De acordo com as Leis n.12.395/2011 (direito de arena) e 12.551/2011 (subordinação jurídica telemática)

SINOPSES JURÍDICAS

27

# Direito do Trabalho

## Teoria Geral a Segurança e Saúde

César Reinaldo Offa Basile

Editora Saraiva

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***LeLivros.Net*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento,e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluira a um novo nível.***



SINOPSES JURÍDICAS

*César Reinaldo Offa Basile*

Advogado e Contabilista. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela FGV/SP. Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

# *Direito do Trabalho*

## *Teoria Geral a Segurança e Saúde*

**5ª edição**
**2012**

Volume 27

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

**FILIAIS**

**AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

**BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

**BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

**CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

**DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

**GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16728-5

Basile, César Reinaldo Offa
Direito do trabalho : teoria geral a segurança e saúde / César Reinaldo Offa Basile. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Sinopses jurídicas; v. 27)
1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho - Brasil I. Título. II. Série.
CDU-34:331 (81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito do trