tal exercício (art. 55.5 ET e 108.2 LPL, SSTS 2-6-1986, A. 3434, 12-7-1986, A. 4032 ou 2-2-1987, A. 744), tudo isso em virtude do princípio de garantía de indemnidad. No âmbito das relações laborais, a garantia de indemnidad se traduz na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas das atuações do trabalhador encetadas para a obtenção da tutela de seus direitos (SSTC 7/1993, 14/1993 e 54/1995) ou por ter ele exercido as atividades próprias da representação legal dos trabalhadores, por isso se extraindo a proibição de dispensa também do art. 5.e) da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pela Espanha [mciii].

Interessante notar que também no Brasil a greve é igualmente um direito fundamental e, apesar de a eficácia da Convenção 158 da OIT ainda estar em debate no STF, a mesma construção jurisprudencial seria possível pelo singelo fundamento de que não se reveste de validade o ato patronal, inclusive a dispensa, que se destina a retaliar o exercício de qualquer direito cuja fundamentalidade esteja consagrada no texto constitucional. Logo, a ordem jurídica brasileira oferece a mesma base jurídica que serviu aos europeus na construção da jurisprudência sob exame, faltando ao poder judiciário ponderar sobre a aparente relevância de trilhar a mesma senda, em proveito da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E do direito fundamental à greve em especial.

Sem embargo da evolução doutrinária acerca dos mecanismos de imunização da greve contra a conduta patronal que tenta inviabilizá-la, há um claro déficit de proteção quando se toleram as ações patronais dissuasórias, ou seja, afeta-se o princípio da boa-fé objetiva quando se consente que o empresário possa manter a atividade econômica utilizando-se de meios tecnológicos que supririam a ausência dos trabalhadores.

Há notícia de decisões do Tribunal Supremo da Espanha que são

emblemáticas dessa postura jurisprudencial sobremodo tolerante. No mais interessante desses processos julgados pela corte espanhola, ocorreu de uma rede de televisão, ao perceber que uma greve de seus empregados impediria a transmissão de um jogo de futebol que lhe daria grande audiência porque era ansiosamente aguardado em todo o país ibérico, reagir por meio da aquisição do sinal televisivo oferecido por empresas regionais, atendendo assim aos seus espectadores. O Tribunal Supremo entendeu que, a propósito da greve, não se imporia ao empresário "o dever ou a obrigação de colaborar com os grevistas quanto ao sucesso de seus propósitos"[mciv]. Perdeu-se a oportunidade de afirmar que o empresário deve comportar-se resignadamente, porque um modo sério de enfrentar o conflito é reconhecer a eficácia da greve como um modo de interromper, mais que a prestação laboral, a própria atividade produtiva, sempre com vistas à solução do conflito que inquieta a coletividade de trabalhadores.

21.4.2.2 Imunização da greve contra a perturbação obreira

A greve, como se há dito tantas vezes, é um meio pacífico de restabelecer a paz no ambiente da empresa. Para que os interlocutores se comportem de modo a que o movimento grevista atenda a esse seu desígnio, exige-se que o empresário preserve os postos de trabalho sem a substituição dos grevistas e que os trabalhadores auxiliem na manutenção de bens, máquinas e equipamentos a fim de se restabelecer, ao fim da parede, a atividade produtiva[mcv].

Quando os trabalhadores negligenciam a obrigação de auxiliar na manutenção de bens, máquinas e equipamentos, dá-se ao empresário o direito de contratar trabalhadores substitutos. O empregador não o fará por espírito vingativo, mas para atender à expectativa de que se mantenham os meios de produção. A lei não diz qual a sanção cabível na hipótese de o empregador faltar a esse dever de manter o seu maquinário, pois se parte do pressuposto de que ele não teria interesse em sua deterioração. Mas, por coerência, e sob a influência do princípio da boa-fé, dir-se-ia que aos trabalhadores caberia envidar meios de preservar bens, máquinas e equipamentos se ao empresário, por vingança ou desatino, ocorresse a desafortunada ideia de os deixar perecer.

Os trabalhadores podem realizar piquetes de persuasão, vale dizer, é-lhes facultado "o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve"[mcvi], mas "não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa"[mcvii]. Se por um lado se inibe o boicote ou a sabotagem com vistas a causar dano patrimonial, que implicariam a inobservância pelos trabalhadores do dever de preservar o ambiente empresarial, conotando deslealdade, por outro lado se percebe a preocupação, que inspira insistentemente o legislador, de respaldar a defecção individual, a atitude do *fura-greve* que abandona, por razão

ou convicção individual, a defesa da causa coletiva.

Porque a empresa tem função social, gerando emprego e renda, produzindo bens ou serviços, a relação entre ela e a sociedade também é preservada. Assim, a lei enfatiza, prescritivamente, que, "em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem"[mcviii]. Ademais, a lei enumera serviços ou atividades essenciais[mcix] e quanto a eles, num texto aparentemente contraditório, reza que "os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam *obrigados* de *comum acordo*, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade"[mcx].

Os atores sociais estão *obrigados* a *ajustar* um meio de atender às necessidades inadiáveis da comunidade, assim compreendidas as que "coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população"[mcxi]. Empregador e trabalhadores não podem recusar-se à negociação a propósito das necessidades inadiáveis da comunidade. Normalmente os empresários não faltam a essa obrigação, pois litigam para manter o maior efetivo possível de empregados nas tarefas que, sendo supostamente essenciais, viabilizam, no máximo que lhes seja permitido, o prosseguimento da atividade lucrativa, sem embargo da greve. O descumprimento desse dever por parte dos trabalhadores permite ao empresário a contratação de trabalhadores substitutos que possam atender a essa finalidade[mcxii].

Também porque os trabalhadores não estão movidos por espírito de desforra, mas pretendem romper a continuidade da produção econômica somente para que desse modo possam pacificar as suas áreas de tensão, a lei lhes impõe que avisem à entidade patronal ou ao empregador com antecedência mínima de quarenta e oito horas sobre

a deflagração da greve. É o tempo necessário, na perspectiva do legislador pátrio[mcxiii], para que o empregador, já sob a pressão da parede iminente, tente dirimir o conflito antes de solucionar-se a sua atividade produtiva, ou possa preparar-se e aos seus clientes e fornecedores para o tempo de greve.

Sendo essa a finalidade do aviso prévio[mcxiv], o seu prazo é elastecido para setenta e duas horas nos casos em que a greve ocorre em serviços ou atividades essenciais, devendo a representação dos trabalhadores cuidar para que, nesse prazo, os usuários de tais serviços ou atividades sejam igualmente notificados da greve que se aproxima[mcxv]. Ajustando-se, assim e portanto, ao princípio da boa-fé, a exigência de prévio aviso não parece destoar do art. 9º da Constituição que assegura aos trabalhadores o direito de decidir sobre a *oportunidade* de exercerem o direito de greve. Alguma ponderação de valores é, aqui, suficiente para se compreender que esse direito de decidir a hora da greve não pode resultar, como por vezes se defende, na decisão de deflagrar a greve *imediatamente*.

21.4.3 A suspensão do contrato durante a greve

Em alguns países, a exemplo da Espanha[mcxvi], a lei que disciplina a greve estatui que o trabalhador, no tempo por que ela se estender, não tem direito ao salário.

No Brasil, o art. 7º da Lei 7.783/89 diz, sucintamente, que "a participação em greve suspende o contrato de trabalho". O termo "suspensão" traz à lembrança a dicotomia que a CLT estabeleceu entre a suspensão e a interrupção do contrato, havendo a interrupção na hipótese em que o trabalhador não presta trabalho mas recebe o salário. Em rigor, a interrupção corresponderia à suspensão parcial ou relativa, no direito comparado[mcxvii].

Autores há que sustentam a inviabilidade de se conceber a greve como uma hipótese de suspensão total, pois não faria sentido que o trabalhador, ao exercer um direito fundamental, fosse tolhido pela retenção de seu salário. O argumento, judicioso embora, não parece exaurir o tema, dado que seria da própria logística da greve a assunção do prejuízo salarial que a greve causa: a coletividade de trabalhadores promove a interrupção da atividade econômica mediante a contenção do trabalho humano, ao custo de não obter a remuneração do trabalho que, para dar azo a essa estratégia, não prestou. É como se a lógica da coação econômica se invertesse num espasmo: o empresário precisa negociar para voltar a produzir e auferir lucro.

Em rigor, os institutos jurídicos não se transmudam, antes se potencializam, quando conquistam o selo da fundamentalidade. Se a greve pressupõe a indisponibilidade da força de trabalho, implicaria *ipso facto* a inexistência de trabalho a ser remunerado. Mas Souto Maior[mcxviii] adverte, na defesa persuasiva do direito aos salários durante a greve, que o trabalho prestado durante a parede seria, em princípio, uma contingência resultante da negociação que visara à manutenção de bens, máquinas e equipamentos ou, sendo a hipótese

de serviços ou atividades essenciais, do ajuste entre trabalhadores e empregadores com vistas ao atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade. Logo, haveria trabalhadores que teriam votado pela paralisação mas estariam prestando serviço apenas para atender à convocação da liderança e, por outro lado, seria igualmente injusto que restassem prejudicados somente aqueles que, concordando ou não, respeitaram a deliberação coletiva de interromper a atividade produtiva.

Poder-se-ia redarguir que a remuneração não é paga em razão da onerosidade que caracteriza a relação de emprego, mas sim em virtude da impossibilidade, sob a pauta dos direitos humanos, de haver trabalho sem a contrapartida salarial que o dignifica. Ainda assim, a análise da matéria sob a regência do postulado da boa-fé implicaria resistir à ideia de que os trabalhadores remunerados o seriam porque estariam laborando em dissonância da vontade coletiva ou o fizessem para atender a essa vontade, mas na cota dos que foram aleatoriamente escolhidos para servir a interesses coletivos contingentes (a preservação dos meios de produção e as necessidades inadiáveis da comunidade).

Embora a orientação prevalecente seja a de que a greve importa a suspensão total do contrato, com a retenção dos salários a ela intercorrentes, irresistível é conjecturar que haveria um ganho de civilidade, no templo do trabalho, se a doutrina e a jurisprudência decidissem romper o modelo atual no que toca à possibilidade de o empresário exigir a continuidade da atividade econômica após a deflagração regular da greve.

Mesmo que se transija quanto ao direito de o empresário resistir à insurreição obreira – porque greves abusivas realmente existem – antes de a vontade coletiva se manifestar, deixando aberto o seu estabelecimento e disponíveis as condições de trabalho, não estaria ele autorizado a frustrar a finalidade da greve depois de instaurar-se ela, seja ao “adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a

divulgação do movimento”[mcxix], seja pelo uso de medidas dissuasórias como a remoção de empregados ou trabalhadores subcontratados e a proteção do local de trabalho por meio de interditos possessórios. O *locus* da greve é o lugar onde as condições de trabalho se desenvolvem sem a equidade aspirada pela coletividade dos trabalhadores.

Em pelo menos uma hipótese a jurisprudência se sedimenta no sentido de a conduta desleal do empresário impor o pagamento dos salários em meio à greve. Trata-se da greve que não busca a formulação de uma norma coletiva que inove a ordem jurídica, mas serve como reação ao descumprimento, pelo empregador, de norma preexistente[mcxx]. Até mesmo sob a regência da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), regra básica que o direito civil contempla no âmbito dos contratos bilaterais, não se pode impor à parte inocente, se a outra negligencia a sua prestação, um ônus desmesurado.

A bem dizer, a matéria se reveste de maior complexidade quando se a submete à regência da boa-fé objetiva. Pode-se inclusive evoluir para se compreender que não haveria, como usualmente se defende ao interpretar-se o art. 7º da Lei 7.783/89[mcxxi], a premissa legal do não pagamento dos salários se norma coletiva, laudo arbitral ou decisão judicial não dispuserem sobre a obrigação de pagá-los, apesar da greve. Em vez de se partir da premissa de que apenas essas outras fontes de direito poderiam obrigar o empregador ao pagamento de salários intercorrentes, adotar-se-ia a premissa inversa, deixando-se ao Poder Judiciário a discricionariedade de decidir, frente às circunstâncias do caso concreto e em processos individuais, se a ausência das fontes de direito *exigidas* pelo art. 7º da Lei 7.783/89 implicaria o pagamento, ou não, dos salários.

O dissídio coletivo, se manejado, serviria somente para que se declarasse, sendo o caso, o direito à percepção dos salários. Como se

dirá adiante, o direito de não pagar salários depende da conduta do empregado durante a greve, inclusive porque dela pode ele não participar.

21.5 A greve sob intervenção judicial

É da tradição da sociedade brasileira confiar ao Poder Judiciário a solução de seus conflitos. Mas é provável, como afirma Crivelli[mcxxii], que a necessidade de se prestar jurisdição sobre a licitude ou legalidade da greve, em dissídios coletivos instaurados com esse fim, tenha nascido com a Lei 4.330/64, a lei que regia a greve nos tempos de regime político autoritário.

Sob a regência daquela lei, o pagamento dos salários durante a greve era, porém, uma obrigação que se associava ao atendimento das reivindicações. Predizia o art. 20, parágrafo único, da Lei 4.330/64: "a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período de sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados, total ou parcialmente". Logo, a greve justa implicava o pagamento dos salários.

Se por um lado havia a atenuação da regra segundo a qual o pagamento dos salários deve suspender-se pela singela razão da greve, por outro se impunha uma intervenção judicial que mais adiante seria usada, muita vez, apenas para reprimir o movimento grevista. É que o Poder Judiciário está, cada hora mais, inibido na função de assegurar conquistas para os trabalhadores por meio de dissídios coletivos de natureza econômica, mas é provocado para declarar a abusividade da greve e assim inviabilizar a fluência natural do movimento paredista, sem considerar a responsabilidade individual de cada trabalhador.

Os vícios formais da greve a fazem abusiva e não se oferecem, na prática, à possibilidade de serem sanados. Ademais, a declaração de abusividade serve ao empregador para que ele se certifique de que não deve os salários intercorrentes e de que pode ameaçar com a dispensa por justa causa o empregado que não retornar ao trabalho. Entretanto, o sistema jurídico se revela contraditório nesse ponto, dado que o

comportamento do trabalhador durante a greve abusiva pode isentá-lo de qualquer sanção, sobretudo se ele figura entre os que não aderiram à greve e por isso dela não participaram. Assim, a suspensão dos salários e a dispensa por justa causa somente poderiam ser equacionadas em um processo individual.

Em outros sistemas, inclusive o espanhol, inexiste a possibilidade de o órgão jurisdicional decidir sobre a abusividade ou ilicitude da greve, como um todo unitário, não obstante possa o juiz prover jurisdição a propósito da conduta individual do empregado que dela participe. Assim se harmoniza, inclusive, o controle judicial com a regra legal (muito festejada, embora aqui criticada) de que estaria no âmbito da dimensão individual da greve a adesão e a participação do trabalhador.

Ademais, o modelo atual de dissídio de greve, que reclama uma decisão judicial ampla sobre a abusividade do movimento paredista, além de não estar fundado em preceito constitucional ou legal específico, conduz a um dilema de difícil superação: se a greve é abusiva por vícios na sua convocação, o trabalhador estaria sendo punido em razão de conduta que deveria responsabilizar o sindicato ou a comissão dirigente da greve; se a greve é abusiva pela conduta inadequada dos trabalhadores, somente em processos de índole individual se poderia mensurar a responsabilidade de cada um deles. Portanto, o dissídio de greve que visa exclusivamente à declaração de abusividade é um meio dissuasório que serve apenas para inibir, preventivamente, o exercício de direito fundamental, o direito de greve.

21.6 A greve e o interdito proibitório[mcxxiii]

Faz algum tempo que os empresários usam o dissídio de greve, especialmente aquele em que buscam a declaração de abusividade do movimento grevista, e também os interditos proibitórios como fórmulas engenhosas de refrear a reivindicação obreira porventura aparelhada pela greve. Acerca dos interditos proibitórios, prevê o art. 932 do Código de Processo Civil:

> O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Até ser editada a Emenda Constitucional 45/2004 e a Súmula Vinculante n. 23 do Supremo Tribunal Federal, os interditos proibitórios eram ajuizados na justiça comum, abrindo-se duas frentes, com enfoques distintos, junto às quais os trabalhadores defendiam o exercício, por eles, do direito fundamental de greve.

Em verdade, no interdito proibitório os trabalhadores se deslocam do ataque à defesa, sendo natural que desconfiem das garantias constitucionais aparentemente à sua disposição, se na prática o seu manejo os faz verdadeiramente acuados. Os interditos proibitórios eram e são ajuizados a pretexto de que a posse dos bens do empregador estaria ameaçada de turbação ou esbulho em razão da greve, havendo notícia de liminares judiciais impedindo que os trabalhadores se concentrem a menos de cem ou duzentos metros do local de trabalho, ou seja, do lugar onde se instalou o conflito e haveriam de estar interagindo com o empregador[mcxxiv].

Há, decerto, um aspecto cultural influenciando essa postura inibitória do direito de greve, sendo dela um claro sinal a alusão, muita vez, ao art. 202 do Código Penal, que prevê pena de reclusão e multa para aquele que “invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento

ou as coisas nele existentes ou delas dispor", tipo legal que somente faria sentido fora do contexto da greve.

No atual estágio da civilização ocidental, a opção do legislador por um método de solução de conflito deve ser considerada e otimizada. O melhor lugar para solucionar um conflito, se o método citado traduz-se na autotutela de interesses, é certamente aquele onde o conflito se realiza. E a circunstância de "impedir ou embaraçar o curso normal de trabalho" é irrelevante se a tanto se destina a greve, sendo os empecilhos e embaraços à normalidade do trabalho uma sua conseqüência natural.

Convém, portanto, verificar os pressupostos e fins dos interditos proibitórios para que se analise, com alguma profundidade, o cabimento dessa ação como meio de inibir o direito de greve.

21.6.1 A ameaça à posse como pressuposto do interdito possessório

A posse não se confunde com a mera detenção. À luz do art. 1198 do Código Civil, considera-se detentor "aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Antes, durante e após a greve, o empregado é detentor dos bens cujo domínio ou propriedade, ou mesmo a posse, pertencem ao seu empregador.

Nada muda em razão da greve, pois de posse somente se cuidaria se o trabalhador pudesse ou quisesse exercer, em nome próprio, qualquer dos poderes inerentes à propriedade[mcxxv], quais sejam: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha"[mcxxvi].

Não se está aqui a ressuscitar a vetusta teoria subjetiva de Savigny, para quem a posse exigia o *corpus* e o *animus*, vale dizer, o poder físico sobre a coisa e a intenção de tê-la para si. É que o empregado, em circunstância nenhuma, está na contingência de exercer os poderes inerentes ao domínio, não se modificando esse estado de coisas pelo fato de o empregado, ao participar da greve, continuar ou não como detentor dos bens, máquinas e equipamentos pertencentes ao empregador.

O possuidor dos meios de produção é desenganadamente o empregador e a greve não o despoja dessa condição. Dir-se-ia, então, que o interdito proibitório seria cabível em razão de a posse dos bens do empregador estar sofrendo ameaça de trabalhadores que não teriam, em verdade, a intenção de possuí-los. Na ordem dos fatos, as duas únicas possibilidades de essa posse do empregador estar sob ameaça se alojariam em duas hipóteses: a) no plano teórico, a intenção, que poderia ter o empregador, de usar os seus bens com finalidade diversa ou mesmo aliená-los; b) no plano prático, a impossibilidade de o empregador exercer poder físico (*corpus*) sobre

os seus bens, não conseguindo a eles ter acesso ou promover o costumeiro uso por outros empregados, em razão da greve.

Acerca da primeira hipótese, não se pode olvidar que os bens integrantes do estabelecimento empresarial servem, exclusivamente, à produção de bens ou serviços a que se dedica a empresa. Esse dado é relevante porque, assim como a propriedade, também a posse, como uma sua natural projeção, se reveste de função social. É como dizer, dizendo-o Marcos Alcino de Azevedo Torres:

> A propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata, com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata. Daí a função social 'ser mais evidente na posse e muito menos' na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal. A função social na propriedade [...] 'tem por finalidade instituir um conceito dinâmico' em substituição 'ao conceito estático', correspondendo uma reação antiindividualista.[mcxxvii]

Aquele que pretende manter a posse, para exercer os direitos inerentes à propriedade, deve agir em conformidade com o art. 5º, XXIII da Constituição – porque a propriedade deverá atender à sua função social – e, na mesma vereda, observar que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais"[mcxxviii].

Não é consistente, portanto, o argumento de que, durante a greve e estranhamente, o empresário poderia usar, gozar e dispor livremente dos bens que ordinariamente usa para desenvolver a sua atividade econômica, pois o direito à propriedade e à posse não o protege para fins sem relevância social ou mesmo desnecessários. Em suma, "o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade"[mcxxix].

A segunda hipótese de possível ameaça à posse dos bens do empregador se revelaria quando a greve tornasse impossível a ele exercer sequer a detenção desses seus bens, não conseguindo a eles ter acesso ou promover o costumeiro uso por outros empregados. Assim

se daria se os grevistas impedissem o próprio empregador ou seus prepostos de ingressar no estabelecimento, ou se apoderassem os grevistas dos meios de produção de modo a impedir que outros empregados, aqueles que normalmente utilizariam esses bens e equipamentos em sua rotina diária na empresa, fizessem-no durante a greve.

De logo se exclui a possibilidade de manejar-se o interdito proibitório se os empregados que operam certos equipamentos são aqueles mesmos que, em meio à greve, mantêm a detenção desses bens, sem operá-los, durante o horário de trabalho. Salvo no caso de esses bens serem objeto de manutenção ou utilização para atender a necessidades inadiáveis da comunidade, o empregador não pode recuperar-lhes a posse para destiná-los ao uso por outros empregados (pois a substituição de empregados é vedada durante a parede) ou, como sobrevisto, a qualquer outra finalidade que não corresponda à função social inerente aos meios de produção.

O interdito proibitório estaria reservado, portanto, à proteção da posse do empregador nos casos em que ele próprio não tem acesso ao seu estabelecimento ou os trabalhadores se fazem detentores de bens, máquinas ou equipamentos que seriam usados normalmente por trabalhadores que não aderiram à greve. Percebe-se logo que não se trata de situações concretas que possam ser supostas apenas pelo exercício do direito de greve, demandando prova de que os trabalhadores estão mesmo a utilizar-se desse expediente abusivo e relativamente desnecessário para o sucesso do movimento paredista.

21.6.2 A necessidade de audiência de justificação para a concessão do mandado proibitório

Está visto que a greve não pressupõe a perturbação da posse que o empregador titulariza sobre os meios de produção. A seu turno, o art. 933 do CPC remete à seção precedente, que regula as demais ações possessórias, sendo de relevo notar que, da leitura combinada dos artigos 927, II, 928 e 932, os processualistas inferem a necessidade de audiência de justificação sempre que a ameaça de turbação ou esbulho não estiver previamente demonstrada.

Caberia assinalar, como o faz Arnaldo Rizzardo, que "o primeiro requisito apontado tanto no Código Civil anterior, no atual, como no Código de Processo Civil, é o justo receio de ser o possuidor molestado, o que significa o temor justificado, com base em elementos concretos, e não em meras suposições, da iminência de uma ofensa concreta à posse"[mcxxx]. Em igual sentido caminha iterativa e substanciosa jurisprudência[mcxxxi] proveniente da justiça comum, desde sempre habituada às querelas acerca de direitos reais.

A concessão liminar do mandado proibitório não pode resultar da mera convocação da greve, pois a greve não inibe o exercício da posse, sequer lhe dizendo respeito. E a postura exigente da demonstração prévia de que se estaria molestando a posse do empregador é importante para que não se utilize uma ação possessória, destinada a proteger um interesse pessoal e não raro egoístico, como artifício para esvaziar a força persuasiva que compõe o núcleo essencial do direito fundamental à greve.

Além de serem improváveis as hipóteses de cabimento do interdito proibitório em meio à greve, o aspecto de por ele se sublimar um interesse de menor estatura jurídica (o de posse[mcxxxii]), hipostasiado pela intenção de enfraquecer um direito fundamental (o de greve), recomenda uma postura criteriosa e firme na admissibilidade da ação possessória. Inclusive porque o empregador

pode ter assegurado o seu ingresso no estabelecimento empresarial ou a utilização de equipamentos usualmente operados por não grevistas por meio de petições incidentes no dissídio coletivo porventura já instaurado. Sabe-se que os interditos possessórios foram originalmente usados apenas para satisfazer o desejo maldisfarçado de fazer migrar a solução real do litígio para ramos do Poder Judiciário que não estavam habituados à questão social do trabalho humano, nem para ela se especializaram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de História Colonial*. São Paulo: Publifolha, 2000.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *O Contrato de Experiência*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 460.

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

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2000.

ASSCHER-VONK. "Los Convenios Colectivos en los Países Bajos". *In*: *La Negociación Colectiva en Europa.* Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 135.

BAKUNIN, Michael Alexandrovich. *Textos anarquistas.* Seleção de Daniel Guérin. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&P, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *Noções de Direito Sindical*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 648.

_____. *Poder Hierárquico do Empregador – poder diretivo*. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Proteção à Intimidade do Empregado.* São Paulo: LTr, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Sindicatos, Sindicalismo.* São Paulo: LTr, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Rescisão Contratual Trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva.* São Paulo: LTr, 1997.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales em Casos de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *El Procedimiento de Ejercicio del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

BERALDO, Leonardo de Faria. "Ensaio Sobre Alguns Pontos Controvertidos Acerca da Prescrição no Direito Brasileiro". *In*: *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar.* Coordenação de Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARDONE, Marly A. *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito.* Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Férias na CLT e na Convenção 132 da OIT: Normas Parcialmente Antinômicas*. In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo. Coordenador Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 107-124.

_____. *Contribuição Sindical – Direito de Não a Receber*. *In:* Temas relevantes de direito material e processual do trabalho. Coordenação de Carla Teresa Martins Romar e Otávio Augusto Reis de Sousa. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Período de Estabilidade do Representante dos Trabalhadores na Comissão de Conciliação Prévia*. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 80-82.

CARVALHO, Daniel Luiz Martins de, CARVALHO, Manuela Ghissoni de. “A Intervenção de Terceiro em Ação Direta da Vítima Contra o Segurador e o Art. 788 do Código Civil – uma proposta de interpretação”. *In: Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Coordenação de Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007, p. 337

CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de Direção no Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1981.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. *O Conceito de Tempo de Sobreaviso e as Tecnologias da Comunicação. In:* Revista do Tribunal Superior do Trabalho/Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, jan/mar 2012, p. 199

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

_____. *Tratado Jurídico do Salário.* São Paulo: LTr, 1994.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho* / A. F. Cesarino Júnior, Marly A. Cardone. São Paulo: LTr, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1994.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico.* Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

COULON, Olga Maria Fonseca, PEDRO, Fabio Costa. *Os Movimentos Operários e o Socialismo.* Disponível em: http://br.geocities.com/fcpedro/cartism.html.

CRIVELLI, Ericson. *Interditos Proibitórios Versus Liberdade Sindical – uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho.* Revista LTr 73-12/1415, dezembro de 2009.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961.

DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho.* Tradução de Eugênia Deheinzelin. São Paulo: Editora Esfera, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr,

2008.

_____. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Fontes do Direito do Trabalho*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. I. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.* Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.

_____. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em homenagem a Célio Goyatá. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Volume I. São Paulo: LTr, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1997.

DOMÉNECH, Antoni. *El Eclipse de la Fraternidad.* Barcelona: Crítica, 2004.

DONATO, Messias Pereira. Direito de greve e seu exercício: efeitos sobre o contrato individual de trabalho. Coordenação de Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 588.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil.* Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia.* Tradução para o espanhol de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil.* São Paulo: Publifolha, 2000.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Introdução Crítica ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Justa Causa.* São Paulo: LTr, 1992.

GIL ALBUQUERQUE, Román. *Efectos de la Huelga sobre la Relación Individual de Trabajo y la Relación de Seguridad Social. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

GOMES, Gilberto. *Solidariedade e continuidade empresarial no Brasil. In:* Noções Atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. Coordenador José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Emílio, GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia. *Direitos Sociais dos Empregados Domésticos.* São Paulo: LTr, 1991.

GONZALEZ, German Barreiro. *Reflexiones sobre el Outsourcing en la Empresa*. *In:* Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996.

GURVITCH, Georges. *La Idea del Derecho Social.* Tradução para o espanhol de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto. Granada (Espanha): Calmares, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Técnica e Ciência como Ideologia.* Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1975.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1986.

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

KROST, Oscar. *Contrato de facção. Fundamentos da responsabilidade da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada.* Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1587, 5 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10611>. Acesso em: 26 jul. 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Garantia no Emprego dos Representantes dos Trabalhadores nas Comissões de Conciliação Prévia*. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 83-85.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção.* São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Turnos Ininterruptos de Revezamento*. Revista LTr 53-6/653, São Paulo, ano 53, junho 1989.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Cooperativas de Trabalho*. Revista LTr 60-08/1060. São Paulo, v. 60, n. 08, agosto de 1996.

_____. *Greve e Salário.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/BoletimDiario/Login.jsp?docDoutrinaId=1241553749

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho.* Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Direito *do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política*. Tradução de Edgard Malagodi. Coleção *Os Pensadores.* São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Atualização de Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do Capital e do Trabalho*: *Relações de*

Poder, Reforma do Judiciário e Competência da Justiça Laboral. São Paulo; LTr, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: RT, 1978.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTr, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1998.

MONEREO PÉREZ, José Luis. *La Noción de Empresa en el Derecho del Trabajo y su Cambio de Titularidad.* Madrid: Nueva Imprenta, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho.* 3ª edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa.* São Paulo: LTr, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994.

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

OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Comentários aos Enunciados do TST*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA, José César de. *Factum Principis, Força Maior e Temas Correlatos*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 497.

PAIXÃO, Cristiano. *A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988. In:* Revista TST, Brasília, vol. 78, n. 2, abr/jun/2012, p. 42.

PAIXÃO, Cristiano, FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário: a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil.* São Paulo: Método, 2008.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Âmbito Subjetivo y Titularidad del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *A lei 11788/08 e o novo regramento das relações de estágio a luz dos direitos fundamentais trabalhistas*. Aracaju: Evocati Revista n. 34, out. 2008 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=283 >. Acesso em: 17/12/2012.

PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 2, p. 43-55, abr./jun. 2010. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/14079/003_pessoaroberto sequence=1

PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O Direito do Trabalho e as Questões de Nosso Tempo.* São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Processo trabalhista de conhecimento.* São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 2000.

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

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

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

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Enunciado n. 354*. *In:* O que há de novo em direito do trabalho. Coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 1997.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. *Processo do Trabalho Básico: da inicial à sentença.* São Paulo: LTr, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 1994.

RODRIGUES, Manuel Cândido. *Contrato de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 402.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Equivalência das Prestações na Execução do Contrato de Trabalho. In: Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano I, n. 1, p. 157, abr./jun. 1988.

_____. *Proteção contra a Despedida Arbitrária*. Revista Trabalho & Processo, junho de 1994, São Paulo, Editora Saraiva, p. 8.

ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, estado democrático*: *estudos*. São Paulo: LTr, 1993.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho.* Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SAKO, Emilia Simeão Albino. *Direitos Fundamentais do Teletrabalhador. In:* Ideias Legais/Revista do TRT da 24ª Região/Escola Superior da Magistratura do TRT da 24ª Região, Edição Especial 2010, p. 52.

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho.* Tradução de Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na*

Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Antônio Álvares. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal.* São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia de Direito do Trabalho.* Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

SILVA, Otacílio P. *Empregados Domésticos*. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Jornada de Trabalho em Turnos de Revezamento*. Revista LTr 52-11/1327, São Paulo, ano 52, novembro 1988.

_____. Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social, VII. Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Participação de Luiz Inácio Barbosa Carvalho. São Paulo: LTr, 1992.

TERRA FILHO, Mário, FREITAS, Jefferson Benedito Pires de, NERY, Luiz Eduardo. *Doenças Asbesto-relacionadas.* Disponível em: http://www.jornaldepneumologia.com.br/portugues/suplementos_detalhe.asp?id_cap=47. Acesso em 22/mar/2012

THEODORO JUNIOR, Humberto. "Distinção Científica entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho. *In: Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. *Op. cit.*, p. 225

VALLE, Márcio Ribeiro do. *Insalubridade e Periculosidade*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 198.

VASCONCELOS, Denise Arantes Santos. *A Prescrição Total na Vigência do Contrato de Trabalho – análise crítica do instituto e sua aplicação.* Revista LTr 73-01/91. Vol. 73, nº 01, janeiro de 2009.

VENEZIANI, Bruno. "La Negociación Colectiva en Italia". *In: La Negociación Colectiva en Europa.* Coordenação de A. Ojeda Avilés. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 177.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. *Adicional de Horas Extras*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 173.

_____. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Equiparação Salarial*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 312.

_____. *Greve*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 688.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral.* São Paulo: Scipione, 1997.

VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O Novo FGTS*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 580.

XAVIER, Bernardo. "La Negociación Colectiva en Portugal". *In*: *La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 198.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ZACHERT, Ulrich. "La Negociación Colectiva en Alemania". *In*: *La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 47.

NOTAS

---

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

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

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

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

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

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

[vii] *Idem, ibidem.*

[viii] COMPARATO, *op. cit.*, p. 125.

[ix] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1997. p. 402.

[x] Bonavides. *Op. cit.* p. 408.

[xi] MORAES FILHO, Evaristo de. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa.* São Paulo: LTr, 1993. Edição fac-similada, nota 33 da Parte I. p. 78.

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

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

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

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

[xvi] Cf. Pochmann, *op. cit.*, p. 22.

[xvii] DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho.* Tradução de Eugênia Deheinzelin. São Paulo: Editora Esfera, 1999, p. 11.

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

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

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

[xxi] Cf. DE MASI, Domenico, *op. cit.*, p. 14. Igual remissão faz Segadas Viana, *op. cit.* p. 28.

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

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

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

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

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

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

[xxviii] Cf. COULON, Olga Maria Fonseca, PEDRO, Fabio Costa. *Os Movimentos Operários e o Socialismo.* Disponível em: http://br.geocities.com/fcpedro/cartism.html.

[xxix] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961, p. 29.

[xxx] *Idem, ibidem.*

[xxxi] De La Cueva, *op. cit.*, p. 32.

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

[xxxiii] *Idem, ibidem.*

[xxxiv] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho.* Tradução de Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976, p. 10.

[xxxv] *Apud* Evaristo de Moraes Filho, *op. cit.*, p. 79.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[lii] Cf. FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil.* Publifolha, São Paulo, 2000, p. 123. O autor adverte: “É interessante observar que a evolução diversa que teve o estoque de escravos nos dois principais

países escravistas do continente: os EUA e o Brasil. Ambos os países começaram o século XIX com un estoque de aproximadamente um milhão de escravos. As importações brasileiras, no correr do século, foram cerca de três vezes maiores do que as norte-americanas. Sem embargo, ao iniciar-se a Guerra da Secessão, os EUA tinham uma força de trabalho escrava de cerca de quatro milhões e o Brasil na mesma época algo como 1,5 milhão. A explicação desse fenómeno está na elevada taxa de crescimento vegetativo da população escrava norte-americana, grande parte da qual vivia em propriedades relativamente pequenas, nos Estados do chamado *Old South*. (...) O fato de que a população escrava brasileira haja tido uma taxa de mortalidade bem superior à de natalidade indica que as condições de vida da mesma deveriam ser extremamente precarias".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[lxiii] Assinala Sérgio Buarque de Holanda, *op. cit.*, p. 48, que "os antigos moradores da terra foram, eventualmente, prestimosos colaboradores na indústria extrativa, na caça, na pesca, em determinados oficios mecánicos e na criação do gado. Difícilmente se acomodavam, porém, ao trabalho acurado e metódico que exige a exploração dos canaviais".

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

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

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

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

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

restabelece a liberdade industrial através do Alvará de 1º de abril de 1808.

[lxix] *Op. cit.*, p. 241.

[lxx] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 57. O autor anota a prosperidade dos grêmios de oficiais mecânicos em Lima logo no primeiro século após a conquista do Peru.

[lxxi] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 58.

[lxxii] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 59.

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

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

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

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

[lxxvii] Opuseram-se, na Europa, as organizações anarco-sindicalistas espanholas e o movimento anarquista histórico, fundado pelo russo Michael Bakunin (1814-1876). Em um de seus textos, Bakunin (BAKUNIN, Michael Alexandrovich. *Textos anarquistas.* Seleção de Daniel Guérin. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre : L&P, 1999. p. 157), ao combater, como usualmente fazia, a necessidade de uma fase transitória de ditadura do proletariado, preconizada por Marx, defende: "Esta é uma contradição flagrante. Se seu Estado for efetivamente um *Estado Popular*, que razões haveria para suprimi-lo? E se, por outro lado, sua supressão é necessária para a emancipação real do povo, como se poderia qualificá-lo de *Estado Popular*? Polemizando com eles, fizemos com que reconhecessem que a organização livre das massas trabalhadoras, que a liberdade ou a anarquia, isto é, de baixo para cima, é a finalidade última da revolução social e que todo Estado, inclusive o *Estado Popular*, é um jugo, o que significa que, de um lado, gera o despotismo e, de outro, a escravidão".

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

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

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

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

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

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

[lxxxiv] Mais adiante, quando o Vice-Presidente Manuel Vitorino Pereira, no exercício da Presidência,

vetou projeto de lei que regulava a locação agrícola, assim justificou o veto: “O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as conseqüências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mais amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo os seus efeitos” (Vide MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário.* p. XL).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[xciv] *Op. cit.*, p. 259.

[xcv] *Op. cit.*, p. 259.

[xcvi] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 278.

[xcvii] LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980. p. 38.

[xcviii] GENRO, Tarso Fernando. *Introdução Crítica ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 50.

[xcix] Em que a norma é inferida das relações preexistentes e pode ser um sintoma de relações que vão nascer. É uma visão oposta à daqueles que reduzem o direito à norma legal.

[c] *Op. cit.*, p. 284.

[ci] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 39.

[cii] Embora a doutrina se refira, normalmente, à Constituição de Weimar, é certo que a Constituição de Querétaro, no México, continha capítulo dos direitos sociais e surgiu em 1917, dois anos antes.

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

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

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

[cvi] Terceiro caderno, p. 9.

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

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

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

[cx] Ac da 1ª T., RE 93.701-3-MG, de 24.9.85, Rel. Min. Oscar Corrêa, RBDP 50/159.

[cxi] MORAES FILHO, Evaristo, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991. p. 144.

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

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

[cxiv] *Op. cit.* p. 103.

[cxv] É outro, porém e conforme veremos, o entendimento do TST (orientação jurisprudencial n. 159 da SDI I).

[cxvi] *Op. cit.* p. 196.

[cxvii] *Op. cit.* p. 164.

[cxviii] Revista LTr 62-03/330.

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

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

[cxxi] Elemento de conexão é o critério definidor da norma de direito, nacional ou estrangeira, aplicável a uma relação jurídica. Podem ser eleitos como elementos de conexão, por exemplo, a nacionalidade, o domicílio, a situação da coisa controvertida, o pavilhão do navio ou aeronave onde se instalou o conflito etc.

[cxxii] Art. 9º da LICC: “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

[cxxiii] Art. 198 do Código Bustamante: “Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador”.

[cxxiv] Ao tempo em que estava vigorando a Súmula 207 do TST, assim se referiu, com propriedade, o Ministro Milton de Moura França (como relator): “os direitos e obrigações trabalhistas são regidos pela lei do local em que são prestados os serviços – *lex loci executionis*, face ao contido nos artigos 17, da Lei de Introdução ao Código Civil e 198, do Código de Bustamante, verdadeiro Código de Direito Internacional Privado, vigente no Brasil, porque ratificado pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929". Ver em Revista LTr 61-10/1373.

[cxxv] Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.064/82 – Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que: a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade; b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial.

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

[cxxvii] Revista LTr 62-03/333.

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

[cxxix] *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997. p. 262.

[cxxx] *Op. cit.* p. 236.

[cxxxi] *Op. cit.* p. 158.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[cxlvii] Kant, em Metafísica dos Costumes, *apud* HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo*

Jurídico. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 92.

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

[cxlix] Kant, a*pud* Hoerster, *op. cit.*, p. 92.

[cl] *Op. cit.*, p. 93.

[cli] *Op. cit.*, p. 16

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

[cliii] *Op. cit.*, p. 94.

[cliv] *Op. cit.*, p. 95.

[clv] *Op. cit.*, p. 96.

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

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

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

[clix] RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo : LTr, 1995. p. 24.

[clx] *Op. cit.* p. 25.

[clxi] *Op. cit.* p. 60.

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

[clxiii] PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 2, p. 43-55, abr./jun. 2010. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/14079/003_pessoarobertofreitas_pamplonafilhorodo sequence=1

[clxiv] ZACHERT, Ulrich. “La Negociación Colectiva en Alemania”. *In*: *La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 47.

[clxv] ASSCHER-VONK. “Los Convenios Colectivos en los Países Bajos”. *In*: *La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 135.

[clxvi] VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 267. Em fevereiro de 2012, o Real Decreto Lei 3/2012 limitou a ultra-atividade da norma coletiva, na Espanha, ao tempo máximo de dois anos, como forma de equilibrar a necessidade de evitar vazios normativos com o interesse de não permitir a "petrificação" das condições de trabalho, sobretudo após a edição de citado RDL, que autorizou a mudança substancial das condições convencionadas mediante ajustes parciais que poderão ser levados a efeito a partir da denúncia da convenção coletiva (as convenções vigem por tempo indeterminado e por isso precisam ser denunciadas se há descompasso com a realidade) e em meio à renegociação. Os modelos francés e italiano também seguem essa limitação no tempo da ultra-atividade.

[clxvii] VENEZIANI, Bruno. "La Negociación Colectiva en Italia". *In: La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o portugués. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 177.

[clxviii] XAVIER, Bernardo. "La Negociación Colectiva en Portugal". *In*: *La Negociación Colectiva en Europa*. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o portugués. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p. 198.

[clxix] Curiosamente e de modo pouco explicado, a Medida Provisória n. 1540-31/97 derrogou o §1º do artigo 1º da Lei 8542/92 que, dispondo sobre *política nacional de salários*, previa: "As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos e trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho". Se a intenção era retirar a expressão *contrato coletivo* (vez que não vingara o novo instrumento de negociação), poderia ter dado nova redação ao dispositivo, mas sem extirpá-lo do mundo jurídico – até porque a regra subsistia e era esclarecedora quanto à sobrevigência das demais normas coletivas, fazendo eficaz o art. 114, §2º da Constituição.

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

[clxxi] Acerca da ultra-atividade da norma coletiva como bloqueio ao poder normativo da Justiça do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho (MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 45) já endossava essa orientação, nominava os membros do Tribunal Superior do Trabalho e festejados laboralistas que a perfilhavam, com base em artigos doutrinários que fizeram publicar, enfatizando, por derradeiro, a necessidade, externada em acórdão da Seção de Dissídios Coletivos (TST-RO-DC 90551/93.4, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJU de 27.10.94, p. 29266), de "as denominadas conquistas da categoria, decorrentes de acordos coletivos, convenções coletivas ou decisões normativas anteriores, para que possam ser apreciadas, devem ser especificadas uma a uma, como as demais cláusulas da representação, sob pena de julgar-se inepto o pedido a respeito".

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

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

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

[clxxv] MORAES FILHO, Evaristo de. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*. São Paulo: LTr, edição fac-similada, 1993, p. 268.

[clxxvi] Lei 4682, de 24/01/23 - Lei Eloy Chaves.

[clxxvii] *Op. cit.*, p. 217.

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

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

[clxxx] *Op. cit.* p. 251.

[clxxxi] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 1997. p. 285.

[clxxxii] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia de Direito do Trabalho.* Salvador : Gráfica Contraste, 1996. p. 206.

[clxxxiii] *Op. cit.*, p. 257.

[clxxxiv] *Op. cit.*, p. 86.

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

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

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

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

[clxxxix] *Op. cit.*, p. 102.

[cxc] *Op. cit.*, p. 180.

[cxci] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo : RT, 1978. p. 24.

[cxcii] *Op. cit.*, p. 185.

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

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

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

[cxcvi] *Vide* artigo 543 da CLT.

[cxcvii] O imposto sindical foi, mais adiante e eufemisticamente, denominado contribuição sindical, que

está atualmente referida nos artigos 513, e e 548, a, da CLT.

[cxcviii] Sobre registro sindical, ver Portaria MTE 186, de 10/04/2008.

[cxcix] A IN 1/97 faz remissão ao MI 144/SP e à ADIMC 1121/RS, Tribunal Pleno. Súmula 677 do STF: "Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade"

[cc] STF, AI 789108 AgR/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 207, divulgação em 27/10/2010, publicação em 28/10/2010.

[cci] STF, RE 608304 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe-180, divulgação em 12/09/2012, publicação em 13/09/2012.

[ccii] Caso de dissociação: O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 202.097-4/São Paulo, de Relatoria do Ministro Ilmar Galvão (em que litigavam a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo e a Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo), reconheceu a possibilidade de dissociar-se o grupo de trabalhadores em postos de serviço de combustíveis e derivados de petróleo (frentistas) da categoria dos trabalhadores no comércio de minérios e derivados de petróleo.

[cciii] STF, RE 159288, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 23.8.1994.

[cciv] Os tribunais poderiam ter firmado jurisprudência no sentido de a estabilidade não se estender a todos os dirigentes do sindicato, ou a qualquer deles, nos casos concretos em que se revelasse abusiva a composição da diretoria sindical. Num primeiro momento, assim se posicionou a jurisprudência (TST, RR 290771/96.9, Rel. Min. João Oreste Dalazen. *Apud* CARRION, Valentin. *Comentarios à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 423). Mas o Supremo Tribunal Federal, ao assentar que "o art. 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela Constituição/88, art. 8º, I" (STF, RE 193345-3-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/04/99. *Apud* CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 423), optou por reduzir o número de dirigentes sindicais a sete, tal como estatuído no artigo 522 da CLT. Quando declara a ultra-atividade desse dispositivo, a decisão do STF facilita a tarefa de julgar, pois oferece às partes e ao juiz um raciocínio silogístico a que estamos acostumados, dada a nossa tradição romano-germânica. Perdeu-se mais uma oportunidade, porém, de deixar aos interessados a liberdade de agir segundo o Direito, e de reservar ao Poder Judiciário a responsabilidade de não intervir na relação associativa, gérmen e escola de democracia, senão para invalidar o ato abusivo.

[ccv] Dados fornecidos pelo IBGE, em outubro de 2002: Os dados da Pesquisa Sindical 2001 revelam que, de 1991 a 2001, o número total de sindicatos, no País, cresceu 43%, passando de 11.193 para 15.963 sindicatos. A maior parte destes constitui-se de sindicatos de trabalhadores, que eram 7.612, em 1991, e 11.354, em 2001. As taxas de crescimento dos sindicatos de trabalhadores autônomos (307%), de empregadores urbanos (58%) e de empregados urbanos (59%) ficaram acima da taxa de crescimento do total de sindicatos. O peso dos sindicatos rurais decresceu: enquanto em 1991 era de 40%, em 2001 é de cerca de 36%. No que se refere ao número de associados e à taxa de sindicalização, houve pequena queda em relação à População Economicamente Ativa (-5,2% entre 1990 e 2001) e um ligeiro crescimento em relação à População Ocupada (0,8% entre 1990 e 2001). O total de associados a sindicatos de trabalhadores cresceu 27,3%. A pesquisa também revelou que, em 2001, 12% dos sindicatos tinham até 100 associados e 29%, mais de 1.000 associados. Regiões Sudeste, Sul e Nordeste continuam com as maiores proporções de sindicatos. As regiões Norte (79%) e Centro Oeste (71%) apresentaram as maiores taxas de crescimento em relação à pesquisa anterior, mas não alteraram suas posições relativas. Sudeste (37%) e Sul (33%), embora tenham crescido num ritmo inferior ao observado para a região Nordeste (42%), continuam, juntamente

com esta última, sendo as regiões com maiores proporções de sindicatos. Quanto à distribuição segundo a abrangência da base territorial, os sindicatos de representação nacional apresentaram a maior taxa de crescimento (186%, entre 1991 e 2001). No entanto, não ultrapassam cerca de 1% do total de sindicatos, enquanto os de representação municipal predominam largamente, representando 53% do total. A taxa de crescimento dos sindicatos de trabalhadores da indústria foi de 15% e a dos de empresas de crédito, 12%. Os servidores públicos tiveram crescimento nos seus sindicatos por ser recente a legitimação de sua representação sindical - a partir da Constituição de 1988. Já o alto crescimento experimentado pelos trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura se deve, também, à inclusão, nesta categoria, dos professores, dos auxiliares de administração escolar e dos demais empregados em estabelecimentos da rede pública federal, estadual e municipal de ensino. Sindicatos não filiados a centrais sindicais predominam. A Pesquisa Sindical 2001 mostra que 62% dos sindicatos de trabalhadores não são filiados a nenhuma central sindical. A proporção de filiados, porém, cresceu entre 1991 e 2001, passando de 30% para 38%. Desse total, 66% são filiados à Central Única dos Trabalhadores (CUT) e 19% à Força Sindical (FS). Metade dos sindicatos realizaram negociações coletivas. Pela primeira vez a Pesquisa levantou junto aos sindicatos de empregados urbanos, trabalhadores avulsos e trabalhadores rurais, se eles tinham conhecimento de greves em sua base sindical. Os resultados mostram que 19% dos sindicatos de empregados urbanos, 4% dos trabalhadores avulsos e 5% dos trabalhadores rurais tinham conhecimento de greve na base de representação. Já o número de sindicatos que realizaram negociações, em 2001, permaneceu estável quando avaliado em relação a 1991 (em torno de 50% nos dois anos). A proporção de sindicatos que realizou negociações é bastante diferenciada por região, com destaque para Sudeste e Sul, onde 63% e 62%, respectivamente, estão neste caso.

[ccvi] PAIXÃO, Cristiano. *A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988. In:* Revista TST, Brasília, vol. 78, n. 2, abr/jun/2012, p. 45. O autor se refere ao art. 23, IV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao art. 8º do Pacto sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ao art. 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aos artigos 8º e 9º da Declaração Sociolaboral do Mercosul e à Declaração da OIT de 1998.

[ccvii] Ver em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/declaracao_oit_293.p

[ccviii] Cristiano Paixão (*op. cit.*, p. 44) esclarece que “o Brasil, ao tempo da aprovação da Convenção, estava em pleno processo de modernização, com uma construção muito particular das estruturas do mundo do trabalho: elaboração de novas leis, institutucionalização de organizações estatais (Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho) e, como se sabe, forte dirigismo governamental e intervenção estatal na vida sindical. A partir de 1964, instalou-se uma ditadura militar, com o retorno ao poder civil apenas em 1985. Portanto, nesse longo período compreendido entre 1948 (aprovação da Convenção 87) e 1988 (entrada em vigor da Constituição promulgada após a redemocratização) havia uma clara incompatibilidade entre o primado da liberdade sindical e o ordenamento jurídico brasileiro, fortemente marcado pela mentalidade autoritária e centralista, principalmente no campo da organização sindical. Não era possível imaginar a presença e livre trânsito, de modo efetivo, das ideias de liberdade, autonomia, democracia quando o Brasil estava dominado por um regime de força”.

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

[ccx] O poder constituinte, frise-se por justiça, não anteviu a hipóstase a que seria conduzida a prescrição, nessa leitura, com sinais trocados, do dispositivo constitucional. Denise Arantes Santos Vasconcelos (Revista LTr 73-01/92, jan/2009), citando Homero Batista Mateus da Silva, historia os debates na Assembleia Nacional Constituinte e relata, assim, que se digladiavam os defensores da não intercorrência de prescrição em meio ao vínculo e os que pugnavam pela manutenção do art. 11 da CLT, prevalecendo

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

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

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

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

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

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

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

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

[ccxviii] TST-RR-141300-68.2004.5.09.0022, 6ª Turma, Min. Maurício Godinho Delgado, j. 27/04/2011. O ministro relator faz remissão a vários precedentes em igual sentido: TST-RR-63000.17.2007.5.15.0153, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT de 18/6/2010; TST-AIRR-165341-26.2004.5.02.0465, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 19/03/2010; RR-7825/1999-012-09-00.0, DJ 13/04/07, 2ª Turma, Rel. Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, dentre outros.

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

[ccxx] E-ED-RR-1285640-75.2003.5.09.0652, SBDI-I, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, divulgado no DEJT de 5/2/2010; E-RR 788038-71.2001.5.01.0342, SBDI-1, Min. Brito Pereira,, j. 25/11/2010; E-ED-RR-1358956-60.2004.5.04.0900, SBDI-I, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, divulgado no DEJT de 04/02/2011 e E-RR 701677-16.2000.5.03.0114, SBDI-1, Min. Lélio Bentes Correia, j. 09/06/2011, este último referindo-se aos seguintes precedentes de turmas do TST: RR-13641-92.2003.5.12.0001, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, divulgado no DEJT de 11/12/2009; AIRR-156040-34.2005.5.24.0004, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, divulgado no DEJT de 26/11/2010; RR-58600-82.2005.5.15.0135, 2ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, publicado no DJU de 30/05/2008; AIRR-4305300-11.2002.5.04.0900, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, publicado no DJU de 08/06/2007; RR-1409400-24.2001.5.09.0008, 5ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, divulgado no DEJT de 18/06/2010; RR-158900-81.2007.5.15.0038, 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, divulgado no DEJT de 11/12/2009; RR-1285640-75.2003.5.09.0652, 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, publicado no DJU de 07/03/2008; A-AIRR-82040-92.2003.5.04.0003, 7ª Turma, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, divulgado no DEJT de 05/02/2010 e RR-108400-13.2007.5.04.0201, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, divulgado no DEJT de 03/12/2010.

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

[ccxxii] Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

[ccxxiii] Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

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

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

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

[ccxxvii] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 641.

[ccxxviii] Caso-líder: E-RR 836/74.

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

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

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

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

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

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

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

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

[ccxxxv] Súmula 326 (texto revisto em maio de 2011) – Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.

[ccxxxvi] Súmula 327 (texto revisto em maio de 2011) – Complementação dos proventos de aposentadoria. Diferença. Prescrição parcial. Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao qüinqüênio.

[ccxxxvii] Precedentes do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total referida na Súmula 326 nos casos em que a parcela jamais integrou a complementação de proventos: TST-E-ED-RR-147100-69.2007.5.22.0003, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, SDI-I, DEJT 11.6.2010; TST-E-RR-2103300-24.2006.5.09.0012, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-RR-1560040-17.2002.5.09.0004, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-ED-RR-106000-05.2002.5.03.0112, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-RR-98500-56.2004.5.03.0001, Relator Ministro Horácio Senna Pires, SDI-I, DEJT 23.4.2010; TST-E-RR-583/2004-004-04-00.4, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SDI-I, DEJT 13.11.2009.

[ccxxxviii] Precedentes da SBDI-1 do TST: TST-E-ED-RR 28640-64.2008.5.09.0872, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 29/04/2011; TST-E-RR 203200-17.2003.5.03.0099, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 19/04/2011; TST-E-ED-RR 369200-43.2007.5.09.0020, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19/04/2011; TST-E-ED-RR 21100-60.2004.5.03.0099, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 25/03/2011. Nesses julgamentos, aqui destacados porque todos muito próximos à mudança da orientação jurisprudencial, a SBDI-1 entendeu que se a parcela era obtida em processo trabalhista anterior, fluía a prescrição total de dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença exarada no processo anterior, quando essa ação anterior fosse ajuizada antes da aposentadoria, ou fluía o biênio desde a aposentadoria, se a ação anterior fosse ajuizada após o interessado aposentar-se.

[ccxxxix] Precedentes da SBDI 1 do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total nessa hipótese: E-ED-RR - 57800-54.2004.5.06.0001, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 22/06/2010, DEJT 28/06/2010; E-ED-RR-279400-61.2004.5.02.0001, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT de 07/05/2010; E-ED-RR-32040-89.2003.5.15.0033, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT de 30/04/2010; E-ED-RR-247900-06.2000.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT de 19/03/2010; ED-E-RR-230200-11.2000.5.15.0051, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT de 29/10/2009.

[ccxl] A compreensão de que se trata de obrigação estritamente trabalhista, a atrair inclusive a competência da Justiça do Trabalho, faria vigorar o prazo bienal previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição.

[ccxli] Além de a aposentadoria espontânea não pôr fim ao contrato de emprego, há casos nos quais o empregado continua contribuindo para o fundo de pensão após aposentar-se, até completar o tempo de contribuição que lhe daria direito à complementação de proventos. Segundo o princípio *actio nata*, a prescrição não pode fluir quando ainda não nasceu o direito de ação.

[ccxlii] OJ 156 da SBDI-1 (cancelada para absorção pela Súmula 327) – Ocorre a prescrição total quanto a diferenças de complementação de aposentadoria quando estas decorrem de pretenso direito a verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já atingidas pela prescrição, à época da propositura da ação.

[ccxliii] AgRg no REsp 329.479-SP (4ª T, 09.10.2001 – DJ 04.02.2002), REsp 220.080-SP (3ª T, 11.04.2000 – DJ 29.05.2000), REsp 228.772-SP (4ª T, 09.11.1999 – DJ 14.02.2000), REsp 309.804-MG (3ª T, 06.12.2001 – DJ 25.03.2002) e REsp 310.896-SP (3ª T, 17.05.2001 – DJ 11.06.2001).

[ccxliv] Prevê o art. 788 do Código Civil: “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.” Daniel Luiz Martins de Carvalho e Manuela Ghissoni de Carvalho explicam que a palavra “terceiro” foi utilizada no *caput* “em seu aspecto puramente jurídico-substancial. Ora, se o dispositivo estabelece justamente uma relação entre segurador e prejudicado, este pode ser considerado terceiro apenas em relação ao contrato de seguro de responsabilidade anteriormente celebrado. Em eventual processo visando a promover o cumprimento da obrigação ali estabelecida, o prejudicado seria, indiscutivelmente, parte legítima, jamais terceiro” (CARVALHO, Daniel Luiz Martins de, CARVALHO, Manuela Ghissoni de. “A Intervenção de Terceiro em Ação Direta da Vítima Contra o Segurador e o Art. 788 do Código Civil – uma proposta de interpretação”. *In: Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Coordenação de Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007, p. 337). Os autores defendem que ainda não restou inteiramente solucionada pelo legislador a controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de o prejudicado intentar ação direta de reparação contra o segurador do estipulante na generalidade dos seguros de responsabilidade civil, pois o art. 788 estaria viabilizando essa ação direta apenas nos casos de seguro obrigatório. Mas citam, em sentido contrário, a doutrina de Voltaire Marensi, para quem o art. 788 “pôs

termo a uma velha celeuma jurisprudencial, isto é, saber se o terceiro prejudicado poderá intentar ação direta contra o segurador".

[ccxlv] AgRg no REsp 823.902/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 279: Ementa: "[...] O prazo para o exercício do direito de ação pelo acidentado contra o empregador possui como termo inicial a data em que a vítima obteve ciência inequívoca da exata extensão dos danos causados à sua capacidade laboral, a qual, em regra, corresponde à data do laudo pericial". Na fundamentação, a ministra relatora explicita acerca da Súmula 278 do STJ: "verifica-se, a partir dos precedentes que serviram de base para a criação de tal Súmula, que não há a alegada restrição às ações de direito previdenciário, porquanto é aplicada às ações fundadas no direito comum, de modo que não merece prosperar o argumento do agravante". Em igual sentido, das mesmas turma e relatora, o REsp 468326/SC, DJ 10/02/2003, p. 206. Também: "O termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória não flui da data do desligamento da empresa, mas de quando o operário teve conhecimento da sua incapacidade, origem, natureza e extensão, que no caso corresponde à data do laudo. [...]" (REsp nº. 291.157/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 03/09/2001). "Na linha do entendimento adotado por este Tribunal, o termo inicial do prazo prescricional, em casos de acidente de trabalho, é a data em que teve o segurado ciência inequívoca de sua enfermidade, não havendo, para esse fim, documento determinado ou data específica, sendo certo que isso pode ocorrer com o laudo pericial (regra geral) ou em outro momento. [...]" (REsp nº. 159.715/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 13/12/1999).

[ccxlvi] Em rigor, o STJ adotou, coerentemente, o mesmo entendimento de que a ciência inequívoca da lesão faz fluir o prazo prescricional e que se torna inexigível a pretensão reparatória ao fim desse prazo prescritivo, mesmo se continuada a lesão, nos casos que envolvia os danos causados pelo tabagismo, como se pode extrair, dentre outros, do aresto seguinte: "RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. TABAGISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. CONHECIMENTO DO DANO. 1. A pretensão do autor, apoiada na existência de vícios de segurança, é de informação relativa ao consumo de cigarros - responsabilidade por fato do produto. 2. A ação de responsabilidade por fato do produto prescreve em cinco anos, consoante dispõe o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. 3. O prazo prescricional começa a correr a partir do conhecimento do dano. 4. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 489.895/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10/03/2010, DJe 23/04/2010).

[ccxlvii] Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. "Distinção Científica entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho. *In: Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. *Op. cit.*, p. 225. O autor atribui a Savigny a expressão *actio nata*.

[ccxlviii] RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRESCRIÇÃO. 1. Orienta-se o entendimento recente desta SBDI-I no sentido de que a regra prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais e materiais decorrente de acidente do trabalho é definida a partir da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrido o acidente ou cientificada a parte da incapacitação ou redução da sua capacidade laboral em ocasião posterior ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Contrariamente, verificado o infortúnio anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, consoante consignado pela egrégia Turma, a ciência inequívoca da lesão deu-se com a aposentadoria por invalidez da reclamante, em 05/12/2002 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda

Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do atual Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 11/1/2003 - e findando em 11/1/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 8/1/2008, deve ser reconhecida a prescrição relativamente à pretensão a reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho. 5. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 1100-83.2008.5.04.0030, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, julgado em 09/08/2012, publicação em 24/08/2012).

[ccxlix] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7, p. 31.

[ccl] TERRA FILHO, Mário, FREITAS, Jefferson Benedito Pires de, NERY, Luiz Eduardo. *Doenças Asbesto-relacionadas.* Disponível em: http://www.jornaldepneumologia.com.br/portugues/suplementos_detalhe.asp?id_cap=47. Acesso em 22/mar/2012.

[ccli] Sobre o tema, v. Manual de Procedimentos disponível em http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAF3EAB/doencas-relacionadas-ao-trabalho. Acesso em 22/mar/2012.

[cclii] *Apud* Leonardo de Faria Beraldo (BERALDO, Leonardo de Faria. “Ensaio Sobre Alguns Pontos Controvertidos Acerca da Prescrição no Direito Brasileiro”. *In*: *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar.* Coordenação de Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227).

[ccliii] *Apud* Leonardo de Faria Beraldo, *op. cit.*, p. 228.

[ccliv] A exemplo do precedente seguinte: “PRESCRIÇÃO - APOSENTADORIA - FRAUDE PERPETRADA – CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES VERSUS CRIME PERMANENTE - DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmudando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: Habeas Corpus nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma – o último -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002 e de 28 de novembro de 2003, respectivamente” (HC 84998, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 02/08/2005, DJ 16-09-2005 p. 0026).

[cclv] TRF da 3ª Região, ACR 47712 SP 2002.03.99.047712-0, Rel. Juiz André Nekatschalow, DJU 07/07/2004, p. 84.

[cclvi] REsp 20645-SC.

[cclvii] AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO DOMÉSTICO. PRESCRIÇÃO. ART. 7º, XXIX, DA CARTA MAGNA. APLICAÇÃO. [...] Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o prazo de prescrição constante do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal é aplicado a todos os trabalhadores, sendo irrelevante a circunstância de a prescrição não estar elencada no rol dos direitos sociais assegurados aos empregados domésticos. A prescrição, com natureza de direito material, não se confunde com o direito subjetivo, tendo a finalidade de extinguir a pretensão (ação de direito material), produzindo efeitos no âmbito do processo (CPC, art. 269, IV). Agravo regimental a que se nega provimento (TST, 1ª Turma, AgR-AIRR - 632-27.2010.5.15.0036 , Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 27/06/2012, Data de Publicação: 29/06/2012)

[cclviii] RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO BIENAL. CONTRATO DE ESTÁGIO. Tratando-se de contrato de estágio firmado entre as partes, a prescrição a ser aplicada é a prevista no artigo 7°, inciso XXIX, da CF, dada a natureza trabalhista do contrato. Mesmo adotando o entendimento expresso na Súmula n° 156 do TST, segundo a qual o prazo prescricional começa a fluir do último contrato, a ação está fulminada pela prescrição total já que o término do período de estágio se deu em 15/01/2010 e a presente ação somente foi ajuizada em 27/01/2012, mais de dois anos depois da extinção do contrato. Recurso de revista conhecido e provido (TST, 6ª Turma, RR 94-80.2012.5.04.0004, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 24/10/2012, Data de Publicação: 26/10/2012).

[cclix] Artigos 19, I, c, 27, §3º e 58 da Lei 8.530/1993.

[cclx] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* Tradução livre. México: Editorial Porrua S/A, 1961. p. 417. Texto original: “El concepto clase social [...] es de naturaleza político-económica y no jurídica y no es apto para explicar la categoría jurídica de trabajador. Además, no se comprende por qué es preciso que, previamente a la existencia de una relación jurídica de trabajo, se coloque la persona dentro de una clase social, siendo así que la realidad será inversa, esto es, la existencia de una relación de trabajo determinará que el trabajador, desde el punto de vista de la posición que ocupa en el fonómeno de la producción, quede incluído en la clase trabajadora”.

[cclxi] Segundo o art. 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol: “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

[cclxii] Ver: VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2004, p. 333. Também: ABIEL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás. *Compendio de Derecho del Trabajo: fuentes y contrato individual.* Valencia: Tirant ló Blanch, 2000, p. 133.

[cclxiii] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 1994. p. 50.

[cclxiv] Aqueles a quem a lei discrimina, nos artigos 62, 469, §1º, e 499 da CLT, como exercentes de *cargo de confiança.*

[cclxv] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 2000. p. 105.

[cclxvi] CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 190.

[cclxvii] CATHARINO, *op. cit.* p. 191.

[cclxviii] CATHARINO, *op. cit.* p. 191.

[cclxix] GENRO, Tarso. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1994. p. 113.

[cclxx] GENRO, *op. cit.* p. 128.

[cclxxi] CATHARINO, *op. cit.* p. 185.

[cclxxii] O preceito constitucional não converteu o trabalhador *avulso* em um *empregado,* garantindo *apenas* a igualdade de direitos.

[cclxxiii] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro:

Forense, 1991. p. 86.

[cclxxiv] Contra: José Augusto Rodrigues Pinto (*op. cit.* p. 119) diz que "os temporários são empregados em trabalho apenas periodicamente necessário". Ao citar os safristas como trabalhadores temporários, o autor deixa ver que se desapegou do *conceito legal* de temporário, a este se reportando segundo o sentido vernacular. Por outra via, Sergio Pinto Martins defende que o trabalhador temporário "não deixa de ser [...] empregado, porém um empregado especial, com direitos limitados à legislação especial" (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 143).

[cclxxv] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 316.

[cclxxvi] Rodrigues Pinto, *op. cit.*, p. 104.

[cclxxvii] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296.

[cclxxviii] Cf. Catharino, *op. cit.*, p. 186.

[cclxxix] *Op. cit.*, p. 296.

[cclxxx] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Curso de Direito do Trabalho*: Estudos em Memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 296.

[cclxxxi] A preferência do sindicato, como ente responsável pela intermediação do trabalho nos portos, estava consagrada nos artigos 254 a 292 da CLT, derrogados pela Lei 8.630/93.

[cclxxxii] Segundo o art. 2º da Lei 12.023/2009, são atividades da movimentação de mercadorias em geral: I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras; II – operações de equipamentos de carga e descarga; III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.

[cclxxxiii] Como “bloco” se entende a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques.

[cclxxxiv] PAIXÃO, Cristiano, FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário: a modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil.* São Paulo: Método, 2008, p. 31.

[cclxxxv] Como esclarecem Paixão e Fleury (*op. cit.*, p. 46), “com o advento da Lei 8.630, de 1993, e a consequente privatização da movimentação integral de carga nos portos, as empresas que apenas faziam a estivagem, passaram a também fazer o serviço de capatazia, ficando livres para fixar os preços dos seus serviços. Com a livre concorrência, não mais interessa às empresas que os trabalhadores avulsos sejam bem remunerados, pois quanto menores os salários pagos, maiores os lucros auferidos. Contudo, há trabalho contínuo nos terminais que movimentam muita carga, logo, ao menos no trabalho de capatazia, há sempre a necessidade de trabalhadores. A requisição de trabalhadores avulsos, no entanto, tornou-se cara, ficando, pois, economicamente favorável às empresas contratar trabalhadores com vínculo empregatício para aquelas atividades em que sempre haja trabalho. E o que motiva as empresas operadoras portuárias a buscar a mao-de-obra fora do sistema e contratar trabalhadores que não possuem quaquer treinamento para excultar funções tão especificas? A resposta é bastante simples: oferecer remuneração inferior à realidade do trabalho portuário. O impacto de tal iniciativa no sistema brasileiro de organização do trabalho portuário é significativo.

[cclxxxvi] TST, 6ª Turma, RR 40300-90.2007.5.09.0322, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, julgado em 05/09/2012, DEJT14/09/2012

[cclxxxvii] TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 108000-35.2008.5.04.0016, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em06/09/2012, DEJT21/09/2012.

[cclxxxviii] *Vide* art. 2º, I, II e §4º da Lei 9.719/1.998 e art. 19, §2º da Lei 8.630/1.993.

[cclxxxix] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Op. cit.* p. 107.

[ccxc] *Op. cit.* p. 109.

[ccxci] BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador – poder diretivo. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 548.

[ccxcii] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Op. cit.* p. 110.

[ccxciii] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* Tradução de Élson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 45.

[ccxciv] *Op. cit.* p. 548.

[ccxcv] VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 122.

[ccxcvi] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 47.

[ccxcvii] *Op. cit.* p. 556.

[ccxcviii] *Op. cit.* p. 548.

[ccxcix] *Op. cit.* p. 549.

[ccc] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Op. cit.* p. 211.

[ccci] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. p. 135.

[cccii] *Op. cit.* p. 136.

[ccciii] *Op. cit.*, p. 553.

[ccciv] *Op. cit.*, pp. 103-104.

[cccv] *Op. cit.*, p. 337. Os autores ponderam, contudo e após asociar cada uma das hipótesis de alienação a teorías jurídicas específicas, que "en realidad, sabemos hoy que esta diversidad es más bien aparente, pues se acepta ahora ya la dimensión compleja de esta realidad social, de modo que las distintas teorías no hacen sino poner el acento, por preferencias doctrinales, en elementos que integran todos ellos el trabajo por cuenta ajena (SSTS 15.2.1991, 22.7.1992)".

[cccvi] Mesmo na Espanha, em que a alteridade é prevista como elemento definidor da relação de emprego (art. 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores), anota-se que "a nivel causal, dependência y ajenidad se encuentran en el mismo plano. Uma es causa y a la vez consecuencia de la outra, dada la naturaleza cambiaria de la causa del contrato de trabajo. De ahí que no pueda hablarse de la ajenidad como régimen jurídico o, viceversa, de la dependencia como elemento constitutivo frente a la ajenidad como régimen jurídico. Ajenidad y dependencia, ocupando el mismo lugar en el plano causal, desempeñan a la vez funciones 'delimitadoras' y 'reguladoras' de la relación jurídico-laboral, es decir, son a la vez elementos constitutivos y régimen jurídico de la relación laboral" Cf. ABIEL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás. *Compendio de Derecho del Trabajo: fuentes y contrato individual*. Valencia: Tirant ló Blanch, 2000, p. 135.

[cccvii] No capítulo atinente à duração do trabalho, diremos sobre a constitucionalidade desse dispositivo da CLT.

[cccviii] OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos enunciados do TST.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

[cccix] *Op. cit.*, p. 113.

[cccx] *Vide* artigo 146 da Lei 6404/76.

[cccxi] CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de direção no direito do trabalho.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1981. p. 22.

[cccxii] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

[cccxiii] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 1999. p. 73.

[cccxiv] DI PIETRO, *op. cit.* p. 361.

[cccxv] A rigor, o seguro-desemprego é um direito do empregado doméstico que este obtém em conseqüência da opção que o seu empregador tenha feito pelo recolhimento do FGTS.

[cccxvi] O Decreto n. 3361, de 10/02/2000, regulamentou a MP 1986-13, de 21/12/2000, que autorizou a inclusão do empregado doméstico no FGTS e no programa de seguro-desemprego, a requerimento do empregador, acrescendo à Lei 5859/72, a partir de seu art. 6º-A, dispositivos a isso atinentes.

[cccxvii] Os grifos são nossos.

[cccxviii] SILVA, Otacílio P. Empregados domésticos. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 364.

[cccxix] *Op. cit.*, p. 700.

[cccxx] *Op. cit.*, p. 118.

[cccxxi] GONÇALVES, Emílio, GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia. *Direitos sociais dos empregados domésticos.* São Paulo: LTr, 1991. p. 79. O autor faz remissão, em apoio de sua tese, a Valentin Carrion.

[cccxxii] CATHARINO, *op. cit.* p. 386.

[cccxxiii] *Op. cit.* p. 113.

[cccxxiv] CATHARINO, *op. cit.* p. 386.

[cccxxv] SAKO, Emilia Simeão Albino. *Direitos Fundamentais do Teletrabalhador. In:* Ideias Legais/Revista do TRT da 24ª Região/Escola Superior da Magistratura do TRT da 24ª Região, Edição Especial 2010, p. 52.

[cccxxvi] CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. *O Conceito de Tempo de Sobreaviso e as Tecnologias da Comunicação. In:* Revista do Tribunal Superior do Trabalho/Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, jan/mar 2012, p. 199.

[cccxxvii] Cf. Emilia Sako, *op. cit.*, p. 55.

[cccxxviii] Cf. Emilia Sako, *op. cit.*, p. 58.

[cccxxix] Sobre o tema, Emilia Sako (*op. cit.*, p. 60) pondera: "[...] o teletrabalhador, na maioria das vezes isolado, desconhece qual o grupo que integra, que o representa, com dificuldade para articular-se coletivamente. Se o strabalhadores não podem se unir para a defesa de seus interesses, também não poderão empreender ações coletivas, especialmente a greve. Os meios tradicionais de greve são inadequados no trabalho a distância, porque dificulta a visibilidade do movimento grevista; para que possa materializar-se seria necessária a desconxão do computador central da empresa".

[cccxxx] Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro, *op. cit.*, p. 200.

[cccxxxi] MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho* / Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Viana. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 296.

[cccxxxii] *Apud* CATHARINO, *op. cit.* p. 398.

[cccxxxiii] MARANHÃO, *op. cit.* p. 294.

[cccxxxiv] Artigo 258 do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 1640 do novo Código Civil.

[cccxxxv] Redação de acordo com a Lei 11.180, de 2005, que elevou para 24 anos a idade máxima do aprendiz.

[cccxxxvi] Art. 430 da CLT. Antes de a Lei 10097/2000 dar a esse dispositivo tal redação, a Portaria n. 127, de 18-12-56, atribuía ao SENAI e ao SENAC o ministério da aprendizagem ou, à falta de curso ou vaga oferecida por esses entes sociais autônomos, autorizava o empregador a promover a formação profissional de seu empregado sob a orientação das citadas entidades (SENAI ou SENAC), que seriam, assim, os

“órgãos educacionais de aprendizagem próprios da Indústria e do Comércio e que já estão situados, pela legislação em vigor, como auxiliares do Poder Público”.

[cccxxxvii] O mencionado dispositivo prescreve que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar aprendizes em número equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, do total de seus empregados. O art. 11 da Lei 9841/99 dispensa as micro-empresas e empresas de pequeno porte da obrigação de cumprir essa obrigação.

[cccxxxviii] MARANHÃO, *op. cit.* p. 257.

[cccxxxix] MARANHÃO, *op. cit.* p. 256.

[cccxl] Nesse sentido: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A lei 11788/08 e o novo regramento das relações de estágio a luz dos direitos fundamentais trabalhistas. Aracaju: Evocati Revista n. 34, out. 2008 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=283 >. Acesso em: 17/12/2012.

[cccxli] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 58.

[cccxlii] *Op. cit.* p. 97.

[cccxliii] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 62.

[cccxliv] *Op. cit.* p. 110.

[cccxlv] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 122.

[cccxlvi] *Vide* Livro II, Título II, do novo Código Civil.

[cccxlvii] *Op. cit.*, p. 92.

[cccxlviii] *Apud* Jorge Luiz Souto Maior, Revista LTr 60-08/1060.

[cccxlix] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O Direito do Trabalho e as Questões de Nosso Tempo.* São Paulo: LTr, 1998. p. 118.

[cccl] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Cooperativas de trabalho. Revista LTr 60-08/1060. São Paulo, v. 60, n. 08, agosto de 1996.

[cccli] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O direito do trabalho e as questões de nosso tempo.* p. 133.

[ccclii] Conforme se vê em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-331.htm

[ccccliii] No sentido de que não há emprego urbano: TST, SBDI I, Proc. ERR 162355/95, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, decisão em 23/03/98, DJ 30/04/98, p. 253. Há um acórdão, em ação rescisória, que retrata todo o dissenso jurisprudencial a respeito da matéria: TST, SBDI II, Proc. AR 670575/00, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, decisão em 19/03/02, DJ 19/04/02).

[ccccliv] VIANA, Márcio Túlio. O trabalhador rural. *In: Curso de Direito do Trabalho*: Estudos em Memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 289.

[ccclv] DJ 06.05.93.

[ccclvi] Ac. 2787 de 9.6.97, ERR 160247/95, SDI, Min. Francisco Fausto, DJ 27.6.97, p. 30594; Ac. 2605 de 20.9.88, RR 5562/87, 3ª Turma, Min. Heráclito Pena Júnior, DJ 21.10.88, p. 27386; Ac. 5117 de 29.11.95, ERR 83471/93, SDI, Min. Afonso Celso, DJ 2.2.96, p. 01029; Ac. 916 de 18.4.95, ERR

48351/92, SDI, Min. Armando de Brito, DJ 15.9.95, p. 29.7.91 etc.

[ccclvii] TST, 5ª Turma, RR 383940/97, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, j. 07/02/2001, DJ 09/03/2001, P. 649; TST, 3ª Turma, RR 410365, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo, j. 08/11/2000, DJ 07/12/2000, p. 762; TST, 4ª Turma, RR 538451/99, Rel. Juiz Convocado Gilberto Porcello Petry, j. 18/08/1999, DJ 10/09/1999, P. 124.

[ccclviii] Quanto a engenheiros agrônomos, v. TST, SDI I, ERR 2940/87, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, j. 20/3/90, DJ 10/08/90, p. 7173.

[ccclix] Barretto Prado e Márcio Túlio Viana, entre outros.

[ccclx] Barretto Prado, cf. Viana.

[ccclxi] Quando das comemorações do cinquentenário da CLT, o Ministro Arnaldo Lopes Süssekind, único dos procuradores do trabalho integrantes da comissão incumbida de elaborar o texto consolidado que ainda vive, proferiu conferência, no TST, ao início da qual asseverou: "Nós tivemos a coragem de dizer que o elemento básico do contrato de trabalho era a empresa. A redação do art. 2º não ficou boa. Houve tanta controvérsia entre os institucionalistas e os contratualistas da Comissão, que saiu algo que não definiu perfeitamente a matéria. Mas a idéia fundamental foi dizer que o emprgador não é o dono da empresa. Realmente, o contrato de trabalho se faz com a empresa. O elemento básico é a empresa, o que significa despersonalização do empregador, isto é, que ele pode vender a empresa ou um de seus estabelecimentos que os empregados continuam com os mesmos direitos frente aos mesmos. Isto, na ocasião, foi uma novidade criticada e, Orlando Gomes, esse grande e saudoso jurista baiano, ao comemorar o vigésimo quinto aniversário da CLT, disse o seguinte: 'Há um quarto de século, compreenderam os autores da CLT que uma noção econômica, ainda imprecisa na sua projeção, estava destinada, segundo as impressões de Lavasseur, a se instalar no coração mesmo do Direito do Trabalho, para dominá-lo e orientar a sua organização'. A nova técnica assimilada pela Consolidação, nos idos de 1943, implicava, inevitavelmente, abandono de conceito de princípios civilistas, corajosamente levado a efeito".

[ccclxii] Ricardo Antunes (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho:* Ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo : Boitempo, 1999, p. 121) critica Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Editora Abril, 1975. p. 320), quando este sustenta ter-se transformado a ciência na principal força produtiva, em substituição ao valor-trabalho. O professor de sociologia do trabalho da UNICAMP remete-nos, com tal propósito, ao seguinte trecho da obra de Habermas: "Desde os fins do século XIX, uma outra tendência de desenvolvimento que caracteriza o capitalismo em fase tardia vem se impondo cada vez mais: a cientificização da técnica [...]. Com a pesquisa industrial em grande escala, ciência, técnica e valorização foram inseridas no mesmo sistema. Ao mesmo tempo, a industrialização liga-se a uma pesquisa encomendada pelo Estado que favorece, em primeira linha, o progresso científico e técnico no setor militar. Assim, a técnica e a ciência tornam-se a principal força produtiva, com o que caem por terra as condições de aplicação da teoria do valor do trabalho de Marx. Não é mais sensato querer calcular as verbas de capital para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, à base do valor da força de trabalho não qualificado (simples), se o progresso tecno-científico tornou-se uma fonte independente de mais-valia, face à qual a única fonte de mais-valia considerada por Marx, a força de trabalho dos produtores imediatos, perde cada vez mais seu peso". Mais à frente, Antunes (*op. cit.*, pp. 122-123) objeta que "não se trata de dizer que a teoria do valor-trabalho não reconhece o papel crescente da ciência, mas que a ciência encontra-se tolhida em seu desenvolvimento pela base material das relações entre capital e trabalho, a qual ela não pode superar [...]. Ontologicamente prisioneira do solo material estruturado pelo capital, a ciência não poderia tornar-se a sua principal força produtiva. Ela interage com o trabalho, na necessidade preponderante de participar do processo de valorização do capital. Não se sobrepõe ao valor, mas é parte intrínseca de seu mecanismo. Essa interpenetração entre atividades humanas e ciência associa e

articula a potência constituinte do trabalho vivo à potência constitutiva do conhecimento tecno-científico na produção de valores (materiais e imateriais). O saber científico e o saber laborativo mesclam-se mais diretamente no mundo produtivo contemporâneo sem que o primeiro faça cair por terra o segundo".

[ccclxiii] *Vide* MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa.* São Paulo: LTr, 1993.

[ccclxiv] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 122.

[ccclxv] Em verdade, assiste razão a Délio Maranhão (SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1992. p. 278), quando, ao criticar a figura do *empregador por equiparação*, diz: "O legislador pensou que a atividade econômica supusesse, necessariamente, a idéia de lucro. Mas não é assim. A atividade econômica traduz-se na produção de bens e serviços para satisfazer às necessidades humanas. Em um regime capitalista, as noções de atividade econômica e de lucro vêm, geralmente, associadas, porque este é o incentivo para o exercício daquela. Isto não importa, no entanto, que se confunda uma coisa com outra. Desde que haja uma atividade econômica (produção de bens ou serviços), na qual se utiliza a força do trabalho alheia como fator de produção, existe a figura do empregador".

[ccclxvi] Sobre a corrente institucionalista, ver Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo : Saraiva, 1997. p. 353).

[ccclxvii] Cesarino Júnior defende que "a empresa, em si mesma, é sempre uma pessoa jurídica, para os efeitos do Direito do Trabalho, distinta da pessoa física ou jurídica, a quem o direito comum atribui a sua propriedade" (CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. CARDONE, Marly Antonieta. *Direito Social.* Vol. I. São Paulo: LTr, 1993. p. 129). Mais adiante, o autor observa que o conceito jurídico-social de empresa faz dela, *até certo ponto*, uma pessoa jurídica, distinta da pessoa física ou jurídica de sua proprietária, explicando: "Dizemos *até certo ponto* porque apenas doutrinariamente este conceito é aceitável já que, considerado o direito positivo, apenas em dois aspectos aquela natureza sobressai: quando há mudanças na estrutura jurídica da empresa (...); igualmente, o consórcio de empresas é considerado um único empregador [...]" (op. cit., p 131). Ao remate, o autor pondera: "Há, todavia, um certo consenso quanto a que a empresa é pessoa jurídica *in fieri*. A tendência é transformá-la em pessoa jurídica" (*op. cit.*, p . 132).

[ccclxviii] Neste mesmo sentido, o artigo 1142 do novo Código Civil: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens, organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

[ccclxix] Neste sentido, Orlando Gomes e Elson Gottschalk (GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 59).

[ccclxx] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 143. O autor diz secundar, neste ponto, a distinção sintética de Élson Gottschalk: *"A empresa é o objeto das atividades do empresário; o estabelecimento é a manifestação material da empresa"*.

[ccclxxi] O verbo estabelecer provém do latim *stabiliscere*,de *stabilire*, significando "tornar estável ou firme", conforme Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, da Enciclopédia Mirador Internacional.

[ccclxxii] *Vide* o caráter da pessoalidade, exigida pelo artigo 3º da CLT, no tocante à prestação de trabalho.

[ccclxxiii] *Op. cit.* p. 287. O autor observa, também, que a transmissão da dívida do estabelecimento não ocorre porque a obrigação seria do tipo *propter rem*, que se transferem juntamente com os bens a que estão unidas: "A obrigação propter rem, por isso que ligada a uma coisa, se extingue com o desaparecimento

desta. Ora, a extinção do estabelecimento não faz desaparecer os direitos do empregado".

[ccclxxiv] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 49.

[ccclxxv] GOMES, Gilberto. Solidariedade e continuidade empresarial no Brasil. *In:* Noções Atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. Coordenador José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995. p. 156.

[ccclxxvi] Valentin Carrion defende, porém e em sentido diferente: "O legislador, ao redigir os arts. 10 e 448, não pretendeu eximir de responsabilidade o empregador anterior, liberando-o de suas obrigações, de forma imoral. A lei simplesmente concedeu ao empregado a garantia de voltar-se contra quem possuir a empresa para facilitar-lhe e garantir-lhe o recebimento de seus créditos; não há obstáculo na lei que impeça ao empregado propor ação contra quem foi seu empregador. Entretanto, essa conclusão não tem apoio jurisprudencial" (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 279).

[ccclxxvii] Cf. Délio Maranhão, *op. cit.*, p. 290.

[ccclxxviii] *Op. cit.* p. 289.

[ccclxxix] Assim, mesmo que tenha havido a sucessão de empregadores após a cessação do contrato de trabalho, o sucessor responde pela dívida trabalhista do empregado que prestou serviço apenas ao sucedido, como observa Wagner Giglio (GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 470).

[ccclxxx] Estas últimas agem ao abrigo da parte da Súmula 331 que consagra a licitude da intermediação de mão-de-obra na atividade-meio.

[ccclxxxi] *Op. cit.* p. 160.

[ccclxxxii] Interessaria, até o fim do ano 2002, o artigo 105 do Código Civil de 1916.

[ccclxxxiii] À leitura dos artigos 325, 469, III e 470 do CPC, nota-se que o empregado pode pedir que o juiz do trabalho declare incidentemente essa simulação, operando-se a coisa julgada somente para os efeitos inerentes ao contrato de emprego, cujos sujeitos são partes do processo trabalhista.

[ccclxxxiv] *Op. cit.*, p. 290.

[ccclxxxv] Lei 8.078, de 1990.

[ccclxxxvi] Neste sentido, Ferrara Jr., *apud* Délio Maranhão, *op. cit.*, p. 285.

[ccclxxxvii] Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V - Ação direta julgada improcedente
(STF, Tribunal Pleno, ADI 3934, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/05/2009, DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009).

[ccclxxxviii] De responsabilidade subsidiária trataremos adiante, quando estudarmos a subcontratação de empregados.

[ccclxxxix] DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em homenagem a Célio Goyatá. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Volume I. São Paulo: LTr, 1993. p. 383. É bisonha, por isso, a tentativa, que já vimos ocorrer, de um empregado sustentar a solidariedade de seu empregador doméstico com as sociedades empresariais por ele geridas, valendo-se do citado dispositivo legal.

[cccxc] Em tal divisão de trabalho, "um operário desenrola o arame, um outro o endireita, um terceiro o corta, um quarto faz as pontas, um quinto o afia nas pontas para a colocação da cabeça do alfinete [...]. Assim, a importante atividade de fabricar um alfinete está dividida em aproximadamente dezoito operações distintas [...]".

[cccxci] Cf. Délio Maranhão, em *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 282, a integração vertical "tem lugar quando um determinado produto percorre, no mesmo estabelecimento, diversas etapas em uma progressão, que o transforma de matéria-prima em mercadoria acabada" – ex: a transformação do algodão em tecido e deste em confecção; a integração econômica horizontal ocorre "quando um produto, já concluído, é utilizado pelo mesmo empresário, para satisfazer necessidades diferentes" – ex: a utilização do álcool como combustível, bebida, insumo para produtos de higiene etc.

[cccxcii] STF, 1ª Turma, RE 18837, Rel. Min. Barros Barreto, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, p. 25.

[cccxciii] (*rectius:* sociedades empresárias). *Empresa* não tem, como visto, personalidade jurídica.

[cccxciv] Situação curiosa é a das franquias, ou *franchising*, que crescem expressivamente no setor terciário, consistindo em um padrão de bens ou serviços associado a uma marca. Embora o *dono* da marca não tenha, regra geral, participação alguma na composição das sociedades franqueadas, ou não seja destas o sócio majoritário, a sua ingerência em assuntos internos da sociedade franqueada é, muita vez, evidenciada pelo interesse de manter o produto a preço módico, mediante uma estratégia de ação comum em toda a rede. As sociedades franqueadas aceitam essa intromissão como contrapartida do direito de usar a marca, já consagrada comercialmente. Em edição de 11 de abril de 2001, a revista *Veja* informou que o McDonald's, sendo o símbolo desse sistema de franquias na economia globalizada, tinha então 28.000 lanchonetes espalhadas em 120 países, a cada seis horas sendo aberta uma nova unidade em alguma parte do mundo. A reportagem assinala enfim que a política agressiva de expansão da rede está baseada em processo de produção de *hamburgers* em série que inclui "cardápio enxuto, hambúrger barato, produção em série, ambiente limpo, rapidez no atendimento e mão-de-obra de baixo custo". Sobre o assunto, a Segunda Turma do TST decidiu: "*FRANCHISING.* RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. O contrato mercantil de *franchising*, de que trata a Lei n. 8955/94, em especial o art. 2º, caracterizado entre as empresas demandadas, autônomas, com personalidades jurídicas próprias e diversidade de sócios, impede a caracterização do grupo econômico, e, por conseqüência, o reconhecimento da responsabilidade solidária prevista no art. 2º, §2º, da CLT" (TST, 2ª Turma, Proc. n. RR 565433/99, Rel. Juiz Convocado Aluysio Corrêa da Veiga, DJU 22.6.2001. Revista TST, Brasília, vol. 67, n. 3, jul/set 2001. p. 344).

[cccxcv] *Apud* Gilberto Gomes, *op. cit.*, p. 149.

[cccxcvi] *Op. cit.* p. 430.

[cccxcvii] Maurício Godinho Delgado, em obra citada, p 385, observa que se filiam à tese da exclusividade da solidariedade passiva os autores Orlando Gomes, Cesarino Junior, Antônio Lamarca, Cássio Mesquita de Barros Junior, Aluysio Sampaio e Amauri Mascaro Nascimento, sendo adeptos também da solidariedade

ativa os laboralistas Arnaldo Süssekind, Mozart Victor Russomano, Martins Catharino e Délio Maranhão.

[cccxcviii] *Vide* Revista LTr 62-11/1571 e 64-04/537.

[cccxcix] "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. EMPRESAS DISTINTAS. MESMO GRUPO ECONÔMICO. Consta da decisão regional que o reclamante não logrou êxito em demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 461 da CLT, nem comprovou a prestação de serviço a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, conforme suas alegações. Diante de tais premissas fáticas, insuscetíveis de reexame pelo óbice contido na Súmula nº 126 do TST, não há falar em violação dos arts. 461 e 818 da CLT nem em contrariedade às Súmulas nºs 6 e 129 do TST. Ademais, na linha da majoritária jurisprudência desta Corte Superior, é inviável a equiparação salarial entre empregados que laboram em empresas diferentes, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico, porquanto não se trata de prestação de serviços ao mesmo empregador. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (TST, 8ª Turma, AIRR 32300-47.2009.5.02.0251, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 07/08/2012, Data de Publicação: 17/08/2012). No mesmo tema (equiparação salarial), em outro sentido: "RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. EMPRESAS DISTINTAS. GRUPO ECONÔMICO. Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, o fato de os empregados trabalharem em estabelecimentos distintos, pertencentes à mesma empresa, não inviabiliza a equiparação salarial, uma vez que as empresas integrantes do grupo econômico serão consideradas a mesma empresa para fins de equiparação (CLT, art. 2º, § 2º). Recurso de revista de que não se conhece" (TST, 1ª Turma, RR 60400-73.2007.5.03.0018, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 04/12/2012, Data de Publicação: 07/12/2012).

[cd] GONZALEZ, German Barreiro. Reflexiones sobre el outsourcing en la empresa. *In:* Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000. Tradução livre. p. 606.

[cdi] *Op. cit.*, p. 606.

[cdii] A partir daqui e apenas para facilitar a assimilação do conteúdo, incorreremos no mesmo erro do legislador e usaremos o termo *empresa* quando estivermos nos referindo ao empresário ou à sociedade empresarial. É que a linguagem mais técnica confunde, às vezes, o interlocutor, ao fazê-lo abstrair da essência do que se diz.

[cdiii] *Vide* orientação jurisprudencial n. 191 da SBDI 1 do TST.

[cdiv] Há entes paraestatais que exercem *serviço público*, quanto a estes se aplicando o art. 37, §6º, da CF. Existem, também, empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem, porém, atividade econômica e se submetem, como já visto, ao regime próprio das empresas privadas, como lhes é imposto pelo art. 173, §1º, II da CF (*v.* Di Pietro, *op. cit.* p. 304).

[cdv] Sobre a aplicação desse dispositivo constitucional às empresas públicas e sociedades de economia mista, v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, pp. 600-601. Também: Maria Sylvia di Pietro, *op. cit.*, p. 341. Há decisões do TST que revelam essa pluralidade de fundamentos para a responsabilidade subsidiária da administração púiblica (responsabilidade subjetiva ou mesmo a objetiva), a exemplo da seguinte: "RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTIDADE PÚBLICA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará, evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isto evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem, mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os

arts. 27 a 56 da Lei nº 8666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa "in eligendo" e "in vigilando" da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa "in eligendo" e "in vigilando" na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado nº 331 explicitado que ´o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8666/93)´. Recurso de embargos não conhecido" (TST, SDI 1, ERR 314246/96, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 16/03/01, p. 698).

[cdvi] KROST, Oscar. ***Contrato de facção. Fundamentos da responsabilidade da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada.*** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1587, 5 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10611>. Acesso em: 26 jul. 2011.

[cdvii] TST, RR 350100-88.2008.5.12.0051, 6ª Turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT de 06/05/2011; TST, RR 198500-63.2007.5.12.0048, 6ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT de 24/06/2011; TST, RR-106200-77.2008.4.12.0006, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 11.6.2010; TST, RR-51346/2006-872-09-40 - 6ª Turma - Pub. DJU de 13/06/2008. Min. Relator Aloysio Correa da Veiga; TST, RR-761.170/01.8, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 18/06/2004.

[cdviii] Obra citada. O texto do professor Souto Maior, citado pelo articulista, é o seguinte: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

[cdix] Cf. Délio Maranhão, em *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 282, a integração vertical "tem lugar quando um determinado produto percorre, no mesmo estabelecimento, diversas etapas em uma progressão, que o transforma de matéria-prima em mercadoria acabada" – ex: a transformação do algodão em tecido e deste em confecção; a integração econômica horizontal ocorre "quando um produto, já concluído, é utilizado pelo mesmo empresário, para satisfazer necessidades diferentes" – ex: a utilização do álcool como combustível, bebida, insumo para produtos de higiene etc.

[cdx] Martín Valverde, A., Rodriguez-Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 223. Tradução livre.

[cdxi] MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do Capital e do Trabalho*: *Relações de Poder, Reforma do Judiciário e Competência da Justiça Laboral*. São Paulo; LTr, 2006, p. 70.

[cdxii] José Luis Monereo Pérez (MONEREO PÉREZ, José Luis. *La Noción de Empresa en el Derecho del Trabajo y su Cambio de Titularidad.* Madrid: Nueva Imprenta, 1999, p. 7) conceitua a "empresa-red" como "un tipo de empresa económica de carácter *flexible* que permite articular la gran empresa con una red más o menos amplia y diversificada de pequeñas empresas subsidiarias o auxiliares mediante las cuales se realiza el ciclo de producción. Estas pequeñas empresas están unidas por un sistema de reglas de cooperación, sirviendo a una estrategia unitaria de organización de la producción y de utilización de la mano de obra".

[cdxiii] SILVA, Antônio Álvares. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal.* São Paulo: LTr, 2011, p. 102.

[cdxiv] *Op. cit.*, pp. 106-121

[cdxv] *Op. cit.*, p. 111.

[cdxvi] O STF percebeu essa característica da matéria, o seu fundamento infraconstitucional, quando o decidiu em instância colegiada nos precedentes STF - AI 828518/MG, 1.ª Turma, Relatora Min. Cármem Lúcia, Julgado em 18/03/11, DJE 12/04/2011 e STF – AI 824319 AgR/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Joaquim Barbosa, DJE 31-03-2011.

[cdxvii] Segundo Catharino (CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 20), *salário* deriva do latim *"salarium"* e este de sal, porque era costume entre os romanos se pagar aos servidores domésticos em quantidade de sal, também se pagando, assim, aos soldados das legiões romanas. *Remuneração* vem também do latim *"remuneratio"*, do verbo *"remuneror"*, composto de *"re"*, que dá idéia de reciprocidade, e de *"muneror"*, que significa recompensar. Em outra obra (CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário do Direito do Trabalho.* São Paulo : Editora Jurídica e Universitária, 1973. p. 437) acentua que "remuneração *e* retribuição, *também de origem latina, são absolutamente sinônimas"*. Apenas para efeitos didáticos e seguindo a sugestão de Rodrigues Pinto (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 258), usaremos o termo *retribuição* como gênero, em que se incluem as espécies salário, remuneração e, para os que defendem a tripartição, as indenizações.

[cdxviii] Mais adiante, veremos que a gratificação não ajustada é um possível exemplo de atribuição econômica a que falta a característica de salário.

[cdxix] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 98.

[cdxx] *Op. cit.* p. 259.

[cdxxi] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 205. Estes autores fazem remissão à obra de Riva Sanseverino e Amauri Mascaro Nascimento (*op. cit.* p. 57) nos remete a Giuliano Mazzoni, quando menciona os que defendem a tripartição.

[cdxxii] *Vide*, no capítulo relativo à Classificação do Contrato de Trabalho, o subitem alusivo às Peculiaridades do Contrato a Termo

[cdxxiii] *Op. cit.* p. 264.

[cdxxiv] A bem da verdade, a *contraprestação* é uma exigência do *contrato comutativo* e, por isso, diz-se que, neste, a parcela contraprestacional é, também, contratual.

[cdxxv] Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção.* São Paulo: Atlas, 1999. p. 31. O autor reproduz a classificação tricotômica das normas constitucionais, levada a efeito por José Afonso da Silva.

[cdxxvi] O STF decidiu pela inconstitucionalidade de lei estadual que fixava o piso salarial de servidores públicos em três salários mínimos (STF, 1ª Turma, RE 254871/PR, Min. Ilmar Galvão), decidindo pela inconstitucionalidade da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo (STF, 2ª Turma, REAED 271752/SP, Min. Nelson Jobim, j. 20/2/2001, DJ 6/4/2001, p. 99). Também contra a vinculação do

adicional de insalubridade ao mínimo: STF, 1ª Turma, RE 236396/MG, Min. Sepúlveda Pertence, j. 2/10/98, DJ 20/11/98, p. 24).

[cdxxvii] O mesmo STF decidiu pela constitucionalidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, por exsurgir *"com relevância maior a interpretação teleológica, buscando-se o real objetivo da Norma Maior"*: STF, 2ª Turma, AGRAG 177959/MG, j. 4/3/97, p. 23/5/97, p. 21731. Em igual sentido, acórdão de 14/12/98, do mesmo Ministro Relator, está publicado na Revista LTr 63-04/509.

[cdxxviii] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 277.

[cdxxix] Artigo 142, §1º, da Constituição de 1967.

[cdxxx] No julgamento do AGRAG 65238/RJ e do AGRAG 65239/RJ, o STF usa a expressão "salário mínimo profissional". No julgamento do RE 128362/RJ, usa a expressão "piso salarial profissional".

[cdxxxi] *Vide* Súmula 301 do TST: "O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei 3999/61, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade".

[cdxxxii] *Vide* Súmula 358 do TST: "O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a 2 (dois) salários mínimos e não a 4 (quatro)". Os técnicos em radiologia são regidos, hoje, pela Lei 7394/85.

[cdxxxiii] STF, ADI 4391, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, processo eletrônico DJe-117 Divulg 17-06-2011 Public 20-06-2011.

[cdxxxiv] STF, ADI 4432, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 28/04/2011, processo eletrônico DJe-170 Div. 02-09-2011 Pub. 05-09-2011.

[cdxxxv] *Vide* arts. 487 da CLT e 7º, §2º, da Lei 605/49.

[cdxxxvi] *Vide* Lei 9093/95.

[cdxxxvii] Art. 6º da Lei 605/49.

[cdxxxviii] Art. 6º, §3º, da Lei 605/49.

[cdxxxix] Art. 7º, §2º, da Lei 605/49.

[cdxl] *Vide*, por exemplo, o art. 1º, §1º, da Lei 9032/95.

[cdxli] Neste sentido, Valentin Carrion (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 2001. p. 126), que faz remissão a acórdão da 4ª Turma do TST (TST, RR 467236/98.9, Rel. Min. Galba Magalhães Velloso).

[cdxlii] CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário.* p. 158.

[cdxliii] O citado dispositivo reza o seguinte: "Aos trabalhadores que perceberem remuneração variável, fixada por comissão, peça, tarefa ou outras modalidades, será garantido um salário mensal nunca inferior ao salário mínimo".

[cdxliv] *Vide* orientação jurisprudencial n. 18 da SDC do TST.

[cdxlv] Evaristo de Moraes Filho, prefaciando o livro de seu pai (*Apontamentos de direito operário.* p. LXV), esclarece que o *truck-system* era o regime de colonato, em que homens livres e pobres pagavam o direito de usar um pequeno trato de terra com trabalho gratuito para o senhor de engenho ou com a entrega

de parte de sua produção.

[cdxlvi] *Op. cit.* p. 195.

[cdxlvii] Art. 458, §1º, da CLT: "Os valores atribuídos às prestações *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo (arts. 81 e 82)"

[cdxlviii] *Vide* Súmula 367, I, do TST: “A habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso de veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares”.

[cdxlix] *Vide* Súmula 367, II, do TST: “O cigarro não se considera salário utilidade em face de sua nocividade à saúde”

[cdl] Vimos que a integração das prestações *in natura* ao salário mínimo e da habitação e alimentação a qualquer salário deve respeitar um limite percentual.

[cdli] *Vide* art. 468 da CLT.

[cdlii] *Op. cit.* p. 207.

[cdliii] CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho.* p. 486.

[cdliv] CARDONE, Marly A. *Viajantes e pracistas no direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1990. p. 57.

[cdlv] *Op. cit.* p. 487.

[cdlvi] Súmula 207 do STF: "As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário".

[cdlvii] Súmula 152 do TST.

[cdlviii] *Op. cit.* p. 246.

[cdlix] Lei 4.090/62.

[cdlx] *Vide* art. 201, §6º, da Constituição, que se refere à *gratificação natalina* dos pensionistas...

[cdlxi] A nosso entendimento, o art. 7º, III, da Constituição converteu o FGTS em salário diferido, pois o regulou como direito social do trabalhador urbano ou rural, sobrevindo a Lei 8036/90 para explicitar que mesmo quando o empregado comete justa causa não perde o direito ao saldo de sua conta-vinculada, malgrado não o possa sacar pelo só fato da cessação do vínculo.

[cdlxii] *Vide* art. 468, parágrafo único, da CLT e Súmula 159 do TST.

[cdlxiii] *Vide* Súmula 372 do TST: I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação”.

[cdlxiv] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria jurídica do salário.* p. 257.

[cdlxv] Em *Tratado jurídico do salário*, p. 567, Catharino sugere que se denomine essa outra manifestação da diária como *diária por viagem*, diferindo da *diária para viagem*, que teria caráter indenizatório.

[cdlxvi] *Op. cit.* p. 223.

[cdlxvii] Súmula 101 do TST.

[cdlxviii] Súmula 318 do TST.

[cdlxix] CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário.* p. 506.

[cdlxx] *Op. cit.* p. 507.

[cdlxxi] *Op. cit.* p. 510.

[cdlxxii] *Op. cit.* p. 220. O autor sustenta, porém, que o abono pode ter configurações e causas múltiplas, também por isso se distinguindo das atualizações salariais. Ao definir abono, Amauri Mascaro Nascimento converge com a definição sugerida em nosso texto, ao afirmar: "Em nosso direito, abono é um adiantamento salarial, uma antecipação do pagamento de salários, eventual, não continuado, para atender a determinadas situações de perda do poder aquisitivo dos salários".

[cdlxxiii] Neste sentido, CATHARINO, *op. cit.* p. 514. O autor defende, porém e em seguida: "Se, pelo contrário, o empregador, no curso do contrato de trabalho, por ato unilateral e sob a garantia expressa da lei, conceder um aumento de salário sob o título de abono, este ficará à margem da remuneração". A observação tem a ver, ao que percebemos, com o fato de o mestre baiano sustentar a sobrevigência do Decreto-lei 3.813/41. Intuímos que, assim descontextualizada, a lição seria *de lege ferenda*, pois a norma atualmente em vigor diz da natureza salarial do abono sem abrir exceção. E, pela circunstância de o seu conceito histórico, já referido, associá-lo a medidas isoladas que compensam a perda de poder aquisitivo do salário, não se deve confundi-lo com a gratificação não ajustada, que é também um ato de liberalidade, mas com móvel diverso.

[cdlxxiv] SÜSSEKIND, Arnaldo. Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social, VII. Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Participação de Luiz Inácio Barbosa Carvalho. São Paulo: LTr, 1992. p. 137. O autor-parecerista faz remissão a Délio Maranhão, Catharino e Luiz José de Mesquita.

[cdlxxv] *Vide* Súmula 191 do TST.

[cdlxxvi] *Op. cit.* p. 63.

[cdlxxvii] Lembra Arnaldo Süssekind (*op. cit.* p. 138) o ensinamento da Organização Internacional do Trabalho (*in* Los salarios. OIT. Genebra, 1964. p. 53): "As prestações adicionais, às quais se pode dar o nome de salário indireto, podem ser definidas como suplementos dos salários ordinários [...], porém não correspondem a nenhum trabalho determinado".

[cdlxxviii] TST, 3ª Turma, RR 463697/98, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 19/04/02.

[cdlxxix] TST, 4ª Turma, RR 113400-04.2007.5.04.0812 , Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Publicação: 11/09/2009.

[cdlxxx] Também não estamos a tratar da hipótese em que o credor da prestação de trabalho não admite a sua condição de empregador e remunera o trabalhador a outro qualquer título, que não *salário.* Em se verificando a existência de emprego, decerto que a correta denominação (salário) servirá, inclusive, para que se constate se o empregado venceu, embora mediante outra rubrica, ao menos o salário mínimo.

[cdlxxxi] Marly Cardone (*op. cit.* p. 85) observa que a legislação argentina prevê a periodicidade mensal das comissões, sem estabelecer exceção alguma.

[cdlxxxii] *Vide* Súmula 78 do TST: "A gratificação periódica contratual integra o salário, pelo seu duodécimo, para todos os efeitos legais, inclusive o cálculo da natalina da Lei 4090/62".

[cdlxxxiii] *Vide, v.g.*, a Súmula 139 do TST: "O adicional de insalubridade, pago em caráter permanente, integra a remuneração para cálculo de indenização".

[cdlxxxiv] *Vide* orientação jurisprudencial n. 102 da SDI 1 do TST. Enfatiza a Súmula 248 do TST, por outra via, que "a reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio de irredutibilidade salarial".

[cdlxxxv] *Vide* Súmula 265 do TST. O Enunciado 60 recomendava, sem qualquer ressalva, a integração do adicional noturno habitual ao salário.

[cdlxxxvi] *Vide* orientação jurisprudencial n. 63 da SDI 1 do TST.

[cdlxxxvii] *Vide* Lei Complementar n. 7, de 1970; Lei Complementar n. 26, de 1975 e, regulamentando-a, o Decreto n. 78276, de 1976. Há outras leis regulando a matéria, nem sempre tratando de assuntos trabalhistas.

[cdlxxxviii] Segundo Amauri Mascaro Nascimento (*op. cit.* p. 255), assim se manifestam, além dele próprio, os laboralistas Orlando Gomes, Russomano, Roberto Barretto Prado, Amaro Barreto, Catharino e Délio Maranhão, entre outros.

[cdlxxxix] “Ação rescisória improcedente porque pretende rescindir decisão que não atribui às gorjetas compulsórias a feição salarial. Gorjeta não é contraprestação salarial mínima, e não compõe o calculo do salário mínimo, embora integre a remuneração do empregado. Artigos setenta e seis e quatrocentos e cinqüenta e sete da CLT interpretados. Matéria interpretativa não faz prosperar ação rescisória. Enunciado oitenta e três do TST. A decisão rescindenda aplicou de forma correta os dispositivos legais apontados como violados. Rescisória improcedente. Recurso ordinário a que se nega provimento” (TST, Turma DI , Relator Ministro Ministro Vantuil Abdala, Acórdão: 0004588, Decisão: 24-10-1995, Recurso Ordinário Em Ação Rescisória, Número do processo: 0090516, Ano: 93, DJ 07-12-95, p. 42876). Também: "Gorjeta - Obrigatoriedade de pagamento de salário. A gorjeta não constitui espécie de remuneração variável, já que não é paga pelo empregador. Logo, este não se exime do pagamento do salário, ainda que mínimo, a que tem direito todo trabalhador em decorrência do contrato laboral. Recurso a que se nega provimento" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Leonaldo Silva. Fonte: SDI – 8 – JUL/97, p 62). Ou ainda: "Gorjetas - Salário mínimo legal - Obrigação de pagamento diretamente pelo empregador. O salário mínimo legal é a contraprestação mínima devida e paga ao empregado, diretamente pelo empregador, em virtude dos serviços que aquele presta a este. A gorjeta não é uma paga do empregador ao empregado, mas sim quantia oferecida ao trabalhador pelos beneficiários dos serviços. Exatamente por isto, ainda que o valor das gorjetas supere, a cada mês, o salário mínimo legal, o empregador não se isenta de pagar ao empregado o salário mínimo legal. Embargos conhecidos e providos" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Vantuil Abdala. Fonte: SDI – 14 – JAN/98, p 32).

[cdxc] *Op. cit.* p. 259.

[cdxci] Não se inclui, entre os arautos da bipartição, o professor José Augusto Rodrigues Pinto.

[cdxcii] *Op. cit.* p. 549.

[cdxciii] Através do Decreto-lei 229, de 28/02/67.

[cdxciv] *Op. cit.* p. 223.

[cdxcv] *Op. cit.* p. 136.

[cdxcvi] Nesse sentido: RECURSO DE REVISTA. GUELTAS. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO. REFLEXOS. A parcela denominada -guelta-, paga por terceiros - fornecedores - em decorrência da venda dos produtos deste pelo empregado, durante a execução do contrato de trabalho com o empregador, assemelha-se às gorjetas, e, como tal, deve integrar a remuneração para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 457 da CLT, aplicando-lhe, por analogia, o entendimento da Súmula nº 354, não servindo de base apenas para cálculo do aviso prévio, do adicional noturno e do repouso semanal remunerado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e não provido (TST, 2ª Turma, RR 63200-43.2009.5.01.0056, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 24/02/2012)

[cdxcvii] Catharino, em *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho* (*op. cit.* p. 441), afirma, embora a mencionar, a seu tempo, o Estatuto do Trabalhador da Terra, sucedido pela atual Lei 5889/73: "Podemos dizer que no Brasil existem três conceitos de remuneração ou salário: o trabalhista comum (da CLT), o trabalhista rural ou agrário (do ETR), e o previdencial (da LOPS, mais de natureza tributária: 'salário-de-contribuição', 'salário-base', 'salário-benefício')".

[cdxcviii] Nesse sentido: RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. A jurisprudência desta Corte tem atribuído natureza jurídica remuneratória à parcela paga ao atleta decorrente do denominado direito de arena. De outro lado, não corresponde a uma parcela paga diretamente pelo empregador, aproximando-se do sistema das gorjetas. Em face de sua similaridade com as gorjetas, aplica-se, por analogia, o artigo 457 da CLT e a Súmula nº 354 do TST, o que exclui os reflexos no cálculo do aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal e autoriza, contrariu sensu, na gratificação natalina, férias com o terço constitucional e no FGTS. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido (TST, 5ª Turma, RR 156900-80.2008.5.01.0065, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 16/12/2011). Pode ser citado o precedente RR - 1751/2003-060-01-00.2, DJ 02/05/2008, de relatoria do Ministro José Simpliciano Fernandes Fontes, e ainda, entre vários outros, o RR - 1447/2002-012-01-00.0, DJ 23/05/2008, o RR - 12720/2004-013-09-00.7, DJ 12/09/2008 e o RR - 1210/2004-025-03-00.7, DJ 16/03/2007, relatados respectivamente pelos ministros Ives Gandra Martins Filho, Horácio Raymundo de Senna Pires e Antônio José de Barros Levenhagen.

[cdxcix] Neste sentido: "Não há como determinar essa integração no cálculo do adicional noturno, considerando que a gorjeta é paga pelo consumidor, não se alterando conforme o horário em que se desenvolve a jornada de trabalho" (TST, RR 2813/90.6, Rel. Min. Francisco Leocádio, Ac. 2ª T. 2666/90.1, 04/12/90, Revista LTr 55-10/1249).

[d] Não há por que distinguir a remuneração do repouso semanal da remuneração do repouso em feriados. Se a gorjeta não for considerada no cálculo daquele, também não o será no cálculo deste, por óbvio.

[di] RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Enunciado n. 354. *In:* O que há de novo em direito do trabalho. Coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 1997. p. 293.

[dii] Apesar disso, a Súmula 151 do TST, revogada em dezembro de 2003, recomendava: “A remuneração de férias inclui a das horas extraordinárias habitualmente prestadas”

[diii] *Vide* TST, 1ª T., RR 541.134/99, Rel. Min. João Dalazen, DJ 06/05/05. A antiga Súmula 78 do TST, revogada em 2003, integrava apenas a gratificação periódica *contratual* ao salário, inclusive para o cálculo do 13º salário.

[div] *Vide* Súmula 191 do TST.

[dv] Ou quando puder, de qualquer outra forma, ser revelado o caráter contratual desses adicionais.

[dvi] Súmula 63 do TST: "A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a

remuneração mensal devida ao empregado, *inclusive* horas extras e *adicionais* eventuais".

[dvii] Se o adicional de hora extra incidiu no cálculo do adicional noturno, não se pode recalcular o adicional de hora extra para que sobre ele reflita o adicional noturno.

[dviii] A interpretação dada por Sérgio Pinto Martins (*op. cit.*, p. 218) a esse verbete é, porém, restritiva, pois argumenta que "a expressão *integração das parcelas de natureza salarial*, contida no Enunciado 264 do TST, deve ser interpretada com o significado de, v.g., gratificações por tempo de serviço, abonos e gratificações ou adicionais já incorporados ao salário do obreiro". Um pouco antes, o autor observa que, segundo a dicção legal, o adicional de hora extra deve ser calculado sobre o salário da *hora normal* (art. 59, §1º e art. 61, §2º, da CLT).

[dix] *Vide* SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1992. p. 742.

[dx] *Vide* orientação jurisprudencial n. 47 da SDI 1 do TST: "Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. É o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade, este calculado sobre o salário mínimo". Contemplando a incorporação da hora extra e do adicional de periculosidade na base de cálculo do adicional noturno, ver orientações jurisprudenciais 97 e 259 da SDI I do TST. Note-se que o TST, mesmo quando inverte o ângulo de incidência, não está, em rigor, permitindo a incidência recíproca.

[dxi] Contrato expresso ou tácito, pois a prestação habitual de uma jornada menor que a constitucional (oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais) impõe a remuneração de horas de trabalho, que a extrapolem, com o adicional de 50%.

[dxii] Na compensação de jornada, o excesso do tempo de trabalho em um ou alguns dias é compensado com a redução em um dia posterior.

[dxiii] Súmula 437 do TST: “INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. I - Após a edição da Lei nº 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. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 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. IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.”

[dxiv] Orientação jurisprudencial n. 355 da SBDI 1: “INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. 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 nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.”

[dxv] Conforme Súmula 112 do TST.

[dxvi] Conforme OJ 60, I da SBDI 1.

[dxvii] TST, RR 347763/97-9, Ac. 4ª T., 20/9/2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Revista LTr 65-01/42.

[dxviii] TRT 12ª Região, RO-V 7492/95, Rel. Juiz J. L. Moreira Cacciari, Ac. 2ª T. 0073/97, 13/12/96, Revista LTr 61-05/709.

[dxix] A Súmula 60, II resulta da conversão da orientação jurisprudencial n. 6 da SDI 1 e reflete várias decisões do TST, a exemplo da que é encimada pela seguinte ementa: "Horas laboradas além das cinco horas da manhã - Direito ao adicional noturno Se para o trabalho noturno a lei garante um adicional de 20% sobre a hora trabalhada, com muito mais razão ainda quando se cumpre integralmente esta jornada e ainda se permanece trabalhando após ela. Se o que justifica o adicional é o desgaste maior do trabalho à noite igual ou maior desgaste haverá quando se prossegue trabalhando após já ter trabalhado após o período noturno - *ubi eaden ratio, ibi eadem legis*. Cumprida integralmente a jornada no período noturno, e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art.73, parágrafo 5º, da CLT. Embargos conhecidos e providos" (TST, SDI 1, Proc. TST-E-RR 311.016/96.9, Rel. Min. Vantuil Abdala. Fonte: SDI – 43 – JUN/00, p. 7). Em seu voto vencedor, o ministro relator faz referência aos seguintes precedentes, em igual sentido: E-RR-137.324/94, Ac.710/97, Min. Francisco Fausto, DJ 4/4/97,decisão unânime; E-RR-113.733/94, Ac. 2464/96, Min. Vantuil Abdala, DJ7/3/97, decisão unânime; E-RR-28.871/91, Ac. 652/96 - Min. Luciano Castilho, DJ 4/10/96, decisão unânime e E-RR-31.511/91, Ac. 301/94, Min. Armando de Brito, DJ 20/5/94, decisão por maioria.

[dxx] TST, 8ª Turma, RR 2800-72.2000.5.15.0029, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 27/04/2012.

[dxxi] Nesse sentido: TST-RR-72300-17.2008.5.06.0412, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8.ª Turma, DEJT 8/10/2010; TST-RR-113700-45.2004.5.15.0074, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6.ª Turma, DEJT 1.º/7/2011; TST-RR-41685-37.2004.5.15.0120, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 02/09/2011.

[dxxii] Lembra Márcio Ribeiro do Valle (VALLE, Márcio Ribeiro do. Insalubridade e periculosidade. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 198) que "toda a regulamentação administrativa da matéria insalutífera prevista na CLT está contida na Portaria 3214, de 8 de junho de 1978, sobretudo na NR 15 e seus respectivos anexos, onde temos, expressamente, a previsibilidade dos limites de tolerabilidade para os ruídos contínuos, intermitentes e de impacto; para a exposição ao calor e às radiações ionizantes e não-ionizantes; para os níveis mínimos de iluminamento; para as pressões hiperbáricas, as vibrações, o frio e a umidade; para os agentes químicos com insalubridade caracterizada por limites de tolerabilidade, as poeiras minerais, os chamados agentes biológicos etc"

[dxxiii] *Vide*, em especial, a NR 16 (com anexos que tratam de atividades e operações perigosas com explosivos, atividades e operações perigosas com inflamáveis), a NR 19 (explosivos) e a NR 20 (líquidos combustíveis e inflamáveis) da Portaria 3214/78.

[dxxiv] Embora o artigo 193 se refira apenas a contato *permanente*, orienta a Súmula 364 do TST: “Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se 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.”.

[dxxv] Até ser editada a Lei 12.740, em dezembro de 2012, o art. 193 da CLT referia-se a “contato

permanente com inflamáveis ou explosivos", observando Márcio Ribeiro do Valle que, não obstante essa dicção, "não é necessário que o trabalhador venha a operar diretamente com substâncias perigosas para perceber o adicional de periculosidade. Exemplo clássico disso é o da secretária de posto de gasolina que trabalha no escritório montado anexo à bomba de abastecimento, a qual, embora não lide com inflamáveis, presta porém serviços permanentes em área nitidamente perigosa, tendo direito, por isso e assim, ao adicional questionado".

[dxxvi] A nosso pensamento, a vedação constitucional deve ter interpretação finalística, consultando-se, assim, o interesse do constituinte de não permitir a indexação da economia por essa via. Em sendo o adicional de insalubridade uma prestação salarial, decerto que a vinculação de seu valor ao salário mínimo não tem efeitos inflacionários, ao menos não figurando como um modo deliberado de indexar a economia. Contudo, há um outro entrave à vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, comentado em monografia do juiz do trabalho Fabio Túlio Correia Ribeiro. É que o Decreto-lei 2351/87 revogou parcialmente o artigo 192 da CLT, pois extinguiu o salário mínimo e instituiu o salário mínimo de referência e o piso nacional de salário, entendendo-se, ao tempo de sua vigência, que o adicional de insalubridade incidiria sobre este último (orientação jurisprudencial n. 3 da SDI 1 do TST). Restaurando-se o salário mínimo e seus conceitos econômico e jurídico, a repristinação do artigo 192 da CLT estaria vedada pelo artigo 2º, §3º, da LICC.

[dxxvii] Nesse sentido, as decisões do STF nos processos seguintes: RE 565.714/SP, julgado no mesmo dia 30/abr/2008 em que editada a Súmula Vinculante 4; também o STF, Primeira Turma, RE 457.380-AgR/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia; o RE 452.445-AgR/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa etc.

[dxxviii] TST, 7ª Turma, ED-AIRR - 112140-78.2005.5.04.0029 , Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, j. 11/06/2008, publicação em 13/06/2008.

[dxxix] Nesse sentido: TST, 2ª Turma, RR - 164100-84.2002.5.15.0025 , Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, j. 06/05/2009, publicação em 22/05/2009.

[dxxx] STF, Rcl 7.579/DF, DJe de 3/11/2009.

[dxxxi] Súmula 191 do TST - O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

[dxxxii] Artigos 190 e 193 da CLT.

[dxxxiii] O artigo 11 da CLT regula a prescrição trabalhista.

[dxxxiv] Revista TST, vol. 65, out/dez 1999, p. 225.

[dxxxv] Orientação jurisprudencial n. 4 da SBDI 1: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005.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.

[dxxxvi] Conforme orientação jurisprudencial 171 da SDI –1 do TST.

[dxxxvii] TST-RR 347753/97.4 – Ac. 4ª T. 24/5/00 – Rel. Min. Barros Levenhagen. Revista LTr 65-02/198.

Vide orientação jurisprudencial n° 324 da SDI I do TST.

[dxxxviii] Nesse sentido: TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 15590-35.2010.5.04.0000, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DEJT 10/06/2011; TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 1382996-09.2004.5.04.0900, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 05/11/2010; TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 23900-05.2007.5.04.0010, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 29/07/2011.

[dxxxix] Mesmo em direito penal, admite-se a interpretação extensiva. Damásio de Jesus exemplifica, afirmando que o artigo 130 do Código Penal não pune apenas a exposição ao perigo de contágio de doença venérea, mas também o próprio contágio; o artigo 235 incrimina a bigamia, abrangendo a poligamia etc. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1986. p. 34).

[dxl] *Vide* Súmula 39 do TST: "Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade". Em igual sentido, a Súmula 212 do STF.

[dxli] TST-RR-590454/99 – Ac. 2a T. – Rel. Min. Valdir Righetto – DJU 17/3/2000. Trecho da ementa extraída da Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 2. abr/jun 2000. p. 342.

[dxlii] Cf. VALLE, Márcio Ribeiro do. *Op. cit.* p. 202.

[dxliii] Nesse sentido, a orientação jurisprudencial 406 da SBDI-1 do TST: “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.”

[dxliv] TST-RR 488514/98 – Ac. 2a T. – Rel. Juiz Convocado Márcio Ribeiro do Valle – DJU 4/8/2000. Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 3, jul/set 2000. p. 400.

[dxlv] O art. 790-B da CLT dispensa os honorários periciais dos trabalhadores que sejam beneficiários de gratuidade judiciária. A Resolução 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho disciplina a matéria. Ao julgar o AIRR-944/2005-069-03-41.1, a Ministra Dora Maria da Costa observou que “nas hipóteses de dispensa do pagamento dos honorários periciais, por ser beneficiária da Justiça gratuita a parte sucumbente no objeto da perícia, esta Corte, seguindo entendimento do Supremo Tribunal Federal - RE 224.775/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24/05/2002 e RE 207.732/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet, DJ de 2/8/2002 -, vem firmando posicionamento de que a responsabilidade pelo adimplemento dessa verba deve ser imposta ao Estado, uma vez que incumbe a esse garantir efetividade aos princípios do amplo acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º), assegurando-se, conseqüentemente, máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais insculpidos em nossa Lei Fundamental”. Precedentes da SBDI-1 nesse sentido: TST-E-RR-1017/2002-002-24-00, Ministro Horácio Senna Pires, publicada no DJ de 29/06/2007 e TST-E-ED-RR- 913/2004-022-24-00, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJ - 14/12/2007.

[dxlvi] *Vide* NR 15 – Anexo 12, capítulo sobre manganês e seus compostos, item 6.

[dxlvii] Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 216) observa que "para o adicional de periculosidade não ser devido, mister se faz que o risco seja eliminado, e não neutralizado, porque a qualquer momento o laboralista pode ser surpreendido com uma descarga elétrica, em que tal risco continua logicamente a existir".

[dxlviii] *Op. cit.* p. 210.

[dxlix] *Op. cit.* p. 176. Nota ao artigo 194 da CLT.

[dl] *Vide* Súmulas n° 132 (sobre integração do adicional de periculosidade) e 139 (integração do adicional de insalubridade *enquanto percebido*).

[dli] *Op. cit.* p. 344.

[dlii] TST, RR 385775/97.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Ac. 1ª Turma, *apud* Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 328.

[dliii] Essa divisão e a denominação dos princípios repetem as que foram adotadas, em festejado Curso de Direito do Trabalho, por Mozart Victor Russomano.

[dliv] A antiga Súmula 76 do TST referia-se à incorporação ao salário da parcela que fosse recebida por dois anos ou por todo o contrato. A atual Súmula 291 do TST, seguindo o parâmetro fixado pelo dispositivo legal em que se inspirou (art. 9º da Lei 5.811/72), refere-se à percepção por um ano de hora extraordinárias como suficiente para caracterizar a habitualidade dessas.

[dlv] Cf. VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 272. O autor afirma secundar Clóvis Salgado.

[dlvi] Quando a autorização para o desconto por dano culposo é discutida em dissídio coletivo do trabalho, adota-se, a princípio, a orientação contida no Precedente Normativo n. 118 do TST: "Não se permite o desconto salarial por quebra de material, salvo nas hipóteses de dolo ou recusa de apresentação dos objetos danificados, ou ainda, havendo previsão contratual, de culpa comprovada do empregado".

[dlvii] *Vide* estudo nosso sobre a inconstitucionalidade da contribuição sindical: CARVALHO, Augusto César Leite de. Contribuição sindical – direito de não a receber. *In:* Temas relevantes de direito material e processual do trabalho. Coordenação de Carla Teresa Martins Romar e Otávio Augusto Reis de Sousa. São Paulo: LTr, 2000. p. 508.

[dlviii] Prevista nos estatutos da entidade sindical, obrigando apenas os associados.

[dlix] Deliberada por assembléia geral do sindicato, que geralmente autoriza a sua previsão em norma coletiva, para custear o sistema confederativo (artigo 8º, IV, da Constituição). Não raro, a jurisprudência estabelece uma conveniente sinonímia entre a *contribuição assistencial* e a *contribuição confederativa*, como se nota no Precedente Normativo n. 119, transcrito no texto.

[dlx] Conforme antigo Precedente Normativo n. 74 do TST.

[dlxi] *Vide* art. 83 da Lei Complementar n. 75, de 1993, inciso IV, que diz competir ao Ministério Público do Trabalho "propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos indisponíveis dos trabalhadores".

[dlxii] Súmula 666 do STF: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

[dlxiii] *Apud* ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, estado democrático*: estudos. São Paulo: LTr, 1993. p. 116 (O autor faz remissão: OIT. "La libertad sindical", 3ª ed., Genebra, 1985, p. 69, n. 324).

[dlxiv] TRT 2ª Região, RO 02980452909, Ac. 5ª T. 19990440630, 24.8.99, Rel. Juiz Desig. Francisco Antonio de Oliveira, Revista LTr 65-01/52.

[dlxv] *Vide* art. 449 da CLT

[dlxvi] Tal como previam os artigos 5º e 29 da Lei 6.830, de 1980, em relação aos créditos tributários, afastando-os da apreciação do juízo da falência, pretensamente universal.

[dlxvii] A impugnação pode ser concernente inclusive ao valor do débito e estão legitimados para opô-la não apenas o devedor, mas também os seus sócios, outros credores e o Ministério Público (art. 8º da Lei 10.101/2005).

[dlxviii] Anotando essa orientação jurisprudencial, Theotonio Negrão faz as seguintes remissões: RT 618/198 e JTA 98/145.

[dlxix] Nesse sentido: “Processual civil. Recurso Especial. Ação de execução. Penhora em conta corrente. Valor relativo à restituição de imposto de renda. Vencimentos. Caráter alimentar. Impenhorabilidade. Art. 649, IV, do CPC. Trata-se de ação de execução, na qual foi penhorada, em conta bancária, quantia referente à restituição do imposto de renda. A devolução do imposto de renda retido ao contribuinte não descaracteriza a natureza alimentar dos valores a serem devolvidos, quanto se trata de desconto parcial do seu salário. É impenhorável o valor depositado em conta bancária, referente à restituição do imposto de renda, cuja origem advém das receitas compreendidas no art. 649, IV, do CPC. A verba relativa à restituição do imposto de renda perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável, quando entra na esfera de disponibilidade do devedor. Em observância ao princípio da efetividade, mostra-se desrazoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor seja impossibilitado de obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC, gozam de impenhorabilidade absoluta. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1150738/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010).

[dlxx] *Op. cit.* p. 154.

[dlxxi] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: RT, 1978. p. 24.

[dlxxii] Quando o empregado paradigma não é brasileiro, sendo-o o equiparando, aplicam-se outros parâmetros, fixados no artigo 358 da CLT, como adiante se verá.

[dlxxiii] Tarso Fernando Genro (GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 1994. p. 208) observa que, ao regrar a equiparação salarial, o legislador reduziu o alcance do princípio da igualdade de salários, consagrado no artigo 7º, XXXII, da Constituição. A nosso pensamento, a crítica é demasiadamente severa, pois os elementos de discriminação referidos no artigo 461 da CLT são úteis à verificação dos pontos de desigualdade, que justificam o tratamento desigual. Mas o autor tem razão, indiscutivelmente, quando afirma, reportando-se ainda ao princípio constitucional, que "na verdade, os dispositivos que regulam a isonomia só devem deixar de ser aplicados se o próprio quadro (de carreira) adapta a sua estrutura à norma constitucional e não se torna um mero escudo de disparidades".

[dlxxiv] Para Magano, secundado por Rodrigues Pinto (*op. cit.* p. 299), "a função corresponde à atividade concretamente exercida pelo empregado, atividade essa que se decompõe em diversas tarefas". Em igual sentido, Tarso Genro (*op. cit.* p. 209) nota que "não importa a nomenclatura da função, mas o seu desdobramento prático, que também não se mede pelo resultado, mas pelo elenco de movimentos e/ou operações intelectuais".

[dlxxv] Cf. Rodrigues Pinto. *op. cit.* p. 300. Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. Equiparação salarial. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo : LTr, 1993. p. 312) completa: "Mas não a capacidade teórica – e sim a que o empregado revela ter, efetivamente".

[dlxxvi] *Op. cit.* p. 209.

[dlxxvii] *Vide* Súmula 6, II, do TST: “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego”.

[dlxxviii] "Equiparação salarial - Mesma localidade. No art. 461 da CLT a expressão "mesma localidade" para efeitos de isonomia salarial indica o local em que o empregado presta serviços, na mesma cidade. Desse modo, a prestação de serviço em municípios distintos constitui fato impeditivo do acolhimento do pedido de equiparação salarial, já que o panorama do custo de vista não é idêntico. Recurso conhecido e não-provido" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Leonaldo Silva. Ementário SDI – 21 – AGO/98, p. 27)

[dlxxix] *Op. cit.* p. 315.

[dlxxx] Na primeira mudança, a Súmula 6, VI, do TST ganhou a seguinte redação: “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 se decorrente de vantagem pessoal**,** de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida a objeção pelo reclamado”.

[dlxxxi] Se A = B e B = C, conclui-se que A = C.

[dlxxxii] Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 450) esclarece que, diferentemente dos fatos modificativos e extintivos, os fatos constitutivos e os fatos impeditivos se apresentam como *condições de existência* de uma relação jurídica. Ilustrando com a hipótese em que um comprador reivindica a coisa adquirida e o réu afirma que não falava sério ao propor a venda, diz Chiovenda sobre essas condições de existência do direito: “No exemplo aduzido (de uma venda) é normal, é regra que os dois contratantes possam comprar e vender, que a coisa possa ser vendida; mas que precisamente aquelas duas pessoas tenham vendido ou comprado aquela coisa, não é uma regra, não é um fato constante da vida, mas um fato singular. Tem-se, por consequência, de provar os fatos singulares específicos (constitutivos), não os fatos genéricos, constantes. A falta de um fato normal, constante, habitualmente ocorrível, é uma anormalidade; a quem tiver interesse, cumpre afirmá-la e prová-la (fato impeditivo)”. Conforme Lopes da Costa (*apud* Valentin Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 702), a lei, quando prevê expressamente os *fatos impeditivos,* costuma dizer *exceto se, a não ser que, salvo se*.

[dlxxxiii] TST, Ac. SBDI1-5422/97, Proc. Nº TST-AG-E-RR-197.754/95.1, Rel. Min. Milton de Moura França, Ementário SDI - 17 - ABR/98, p. 52. Em seu voto, o ministro relator transcreve excerto da obra de Arnaldo Süssekind, em que este autor proscreve a equiparação de salário entre trabalhadores intelectuais: "Não obstante de aplicação geral (artigo 461 da CLT) certo é que, na prática, a regra do salário igual para trabalho de igual valor dificilmente poderá determinar a equiparação salarial entre empregados cujo trabalho seja de natureza intelectual ou artística. É que o valor das prestações de serviços intelectuais ou artísticos não pode ser aferido por critérios objetivos, dificultando, senão impossibilitando, a afirmação de que dois profissionais empreendam suas tarefas com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica. Entre dois advogados de uma empresa, dois cantores de uma emissora radiofônica, dois atletas profissionais de uma equipe de futebol poder-se-ia verificar se o trabalho realizado é de igual valor? Cremos que não. E neste sentido firmou-se a jurisprudência" (*Instituições de Direito do Trabalho.* Vol. I. São Paulo: LTr, 1991. pp. 412/413). Há referência, ainda, à obra de renomados autores de direito do trabalho, que relativizam, em última análise, a exigência de identidade funcional, a exemplo de Délio Maranhão: "Primeira condição, e fundamental, para a isonomia de salários é a identidade da função. Mas a mesma função pode compreender em número, maior ou menor, de serviços. O fato de, eventualmente, existir diferença entre os serviços executados por ocupantes de igual função, que se podem, no entanto, substituir uns aos outros sem alteração funcional, não lhes tira o direito à equiparação de salário" (*Direito do Trabalho.* 13ª edição, Rio de Janeiro:

FGV, 1985. p. 192); e Sergio Pinto Martins: "Não se pode dizer que a identidade de funções deva ser plena ou absoluta, mas apenas que as atividades do modelo e do equiparando sejam as mesmas, exercendo os mesmos atos e operações. Se as partes envolvidas não exercem os mesmos atos e operações, não desempenham a mesma função. É desnecessário, contudo, que as pessoas estejam sujeitas à mesma chefia ou trabalhem no mesmo turno, mas, sim, que executem as mesmas tarefas." (*Direito do Trabalho*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. pp. 230 e 231).

[dlxxxiv] Orientação jurisprudencial 353 da SBDI 1: “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”.

[dlxxxv] Orientação jurisprudencial 297 da SBDI 1: “O art. 37, inciso XIII, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT”.

[dlxxxvi] *Vide* artigo 358 da CLT.

[dlxxxvii] *Vide* Súmula 19 do TST: "A Justiça do Trabalho é competente para apreciar reclamação de empregado que tenha por objeto direito fundado no quadro de carreira".

[dlxxxviii] Cf. Márcio Túlio Viana. *Op. cit.* p. 318. O autor menciona, ainda, hipóteses em que o quadro de carreira não afasta o direito à equiparação, a exemplo daquelas em que o quadro é omisso quanto ao cargo do equiparando e do paradigma, ou houve falha no enquadramento do paradigma, ou ainda quando há piso salarial, fixado em lei, sem que o quadro de carreira o contemple.

[dlxxxix] Se equiparando e paradigma são estrangeiros, que trabalham no Brasil, a regra aplicável é a do artigo 461 da CLT.

[dxc] TST, 6ª Turma, RR 4885-59.2010.5.01.0000, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/02/2012, Data de Publicação: 24/02/2012.

[dxci] Assim se decidiu no precedente TST, 6ª Turma, RR 4885-59.2010.5.01.0000, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/02/2012, Data de Publicação: 24/02/2012.

[dxcii] *Op. cit.* p. 324.

[dxciii] *Vide* art. 7º, a, da CLT.

[dxciv] Nesse sentido: “RECURSO DE EMBARGOS. MOTORISTA CARRETEIRO. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA. VALIDADE DE NORMA COLETIVA. PAGAMENTO, EM PERCENTUAL, DE COMISSÕES QUE ENGLOBAM HORAS EXTRAORDINÁRIAS E DIÁRIAS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. SALÁRIO COMPLESSIVO. Não há se falar em validade de norma coletiva que prevê a quitação da parcela relacionada às horas extraordinárias e diárias pelo pagamento em um único valor denominado comissões, eis que o ato de englobar parcelas não é admitido no direito do trabalho, com o fim de coibir fraude e possibilitar a transparência da remuneração paga ao empregado, não se admitindo o pagamento complessivo. A Súmula 91 do c. TST do c. TST não faz distinção em relação a cláusula contratual ser oriunda de norma coletiva ou individual. O princípio que norteou a edição da Súmula 91 do c. TST, proteção do salário do trabalhador contra fraudes que podem se originar do pagamento complessivo, resta violado. Embargos conhecidos e providos” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 36700-32.2008.5.09.0094 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/08/2012, Data de Publicação: 24/08/2012).

[dxcv] Nesse sentido: “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. Discute-se, no presente caso, a validade da norma coletiva que incorporou ao salário-hora o descanso semanal remunerado e suas consequências quanto à condenação aos reflexos das horas extras sobre os DSRs. Não sendo o caso de salário complessivo, exatamente por derivar de norma coletiva e estar suportado por critério de razoabilidade, entende-se válida a norma coletiva que incorporou ao salário-hora o descanso semanal (CF/88, art. 7º, XXVI), o que afasta a incidência dos reflexos das horas extras sobre os DSRs, sob pena de propiciar o duplo pagamento pela mesma parcela. Recurso de embargos conhecido e provido” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-ARR 112700-41.2008.5.15.0083 , Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 18/10/2012, Data de Publicação: 26/10/2012).

[dxcvi] Nesse sentido: “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE TURNO. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO E DA HORA NOTURNA REDUZIDA. Adoção de entendimento predominante neste Tribunal Superior no sentido de ser possível, por meio de negociação coletiva, substituir o adicional noturno e a redução ficta da hora noturna pelo adicional de turno, quando mais vantajoso para o empregado. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e não provido” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 114700-29.1997.5.02.0255 , Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 27/10/2011, Data de Publicação: 25/11/2011).

[dxcvii] Art. 463, parágrafo único, da CLT: "O pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito".

[dxcviii] Conforme já visto, o artigo 464, parágrafo único, da CLT autoriza, com o consentimento do empregado, apenas o pagamento de salário mediante depósito em conta bancária. Não faz menção ao pagamento em cheque. Isso não obstante, a Convenção n. 95 da OIT, ratificada pelo Brasil, permite o pagamento em cheque quando previsto em convenção coletiva ou sentença arbitral, ou ainda quando o empregado o consentir.

[dxcix] Em nota ao art. 463 da CLT, Valentin Carrion (*op. cit.* p. 313) transcreve ementa pertinente (TST, RR 4874/74, Rel. Min. Barata Silva, Ac. 2ª T. 792/75).

[dc] Há, contudo, norma geral que prescreve a nulidade do contrato em moeda estrangeira (Decreto-lei 857/69).

[dci] *Op. cit.* p. 315.

[dcii] *Vide*, nesse sentido, a orientação jurisprudencial n. 124 da SDI – I do TST.

[dciii] Por exemplo, se o empregado se diz credor de horas extras desde 1990 e ajuizou ação trabalhista em 04/maio/2001, ser-lhe-ão asseguradas as horas extras prestadas a partir de 01/abr/96, porque se tornaram elas exigíveis no quinto dia útil do mês de maio de 1996 e o marco da prescrição é anterior (04/maio/1996).

[dciv] *Jornada*, segundo Deonísio da Silva, doutor em Letras pela USP, "vem do provençal jornada, que designa o caminho feito em um dia. Mais tarde serviu para marcar também o trabalho realizado do alvorecer ao anoitecer. Sua origem remota é *jorna*, acrescida do sufixo *ada*. *Jorna* é aliteração do latim *diurna*, da expressão *opera diurna*, obras de um dia. Serviu de base à palavra *jornal*, que em italiano, língua irmã do português, ambas filhas do latim, é *giornale*, provavelmente mesclada ao latim *diurnale*, de um dia. O vocábulo passou a designar realizações que duravam mais de um dia, como é o caso do maior evento literário brasileiro, a Jornada de Literatura de Passo Fundo [...]"

[dcv] Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.* Belo Horizonte: Editora RTM, 1996. p. 21. O autor denomina *critérios básicos* o *tempo efetivamente laborado*, o *tempo à disposição no centro de trabalho* e o *tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência.* Ao lado desses critérios básicos, diz o autor, "há ainda dois critérios especiais, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras: o critério do tempo-prontidão (ou horas-prontidão) e o critério do tempo sobreaviso (horas sobreaviso)".

[dcvi] No sentido do texto: “Horas Extras. Jogador de Futebol. Período de Concentração. A concentração é obrigação contratual e legalmente admitida, não integrando a jornada de trabalho, para efeito de pagamento de horas extras, desde que não exceda de 3 dias por semana". Recurso de revista a que nega provimento” (TST, 4a Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Proc. RR 405769/97, decisão em 29/03/2000, DJ 05/05/2000). Também no mesmo sentido: TST, 2a Turma, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Proc. RR 6884/84, decisão em 11/03/86, DJ 05/05/86. Ralph Cândia (Comentários aos Contratos Trabalhistas Especiais, p. 105) sustenta que há horas extras quando extrapolada a carga horária semanal máxima, prevista em lei.

[dcvii] Lei 10.243, de 19 de junho de 2001.

[dcviii] A Súmula 338 do TST confirma esse ônus da prova, a recair sobre o empregador: “É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário”. Embora o verbete faça alusão ao §2º do art. 74 da CLT, entendemos que igual distribuição da carga probatória se dá quando o empregado presta serviço externo e, então, incide o §3º do mesmo art. 74 da CLT.

[dcix] Quanto aos motoristas, o art. 2º, V, da Lei 12.619, de 2012, atribui ao empregador o ônus de provar a jornada de trabalho, sem qualquer exigência de que assim ocorra apenas quando a empresa possui mais de dez empregados.

[dcx] Sem que esse transporte possa se caracterizar, a teor da nova redação do artigo 458, §2º, III, da CLT, salário-utilidade.

[dcxi] *Vide* orientação jurisprudencial transitória n. 36 da SDI 1 do TST: "Horas *in itinere*. Tempo gasto entre a portaria da empresa e o local de serviço. Devidas. Açominas". O TST tem adotado essa mesma orientação para outros casos, nos quais figura outro empregador, mas a mesma situação de fato.

[dcxii] TST, 6ª Turma, AIRR e RR - 37100-23.2008.5.04.0761, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 19/10/2011, Data de Publicação: 28/10/2011; TST, 3ª Turma, RR - 86300-78.2007.5.21.0011, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 26/10/2011, Data de Publicação: 04/11/2011; TST, 2ª Turma, RR - 129700-98.2007.5.17.0191, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 22/08/2012, Data de Publicação: 31/08/2012; TST, RR 59300-87.2009.5.04.0761, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 15/08/2012, Data de Publicação: 24/08/2012.

[dcxiii] Não havendo norma coletiva ou contrato nesse sentido, prevalece o artigo 543, §2º, da CLT, que converte o tempo de ausência ao trabalho, para o desempenho da liderança ou representação sindical, em licença não remunerada.

[dcxiv] *Vide* artigo 473, VIII, da CLT.

[dcxv] Mauricio Godinho Delgado (*op. cit.* p. 26) sustenta que o caráter especial desses critérios vinculam-se à regência normativa de categorias específicas e, também, ao aspecto de sua integração à jornada ser sempre parcial. Como acrescentamos os intervalos especiais aos critérios especiais de fixação da jornada, não vislumbramos, nestes, a última das mencionadas características (integração parcial), que é inerente apenas às horas de prontidão e às horas de sobreaviso.

[dcxvi] *Op. cit.* p. 26.

[dcxvii] Há decisões favoráveis, porém, à constitucionalidade do artigo 243 da CLT, que exclui as normas gerais sobre duração de trabalho dos empregados em ferrovias do interior, onde o serviço é intermitente ou

de pouca intensidade. Valentin Carrion (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 2001. p. 197), ao anotar o citado artigo da CLT, transcreve ementas que dizem de seu fundamento de validade (TST, RR 43508/92.8, Rel. Min. Leonaldo Silva, Ac. 4ª T. 2538/92 e TST, RO-AR 68643/93.4, Rel. Manoel Mendes de Freitas, Ac. SDI 1648/96).

[dcxviii] A inserção do parágrafo único no art. 6º da CLT foi promovida pela Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011.

[dcxix] Embora o adjetivo "telemática" refira-se ao "conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações", decerto que não seria adequado distinguir, para os efeitos da lei, a ordem veiculada por e-mail daquela que se dá por meio telefônico.

[dcxx] Que disciplina, também, o trabalho na refinação do petróleo, na indústria do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos.

[dcxxi] Sendo objeto de contrato, a hora excedente perde o atributo de *extraordinária,* sendo denominada, por isso, de hora *suplementar.*

[dcxxii] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 333.

[dcxxiii] VIANA, Márcio Túlio. Adicional de horas extras. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 173

[dcxxiv] "Do adicional de horas extras. Professor. Havendo descumprimento da jornada máxima consignada pela Lei Consolidada, deve o empregador sujeitar-se ao pagamento do adicional pelo trabalho suplementar. Entendimento contrário, tornaria letra morta o contexto legal pertinente à matéria em epígrafe, porquanto a remuneração do trabalho extraordinário de forma superior ao normal virá, exatamente, desestimular a prática reiterada de exigir do professor a prestação de serviços além do limite fixado. Recurso não provido" (TST, SDI 1, Proc. n. TST-E-RR-221.992/95.6, Rel. Min. José Luiz Vasconcelos. Fonte: SDI – 31 – JUN/99, p. 53). Em seu voto, o ministro relator sustentou: "A controvérsia em epígrafe cinge-se a respeito de se é devido ou não o pagamento do adicional de 50% (cinqüenta por cento) da remuneração da hora normal, a título extraordinário, em razão do excesso de aulas ministradas, tendo em vista os limites estatuídos no artigo 318 Celetizado, para o magistério. O artigo supracitado preconiza que "num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 04 (quatro) aulas consecutivas, nem mais de 06 (seis), intercaladas". Neste diapasão, a jornada do professor está limitada a quatro aulas consecutivas ou a seis intercaladas. Contudo, sendo esse limite excedido, o empregador deverá remunerar as horas suplementares com o adicional de 50% (cinqüenta por cento), preconizado pelo artigo 7º, inciso XVI, da atual Carta Magna, que assim versa: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal." Não existe, pois, dissonância entre o contexto jurídico celetário em relação a este dispositivo constitucional, mas sim um complemento entre os dois".

[dcxxv] Assim recomenda a orientação jurisprudencial n. 117 da SDI 1 do TST.

[dcxxvi] MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho.* Evaristo de Moraes Filho, Antonio Carlos Flores de Moraes. São Paulo: LTr, 1991. p. 405.

[dcxxvii] Carece de fundamento de validade, portanto, a primeira parte do artigo 61, §2º, da CLT, que prevê: "Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal". Interpretava-se o dispositivo como um permissivo para o pagamento, nesses casos, de horas extras sem o adicional.

[dcxxviii] *Vide* artigo 224, §2º, da CLT e Súmula 102, IV do TST. Exclusão dos caixas (Súmula 102, VI) e dos advogados empregados de banco (Súmula 102, V). Divisor 220 (Súmula 343).

[dcxxix] *Vide* Súmula 55 do TST.

[dcxxx] *Vide* Súmula 117 do TST.

[dcxxxi] *Vide* Súmula 257 do TST.

[dcxxxii] Nesse sentido: RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. OPERADOR DE TELEMARKETING. A jurisprudência desta Corte, que antes era no sentido da não aplicação da regra do art. 227 ao operador de telemarketing, foi recentemente alterada com o cancelamento da OJ 273 da SBDI-1 do TST para sinalizar a duração de trabalho de seis horas diárias ou trinta e seis semanais, nos exatos termos do art. 227 da CLT, em favor do trabalhador que exerce citada função e não raro realiza, concomitantemente, os serviços de telefonia e digitação. Recurso de revista conhecido e não provido (TST, 6ª Turma, RR 9800-65.2008.5.15.0087 , Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 17/08/2011, Data de Publicação: 26/08/2011)

[dcxxxiii] *Vide* orientação jurisprudencial n. 213 da SDI 1 do TST.

[dcxxxiv] TST, 3ª Turma, RR 345391/97, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 04.02.00. Fonte consultada: Revista do TST, Brasília, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 345.

[dcxxxv] Sobre o assunto, artigo de José Augusto Rodrigues Pinto em Revista LTr 59-02/159. Sobre dedicação exclusiva: Revista LTr 65-11/1365.

[dcxxxvi] O art. 235-C, §6º da CLT, com a redação alterada pela Lei 12.619/2012, exige a norma coletiva para a compensação de jornada dos motoristas profissionais, sem ressalvar a compensação no módulo semanal que, para os demais empregados (Súmula 85 do TST), pode operar-se mediante ajuste individual.

[dcxxxvii] Redação dada pela Lei 12.619/2012.

[dcxxxviii] Câmara escura é aquela em cujo interior há vedação de luz natural, mas apenas luz de baixa intensidade, o suficiente para o manuseio e revelação das películas radiográficas (ou filmes radiográficos). A câmara clara é a área adjacente à câmara escura, onde técnicos e auxiliares manipulam as radiografias, nelas atuando antes e depois da revelação, sendo o local normalmente destinado à identificação das imagens radiográficas.

[dcxxxix] Nesse sentido: TST, 3ª Turma, RR 41300-14-2003-5-04-0029, Rel. Min. Horácio de Senna Pires, DEJT de 26.02.2010; TST, 6ª Turma, RR 1504500-64.2005.5.09.0008, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT 18.11.2011.

[dcxl] *Vide* Lei 6354, de 1976.

[dcxli] *Vide* Súmula 370 do TST: “Tendo em vista que as Leis nº 3999/1961 e 4950/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias”.

[dcxlii] *Vide* texto da Súmula 370, na nota de rodapé anterior.

[dcxliii] Em linguagem náutica, *quarto de modorra* significa o segundo quarto da noite, em que o sono se torna mais pesado, quase invencível; *quarto de prima*, o primeiro quarto da noite. Em linguagem castrense, *quarto de sentinelas* são as duas horas por que se estende, pelos regulamentos militares, cada vigília das

sentinelas.

[dcxliv] Nesse sentido as seguintes decisões da SBDI 1: E-RR 3100-06.2005.5.09.0068, E-RR 191300-34.2001.5.02.0261, E-RR 2113700-10.2002.5.12.0900.

[dcxlv] TST, 5ª Turma, RR-346.292/97, Rel. Juiz Convocado Levi Ceregato, DJU 17.12.99.

[dcxlvi] Os vigilantes de uma fábrica podem trabalhar, em turnos ininterruptos de revezamento, mesmo quando a fábrica está inativa, à noite.

[dcxlvii] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 463. O autor afirma secundar Amauri Mascaro Nascimento. Ainda sobre a descaracterização dos turnos ininterruptos de revezamento quando o empregado não trabalha em todos os turnos: TST-ERR-337610/97 – SBDI 1 – Rel. Min. José Luiz Vasconcellos – DJU 6.10.2000. Fonte consultada: Revista do Tribunal Superior do Trabalho 67/1, p. 407.

[dcxlviii] SÜSSEKIND, Arnaldo. Jornada de trabalho em turnos de revezamento. Revista LTr 52-11/1327, São Paulo, ano 52, novembro 1988.

[dcxlix] MAGANO, Octavio Bueno. Turnos ininterruptos de revezamento. Revista LTr 53-6/653, São Paulo, ano 53, junho 1989.

[dcl] Dez votos contra um, do Ministro Carlos Mário Velloso.

[dcli] Ao apreciar o RE 205815 (Sessão de 4-12-97). No mesmo sentido: RTJ 173/945 (RE 208118). Às vezes, o caráter *ininterrupto* é associado à atividade empresarial e não ao trabalho individual do empregado (decisão do STF, nesse sentido, na Revista LTr 62-09/1210), sem embargo de o preceito sob análise não se referir, textualmente, a *turnos de revezamento em atividade empresarial ininterrupta*.

[dclii] *Vide* artigos 2º, §2º e 3º, II e III, da Lei 5811/72.

[dcliii] *Vide* artigos 3º, V e 4º, II, da Lei 5811/72.

[dcliv] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1997. p. 108.

[dclv] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 719. Em igual sentido, Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 462).

[dclvi] Na transcrição dos diálogos, levada a efeito por Süssekind (Revista LTr 52-11/1327), nota-se que os constituintes Virgidásio de Senna e Mário Lima enfatizam a adoção da jornada de seis horas na indústria petroquímica.

[dclvii] TST, SDI 1, ERR 359979/97, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 22.06.01, p. 306.

[dclviii] TST, RR 347763/97-9, Ac. 4ª T., 20/9/2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Revista LTr 65-01/42.

[dclix] [4 turnos x (6 h + 15 min) = 24 horas + 60 minutos]

[dclx] [6,25 horas x 4 = 25 horas]

[dclxi] [5 h 15 min = 315 min : 52,5 min = 6 horas noturnas]

[dclxii] Nesse sentido: RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº

11.496/2007 - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - GERENTE GERAL DE AGÊNCIA BANCÁRIA - DECISÃO RECORRIDA QUE AFASTA A EXISTÊNCIA DE PODERES DE GESTÃO COM FULCRO NA PROVA CARREADA AOS AUTOS - COMPROVAÇÃO DE CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO DO GERENTE - INESPECIFICIDADE DA SÚMULA Nº 287 DO TST NÃO VERIFICADA. A Turma de origem manteve a condenação do reclamado ao pagamento de horas extraordinárias ao gerente geral de agência, uma vez que a prova testemunhal carreada aos autos demonstrou que havia controle de horário durante o exercício da função de gerente pela reclamante, que estava submetida ao registro da folha de ponto. Sendo assim, afastou a violação do inciso II do art. 62 da CLT e a contrariedade à Súmula nº 287 do TST. Diante dessas premissas fáticas, insuscetíveis de reapreciação em sede extraordinária, não há como se vislumbrar atrito com a Súmula nº 287 do TST, que trata da presunção juris tantum dos poderes de gestão do gerente geral de agência, que, no caso, restou afastada pela prova produzida nos autos. O referido verbete sumular mostra-se, inclusive, inespecífico ao caso dos autos, pois trata apenas da presunção relativa dos poderes de gestão, enquanto que a decisão regional, mantida pela Turma de origem, foi proferida com base na prova testemunhal, que afastou essa presunção. Incidência da Súmula nº 296 do TST. Recurso de embargos não conhecido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 48000-86.2005.5.04.0303, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/09/2012, Data de Publicação: 14/09/2012). Ou ainda: RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. CARACTERIZAÇÃO. GERENTE DE AGÊNCIA OU GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. 1 - Mostra-se imprópria a alegação de ofensa ao art. 62, II, da CLT em decorrência da redação do art. 894, II, da CLT conferida pela Lei 11.496/2007, que excluiu das hipóteses de cabimento dos embargos a violação a preceito de lei. 2 - De acordo com entendimento desta SBDI-1, expresso, entre outros, no julgamento do E-ED-RR-190240-51.2003.5.05.0009, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 18/5/2012, pode o bancário ser enquadrado como gerente-geral de agência ainda que detenha poderes de mando e gestão com certas limitações, embora se revele crucial que este empregado não esteja sujeito a controle de jornada. No caso, a Turma deixou assentado que a Corte de origem reconhecera o exercício pelo reclamante do cargo de gerente bancário enquadrado na hipótese do art. 224, § 2.º, da CLT e não do art. 62, II, da CLT, apesar de denominado gerente-geral, sendo enfática ao aludir que ele auferia remuneração em valor inferior ao do gerente adjunto, não detinha poder para sozinho efetuar liberação de créditos, não tinha como subordinados os outros gerentes e ostentava, pela procuração firmada, os mesmos poderes do gerente adjunto e de outro bancário indicado pela administração da agência. Entretanto, nada foi mencionado acerca da existência ou não de controle de jornada. Sendo o Tribunal Regional soberano na análise dos fatos e provas, tal como referido na decisão ora embargada, a conclusão acerca de eventual contrariedade à Súmula 287 do TST só seria alcançada mediante reexame do contexto fático e probatório dos autos, tarefa de que não se ocupa a instância extraordinária, nos termos da Súmula 126 do TST. Em vista disso, inviável o reconhecimento de contrariedade à Súmula 287 do TST. [...] Recurso de embargos não conhecido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 75200-97.2003.5.04.0025, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 16/08/2012, Data de Publicação: 24/08/2012).

[dclxiii] Nesse sentido: TST, SDI 1, ERR-303642/96, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJU 4/2/00, Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 357.

[dclxiv] Nesse sentido, a Súmula 437, II do TST é conclusiva: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”.

[dclxv] Em edições anteriores, já sustentávamos que a circunstância de o valor da hora extra ter sido considerado como parâmetro justo para o valor da sanção longe está de ter essa conseqüência: a hora trabalhada é remunerada porque foi hora de efetivo trabalho; a de intervalo, por outra causa, vale dizer, pela

causa oposta. Ademais, a interpretação literal do artigo 71, §4º, da CLT dispensa até mesmo a máxima *in dubio pro misero* ao impor a sanção correspondente à remuneração da hora *com* o adicional.

[dclxvi] Em edições anteriores, sustentamos, sem êxito, que o tempo de intervalo a ser remunerado, com o adicional de 50%, seria o tempo que faltaria para completar o intervalo mínimo. Assim se daria, a nosso sentimento, a forma mais justa de aplicar a sanção legal, pois resulta injusto que o empregador flagrado ao conceder intervalo quase completo seja punido com o mesmo rigor aplicado àquele que não concedeu intervalo algum. Mas o TST vem decidindo, como visto, que o pagamento *total* do tempo de intervalo (vale dizer, o pagamento de uma hora, com o adicional, para os empregados que cumprem jornada de mais de seis horas) deve ocorrer mesmo quando o empregador concede parte desse intervalo.

[dclxvii] [(12h – 8h) + (15h – 14h) + (18h – 15h)] = [4 horas + 1hora + 3horas] = 8horas

[dclxviii] *Op. cit.* p. 348.

[dclxix] Por exemplo, se o empregado trabalha diariamente das 6h às 22h, o seu intervalo entre jornadas é de oito horas e, por isso, as três primeiras horas de trabalho são extraordinárias. A prevalecer o fundamento que propúnhamos, a jornada normal se iniciaria às 9h e em vez de as horas extras serem computadas a partir das 14h (oitava hora diária de trabalho), haveria horas extras somente a partir das 17h (oitava hora após as 9h). Para a jurisprudência prevalecente, seria válido afirmar a existência, no exemplo dado, de três horas extras ao início da jornada e mais oito horas extras ao final, aquelas e estas por motivos diferentes.

[dclxx] *Apud* MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.* p. 486.

[dclxxi] Como nota Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 487), dispuseram sobre o descanso semanal e em feriados as constituições de 1934 (artigo 121, §1º, e), de 1937 (art. 137, d) e, assegurando não só o descanso semanal e feriados, mas a sua remuneração, as constituições editadas em 1946 (art. 157, VI) e em 1967 (art. 158, VII; EC n. 1/69: art. 165, VII). A Constituição de 1988 assegura a remuneração do repouso semanal, mas não se reporta aos feriados.

[dclxxii] Decreto 27.048, de 12.08.49.

[dclxxiii] A autorização expressa era exigida, anteriormente, pelo artigo 68 da CLT.

[dclxxiv] A escala de revezamento é exigida no artigo 6º, §2º, do Decreto 27.048/49, que regulamenta a Lei 605/49. Este dispositivo ressalva, apenas, os elencos teatrais e congêneres.

[dclxxv] Exemplos: Lei 662/49: 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro; Lei 1266/50: 21 de abril; Lei 6802/80: 12 de outubro.

[dclxxvi] O §1º do citado artigo 6º da Lei 605/49 enumera os motivos justificados para a falta ao trabalho (art. 473 da CLT, ausência justificada a critério da administração da empresa, paralisação do serviço por conveniência do empregador, casamento do empregado e acidente de trabalho), prescrevendo o §2º que o atestado médico que autoriza essa falta deve ser emitido por médico do INSS ou, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria, de médico da empresa etc. Essa ordem de preferência dos atestados médicos deve ser observada, como recomenda a Súmula n. 15 do TST.

[dclxxvii] O artigo 11, §4º, do Decreto 27048/49 é elucidativo: “Para os efeitos do pagamento da remuneração, entende-se como semana o período de segunda-feira a domingo, anterior à semana em que recair o dia de repouso definido no art. 1º”.

[dclxxviii] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 103. O autor faz remissão a obra (“Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais”) que

escreveu em conjunto com Carlos Ayres Britto.

[dclxxix] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* p. 103.

[dclxxx] Cabe recordar que *mensalista* e *quinzenalista* não são os empregados que recebem ao final do mês ou da quinzena, respectivamente, mas, sim, aqueles cujo salário é calculado na proporção do mês ou da quinzena completa de trabalho.

[dclxxxi] No julgamento de um dos vários casos-líderes, que deram ensejo à orientação jurisprudencial n. 93, acima referida, o Ministro Vantuil Abdala, então relator do processo, asseverou, contra o argumento de empregadora que insistia em pagar apenas a dobra da remuneração do repouso: "Aduz (a empregadora) que o v. acórdão embargado, ao desconsiderar que o repouso semanal já está incluído no pagamento mensal, e determinar o seu pagamento em dobro, acabou permitindo o pagamento triplo do pagamento do repouso semanal remunerado trabalhado. Sem razão a recorrente. Em primeiro lugar, não vislumbro qualquer vulneração ao art. 9º da Lei nº 605/49. Isto porque a melhor interpretação do referido dispositivo legal é exatamente no sentido de que deve ser paga em dobro a remuneração do trabalho realizado em dia feriado. Ademais, a "mens legis" é no sentido de que o empregado descanse pelo menos 01 (um) dia em cada semana. Assim, não se concebe que fosse estabelecer a lei o pagamento do trabalho em dia que deveria ser destinado ao repouso, da mesma maneira que o trabalho realizado em dias normais. A remuneração dobrada do dia de repouso trabalhado atende à "mens legis", servindo de desestímulo a que o empregador descumpra a lei, impondo ao empregado o trabalho em dia que devia ser destinado ao repouso. Aliás, não fosse assim, sequer estar-se-ia respeitando o mandamento constitucional (art. 7º, inciso XVI) que determina o pagamento das horas extras com adicional de 50%. Isto porque quando se trabalha a semana toda e mais ainda no dia de repouso, estar-se-á trabalhando mais de 44 horas na semana, e, portanto, trabalhando em horas extraordinárias. Por essas razões não se vislumbra qualquer vulneração ao art. 9º da Lei nº 605/49 ou atrito com o Enunciado 146/TST".

[dclxxxii] Súmula 444 DO TST: "JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É valida, 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".

[dclxxxiii] [jornada comum: 44 h/sem x 4.28 sem/mês = 188,32] > [regime 12 x 36: 12 h x 15 dias = 180 h/mês]. A diferença de 8,32 horas não seria suficiente para compensar todos os possíveis feriados intercorrentes aos meses de trabalho.

[dclxxxiv] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 367.

[dclxxxv] *Vide* artigos 471 e seguintes da CLT. Quando a execução do contrato é suspensa, tanto no tocante à prestação de trabalho quanto no que tange à contraprestação salarial, diz-se que há *suspensão* (ou *suspensão total*), e não *interrupção* do contrato.

[dclxxxvi] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 371.

[dclxxxvii] A norma é aparentemente proibitiva, mas a própria caracterização como *norma* é relativizada pelo fato de não haver sanção prevista contra o empregado que a descumprir, trabalhando para outro empregador em meio a suas férias.

[dclxxxviii] Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 165.

[dclxxxix] Trecho do precedente TRT, 2ª Região, RO 02910158424, Ac. 2ª Turma 02930226409, Rel. Juiz

Ricardo César Alonso Hespanhol, DJ-SP 2/8/93, p. 348. *Apud* MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* p. 166. Nesse mesmo sentido: EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. ACRÉSCIMO DE UM TERÇO. CF, ARTIGO 7º, XVII. FÉRIAS NÃO USUFRUÍDAS ANTE A CONCESSÃO DE LICENÇA REMUNERADA POR MAIS DE TRINTA DIAS. PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA POR FORÇA DE INTERDIÇÃO JUDICIAL. A concessão de licença remunerada superior a trinta dias (CLT, artigo 133, inciso II) não elide o direito à percepção do adicional à remuneração das férias, consagrado no artigo 7º, inciso XVII, da Carta Magna vigente, de, -pelo menos, um terço a mais do que o salário normal", porque à época em que editado o Decreto-lei 1.535/77, que conferiu nova redação à aludida regra legal, era assegurado ao trabalhador o direito tão-somente às -férias anuais remuneradas- (CF/69, art. 165, VIII), sem a vantagem pecuniária prevista no citado artigo 7º, inciso XVII, da CF/88. Assim, não tem aquela norma consolidada o condão de retirar do trabalhador - notadamente no caso em que esse se viu impelido, por força de interdição judicial da empresa, a licenciar-se - o direito ao terço constitucional, principalmente se examinada a questão sob a perspectiva da ampliação do rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, instituída pela Carta Política vigente. Precedentes desta SDI-1/TST e da Suprema Corte. Recurso de embargos conhecido e provido" (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR - 42700-67.2002.5.02.0251 , Relatora Ministra Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 24/05/2012, Data de Publicação: 28/09/2012).

[dcxc] Em sentido contrário: "I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - AFASTAMENTO DO TRABALHO POR MAIS DE SEIS MESES. DIREITO A FÉRIAS. Constatada possível violação do art. 133, IV, da CLT, merece provimento o Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. II - RECURSO DE REVISTA. AFASTAMENTO DO TRABALHO POR MAIS DE SEIS MESES. DIREITO A FÉRIAS. Por força do Decreto nº 3.197/99 a Convenção 132 da OIT passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio. Ocorre que referida norma não derrogou o art. 133, IV, da CLT, porquanto a sua aplicação depende, no ponto em comento, de condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, conforme estabelecido na sua cláusula quarta. Recurso de revista conhecido e provido (TST, 8ª Turma, RR 153940-68.2005.5.05.0511, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 02/02/2011, Data de Publicação: 04/02/2011).

[dcxci] Por exemplo: Início do período aquisitivo em 05/maio/94; início da prestação do serviço militar em 05/set/94. Ao receber a baixa, o empregado terá direito a contar esses quatro meses em seu período aquisitivo, que voltará a fluir a partir do retorno do empregado à empresa, desde que tal retorno se dê em até noventa dias a partir da baixa no serviço militar.

[dcxcii] Artigo 136, §§ 1º e 2º, da CLT.

[dcxciii] *Op. cit.* p. 145. Valentin Carrion sustenta, a nosso sentir com razão, a possibilidade de se aplicarem sanções genéricas, inclusive as do artigo 483 da CLT (justa causa do empregador), na hipótese de o empregador violar o preceito alusivo à coincidência entre as férias do empregado menor e as suas férias escolares.

[dcxciv] *Apud* Valentin Carrion, *op. cit.*, p. 144.

[dcxcv] Carteira de Trabalho e Previdência Social.

[dcxcvi] *Vide* artigo 41 da CLT.

[dcxcvii] Súmula 12 do TST: "As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*".

[dcxcviii] Sérgio Pinto Martins (MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* p. 169) defende o contrário, ou seja, que a desobediência do empregador não acarreta a nulidade das férias se o empregado as gozar

efetivamente, mesmo sem ter sido delas avisado, com a antecedência legal.

[dcxcix] Na íntegra: RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. FÉRIAS. ACRÉSCIMO DE 1/3 SOBRE O ABONO PECUNIÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 143 DA CLT. A Colenda Turma decidiu que o abono pecuniário não deve sofrer o reflexo do terço constitucional, que compõe a remuneração das férias, pois há de equivaler à remuneração do trabalho nos dez dias a que de fato corresponde. Em rigor, o art. 143 da CLT comporta interpretação - a um só tempo sistemática e histórica - na direção de não permitir que a vontade constitucional eleve, por via oblíqua, o valor do abono pecuniário, quando em verdade a intenção do constituinte fora a de evitar que o abono pecuniário fosse necessário para o empregado financiar o seu lazer em meio às férias. Acresceu à remuneração das férias o valor equivalente ao antigo abono, mas o abono subsistiu na ordem jurídica infraconstitucional. Prevalece, por conseguinte, o entendimento sufragado pelo acórdão turmário, qual seja, o de que o abono pecuniário previsto no art. 143 da CLT deve equivaler à remuneração do trabalho nos dias a que ele corresponde, sem o acréscimo ou o reflexo de 1/3 que incide sobre a remuneração de todo o período de férias (inclusive sobre os dias de férias convertidos em pecúnia). Embargos conhecidos e não providos (TST, SBDI-1, E-RR-585800-56.2007.5.12.0026 , Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/02/2012, Data de Publicação: 02/03/2012).

[dcc] Cf. CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 224.

[dcci] *Vide* artigo 145 da CLT.

[dccii] *Vide* Súmula 81 do TST: “Os dias de férias, gozadas após o período legal de concessão, deverão ser remunerados em dobro”.

[dcciii] *Vide* artigo 139, §§2º e 3º, da CLT e, quanto ao carimbo, artigo 141.

[dcciv] *Op. cit.* p. 386.

[dccv] A Súmula 261 do TST ganhou nova redação a pretexto de a Convenção 132 da OIT prescrever férias proporcionais incondicionalmente. Ao analisarmos a Convenção 132, ainda neste capítulo, consignaremos nossa divergência a esse entendimento. Ver também: CARVALHO, Augusto César Leite de. “Férias na CLT e na Convenção 132 da OIT: Normas Parcialmente Antinômicas”. In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo. Coordenador Florisbal de Souza Del’Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 107-124.

[dccvi] Nesse sentido: TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR - 1007356-10.2003.5.04.0900, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 25/02/2010, Data de Publicação: 05/03/2010.

[dccvii] Contra o direito do doméstico a férias proporcionais: “EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. Indevido o pagamento das férias proporcionais aos domésticos, bem como a Constituição Federal não lhe asseguram tal vantagem. Embargos providos” (TST, SBDI I, ERR 324225/96, Red. Min. Vantuil Abdala, j. 27/03/2000, DJ 26/05/2000, p. 339). Contra o direito também às férias em dobro: TST, 5ª Turma, RR 374902/97, Rel. Juiz Convocado Guedes de Amorim, j. 21/02/2001, DJ 16/03/2001, p. 870.

[dccviii] RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. ACÓRDÃO TURMÁRIO COMPLEMENTAR PUBLICADO EM 06/06/2008. EMPREGO DOMÉSTICO. FÉRIAS. DOBRA LEGAL DEVIDA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICABILIDADE. 1. A mais moderna jurisprudência desta SDI-1 tem o firme entendimento de que é mera decorrência do princípio da igualdade e da proteção à dignidade

da pessoa humana, erigidos como pilares do ideário da República Federativa do Brasil, o reconhecimento de que os empregados domésticos têm o direito à dobra legal pela concessão das férias após o prazo. Precedentes: (TST-E-RR-1877/2002-441-02-00.5, Ministro Rela-tor Lelio Bentes Corrêa, DJ de 22/02/2008; TST-E-RR-733/1994-302-01-00.5, Mininstro Relator Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ de 06/06/2008; E-RR-1053/2003-052-15-00, Ministro Relator HORÁCIO SENNA PIRES, DJ - 29/08/2008). 2. Desse entendimento não discrepou o acórdão turmário. 3. Recurso de Embargos conhecido e desprovido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 737500-65.2001.5.12.0034, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 22/09/2008, Data de Publicação: 26/09/2008).

[dccix] EMBARGOS. EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DEVIDAS. 1. A Constituição da República, por força do disposto no parágrafo único do artigo 7º, estendeu aos empregados domésticos a garantia ao gozo de férias anuais remuneradas previsto no inciso XVII do indigitado dispositivo constitucional. Tal garantia abrange, por óbvio, tanto o direito à percepção do valor correspondente ao período integral de férias quanto o proporcional. 2. Frise-se que, nos termos da Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e incorporada à ordem jurídica interna por meio do Decreto n.º 3.197 de 5.10.1999, o direito às férias remuneradas é assegurado a todas as categorias de empregados não excepcionadas pela própria norma (marítimos) ou por declaração expressa produzida no ato de ratificação. O Brasil ratificou o instrumento declarando o aplicável aos empregados urbanos e rurais, sem consignar qualquer exceção. Tal convenção assegura, no seu artigo 4.º, § 1.º, o direito à percepção do valor correspondente às férias, proporcionalmente ao período trabalhado. 3. Recurso de Embargos conhecido e não provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 187700-13.2002.5.02.0441 , Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 11/02/2008, Data de Publicação: 22/02/2008).

[dccx] Quanto à prescrição, é sempre prático observar se há dois anos entre a cessação do contrato e o ajuizamento da ação. Se há, todo o contrato está prescrito, inclusive no tocante às férias. Se não há, consulta-se apenas a prescrição qüinqüenal, esquecendo-se a bienal. Artigo 7º, XXIX, da Constituição.

[dccxi] Com a intenção de conceituar *relação jurídica*, Orlando Gomes observa que pode ser ela encarada em dois aspectos: como o *vínculo* entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um deles, ou os dois, a ter certo comportamento, ou, simplesmente, o poder direto de uma pessoa sobre uma determinada coisa; ou como o *conjunto dos efeitos jurídicos* que nascem de sua constituição, consistentes em direitos e deveres – com estes, entretanto, não se confundindo. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 81.

[dccxii] WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 48

[dccxiii] CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica:* ensaio sócio-semiológico. Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 223. Correas diz isso e completa: "A Sociologia mais plausível postula que seu objeto de estudo é a ação com sentido (Weber, notoriamente), ou que é a exposição das relações sociais que não aparecem (Marx, notoriamente). Em ambos os casos, estamos ante pretensões científicas que tentam ir além dessa vulgaridade que, às vezes, é confundida com o melhor positivismo. A Sociologia que tem por tarefa construir, em discursos plausíveis, a descrição do ***substratum*** chamado 'relações sociais' é uma sociologia que vale a pena praticar. Mas isto significa, ao mesmo tempo, a desconstrução do discurso vulgar ou cotidiano que descreve a aparência das relações sociais. O que aparece no direito como descrição apenas diz respeito a esta forma de aparecer das relações sociais à consciência comum, que se fosse verdadeira tornaria desnecessária a ciência. Contudo, a Sociologia não pode prescindir do discurso descritivo da aparência porque este discurso é a descrição das relações sociais tal qual estas aparecem. Esta é a forma de aparição do ***substratum***. O sociólogo, portanto, não pode falar de relações

mercantis sem partir da forma como elas aparecem, isto é, juridicamente, como contratos. Não é possível identificar uma ação qualificável de intercâmbio sem referir-se a uma conduta que se denomina contrato".

[dccxiv] Com base no modelo marxista de intercâmbio entre mercadorias, Óscar Correas (*op. cit.* p. 249) anota que "na superfície da sociedade mercantil existe a vontade, se vê a vontade. Contudo, isto é apenas a aparência. Em realidade, a relação social mercantil, que não se vê, é uma relação entre mercadorias que necessitam destes porta-vozes que são os indivíduos que fazem aparecer, no mercado, o valor que as mercadorias já têm. O aparente, então, é a vontade, ou, dito de outro modo, a vontade é a aparência, a maneira através da qual o valor das mercadorias aparece no mercado. Não há outro modo de fazê-lo aparecer [...]"

[dccxv] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 350. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19.

[dccxvi] *Op. cit.* p. 351.

[dccxvii] *Op. cit.* pp. 351-353.

[dccxviii] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961. p. 447. São pinçadas desta mesma obra os excertos ainda transcritos, sobre a natureza do liame empregatício.

[dccxix] *Op. cit.* p. 451.

[dccxx] *Vide* art. 7º, XI, da CF.

[dccxxi] *Op. cit.* p. 454. O autor dá ênfase à doutrina de Erich Molitor.

[dccxxii] *Op. cit.* p. 454.

[dccxxiii] *Op. cit.* p. 455.

[dccxxiv] CLT em debate: anais do Congresso Comemorativo do Cinqüentenário da Consolidação das Leis do Trabalho, LTr, 1994, p. 26.

[dccxxv] MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991, p. 274.

[dccxxvi] Cf. MORAES FILHO, Evaristo, *op. cit.*, p. 280.

[dccxxvii] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2000. p. 181.

[dccxxviii] Consultar, sobre a diferença entre o emprego e os contratos afins, por exemplo: Evaristo Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes (*Op. cit.*, p. 278), José Augusto Rodrigues Pinto (*Op. cit.*, 175), Orlando Gomes e Elson Gottschalk (em GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 133), Manuel Cândido Rodrigues (em RODRIGUES, Manuel Cândido. Contrato de trabalho. Contratos afins. Contratos de atividade. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 402) e Martins Catharino (em CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.* São Paulo : Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 275).

[dccxxix] O *contrato de prestação de serviço* é outro tipo contratual que, a bem dizer, inexiste, pois *presta serviço* o empregado, o empreiteiro e o trabalhador eventual. Não há, no direito civil, a denominação de algum contrato típico como contrato de prestação de serviço.

[dccxxx] Capítulo VII do Título VI da Parte Especial, artigos 593 a 609.

[dccxxxi] Nesse sentido é elucidativo o preceito do art. 593 do Código Civil: “

[dccxxxii] *Apud* MORAES FILHO, Evaristo. *Op. cit.* p. 279.

[dccxxxiii] CATHARINO, *Op. cit.*, p. 284.

[dccxxxiv] PINTO, José Augusto Rodrigues, *Op. cit.*, p. 179.

[dccxxxv] Cf. Eduardo Espínola, *apud* Manuel Cândido Rodrigues, *Op. cit.*, p. 433.

[dccxxxvi] Cf. Eduardo Espínola, *apud* Manuel Cândido Rodrigues, *Op. cit.*, p. 433. O autor se refere ao mandato sem representação, mas a doutrina também admite a representação sem mandato, como exemplificam Gomes e Gottschalk (*op. cit.* p. 138).

[dccxxxvii] Cf. Gomes e Gottschalk, *Op. cit.*, p. 138.

[dccxxxviii] Cf. MORAES FILHO, Evaristo, *Op. cit.*, p. 283.

[dccxxxix] *Op. cit.* p. 180.

[dccxl] O art. 3º, §2º, da Lei 8.078/90 esclarece: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”.

[dccxli] TST, 6ª Turma, RR - 674/2006-701-04-00.0, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 03/06/2009, DEJT 12/06/2009; TST, 1ª Turma, RR - 1110/2007-075-02-00.5, Min. Lelio Bentes Corrêa, j. em 20/05/2009, DEJT 05/06/2009; TST, 2ª Turma, RR - 754/2005-012-04-00.0, Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes j. em 22/04/2009, DEJT 22/05/2009.

[dccxlii] CATHARINO, José Martins. *Op. cit.* p. 263. O autor esclarece o porquê da distinção entre contratos nominados e inominados, no direito romano: "aos primeiros correspondia ação especial, enquanto aos segundos apenas ação geral *praescriptis verbis*. Além disso, a resolução dos nominados ficava sujeita a acordo dos contratantes, mas a inexecução por parte de um assegurava ao outro o direito de compeli-lo ao cumprimento do contrato, e não o de terminar o contrato por resilição unilateral. Quando se tratava de *inominados*, o contratante fiel podia optar entre a *actio praescriptis verbis*, para obter a execução forçada do outro, ou exigir a restituição das prestações já efetuadas, segundo a regra *condictio causa data causa non secuta*, e não por força de vinculação volitiva".

[dccxliii] Cf. De La Cueva. *Op. cit.* p. 454.

[dccxliv] *Op. cit.* p. 222.

[dccxlv] Ao explicar a expressão *mistura contratual*, Martins Catharino diz: "Por mais numerosos que sejam os contratos nominados e qualificados, com a crescente complexidade da vida social sempre surgem contratos ourtos, inominados ou atípicos, puros e impuros ou 'mistos'. [...] Realmente, nada impede que os contratantes misturem, por ser de suas vontades e interesses, elementos de dois ou mais contratos nominados e qualificados. No particular, a autonomia volitiva ainda impera". Cf. CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 295.

[dccxlvi] Salvam-se exceções relativas a contratos especiais, como o de marítimo e o de atleta profissional, e outras pertinentes a cláusulas específicas, como a de compensação de jornada.

[dccxlvii] Exemplos de contratos reais: mútuo, comodato etc. Embora tenhamos optado por uma classificação única, usa-se dizer que os contratos que antagonizam com os reais são os pessoais. A nossa opção se deve ao fato de os contratos consensuais serem, em regra, pessoais.

[dccxlviii] Artigo 1092 do Código Civil de 1916.

[dccxlix] Cf. Arnoldo Wald (*Op. cit.* p. 166). Ensina o autor: “o contrato aleatório é o contrato oneroso em que uma ou ambas as prestações são incertas. A incerteza pode referir-se seja à própria existência da prestação, seja ao seu valor. Contrato aleatório é, por excelência, o de seguro, em que a prestação do segurado é certa e a do segurador é incerta, dependendo da realização de uma condição".

[dccl] Assim sucedeu, por algum tempo, enquanto a jurisprudência foi dócil à elevação do padrão salarial do empregado nas hipóteses em que este era obrigado a usar o *BIP*, além da sua jornada normal. Sobre o mais, Márcio Túlio Viana anota: "[...]) hipótese interessante é a do vigilante, obrigado a correr riscos que hoje são quase inerentes, por assim dizer, à atividade de certas empresas... E já que tocamos no assunto, enfrentemos a pergunta: poderá ele resistir, não enfrentando o perigo? Se o perigo for grave, entendemos que sim: o salário não o contrapresta" (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p 205). Em outro trecho, o mesmo autor, agora secundando Clóvis Salgado, refere-se à possibilidade de o empregado se valer do art. 460 da CLT para pleitear o arbitramento de um novo e mais alto nível de salário quando é, em meio ao contrato, aumentada a intensidade de seu trabalho (p. 272).

[dccli] Alguns civilistas criticam a *imprevisão* como um pressuposto necessário à revisão dos contratos, que objetiva o restabelecimento do equilíbrio contratual. Mas é certo que o artigo 478 do novo Código Civil está a consagrar a teoria da imprevisão.

[dcclii] Tratando da extensão desse princípio ao servidor público, o STF entendeu que não havia proteção constitucional que assegurasse irredutibilidade de valor real, pois protegido somente o valor nominal (STF, RE 163851/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/5/94, DJ 25/11/94). Mas há, também, decisão em sentido contrário (STF-2ª. T., RE 193285/RJ, Min. Marco Aurélio, j. 16/12/97, DJ 17/4/98, p. 17).

[dccliii] ROMITA, Arion Sayão. O princípio da equivalência das prestações na execução do contrato de trabalho. *Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano I, n. 1, p. 157, abr./jun. 1988.

[dccliv] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito.* Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

[dcclv] Conforme propõe Carnelutti (*Op. cit.*, p. 70), *princípio* e *evento* são termos que pertencem à terminologia do *fato; causa* e *efeito*, à terminologia da *relação.*

[dcclvi] Sobre os fatos com causa interna, Carnelutti (*op. cit.* p. 76) explica que há entes com capacidade própria para se transformarem; os fatos têm causa externa quando a transformação "resulta, não já de um ente apenas, mas da combinação de um ente com outro".

[dcclvii] Carnelutti (*op. cit.* p. 404) preferia, com ainda maior rigor, chamar *elementos* os requisitos internos, que são intrínsecos aos atos e que são, por ele mesmo, tratados como *requisitos dinâmicos*, dizendo serem *circunstâncias* os requisitos externos, por "serem extrínsecas à estrutura do fato, isto é, ao ciclo de situações sucessivas que o constituem, ou seja, aquém da situação inicial ou além da situação final".

[dcclviii] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* p. 322. O autor faz remissão a Betti.

[dcclix] Nada obstando, porém, que uma mutação complexa se possa revestir de caráter espacial e formal. Assim se dá com o fato em geral, não apenas com o fato em sentido estrito.

[dcclx] O *fato jurídico temporal* (*omissivo*) mais conhecido é a prescrição.

[dcclxi] O exemplo de *fato jurídico espacial* seria o imposto progressivo, "segundo o qual o simples aumento de riqueza, independentemente da sua transformação, produz uma alteração de certas situações jurídicas tributárias" (Carnelutti. *op. cit.* p. 337).

[dcclxii] Com Orlando Gomes (em Introdução do Direito Civil, p. 336), é possível dizer que se emprega em duplo sentido o vocábulo *forma:* "No primeiro é a própria expressão do ato; no segundo, a veste externa da declaração de vontade". Carnelutti (*op. cit.* p. 333) observa, com acuidade, que "quando pensamos num fato jurídico, logo nos vem a mente a transformação em que se traduz o *fato formal*. Um homicídio, um furto, uma venda, um testamento, uma sentença antolham-se nos fatos jurídicos na medida em que, através deles, se muda a forma do mundo exterior".

[dcclxiii] *Op. cit.* pp. 412-425.

[dcclxiv] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 366.

[dcclxv] Artigos 5º e 6º do Código Civil de 1916. No primeiro desses dispositivos prescreve-se que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, assim declarados por ato judicial. No artigo seguinte, que são incapazes, relativamente a certos atos, os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas.

[dcclxvi] Conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98.

[dcclxvii] *Op. cit.* p. 367.

[dcclxviii] Assim, não nos parece que a representação do menor absolutamente incapaz seja inviável em razão da pessoalidade da prestação laboral, como defendem autores de nomeada, mas de negação da capacidade jurídica, pura e simplesmente.

[dcclxix] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 162.

[dcclxx] TST, 2ª T., Proc. n. RR 2169/87, Rel. Min. Aurélio Mendes de Oliveira, Decisão em 17/11/97, DJ 12/02/88, p. 2109.

[dcclxxi] Cf. RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285.

[dcclxxii] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 376.

[dcclxxiii] O *fato jurídico* é, no nosso caso, a relação de emprego.

[dcclxxiv] Artigo 145 do Código Civil de 1916, que não fazia alusão ao objeto *indeterminável*.

[dcclxxv] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 377.

[dcclxxvi] *Op. cit.* p. 326.

[dcclxxvii] Conforme Orlando Gomes (em Introdução ao Direito Civil, p. 238), *negócio jurídico* é "toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondente ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei".

[dcclxxviii] *Op. cit.* p. 165.

[dcclxxix] Embora devamos estudar a *causa* mais adiante, cabe aqui transcrever a pertinente observação de Carnelutti (*Op. cit.* p. 376): "[...] Esse erro consiste em ter confundido o objeto com a causa, isto é, e em substância, o bem com o interesse [...]. É certo que a distinção entre os dois requisitos pode ser delicada e difícil de descobrir; mas existe. Assim e nomeadamente a compra e venda de um homem é viciada não de ilicitude da causa mas de incomerciabilidade do objeto; vice-versa, o vício é causal no contrato de meretrício, pois o corpo humano [...] não é afetado de uma incomerciabilidade total e pode, portanto, ser objeto de obrigações; o interesse que aqui constitui o conteúdo da obrigação é que é de natureza tal que a norma não permite a sua tutela".

[dcclxxx] Em razão da diferença de tratamento dispensada à matéria pelo professor Rodrigues Pinto, sustenta este autor, ao versar sobre os efeitos da nulidade conseqüente de objeto ilícito (*op. cit.* p. 191), que "se o empregado conhece a atividade de contrabando e para ela não contribui diretamente, pois apenas faz a limpeza do recinto onde se realiza, [...] deve preservar-se da retroação apenas a contraprestação salarial, correspondendo diretamente à energia utilizada pelo empregador, visto ter sido passiva a postura do empregado e não contributiva, diretamente, para o resultado ilícito do empreendimento". Como o mestre baiano está usando, a título de exemplo, uma *empresa dedicada à prática de contrabando sob a dissimulação de uma atividade comercial comum*, parece-nos que há causa ilícita, ou mesmo falsa causa, não podendo ser nulo o ato por ilicitude de seu objeto.

[dcclxxxi] Entendimento contrário: sobre a ilicitude do contrato nas hipóteses de jogo do bicho, ver orientação jurisprudencial n. 199 do TST.

[dcclxxxii] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

[dcclxxxiii] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 383.

[dcclxxxiv] Menores que já o eram na situação inicial, ou seja, antes de se constituir a obrigação trabalhista, por isso se cuidando de requisito estático ou *pressuposto.*

[dcclxxxv] Algumas outras restrições eram impostas às mulheres, mas a Lei 9799/99, porventura inspirada no princípio da isonomia, alterou o artigo 373 da CLT, dando-lhes tratamento apenas protetivo.

[dcclxxxvi] *Op. cit.* p. 149.

[dcclxxxvii] A nosso pensamento, a referência aos preceitos contidos na CLT é resultante de uma primeira pretensão, logo malograda, de integrar toda a ordem jurídica trabalhista no texto consolidado e, por isso, não impede que se aplique a pena máxima da nulidade nas hipóteses em que o preceito violado está contido em outra norma trabalhista.

[dcclxxxviii] Consoante reza o art. 145, V, do Código Civil.

[dcclxxxix] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 414.

[dccxc] Cf. Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil.* p. 334.

[dccxci] *Op. cit.* p. 334. O exemplo do autor não é rigorosamente este, mas serve de inspiração.

[dccxcii] O Código Civil de 1916 denuncia a índole positivista de seus autores, quando abstrai da *causa* para regular apenas os elementos seguintes da forma, quais sejam, a *vontade* e a *declaração da vontade.* Desse modo, opera o legislador com categorias jurídicas que se elevam a um segundo grau de abstração (não há referência a modelos de condutas, mas a características ou elementos extrínsecos e comuns a todas as condutas possíveis), aproximando-se mais, assim, do seu ideal de conceber um sistema jurídico *completo*

e desapegado de referências metafísicas. Sobre essa concepção formalista do direito, que arrisca confundir o *justo* com o *legal*, é eloqüente o comentário de Clovis Bevilaqua, inserto em edição histórica do Código Civil, ao seu artigo 90: "Os motivos do acto são do domínio da psychologia e da moral. O direito os não investiga, nem lhes soffre influencia; excepto quando fazem parte integrante do acto, que appareçam como razão delle, quer como condição de elle dependa. Enquanto se mantém na esphera da elaboração interna, ou, ainda que manifestada, se não faz corpo com o acto, seria, realmente, perigoso considerar a falsa causa como viciadora da declaração. Por outro lado, é, muitas vezes, do interesse do agente não denunciar a causa do acto" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 338).

[dccxciii] Percebe-se, à simples leitura do artigo 92 do Código Civil de 1916, que não está ele a tratar da *causa*, vista esta como um dos requisitos do contrato. Em vez disso, cuida dos negócios jurídicos que têm o dolo a viciar a vontade, e não o interesse (ou seja, a causa) que, antes, teria estimulado o surgimento dessa vontade.

[dccxciv] Carvalho Santos (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado.* Vol. II. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1985. p. 324) refere-se ao testador que lega a Pedro uma casa e declara que o faz por este o ter salvado de um incêndio, quando foi Paulo quem o salvou. Orlando Gomes (*Op. cit.* p. 335), por seu turno, parece reportar-se à causa típica, quando diz que se nota a falsa causa quando há a utilização de negócio jurídico para alcançar resultado que só por outro tipo de negócio jurídico pode ser atingido (exemplo: a venda, com o real intuito de doar).

[dccxcv] Cf. Orlando Gomes. *Op. cit.* p. 335. Orlando Gomes observa que há, ainda, a *ausência de causa*, quando se usa contrato para fim que não corresponde à sua função (como ocorre quando se contrato seguro – que é contrato em que se transfere o risco de um sinistro involuntário – em hipótese em que não há risco), e o *vício na causa*, nos negócio em fraude a credores e nos lesivos por desproporção entre as prestações.

[dccxcvi] Irresistível é questionar, no tocante à sua estrutura lógica, a coerência interna do Código Civil de 1916, pois ao mesmo tempo em que nega à *causa* a relevância inerente aos elementos essenciais dos negócios jurídicos, estão de *causa* tratando alguns dos seus vários dispositivos que referem a *má-fé* (que é um conceito indeterminado não raro associado ao interesse ilícito) como elemento gerador de obrigação (arts. 513, 514, 546 e 547), também prevendo a invalidade dos contratos de seguro em que a causa típica (o interesse de transferir a outrem o risco de eventual sinistro) é ilícita ou inexistente (arts. 1440 e 1452). Em apoio à crítica a esse arraigado positivismo (que já dissemos derivar, ao que pensamos, de um anseio desmesurado pela completude do sistema jurídico), poderíamos redargüir que serão dificilmente anulados, sem remissão à ilicitude de sua causa, o contrato de seguro de vida de pessoa agonizante, firmado com o disfarçado interesse de sorver o dinheiro de seguradora, com a eventual leniência dos gestores desta, para tornar impenhorável o crédito a ser obtido por segurado (art. 649, IX, do CPC) que acaso se encontre em processo de insolvência; o contrato aleatório (celebrado conforme art. 1118 do Código Civil) de compra dos produtos de safra quando o real intuito é o de eliminar o comércio agrícola local. Sobre a falsa causa não expressa (o art. 90 do CC invalida somente a falsa causa *expressa*), o que dizer da doação que ocorreu para gratificar uma ação heróica em favor do doador, quando é dirigida, por equívoco, em favor de pessoa diversa da que cometeu o ato de heroísmo?

[dccxcvii] Pode-se imaginar, *v.g.*, o contrato de emprego firmado por pai e filho e por eles fielmente executado com o intuito, não revelado a terceiros, de assegurar a este último, mediante salário alto e diferenciado, crédito trabalhista que teria preferência em relação a outros créditos tributários ou quirografários, na iminente falência do pai-empregador (art. 449 da CLT). Percebe-se, nesse exemplo, que o motivo ilícito fora determinante para ambas as partes.

[dccxcviii] Como já havia antecipado, o interesse que move o empregador é ilícito quando ele pretende

utilizar o trabalho do empregado com a intenção de dar à vista uma atividade econômica aparentemente regular, mas que serve de fachada à sua prática ilícita. Relembre-se, *verbi gratia*, o proprietário de loja de utensílios domésticos que inclui entre os bens, que oferece ao comércio, as mercadorias que obtém por meio de descaminho ou contrabando; ou o titular de estabelecimento farmacêutico que disfarça, em sua drogaria, o mercado de substância entorpecente; ou ainda o titular de empresa hoteleira que a usa para a prática de rufianismo.

[dccxcix] Vale lembrar que a regra de a nulidade importar o retorno das partes ao *status quo ante* é, aqui, inaplicável, porque a restituição das partes à situação inicial é impossível, ante a inviabilidade de se restituir a prestação que coube ao empregado, qual seja, a disponibilidade de sua energia de trabalho.

[dccc] Diferente do ato contaminado de *nulidade*, que é declarada pelo juiz de ofício e tem efeito desde a constituição do vínculo (efeito *ex tunc*), o ato susceptível de *anulabilidade* somente pode ser anulado quando o juiz, para tanto, é provocado, surtindo efeito essa anulação a partir de quando é declarada (efeito *ex nunc*). Segundo Orlando Gomes (*Op. cit.* p. 365), há defeitos da vontade ou de sua declaração que não autorizam sua anulação, tais como a *transmissão inexata*, a *reserva mental* e a *vontade declarada por gracejo.*

[dccci] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* p. 365.

[dcccii] *Apud* Orlando Gomes. *Op. cit.* p. 365.

[dccciii] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 169.

[dccciv] Artigo 86 do Código Civil de 1916.

[dcccv] Segundo prevê o artigo 139 do Código Civil, o erro é substancial quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais (I); concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante (II); sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico".

[dcccvi] *Op. cit.* p. 327.

[dcccvii] Carvalho Santos (*Op. cit.* p. 328) acompanha crítica de Giorgi ao ressaltar que a ligação conceitual entre *erro* e *dolo* faz o dolo ter diminuta importância, porque "ou o erro de um contratante foi causa determinante do contrato, e será, por si mesmo, um meio de anulação, seja ou não procedente de dolo do outro; ou não foi causa determinante do ato e não dará lugar à anulação, nem como erro, nem como dolo". Mas o autor faz uma ressalva: "A verdade, porém, é que o ato pode não ser anulável por erro, como o que recai sobre qualidade acidental, e o ser por dolo".

[dcccviii] Não apenas anulável, como podemos notar ao estudo da prescrição trabalhista.

[dcccix] Artigo 102 do Código Civil de 1916.

[dcccx] *Op. cit.* p. 375.

[dcccxi] Além da fraude à lei, Rodrigues Pinto (*Op. cit.* p. 171) lembra que pode haver, também, a *fraude contra credores*, que é a diminuição maliciosa do patrimônio com o objetivo de prejudicar credores, sendo necessário que o credor lesado ajuíze a *ação pauliana* para anular a alienação fraudulenta; e a *fraude à execução*, que é alienação ou oneração de bens quando sobre eles pende ação fundada em direito real ou corre contra o devedor ação judicial que o faria insolvente (art. 593 do CPC), não necessitando o credor de ajuizar ação autônoma para o juiz declarar, no tocante a ele (ao credor), ineficaz o ato de alienação ou oneração do bem.

[dcccxii] Consoante reza o art. 147, II, do Código Civil, a fraude, em direito civil, acarreta a *anulabilidade* do ato. O art. 9º da CLT comina sanção mais forte, que é a *nulidade*.

[dcccxiii] *Vide* artigos 4º e 442 da CLT.

[dcccxiv] Conforme diz o art. 37, II, da Constituição, "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". O §2º do mesmo artigo 37 comina a nulidade do contrato que não observar tal exigência. Mas cabe ressaltar que essa exigência é imposta para a admissão em cargo ou emprego, não o sendo no tocante às *funções* de confiança ou exercidas pelos contratados "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX).

[dcccxv] *Vide* artigo 7º, XIII e XIV, da Constituição.

[dcccxvi] *Vide* artigo 477, §1º, da CLT.

[dcccxvii] No capítulo intitulado "Das Modalidades dos Atos Jurídicos", o Código Civil disciplina, a partir do art. 128, um terceiro elemento acidental, que é o *modo* ou *encargo*. O encargo não interfere nos efeitos do negócio jurídico, mas acrescenta-lhe outros. Normalmente, apresenta-se em doações ou cláusulas testamentárias, quando ao credor é imposta uma determinação acessória, que para alguns autores é uma contraprestação. Os civilistas que sustentam tratar-se de determinação acessória, que não se integra à estrutura do ato, defendem que o encargo somente pode estar presente em negócios jurídicos gratuitos.

[dcccxviii] *Rectius:* tempo determinado. Afinal, todo *prazo* é determinado; se há indeterminação, não há prazo.

[dcccxix] PINTO, Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 173.

[dcccxx] Evitamos, aqui, usar as expressões *contrato individual* e *contrato coletivo*, tanto porque a expressão *contrato coletivo* foi, e por vezes ainda é, compreendida como o gênero que corresponde às espécies convenção e acordo coletivo de trabalho, quanto porque os contratos plúrimos se distinguem dessas normas coletivas de trabalho, como adiante se exporá.

[dcccxxi] MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. p. 258.

[dcccxxii] RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 59.

[dcccxxiii] Ao estudarmos as condições de trabalho, no capítulo sobre *empregado* e no subtítulo dedicado à *não eventualidade*, cotejamos o trabalho eventual e o trabalho temporário, com maior profundidade.

[dcccxxiv] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 271.

[dcccxxv] Cf. ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. O contrato de experiência. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 460.

[dcccxxvi] Nélio Reis (*apud* Márcio Túlio Viana, *op. cit.*, p. 255) defende a possibilidade de o empregador submeter a promoção do empregado a período de experiência, que seria de no máximo um ano (art. 478, §1º, CLT) e desde que expresso o caráter transitório da promoção. Viana sustenta que esse período de experiência deve ser o de noventa dias (art. 445, parágrafo único, da CLT).

[dcccxxvii] *Vide* artigos de Arnaldo Süssekind (Revista LTr 62-04/443) e Arion Sayão Romita (Revista LTr 62-04/449), respectivamente contra e a favor da eficácia da Lei 9601/98.

[dcccxxviii] Neste sentido: TST, 2ª T., Rel. Min. Vantuil Abdala, Ac. 3444/95, Proc. 0121089/94, DJ 29.9.95, p. 32202; ou ainda: TST, 3ª T., Rel. Min. Expedito Amorim, Ac. 1068/91, Proc. 2008/80, DJ 12.6.81.

[dcccxxix] Pela compatibilidade: TST, 3ª T., Rel. Min. Coqueijo Costa, Ac. 3965/84, Proc. 1943/83, DJ 7.12.84. Entendendo ser fraudulento e, por isso, inválida a cláusula de experiência no contrato por obra certa: TST, 1ª T., Rel. Min. João Wagner, Ac. 3207/83, Proc. 3738/82, DJ 16.12.83.

[dcccxxx] *Op. cit.* p. 445.

[dcccxxxi] *Op. cit.* p. 446.

[dcccxxxii] *Op. cit.* p. 271.

[dcccxxxiii] Os arts. 46 e 47 da Lei 8213/91 tratam do cancelamento da aposentadoria por invalidez.

[dcccxxxiv] Para a doutrina e a jurisprudência espanholas, a alusão a uma data como termo final em contratos que têm termo final incerto (porque o seu término se dará com a realização de obra ou serviço, não necessariamente na data prevista) teria o caráter de mera orientação, pois deve prevalecer, como termo final do contrato, o dia em que realmente se concluir a obra ou serviço. Nesse sentido: Martin Valverde, Rodríguez-Sañudo e García, *Derecho del Trabajo*, p. 503 e Albiol, Camps, López e Sala, *Compendio de Derecho del Trabajo*, p. 187.

[dcccxxxv] A rigor, a *cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão* tornará devidos o aviso prévio e a indenização de valor equivalente a 40% do saldo do FGTS.

[dcccxxxvi] Em edições anteriores deste livro, preferimos adotar a distinção entre conteúdo e objeto do contrato a partir da acepção deste (do objeto) apenas como o que agora denominamos objeto mediato, ou seja, a coisa sobre a qual recai a prestação (objeto imediato). O conteúdo seria, assim, o conjunto de prestações. A necessidade de interagir mais intensamente com as disciplinas da grade acadêmica de direito civil nos convenceu à adoção dessa sistematização mais minudente, ao menos para que assim não se confundam os acadêmicos de Direito.

[dcccxxxvii] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

[dcccxxxviii] Cf. Sílvio Venosa, *op. cit.*, p. 13: “O objeto da relação obrigacional é a prestação que, em sentido amplo, constitui-se numa atividade, numa conduta do devedor. Nesse diapasão, importa não confundir a prestação, ou seja, a atividade do devedor em prol do credor, que se constitui no *objeto imediato* da obrigação. Em um contrato de mandato, por exemplo, o objeto imediato da prestação é a execução de serviços, atos ou atividades do mandatário em nome do mandante. Há, outrossim, um *objeto mediato* na prestação, que é nada mais nada menos que o objeto material ou imaterial sobre o qual incide a prestação. No contrato de mandato, no exemplo apresentado, o objeto mediato da prestação são os próprios serviços ou a própria atividade material desempenhada pelo mandatário, como a assinatura de uma escritura, a quitação dada etc.” Sem embargo, dissentimos do autor somente quanto à alusão ao objeto imediato como objeto da *prestação*, pois seguimos a orientação de Orlando Gomes, citado pelo próprio Venosa (p. 14), que se refere ao *objeto imediato* como objeto da *obrigação*, enquanto o *objeto mediato* seria objeto da *prestação*.

[dcccxxxix] *Op. cit.* p. 248.

[dcccxl] Neste sentido, Fabio Túlio Correia Ribeiro (RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. *Processo do trabalho básico:* da inicial à sentença. São Paulo: LTr, 1997. p. 98).

[dcccxli] STF, RE 238737, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 5-2/99.

[dcccxlii] RTJ 134/96. Também em igual sentido: RTJ 171/369.

[dcccxliii] VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 283.

[dcccxliv] Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. MAJORAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NORMA COLETIVA. ACRÉSCIMO SALARIAL EM O PERCENTUAL INFERIOR À JORNADA CORRESPONDENTE. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. O Regional considerou ilícita a alteração contratual decorrente da negociação coletiva, pois não preservou os direitos mínimos dos trabalhadores, revelando-se lesiva. Com efeito, a garantia da irredutibilidade salarial, prevista no art. 7º, VI, da CF, enquadra-se entre os direitos mínimos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, e a possibilidade de flexibilização desse direito por meio de negociação coletiva não é absoluta, sendo imperiosa a existência de concessões recíprocas que resultem em alguma vantagem aos trabalhadores. In casu, não restou evidenciada vantagem equivalente à elevação da jornada, e o Tribunal a quo foi enfático em atestar a existência de prejuízos em virtude da majoração da jornada de trabalho sem o correspondente aumento salarial. Ileso, portanto, o art. 7º, XXVI, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido (TST, 8ª Turma, AIRR - 6467-74.2010.5.12.0037, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 18/05/2012).

[dcccxlv] O prejuízo, conforme Márcio Túlio Viana (*Op. cit.* p. 245), pode ser "direto ou indireto; material ou imaterial; atual ou futuro – mas sempre certo, decorrente de circunstâncias contemporâneas, ainda que seus efeitos não tenham sido previstos, mas desde que previsíveis".

[dcccxlvi] Ao estudarmos o princípio da irrenunciabilidade, lembramos que o grau de indisponibilidade do direito do trabalho oscila segundo a sua fonte, pois o direito previsto em lei é absolutamente indisponível e contra ele corre prescrição apenas parcial; o direito assegurado em contrato é de indisponibilidade relativa, sujeitando-se à prescrição total (Súmula 294 do TST).

[dcccxlvii] No capítulo dedicado à prescrição trabalhista, observamos que a Súmula 294 poderia ser objeto de reflexão no tocante à prescrição total que alcança as alterações estritamente contratuais, ante a consolidação da regra de que não convalescem os atos nulos pelo decorrer do tempo (art. 169 do Código Civil).

[dcccxlviii] *Op. cit.* p. 214.

[dcccxlix] *Op. cit.* p. 191.

[dcccl] *Op. cit.* p. 222.

[dcccli] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 223.

[dccclii] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 221.

[dccccliii] Art. 468, parágrafo único, da CLT.

[dccccliv] Observa Perelman que "a ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica". O arremate é conclusivo: "Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo

que se afaste da realidade. Assim é que, ao atribuir personalidade jurídica a associações, o legislador não institui uma ficção jurídica [...]" (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 86).

[dccclv] Márcio Túlio Viana (*Op. cit.* p. 247) inclui essa hipótese entre as de *jus variandi* extraordinário, pois sustenta que "o legislador usou de sofisma: ao invés de excepcionar, diretamente, a regra proibitiva, preferiu descaracterizar as alterações como tais [...]".

[dccclvi] *Vide* Súmula 159 do TST.

[dccclvii] *Vide* art. 499, §2º, da CLT.

[dccclviii] Cf. Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 238.

[dccclix] Art. 469, §§ 1º e 3º, da CLT. O §2º trata de *jus variandi* extraordinário, como veremos adiante.

[dccclx] *Op. cit.* p. 510.

[dccclxi] *Apud* Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 260. Em igual sentido, Délio Maranhão (*Op. cit.* p. 511).

[dccclxii] Em outra passagem da CLT, que cuida da equiparação salarial, a expressão *mesma localidade* é compreendida como mesmo município ou, como orienta a Súmula 6, X, do TST, "a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana".

[dccclxiii] *Vide* art. 62, II, da CLT. Pensamos que deva ser cautelosa a subsunção, no *status* de *cargo de confiança*, dos diretores e chefes de departamento. O critério matemático, previsto no parágrafo único do art. 62, é um parâmetro inicial, mas não se pode desprezar, no caso concreto, se a condição de trabalho é compatível com a autorização incondicional de transferência. A proteção menor somente se justifica nas hipóteses de altos-empregados, que se destacam na hierarquia empresarial e são vistos, pelos demais empregados, como representantes ou delegados do empregador.

[dccclxiv] *Apud* Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 268.

[dccclxv] *Vide* Súmula 43 do TST: "Presume-se abusiva a transferência de que trata o §1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço".

[dccclxvi] *Op. cit.* p. 269.

[dccclxvii] *Vide* orientação jurisprudencial n. 113 da SDI 1 do TST.

[dccclxviii] *Vide* art. 457, §2º, da CLT.

[dccclxix] Assim entende Sergio Pinto Martins (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 287).

[dccclxx] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 247. Os exemplos também são do autor.

[dccclxxi] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 252.

[dccclxxii] Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 297), secundando Magano, defende que a licença-paternidade é direito de ausência justificada ao trabalho, mas o permissivo constitucional não estaria garantindo o salário e inexiste a lei que, regulamentando a matéria, assegure o direito à remuneração. A nosso pensamento, o salário é da natureza do instituto e os ilustrados laboralistas estão a desprezar, com *venia,* a letra do art. 28, V, da Lei 8036/90. A instrução normativa do Ministério do Trabalho está ainda a obrigar, na prática, que seja assim, mais larga, a proteção à paternidade.

[dccclxxiii] Lembra Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 301) que o art. 60, §4º, da Lei 4375/64 faz justificada, também, a falta dos convocados matriculados em Órgão de Formação de Reserva que seja obrigado a participar de exercícios ou manobras.

[dccclxxiv] Nota Sergio Pinto Martins que a redação do art. 473, VIII, da CLT permite se conclua que o empregado está dispensado do trabalho à tarde, mas não por todo o dia, se a audiência a que compareceu se deu no turno vespertino. De toda sorte, a dicção legal é mais abrangente que a Súmula 155 do TST, que faz alusão somente às horas de comparecimento em juízo.

[dccclxxv] Ao estudarmos os contratos sob condição resolutiva, atribuímos essa característica ao contrato do empregado substituto (do empregado aposentado por invalidez), em conformidade com o art. 475, §2º, da CLT.

[dccclxxvi] O art. 7º da Lei 7783/89 prevê que "a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho". O termo *suspende* é proposital, pois "durante a greve, o trabalhador tem direito de paralisar os serviços habituais e o empregador de não lhe pagar o salário. O direito confere ao grevista uma imunidade que, nestas ocasiões, não o prejudica e que, em outras circunstâncias, esta ausência comprometeria sua responsabilidade ou sua permanência no emprego" (PÉREZ DEL CASTILHO, Santiago. *O direito de greve.* Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994. p. 107). No mesmo sentido, Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. Greve. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993. p. 688). O Tribunal Superior do Trabalho não parece divergir: “GREVE - DIAS PARADOS - PAGAMENTO. A participação do empregado em movimento grevista importa na suspensão do contrato de trabalho e, nesta circunstância, autoriza o empregador a não efetuar o pagamento dos salários nos dias de paralisação. A lógica é uma só: sem prestação de serviço inexiste cogitar-se de pagamento do respectivo salário. Este é o ônus que deve suportar o empregado na oportunidade em que decide aderir ao movimento grevista. De outro lado, impõe-se observar que o fato de o empregador deixar de pagar o salário pelos dias de paralisação não implica a possibilidade de o empregado rescindir o seu contrato de trabalho por justa causa, nos termos preconizados pelo artigo 483, "d", da CLT, em face de a lei considerar suspenso o contrato de trabalho no respectivo período do exercício de greve, ainda quando considerado não abusivo o movimento. Recurso de embargos conhecido e não provido” (TST, 1ª Turma, ERR 383124/97, Rel. Min. Leonaldo Silva, j. 27/09/99, DJ 08/10/99, p. 52).

[dccclxxvii] TST, SBDI 1, E-ED-RR-4954/2002-900-03-00, Rel. Min. Horário Senna Pires, DEJT 27/11/09; TST, SBDI 2,ROMS - 29400-55.2007.5.05.0000, j. 01/06/2010, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT11/06/2010; TST, SBDI 2, ROMS - 13800-44.2009.5.15.0000, Rel. Min.Antônio José de Barros Levenhagen, j. 11/05/2010, DEJT21/05/2010; TST, 8ª Turma, RR - 63100-44.2007.5.05.0025, Rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 14/04/2010, DEJT16/04/2010; TST, 1ª Turma, RR-166/2006-461-05-00, Rel. Min. Luiz Phillipe Vieira de Mello Filho, DEJT - 13/02/2009; TST, 6ª Turma, RR-2818/2003-037-12-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU - 29/09/2006; TST, 5ª Turma, RR-5026/2003-341-01-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT - 29/05/2009.

[dccclxxviii] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2008, p. 1063.

[dccclxxix] GIGLIO, Wagner. *Justa Causa.* São Paulo: LTr, 1992. p. 40.

[dccclxxx] Mesmo a Súmula 443 do TST (“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”) também não assegura estabilidade, pois garante a reintegração no emprego de empregado não estável se a resilição do contrato, movida por intuito discriminatório,

configurar-se ato patronal nulo.

[dccclxxxi] Essa percepção fez Sergio Pinto Martins (*op. cit.*, p. 374) afirmar que "não há lei que determine a reintegração do soropositivo de AIDS no emprego. Assim, não há como dizer da existência de violação ao princípio da igualdade, pois como leciona Themístocles Brandão Cavalcante ´todos têm o mesmo direito, mas não o direito às mesmas coisas´".

[dccclxxxii] TST, 2ª. Turma, Proc. RR 217791/95.3, Rel. Min. Valdir Righeto, j. 14.5.97. Revista LTr 61-08/1098.

[dccclxxxiii] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.

[dccclxxxiv] "SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESCRIÇÃO. NÃO–FLUÊNCIA. 1. Suspenso o contrato de trabalho, em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional (leucopenia), com percepção de auxílio-doença, opera-se a correlata suspensão igualmente do fluxo do prazo prescricional para ajuizamento de ação trabalhista. Omissa a lei, razoável a invocação analógica do artigo 170, inciso I, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual não flui a prescrição "pendendo condição suspensiva". Daí se infere a regra absolutamente prudente de que se o titular do direito subjetivo material lesado está impossibilitado de agir, para tornar efetivo o seu direito, não flui a prescrição. Assim, forçoso reconhecer que, enquanto perdura a enfermidade determinante da paralisação das obrigações bilaterais principais do contrato, o empregado acha-se fisicamente impossibilitado de exercer o direito constitucional de ação. 2. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, com supedâneo no artigo 260 do RITST, afastar a prescrição total do direito de ação do autor, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para análise do mérito da demanda. (TST-ERR-741962/2001; SBDI-1; DJ 13/12/2002; Ministro João Oreste Dalazen)". No mesmo sentido e até admitindo a suspensão do prazo prescricional a partir da omissão do empregador em emitir a CAT: ERR 473491/1998.0, conforme notícia divulgada no *site* do TST em 25/maio/2006.

[dccclxxxv] E-RR-503/2004-002-20-00.0.

[dccclxxxvi] O art. 7º, III, da CF incluiu o FGTS entre os direitos sociais do trabalhador urbano ou rural, não existindo mais, como antes, a possibilidade de os depósitos percentuais, com os seus acréscimos, não reverterem em favor do empregado. A este pode ser negado o direito ao saque, na dissolução do contrato. Ainda assim, o saldo em sua conta vinculada é mantido sob a titularidade do empregado que não o pode levantar, pelo fato de ter pedido demissão ou de ter sido dispensado em por justa causa. Logo, difere-se ou adia-se o pagamento do FGTS ao empregado, mas é este uma clara retribuição pelo trabalho prestado.

[dccclxxxvii] *Vide* nova redação do art. 72, §1º, da Lei 8.213/91, dada pela Lei 10.710/2003. A Previdência Social para diretamente o benefício em casos de adoção ou de guarda (art. 71-A da Lei 8.213).

[dccclxxxviii] *Op. cit.* p. 414.

[dccclxxxix] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 87.

[dcccxc] CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social:* teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho / A. F. Cesarino Júnior, Marly A. Cardone. São Paulo: LTr, 1993. p. 247.

[dcccxci] A palavra *cessação* é empregada como gênero, de que são espécies os vários modos como se realiza o fim do vínculo de emprego.

[dcccxcii] Ou ainda para o contrato de mandato.

[dcccxciii] A jurisprudência nos remete a esse tipo de resilição, a resilição bilateral, quando trata dos programas de demissão incentivada, às vezes denominados pleonasticamente de PDV – Plano de Demissão Voluntária.

[dcccxciv] Direito potestativo seria aquele a que corresponde apenas a sujeição da outra parte.

[dcccxcv] A indenização prevista no art. 10 do ADCT corresponde a 40% do FGTS.

[dcccxcvi] A Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, previu contribuição social de 10% sobre o saldo na conta-vinculada do FGTS correspondente a todos os depósitos, a ser recolhida nos casos de despedidas sem justa causa. Mas acresceu essa contribuição social ao débito do empregador sem favorecer, diretamente, o empregado, pois a contribuição foi arrecadada para o fundo comum, com o objetivo de custear o pagamento de reajustes do saldo da conta vinculada que foram assegurados pelo Poder Judiciário. A mesma lei institui, também sem favorecer o trabalhador, contribuição social de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado, elevando a 8,5% o recolhimento a cada mês.

[dcccxcvii] Súmula 212 do TST: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

[dcccxcviii] PAULA, Carlos Alberto Reis de. O aviso prévio. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993. p. 534.

[dcccxcix] *Op. cit.* p. 531.

[cm] Ao salário, e não à remuneração. A gorjeta não se inclui na base de cálculo da indenização do aviso prévio, como recomenda a Súmula 354 do TST.

[cmi] Orientação jurisprudencial n. 82 da SDI 1 do TST.

[cmii] *Vide* artigo 201, §9º, da Constituição.

[cmiii] EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO TURMÁRIO EM 30/03/2007 E CIÊNCIA PELO ENTE PÚBLICO EM 11/05/2007. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A despeito de o § 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91, em sua nova redação, não mais preconizar no rol de isenção da contribuição previdenciária o aviso prévio indenizado, permanece inalterada a impossibilidade de sua incidência sobre tal parcela, não só em face da natureza nitidamente indenizatória dessa última, mas, sobretudo, em virtude do que dispõe o artigo 214, § 9º, V, "f", do Decreto n.º 3.048/99, que, expressamente, excetua o aviso prévio indenizado do salário de contribuição. Precedentes da SDI-1. Incidência da Súmula n.º 333. 2. Embargos de que não se conhece (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR-44800-44.2005.5.04.0021, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11/03/2010, Data de Publicação: 19/03/2010).

[cmiv] Salvo se norma coletiva, regulamentar ou contratual alargarem essa proteção já no primeiro ano do vínculo de emprego, dado que sempre prevalece a norma mais favorável ao trabalhador.

[cmv] Observam Orlando Gomes e Élson Gottschalk (*Op. cit.* p. 360) que “a regra geral estabelecida não permite distinção para atender, por exemplo, aos casos de jornadas mais reduzidas, por força de lei ou por disposição contratual. Assim, o empregado que tenha uma jornada de duas horas (médico, guarda-livros etc.) estaria, por força de lei, desobrigado de comparecer ao serviço durante o período de aviso prévio. Ainda que não tenha trabalhado nesses pequenos intervalos diários, o empregado tem direito a perceber o

salário correspondente, a título de licença remunerada".

[cmvi] 7/30 equivale aproximadamente a um dia sem trabalho para cada 4,285 dias de aviso prévio, ou seja: cada vez que se completar múltiplo de 4,285 dias ou fração maior, devido será mais um dia sem trabalho. Assim: 30 dias de AP => 7 dias sem trabalho; 33 dias => 7 dias; 36 dias =. 8 dias; 39 dias => 9 dias; 42 dias => 9 dias; 45 dias => 10 dias; 48 dias => 11 dias; 51 dias = 11 dias; 54 dias = 14 dias etc..

[cmvii] *Vide* artigo 15 da Lei 5889, de 1973 - Durante o prazo do aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho.

[cmviii] *Vide* Súmula 348 do TST.

[cmix] Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 251. O autor cita, como exemplo de declaração não receptícia, a do testador, que transmite seus bens *causa mortis*.

[cmx] *Op. cit.* p. 529.

[cmxi] Trata-se do precedente TST-E-RR-174.967/95.0. O ministro relator cita mais dois precedentes no mesmo sentido, ambos da SBDI 1 do TST: E-RR-65.187/92, Ac. 3.288/96, Min. Cnéa Moreira, DJ 21/2/97; E-RR-35.887/91, Ac. 4.899/94, Min. Thaumaturgo Cortizo, DJ 7/4/95.

[cmxii] *Vide* orientação jurisprudencial n. 14 da SDI 1 do TST.

[cmxiii] Regra geral, o prazo decadencial corre contra a pretensão de natureza constitutiva, a exemplo daquela em que o empregador quer obter da Justiça do Trabalho a *des*constituição do vínculo empregatício, sendo o empregado detentor de estabilidade acidentária. Ao estudarmos estabilidade, parecerá ainda mais nítida essa distinção.

[cmxiv] Orientação jurisprudencial n. 83 da SBDI 1: "A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, CLT".

[cmxv] *Op. cit.* p. 347.

[cmxvi] TST, 3ª T., Proc. n. RR 280016/96, Rel. Ministro Jose Zito Calasãs Rodrigues, Decisão em 16/09/98, DJ 09/10/98, p. 451. No mesmo sentido: TST, 3ª T., Proc. n. RR 3385/88, Rel. Min. Ermes Pedrassani, DJ 26/05/89, p. 8993; TST, 4ª T., Proc. n. RR 176816/95, Rel. Min. Leonaldo Silva, DJ 10/05/96, p. 15393; TST, 5ª T., Proc. n. RR 78152/93, Rel. Min. Wagner Pimenta, DJ 08/04/94, p. 7468; TST, 3a T., Proc. n. RR 116093/94, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJ 15/3/93, p. 7356, sendo um advogado o empregado que praticou demissão, neste último julgamento da 3ª Turma do TST.

[cmxvii] Cf. Valentin Carrion, *Op. cit.*, p. 348.

[cmxviii] TST, 1ª T., Proc. n. RR 211789/95, Rel. Min. Ursulino Santos, Decisão em 04/02/98, DJ 20/03/98, p. 268.

[cmxix] TST, 3ª Turma, Proc. n. 182167/95, Rel. Manoel Mendes de Freitas, Decisão em 03/09/97, DJ 26/09/97, p. 47925.

[cmxx] MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 233.

[cmxxi] MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho.* 3ª edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 109.

[cmxxii] GIGLIO, Wagner D. *Justa causa.* São Paulo: LTr, 1992. p. 69.

[cmxxiii] *Op. cit.* p. 70.

[cmxxiv] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Rescisão contratual trabalhista:* despedida arbitrária individual/coletiva. São Paulo: LTr, 1997. p.115.

[cmxxv] Cf. Wagner Giglio, *Op. cit.*, p. 82.

[cmxxvi] Assim se posicionam Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 82), Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto (*Op. cit.* p. 115. Os autores lembrar que *negócio* significa *nec-otium*, ou seja, atividade não ociosa, vale dizer, lucrativa ou que colima o lucro) e Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361), este último a secundar Dorval Lacerda. Contrária, pois a sustentar que *negociação* diz respeito a *ato de comércio*, é a orientação de Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326).

[cmxxvii] Cf. Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto (*Op. cit.* p. 116).

[cmxxviii] Cf. Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326) e Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 84).

[cmxxix] Cf. Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326). Mas o autor esclarece que, através da cláusula da não-concorrência, "não pode haver uma proibição total do trabalho. O ideal é que fosse limitada no tempo. Em caso de violação da previsão contratual, o empregado pode responder por perdas e danos ou de acordo com cláusula penal, caso tenha sido ajustada".

[cmxxx] Neste sentido, Dorval de Lacerda, secundado por Rodrigues Pinto (*Op. cit.* p. 471), e Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361), que faz remissão a Gomes e Gottschalk e a Délio Maranhão, além de Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 105).

[cmxxxi] Cf. Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361).

[cmxxxii] Cf. Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 117).

[cmxxxiii] *Op. cit.* p. 139.

[cmxxxiv] *Op. cit.* p. 147.

[cmxxxv] *Op. cit.* p. 120.

[cmxxxvi] *Op. cit.* p. 475.

[cmxxxvii] CID n. 291: psicose alcoólica; CID n. 303: síndrome de dependência do álcool; CID n. 305.0: abuso do álcool sem dependência.

[cmxxxviii] A primeira ementa: TST, 3ª Turma, Proc. n. RR 524378/98, Rel. Juiz Convocado Lucas Kontoyanis, Decisão em 18.08.99, DJ 17.09.1999, p. 207. A segunda ementa: TST, 2ª Turma, Proc. n. RR 383922/97, Rel. Min. VANTUIL ABDALA, Decisão em 04.04.01, DJ 14.05.01, p. 1296. Parte final da segunda ementa: "II - RECURSO DO RECLAMANTE. SEGURO-DESEMPREGO. A C. SDI, já consubstanciou o entendimento, mediante a Orientação Jurisprudencial no 211, de que 'o não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização'. Revista parcialmente conhecida e provida".

[cmxxxix] TST, SBDI 1, Rel. Min. Oreste Dalazen, E-RR 586320/99, DJ 21/05/2004.

[cmxl] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 152.

[cmxli] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 155.

[cmxlii] Cf. Wagner Giglio, *Op. cit.* p. 166. Mas o autor sustenta, com apoio em Dorval de Lacerda, que nos casos de fiscalização a "revelação de segredo só tem cabimento em casos excepcionais e na ausência do chefe da empresa. Este presente ou acessível a chamamento, deverá o empregado, mesmo como medida de prudência, deferir a ele a solução da questão".

[cmxliii] Súmula 32 do TST: "Configura-se o abandono de emprego quando o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias, após a cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer".

[cmxliv] Súmula 73 do TST: "Falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado no decurso do prazo do aviso prévio, dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização". Em sentido contrário: Wagner Giglio, *Op. cit.* p. 220.

[cmxlv] *Vide* artigo 25 do Código Penal.

[cmxlvi] Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 272) trata do tema, lamentando a ausência de orientação jurisprudencial a esse propósito.

[cmxlvii] Súmula 14 do TST – "Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinqüenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais."

[cmxlviii] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 271.

[cmxlix] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 281.

[cml] *Op. cit.* p. 282.

[cmli] Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...] d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; [...] g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

[cmlii] Nesse sentido: "[...] RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS. ART. 483 DA CLT. Hipótese em que nas instâncias ordinárias decidiu-se que o fato de a empregadora negligenciar habitualmente o cumprimento de prestações legais, em especial a obrigação de recolher o FGTS, não configurava rescisão indireta. A Turma do TST, a seu turno, considerou que nessas circunstâncias não haveria violação do art. 483, -d-, da CLT, mas, sim, interpretação razoável do dispositivo, e invocou a Súmula 221, II, do TST. Superada eventual controvérsia acerca do conhecimento do apelo, uma vez que a decisão turmária, ainda que não renda ensejo ao conhecimento dos embargos por contrariedade direta ao verbete (Súmula 221, II, do TST), apresenta conteúdo de mérito suficiente a autorizar o cotejo de teses. [...] Quanto ao mérito, o entendimento assente na jurisprudência majoritária desta Corte Superior, em julgados da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, bem como de todas as oito Turmas, é no sentido de que a ausência de recolhimento de valores devidos a título de FGTS, por parte do empregador, no curso do contrato de trabalho autoriza a rescisão indireta. E esse entendimento ampara-se justamente no artigo 483, -d-, da CLT, segundo o qual o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato. Recurso de embargos conhecido e provido. [...]" (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR 114400-18.2002.5.15.0033, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de

Julgamento: 30/08/2012, Data de Publicação: 10/09/2012). Ou ainda: [...] DESPEDIDA INDIRETA - CARACTERIZAÇÃO - MORA SALARIAL Não se aplica o requisito da imediatidade à despedida indireta, nos termos do art. 483, "d", da CLT, se a gravidade da conduta decorre justamente da reiteração do descumprimento de obrigação legal, especialmente tendo em vista que o interesse maior do empregado é pela manutenção do emprego. Precedentes. Embargos conhecidos parcialmente e providos (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ED-RR 740596-64.2001.5.03.5555, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 18/06/2009, Data de Publicação: 26/06/2009).

[cmliii] *Op. cit.* p. 131.

[cmliv] *Op. cit.* p. 319.

[cmlv] *Vide* BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo: LTr, 1997. p. 73.

[cmlvi] *Op. cit.* p. 366.

[cmlvii] *Op. cit.* p. 331.

[cmlviii] Orientação jurisprudencial n. 173 da SBDI 1: 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 Nº 3214/78 do MTE). II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador 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 Nº 3214/78 do MTE.

[cmlix] *Op. cit.* p. 134.

[cmlx] *Op. cit.* p. 145.

[cmlxi] Cf. Valentin Carrion, *Op. cit.* p. 369.

[cmlxii] Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 367) faz remissão ao seguinte aresto: “Empregado mantido em ociosidade recebendo salário. Ato empresarial que atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois é vexatória ao trabalhador a situação de receber salários sem que isto aconteça em razão de haver cumprido labor” (TST, RR 7127/86.2, Rel. Min. Norberto Silveira, Ac. 3ª Turma 1736/87).

[cmlxiii] O juiz do trabalho, que é provocado ante a natural dificuldade de o ser humano reconhecer a própria falta.

[cmlxiv] Ressalvamos o nosso entendimento, externado a seu tempo, sobre o caráter patológico da embriaguez habitual.

[cmlxv] A Lei 9.962, de 2000, em seu artigo 3º, parágrafo único, excluiu a relação de emprego decorrente dos contratos de gestão, previstos no art. 37, §8º, da Constituição, da proteção fundada naquele mesmo dispositivo infraconstitucional. Em outras palavras, o empregado cujo contrato fora celebrado em conseqüência de contrato de gestão tem direito a que se observe o princípio da motivação em sua dispensa, pois é tal princípio a mais clara expressão da moralidade e da impessoalidade exigidas no art. 37 da Constituição. Mas o motivo da dispensa não precisa se subsumir em uma das hipóteses previstas no art. 3º da Lei 9.962, de 2000 (falta grave, acúmulo de cargo, emprego ou função, redução de pessoal ou insuficiência de desempenho).

[cmlxvi] *Vide* artigos 493, 543, §3º e 853 da CLT e artigo 8º, VIII, da Constituição.

[cmlxvii] Ementa na íntegra: "Direito Constitucional e Administrativo. Servidores Públicos. Disponibilidade. Empregados do Quadro Permanente da Comissão de Valores Mobiliários (autarquia). Mandado de Segurança impetrado pelos servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. Alegação de que o instituto da disponibilidade somente se aplica aos ocupantes de cargos e não aos de empregos publicos. Alegação repelida. 1. A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que e assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, ja que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores. 2. A extinção de empregos publicos e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que as discipline (art. 84, XXV, da C.F.). 3. Interpretação dos artigos 41,"caput", PAR- 3., 37, II, e 84,IV, da C.F. e 19 do A.D.C.T.; das Leis n.s. 8.028 e 8.029 de 12.04.1990; e do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. 4. Precedentes: Mandados de Segurança ns. 21.225 e 21.227. 5. Mandado de Segurança indeferido" (STF, MS 21236, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 20/04/1995, DJ 25-08-1995 pp. 26022, Ement. vol. 1797 -02 pp. 00315).

[cmlxviii] Uma interessante digressão é atinente à preocupação dos poderes constituídos, sobremodo do poder reformador, no sentido de precarizar a relação dos entes públicos com os empregados, seus novos servidores. Essa intenção parece mais transparente quando se nota que a perda do cargo por excesso de despesa e conseqüente redução de pessoal (regulada pela Lei 9801/99) implicará o pagamento de indenização ao servidor estatutário, prevista no art. 169, §5º, da Constituição, sem que igual indenização seja prevista em favor do empregado público. A regra tem coerência interna, pois o empregado público não adquire estabilidade, sendo esta assegurada somente ao servidor investido em cargo público (art. 41 da Constituição). Percebe-se, em igual sentido, que a insuficiência de desempenho do servidor estatutário será avaliada em processo com rigorosa observância do contraditório e ampla defesa, em consonância com a lei complementar exigida pelo art. 41, §1º, III, da Constituição, sendo menor, como sobrevisto, a proteção ao empregado público.

[cmlxix] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 260-261.

[cmlxx] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Atualização de Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 388.

[cmlxxi] Nesse sentido: "1. RECURSO. Agravo de instrumento. Ofensa constitucional. Caracterização. Recurso conhecido. Deve ser conhecido agravo de instrumento quando a questão de fundo é eminentemente constitucional, mas sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 41 da Constituição Federal. Inexistência. Empregado público. Aprovação em concurso público e cumprimento do estágio probatório antes da EC 19/98. Estabilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido. Faz jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, em sua redação original, o empregado público que foi aprovado em concurso público e cumpriu o período de estágio probatório antes do advento da EC nº 19/98" (AI 510994 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, j. 21/02/2006, DJ 24-03-2006 pp. 00027, Ement. vol. 02226-06 pp. 01171); "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte consignou que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/98, pois

"se refere genericamente a servidores". Precedente do Plenário: MS 21.236/DF. 2. Agravo regimental improvido" (STF, AI 480432 AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 23-03-2010, DJe 067, divulgação 15-04-2010, p. 16-04-2010, Ement. vol. 02397 pp 01271).

[cmlxxii] "Empresa de economia mista: firme o entendimento do Supremo Tribunal no sentido de que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal não se aplica aos empregados de sociedade de economia mista: precedentes" (STF, AI 323346 AgR/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 08/03/2005, DJ 01-04-2005 pp. 00021, Ement. vol. 02185-03 pp. 00455).

[cmlxxiii] Súmula 390, II do TST - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

[cmlxxiv] "1. Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal. 3. Agravo regimental improvido" (STF, AI 507326 AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/2005, DJ 03-02-2006 pp. 00049, Ement. vol. 02219-15 § 02961).

[cmlxxv] Cf. Meirelles, *op. cit.*, p. 96 e Mello, *op. cit.*, p. 40.

[cmlxxvi] Art. 173 da Constituição – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – [...]; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

[cmlxxvii] STF, MI 670/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 25/10/2007.

[cmlxxviii] Artigo 3º da Lei 7.783/89

[cmlxxix] Artigo 4º da Lei 7.783/89

[cmlxxx] O artigo 10 da Lei 7.783/89 enumera os serviços ou atividades essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária.

[cmlxxxi] Artigos 3º, parágrafo único, e 13 da Lei 7.783/89

[cmlxxxii] Artigo 7º da Lei 7.783/89.

[cmlxxxiii] Artigo 7º, parágrafo único, da Lei 7783/89.

[cmlxxxiv] Segundo o artigo 4º, §2º, da Lei 7783/89, a comissão de negociação é formada pelos

trabalhadores quando não há sindicato que os represente. É bom observar que a convenção ou o acordo coletivo que puserem fecho a essa negociação deverão ser firmados por federação ou confederação, nesse caso (artigo 611, §2º, da CLT).

[cmlxxxv] Messias Pereira Donato (DONATO, Messias Pereira. Direito de greve e seu exercício: efeitos sobre o contrato individual de trabalho. Coordenação de Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 588) transcreve ementa de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao do texto: "Só devem ser punidos os grevistas que tiveram atuação de chefia, e não aqueles que não tiveram essa atuação ou papel saliente no movimento" (STF, RE Bem n. 40733/61, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira).

[cmlxxxvi] *Op. cit.* p. 587. Em sentido contrário: TST, 5ª Turma, RR 378487/97, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, j. 14/02/01, DJ 16/03/01, p. 870.

[cmlxxxvii] TST, 1a Turma, RR 546287/99, Red. des. Min. Ronaldo José Lopes Leal, DJ 24/032000, p. 76.

[cmlxxxviii] TST, SBDI 1, E-RR 385729/1997.9, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 20/02/2004.

[cmlxxxix] A Constituição manteve, apenas, a restrição ao saque imediato, nas hipóteses de cessação do contrato que se dá mediante a dispensa por justa causa. Ainda nesse caso, o empregado mantém o saldo em conta vinculada.

[cmxc] *Op. cit.* p. 463.

[cmxci] Cf. MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* p. 233.

[cmxcii] Ao que sempre nos pareceu, o juízo cível – o mesmo que decide outras questões relativas à sucessão do empregado falecido, haja ou não inventário – é competente para mandar expedir o alvará, salvo se houver litígio trabalhista, a exemplo do que acontece se o empregador se nega a pagar as parcelas resultantes do contrato de trabalho.

[cmxciii] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *O direito do trabalho e as questões do nosso tempo*. São Paulo: LTr, 1998. pp. 95-96

[cmxciv] Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo : Atlas, 2001. p. 493.

[cmxcv] *Op. cit.* p. 367.

[cmxcvi] Artigo 393 do novo Código Civil.

[cmxcvii] Cf. Mozart Victor Russomano, *apud* OLIVEIRA, José César de. Factum principis, força maior e temas correlatos. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993. p. 497.

[cmxcviii] Que sabemos ser devida, residualmente, apenas aos poucos empregados que não optaram pelo regime do FGTS antes de ser promulgada a Constituição de 1988 e continuam trabalhando.

[cmxcix] *Op. cit.* p. 394.

[m] Cf. OLIVEIRA, José César de. *Op. cit.* p. 504.

[mi] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. p. 371.

[mii] *Op. cit.* p. 372.

[miii] A CLT prevê que a pessoa jurídica de direito público é *chamada à autoria*, porque o *chamamento à autoria* era o antigo nome da denunicação da lide, antes do CPC de 1973. Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Processo trabalhista de conhecimento.* São Paulo: LTr, 2000. p. 205.

[miv] *Vide* arts. 6º e 52, II, da Lei 11.101/2005, este último a esclarecer que o processo suspenso continua em poder do juízo trabalhista durante a suspensão. A propósito da concordata, orientava a Súmula 227 do STF: "A concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho".

[mv] *Vide* art. 71, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

[mvi] Extinguem-se (ou prescrevem) inclusive as obrigações do sócio de responsabilidade ilimitada, a valer o art. 160 da Lei 11.101/2005. Os sócios de responsabilidade limitada obterão a pronúncia de prescrição dois anos após o encerramento da falência.

[mvii] Art. 6º da Lei 11.101/2005.

[mviii] Art. 157 da Lei 11.101/2005.

[mix] Quanto a não valer a extinção das obrigações em relação aos empregados que não sabiam sobre a decretação de falência, parece-nos ser influente o art. 159, §4º, da Lei 11.101, de 2005.

[mx] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O novo FGTS. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993. p. 580.

[mxi] *Vide* Súmula 269 do TST.

[mxii] *Op. cit.* p. 394.

[mxiii] Hugo de Brito Machado, após definir o tributo parafiscal como aquele cujo objetivo é "a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, são funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas", remata: "Na verdade o tributo é instrumento de transferência de recursos financeiros do setor privado para o Estado. O Código Tributário Nacional, embora não o diga expressamente, ao definir tributo, em seu art. 3º, conduz a este entendimento. Por isto mesmo não tratou das chamadas contribuições parafiscais" (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 52).

[mxiv] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998. p. 274. Em estudo minudente e igualmente criterioso, Becker identifica no sujeito ativo da relação tributária "os três elementos essenciais: a) ser Órgão estatal; b) exercer (exclusivamente ou simultaneamente) função executiva; c) estar revestido de personalidade jurídica".

[mxv] BECKER, Alfredo Augusto. *Op. cit.* pp. 276-278. Concluindo, o autor lembra que o legislador defronta-se com a seguinte alternativa, quando investe pessoa não-estatal no pólo positvo dessas relações jurídicas: "a) ou colocava o Estado na posição de sujeito ativo de uma relação jurídica tributária, cujo tributo teria uma *destinação determinada*, a saber, a entrega àquele indivíduo humano (...); b) ou colocava aquele indivíduo humano (ou pessoa jurídica não-estatal) *diretamente* na posição de sujeito ativo, da relação jurídica, a fim de perceber diretamente do sujeito passivo (...)".

[mxvi] Becker, Alfredo Augusto. *Op. cit.* p. 277.

[mxvii] *Vide* artigo 35, §§ 1º e 2º, do Decreto 99684/90, que regulamenta a Lei 8036, de 1990.

[mxviii] Nesse sentido: "RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PEDIDO DE

DEMISSÃO NÃO HOMOLOGADO PERANTE O SINDICATO. CONTRATO DE TRABALHO SUPERIOR A UM ANO DE VIGÊNCIA. NULIDADE. CONVERSÃO DA DEMISSÃO EM DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. A jurisprudência majoritária no âmbito desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o requisito previsto no art. 477, § 1º, da CLT configura norma cogente, impondo um dever e não mera faculdade à disposição das partes. Desse modo, em caso de pedido de demissão firmado por empregado cujo contrato laboral tem vigência superior a um ano, a assistência do sindicato da categoria ou de autoridade do Ministério do Trabalho é formalidade essencial e imprescindível, sem a qual o ato jurídico não se perfaz, gerando a presunção de que a dispensa tenha ocorrido sem justa causa. Recurso de embargos conhecido e não provido" (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 367-57.2010.5.03.0004, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 02/08/2012, Data de Publicação: 10/08/2012). Na fundamentação desse acórdão, citamos vários arestos com igual teor.

[mxix] Nesse sentido: "[...] ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NO CURSO DE LICENÇA MÉDICA. A suspensão do contrato de trabalho implica sustação dos efeitos decorrentes do vínculo de emprego, continuando, contudo, em vigor o contrato de trabalho. Constitui, em verdade, uma mera pausa transitória do trabalho, permanecendo, no entanto, obrigações recíprocas entre empregado e empregador. Sobreleva registrar que a concessão de auxílio-doença funciona como obstáculo à imotivada rescisão contratual, tendo em vista que os arts. 476 da CLT e 63 da Lei nº 8.213/91 dispõem que o empregado, no gozo de auxílio-doença, será considerado em licença. [...]" (TST, 3ª Turma, AIRR 30200-39.2009.5.15.0096 , Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/05/2012, Data de Publicação: 08/06/2012).

[mxx] O relator foi o ministro Ilmar Galvão, seguido pelos ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Vencido o ministro Octavio Gallotti. A decisão recorrida era do Pleno do TST, da lavra do Ministro Marco Aurélio.

[mxxi] A garantia de indenidade *lato sensu* seria a imunização da pessoa que exerce qualquer direito fundamental. Quando se trata de imunizar o trabalhador que exerce o direito fundamental de ação judicial, cuidamos da garantia de indenidade *stricto sensu*.

[mxxii] Sobre a garantia de indenidade: TST, 4ª Turma, AIRR 77700-47.2009.5.04.0019, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 19/09/2012, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012; TST, Subseção I de Dissídios Individuais, E-ED-RR 197400-58.2003.5.19.0003, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 21/06/2012, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012.

[mxxiii] Arestos que adotam a teoria dos motivos determinantes: TST, 6ª Turma, ED-ED-RR 10000-77.2004.5.22.0003, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 31/07/2009; TST, 1ª Turma, AIRR 7153-86.2010.5.01.0000, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 03/06/2011; TST, 3ª Turma, AIRR 6745-95.2010.5.01.0000, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 19/08/2011; TST, 8ª Turma, RR 148400-84.2005.5.09.0654 Data de Julgamento: 21/11/2012, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Publicação: DEJT 23/11/2012.

[mxxiv] Exemplo: se o empregado foi admitido em 12/fev/2002 e despedido em 28/maio/2002, recebendo salário mensal de R$ 2.400,00, terá ele direito a férias proporcionais no importe de R$ 800,00 (R$ 2.400,00 x 4/12, com acréscimo de 1/3), se lhe foi regularmente concedido o aviso prévio (não houve indenização e integração ao tempo de serviço, portanto, do período de aviso prévio).

[mxxv] *Vide* Súmula 261 do TST.

[mxxvi] OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos enunciados do TST.* p. 380.

[mxxvii] *Vide* orientação jurisprudencial n. 14 da SDI 1 do TST.

[mxxviii] Nesse sentido: RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. MULTA DO ART. 477, § 8.º, DA CLT. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM JUÍZO. A SBDI-1, após o cancelamento da sua Orientação Jurisprudencial 351, firmou posicionamento no sentido de ser devida a multa do art. 477, § 8.º, da CLT, não obstante o reconhecimento do vínculo empregatício tenha se materializado apenas em juízo. A única exceção adotada se verifica no caso em que ficar comprovado que o próprio trabalhador foi quem deu causa à mora no pagamento, hipótese a qual não se pode afirmar como presente na espécie. Precedente. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 76200-76.2002.5.02.0461, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/10/2012, Data de Publicação: 15/10/2012); ou ainda: MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS. DEFERIDAS EM JUIZO. A circunstância de as diferenças de parcelas rescisórias terem sido deferidas em juízo não afasta, por si só, a imposição ao pagamento da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 96700-92.2007.5.17.0002, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 04/10/2012, Data de Publicação: 19/10/2012).

[mxxix] A Orientação Jurisprudencial 351 da SDI 1 tinha o teor seguinte: “Incabível a multa prevista no art. 477, §8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa”.

[mxxx] Sobre o valor da indenização adicional, consultar a Súmula 242 do TST.

[mxxxi] *Vide* TST, 2ª Turma, AIRR-779.369/2001, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 13/02/2004; TST, 4ª Turma, RR-1027/2002-141-18-00.5, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 10/09/04.

[mxxxii] O artigo 2º da Lei 8.900, de 1994, limita a três parcelas o benefício em favor do trabalhador que comprovar, nos últimos trinta e seis meses, emprego por seis meses, no mínimo, e por onze meses, no máximo; quatro parcelas, para o trabalhador que comprovar emprego por doze meses, no mínimo, e por vinte e três meses, no máximo, nos últimos trinta e seis meses; cinco parcelas, para emprego por no mínimo vinte e quatro meses, nos últimos trinta e seis meses.

[mxxxiii] STF, 2ª Turma., Rextr 172084/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ Seção I, 3 mar. 1995, p. 4111.

[mxxxiv] *Vide* Revista LTr 62-09/1241.

[mxxxv] *Vide* Revista LTr 62-12/1620. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de acidente de trabalho: STF, CC 7204, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29/06/2005.

[mxxxvi] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1. p. 609.

[mxxxvii] Artigo 493 da CLT: “Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482 (hipóteses de justa causa), quando por sua repetição ou natureza representam séria violação dos deveres e obrigações do empregado”

[mxxxviii] Art. 131 do novo Código Civil.

[mxxxix] ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. Revista Trabalho & Processo, junho de 1994, São Paulo, Editora Saraiva, p. 8.

[mxl] *Vide* Lei 5107, de 1966.

[mxli] Cf. Arion Sayão Romita, *op. cit.*, p. 11.

[mxlii] "ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO CIPEIRO - PRÁTICA DE FALTA GRAVE - DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO JUDICIAL. O art. 494 da CLT, que prevê a necessidade de inquérito judicial para apuração de falta grave imputada a empregado estável, pertine à estabilidade decenal, que era aquela adquirida pelo empregado após mais de dez anos de serviço na mesma empresa. Em caso de estabilidade provisória do cipeiro, assegurada pelo art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal, o dispositivo constitucional é de meridiana clareza ao vedar a dispensa do empregado, nessas condições, se inexistente justa causa. Na mesma linha, o art. 165 da CLT assevera que, ocorrendo a despedida do titular da representação dos empregados na CIPA, caberá ao empregador, se acionado na Justiça do Trabalho, comprovar a existência da justa causa. Não prevêem, como se infere, a necessidade de instauração de inquérito judicial para apuração da falta. Ademais, o Regional, que é soberano na apreciação do material fático-probatório dos autos, entendeu caracterizada a justa causa, por incontinência de conduta, mau procedimento e embriaguez em serviço do Reclamante. Nesse compasso, não tem aplicação ao caso o art. 494 da CLT, ante o que dispõem os arts. 165 da CLT e 10, II, "b", do ADCT da Carta Magna. Recurso de revista a que se nega provimento" (TST, 4ª Turma, RR 556215/99, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Decisão em 29.03.2000, DJ 12.05.2000, p. 369).

[mxliii] Neste sentido: TST, SBDI 1, Proc. ERR 164772/95, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 30.6.2000. Rev. TST, Brasília, vol. 66, n. 3, jul/set 2000, p. 411.

[mxliv] STF, RE 205107-1-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Ac. 6.8.98, Revista LTr 62-10/1357.

[mxlv] "O art. 522 da CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, art. 8º, I" (STF, RE 193345-3-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Ac. 2ª Turma, 13.4.99, *apud* Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 2001, p. 423).

[mxlvi] TST, SBDI I, AGERR 603647/99, Min. Milton de Moura França, DJU 27.4.2001, Rev. TST vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 290. Nesse sentido, a Súmula 369, II, do TST.

[mxlvii] Art. 8°, VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

[mxlviii] TST, SBDI 2, Proc. n. TST-ROAR 718676/00, Rel. Juiz Convocado Horácio R. de Senna Pires, DJU 1.6.2001. Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 3, jul/set 2001, p. 318.

[mxlix] Como se pode extrair de ementas oriundas do TRT da 4ª Região (Revista LTr 64-05/646) e do TRT da 20ª Região (Revista LTr 61-09/1271), esta última a referir os membros da diretoria e do conselho fiscal, nos limites do artigo 522 da CLT, como os membros da administração sindical que detêm a estabilidade.

[ml] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1992. p. 634.

[mli] BARROS, Alice Monteiro de. Noções de direito sindical. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 648.

[mlii] *Vide*, sobre a caracterização da categoria profissional diferenciada, o artigo 511, §3º, da CLT.

[mliii] Embora pudesse também significar "comprovar" em outro contexto, consoante Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa.

[mliv] "Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de

cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite" (STF, 1ª Turma, RE 234186/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31/08/2001, p. 65). Também do STF, no mesmo sentido: RE 339.713 AgR/SP e RE 259.318/RS.

[mlv] "ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. Ajuizamento da ação no termo final da estabilidade. Frustrada a possibilidade de trabalho pela inércia injustificada da empregada em buscar a sua reintegração (verdadeiro direito assegurado pela estabilidade), não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes à totalidade do período estabilitário, do contrário resultaria consagrado o enriquecimento sem causa da postulante. Devidos os salários decorrentes da estabilidade, todavia, apenas a partir do momento em que a empregada manifestou seu interesse em reassumir suas funções, qual seja, a data em que ajuizou reclamatória trabalhista. Embargos conhecidos e providos para condenar a Reclamada a pagar à Reclamante os salários do período da estabilidade provisória, desde a data do ajuizamento da ação até 5 (cinco) meses após o parto, com o pagamento das férias, 13º salário e FGTS do período" (TST, SBDI 1, Proc. EEDRR 347.831/97, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 11.02.00. Rev. TST, Brasilia, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 348).

[mlvi] TST, 3ª. Turma, RR - 409/2007-129-15-00.9, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 22/04/2009, DEJT 15/05/2009; TST, 3ª. Turma, RR - 421/2007-023-04-00.7, Min. Rosa Maria Weber, j. 20/05/2009, DEJT 12/06/2009; TST, 4ª. Turma, RR - 1030/2003-064-15-00.1, Min Maria de Assis Calsing, j. 18/02/2009, DEJT 06/03/2009; TST, 4ª. Turma, RR - 5943/2006-892-09-00.7, Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 17/12/2008, DEJT 06/02/2009; TST, 5ª Turma, RR - 571/2007-003-20-00.9, Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, j. 19/11/2008, DEJT 28/11/2008.

[mlvii] O artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulamenta, provisoriamente, o artigo 7º, I, da Carta Magna, que não protege o trabalhador doméstico, como se extrai do parágrafo único desse mesmo artigo 7º da Constituição.

[mlviii] ADI 1.675-MC, j. em 24/9/1997, Plenário, DJ 19/9/2003.

[mlix] RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, j. em 3/12/2008, Plenário, DJE 5/6/2009, com repercussão geral.

[mlx] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. p. 379.

[mlxi] CARVALHO, Augusto César Leite de. Período de estabilidade do representante dos trabalhadores na comissão de conciliação prévia. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 80-82.

[mlxii] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Garantia no emprego dos representantes dos trabalhadores nas comissões de conciliação prévia. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 83-85.

[mlxiii] Conforme artigo 3º, §3º, da Lei 8.036/90.

[mlxiv] TST, SBDI 1, Proc. N. RR 260.651/96, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 09.06.2000. Rev.

TST, Brasilia, vol. 66, n. 3, jul/set 2000, p. 412.

[mlxv] Nesse sentido: “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. GARANTIA DE EMPREGO - MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE COOPERATIVA. Dispõe o artigo 55 da Lei nº 5.764/71 que apenas -os empregados que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho-. Assim, levando-se em consideração que a Lei nº 5.764/71 estende apenas aos diretores de sociedades cooperativas as garantias previstas no artigo 453 da CLT, o reclamante, como membro do conselho fiscal, não possui estabilidade provisória. Esta, aliás, é a conclusão que se extrai da leitura da primeira parte da Orientação Jurisprudencial nº 253 da SBDI-1, segundo a qual -O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes-. Assim, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 336 da SBDI-1, não há que se falar em divergência jurisprudencial, eis que a tese adotada pelo recorrente, de que o membro de conselho fiscal de cooperativa possui garantia de emprego, encontra-se superada pela iterativa e notória jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 253 da SBDI-1. Precedentes. Recurso de embargos não conhecido” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR - 4678000-57.2002.5.02.0902 , Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 15/09/2011, Data de Publicação: 23/09/2011)

[mlxvi] Cf. Sergio Pinto Martins, *op. cit.*, p. 376.

[mlxvii] Revista LTr 56-07/870. Há decisão específica da SBDI 1, transcrita na Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 290.

[mlxviii] “O art. 55, da Lei 5764, de 16-12-71, estendeu aos empregados eleitos diretores de sociedade cooperativa as garantias asseguradas aos dirigentes sindicais no artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seu parágrafo 3º, dispõe sobre a denominada ´estabilidade provisória´. A administração do sindicato, segundo expressado no artigo 522, da CLT, é exercida por uma diretoria e membros do conselho fiscal. A sociedade cooperativa é administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração (artigo 47), sendo ela fiscalizada pelo Conselho Fiscal (artigo 56), ao qual não pode pertencer associado que participa do órgão da administração (parágrafo 2º). A estabilidade provisória, portanto, aludida no artigo 55, com remissão ao artigo 543 da CLT, é restrita aos associados que foram eleitos para compor sua Diretoria ou Conselho de Administração da sociedade cooperativa. A estabilidade provisória configura uma excepcionalidade no Direito do Trabalho, construída para proteger o obreiro que, no exercício de suas funções, pode entrar em atrito com o empregador. Como tal, há de submeter-se ao princípio da hermenêutica de que ´o direito excepcional só pode comportar interpretação estrita´. Recurso de revista conhecido e desprovido” (TST, 1ª Turma, Proc. RR-583458/99, Rel. Juiz Convocado Vieira de Mello Filho, DJU 2.3.2001. Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 332).

[mlxix] Em igual sentido: “ESTABILIDADE PROVISÓRIA - MEMBRO DE CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE COOPERATIVA - LEI 5.764/71 De acordo com o art. 55, da Lei 5.764/71, somente aos diretores eleitos para as cooperativas está reservado o direito à estabilidade provisória no emprego, não sendo tal benefício estendido a quaisquer outros trabalhadores exercentes de funções ou ocupantes de cargos criados para a administração da cooperativa. Embargos não conhecidos” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ED-RR 292016-71.1996.5.02.5555 , Redator Ministro Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 28/08/2000, Data de Publicação: 23/03/2001).

[mlxx] Excerto da Lei 9504/97: “Art. 73 - São proibidas aos agentes público, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover,

transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários".

[mlxxi] Art. 9º da Constituição.

[mlxxii] Art. 1º da Lei 7.783/89.

[mlxxiii] Art. 2º da Lei 7783/89.

[mlxxiv] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.* p. 293.

[mlxxv] Em que os empregados executam o serviço, mas em uma cadência que beira a paralisação.

[mlxxvi] Os empregados ingressam no estabelecimento, mas sem se dirigirem ao local de trabalho.

[mlxxvii] Os empregados registram o ponto e permanecem inertes na frente de trabalho.

[mlxxviii] A greve dos empregados que trabalham no setor de ferramentas ou no almoxarifado, em uma oficina de porte grande ou numa montadora de automóveis, afeta, em cadeia, as demais divisões da empresa, que dependem das ferramentas ou instrumentos de trabalho guardados naqueles.

[mlxxix] Sobre as dimensões individual e coletiva do direito de greve, ver PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Âmbito Subjetivo y Titularidad del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 15.

[mlxxx] O Tribunal Constitucional da Espanha decidiu, sobre o direito de greve: "el ser um derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos" (STC 11/1981). Cf. Palomeque, *op. cit.*, p. 15.

[mlxxxi] Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996, p. 307) refere-se ao modelo mexicano, no qual haveria a interrupção não apenas da prestação individual de serviço, mas igualmente da atividade econômica, impedindo-se que o trabalhador comporte-se de modo a frustrar a defesa do interesse coletivo.

[mlxxxii] Art. 6º, §3º da Lei 7783/89.

[mlxxxiii] Art. 1791, parágrafo único, do Código Civil: "Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e a posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio".

[mlxxxiv] Viana, *op. cit.*, p. 295.

[mlxxxv] Raimundo Simão de Melo (MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTr, 2006, p. 37) relata: "Poucos dias depois do retorno ao trabalho, com o fim da greve, os dirigentes sindicais e ativistas presos foram soltos. Entre eles estava o líder máximo do movimento, Luiz Inácio da Silva, o Lula, que, juntamente com outros dirigentes e ativistas, foi processado e condenado pela Justiça Militar Federal (2ª. Auditoria Militar, Processo 9/80), com base na Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620/78, art. 36, inciso II)".

[mlxxxvi] Viana, *op. cit.*, p. 292.

[mlxxxvii] *Apud* Viana, *op. cit.*, p. 317.

[mlxxxviii] Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2010, p. 1321.

[mlxxxix] Na greve de solidariedade, os empregados em greve não dirigem uma reivindicação de índole trabalhista ao seu empregador, mas paralisam a atividade para se solidarizarem com empregados da mesma ou de outra empresa que estejam a sofrer injustiça.

[mxc] Nesse sentido: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 850.

[mxci] *Apud* Melo, *op. cit.*, p. 42.

[mxcii] Melo, *op. cit.*, p. 41.

[mxciii] Sobre as pessoas jurídicas poderem ser titulares de direitos fundamentais, ver orientação prevalecente na Alemanha em http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2241/10.pdf

[mxciv] Art. 17 da Lei 7783/89 – Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout). Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

[mxcv] Cf. Delgado, *op. cit.*, p. 1308.

[mxcvi] Art. 17, parágrafo único, da Lei 4.330/64: “As autoridades garantirão livre acesso ao local de trabalho aos que queiram prosseguir na prestação de serviço”.

[mxcvii] *Op. cit.*, p. 1319.

[mxcviii] *Apud* Viana, *op. cit.*, p. 309.

[mxcix] Art. 422 do Código Civil.

[mc] Dimensão individual (o direito de filiar-se e o de eleger o sindicato ao qual se filiar), a dimensão coletiva (o direito de grupos formarem sindicatos) e a autonomia sindical (o direito de o sindicato estruturar-se internamente).

[mci] Art. 7º da Lei 7783/89.

[mcii] Art. 6º, §2º da Lei 7783/89.

[mciii] GIL ALBUQUERQUE, Román. *Efectos de la Huelga sobre la Relación Individual de Trabajo y la Relación de Seguridad Social. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 132.

[mciv] STS (4ª) de 27-9-1999. Citação em BAYLOS GRAU, Antonio. *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales em Casos de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 102.

[mcv] Art. 9º da Lei 7783/89: “Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à

retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo".

[mcvi] Art. 6º, I da Lei 7783/89.

[mcvii] Art. 6º, §3º da Lei 7783/89.

[mcviii] Art. 6º, §1º da Lei 7783/89.

[mcix] Art. 10 da Lei 7783/89 – São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária.

[mcx] Art. 11 da Lei 7783/89.

[mcxi] Art. 11, parágrafo único, da Lei 7783/89.

[mcxii] Arts. 7º, parágrafo único, 11 e 14 da Lei 7783/89.

[mcxiii] Na Espanha, esse prazo é de cinco dias, elevando-se para dez dias nas atividades essenciais, conforme BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *El Procedimiento de Ejercicio del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 29.

[mcxiv] Sobre o tema, ver Bengoetxea Alkorta, *op. cit.*, p. 29.

[mcxv] Art. 13 da Lei 7783/89.

[mcxvi] Art. 6.2 do RDL de 4 de março de 1977 e art. 45.1. *l* e 45.2 do Estatuto dos Trabalhadores. Sobre o tema: Gil Albuquerque, *op. cit.*, p. 114.

[mcxvii] Cf. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Greve e Salário.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/BoletimDiario/Login.jsp?docDoutrinaId=1241553749

[mcxviii] MAIOR, em texto eletrônico citado.

[mcxix] Há, nesse sentido, vedação expressa no art. 6º, §2º da Lei 7783/89.

[mcxx] Sobre o tema: "RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO. GREVE DEFLAGRADA PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO DE ESTRADAS, PAVIMENTAÇÃO, OBRAS DE TERRAPLANAGEM E MONTAGEM INDUSTRIAL DO ESTADO DA BAHIA - SINTEPAV/BA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. NÃO PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS. O Regional declarou a abusividade da greve dos trabalhadores das obras de construção de gasoduto no projeto denominado GASCAC (Bahia), tanto em relação aos aspectos formais quanto materiais, previstos na Lei nº 7.783/89, e isentou as empresas representadas neste dissídio pelo Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada - SINICON do pagamento, aos grevistas, referente aos dias em que não exerceram as suas atividades. Nos termos do art. 14 da Lei de Greve, a não observância dos ditames nela contidos, confere ao movimento paredista o caráter de sua abusividade, pelo que não há que ser modificada a decisão a quo quanto a esse aspecto. Ocorre que, mesmo se assim não fosse, o entendimento atual desta Seção Especializada é o de que, independentemente da adjetivação dada à greve, como abusiva ou não, o empregador não está obrigado a pagar o salário correspondente aos dias de

paralisação, excluídas algumas hipóteses - como atraso no pagamento de salários e lockout -, esalvo acordo entre as partes. É que, nos termos do art. 7º da Lei 7.783/89, a participação em greve suspende o contrato de trabalho. Nesse contexto, nega-se provimento ao recurso ordinário interposto pelo SINTEPAV/BA. Recurso ordinário não provido" (TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, RO 69700-88.2009.5.05.0000, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14/06/2010, Data de Publicação: 28/06/2010).

[mcxxi] 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.

[mcxxii] CRIVELLI, Ericson. *Interditos Proibitórios Versus Liberdade Sindical – Uma Visão Panorâmica do direito Brasileiro e uma Abordagem do Direito Internacional do Trabalho.* Revista LTr 73-12/1415, dezembro de 2009.

[mcxxiii] O interdito proibitório é um dos interditos possessórios. Conforme Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 103), "três são os interditos possessórios: o de manutenção de posse, quando o possuidor é turbado em sua posse: o de reintegração de posse, se ocorre o esbulho ou a perda da posse; e o proibitório, no caso de simples ameaça, sem a perda ou limitação parcial no exercício do direito sobre a posse".

[mcxxiv] Ver, por todos, Crivelli, Revista LTr 73-12/1425.

[mcxxv] Art. 1204 do Código Civil – Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

[mcxxvi] Art. 1228 do Código Civil.

[mcxxvii] *Apud* MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

[mcxxviii] Art. 1228, §1º do Código Civil: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

[mcxxix] Cf. Luiz Edson Fachin, *apud* Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 26.

[mcxxx] *Op. cit.*, p. 109.

[mcxxxi] Ementas de acórdãos dos tribunais de justiça de São Paulo, Bahia, Rio Grande do Sul, Sergipe e Minas Gerais no sentido de exigir a audiência de justificação quando não há prévia demonstração de que a posse estaria sendo de algum modo molestada: "Possessória - Liminar - Interdito proibitório - Alegação de invasão de área de proteção ambiental por terceiro – Inexistência do menor indício de prova da condição do imóvel - Indeferimento do pedido liminar - Recurso desprovido" (TJSP, A6RV 990.10.047654-8, Des. Melo Colombi, j. 07/04/2010). "Agravo de instrumento. Interdito proibitório. Liminar. Deferimento ante ao contexto probatório, à justificação realizada e o parecer favorável do Ministério Público. Manutenção da decisão do juízo singular. Manutenção da decisão singular ante a proximidade do juiz à causa, aos fatos, as provas já produzidas. Agravo de instrumento desprovido" (TJBA, 3ª Câmara Cível, AI 34198-9/2008, Des. Edson Ruy Bahiense Guimarães, j. 13/01/2009). "Agravo de instrumento. Ação de interdito proibitório. Justificação prévia. Mandado liminar. Razoável verificação dos requisitos autorizadores da medida. Improvimento. Em sede de interdito proibitório, a concessão de medida liminar, lastreada em justificação prévia, em que se verifica, ainda que precariamente, a posse do autor. Bem como o seu justo receio de ser nela molestado, equivale à garantia de inalterabilidade da situação fática e, por conseguinte, assegura o

deslinde da questão, dependente este de prova a ser concretizada durante a instrução. Esse é o alcance a ser dado ao art.929, e que melhor atende ao princípio da igualdade processual" (TJBA, 1ª Câmara Cível, AI 25799-5/2003, Desa. Vilma Costa Veiga, j. 23/05/2007). "Agravo interno em agravo de instrumento. Interdito proibitório. Suspensão de decisão que havia deferido pedido liminar até a realização de audiência de justificação. Situação dos autos que aconselha o aguardo da solenidade para manifestação definitiva sobre pedido liminar. Agravo a que se nega seguimento" (TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo n. 70035658871, Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 28/04/2010). "Apelação Cível - Possessória - Interdito Proibitório - Análise coerente do arcabouço probatório por parte do julgador singular - Ausência de plausibilidade da tese invocada - Não atendimento aos requisitos traçados no art. 932, CPC - Manutenção da sentença - Recurso Improvido – Unânime" (TJSE, Apelação Cível nº 2951/2006, Des. Cezário Siqueira Neto, j. 29/10/2007). "Nos interditos, a expedição de mandado proibitório com cominação de pena pecuniária depende de concessão liminar precedida de justificação" (TJMG, RJTAMG 28/60, *apud* Theotonio Negrão, CPC Comentado, 41ª edição, p. 1055).

[mcxxxii] O direito de posse não é direito fundamental, embora o seja o direito de propriedade, do qual a posse é circunstancialmente uma projeção (a posse revela-se no exercício, de fato, dos direitos inerentes à propriedade). Mas sequer a propriedade sobre um determinado bem é um direito fundamental, posto o seja o direito genérico de ser proprietário. Se a propriedade sobre determinado bem fosse um direito fundamental, teria ele as características da irrenunciabilidade, imprescritibilidade e incessibilidade, o que seria um contrassenso numa sociedade que se amolda ao liberalismo econômico. A pessoa não pode renunciar ao direito, que titulariza sempre, de investir-se na condição de proprietário, também não podendo ceder ou ter prescrito o direito à propriedade, genericamente considerada. Há uma passagem de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil.* Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 45) que é elucidativa por se referir ao caráter polissêmico do direito de propriedade "con el que se entiende – tanto em Locke como en Marshall – al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos 'burgueses' a par de la propiedad".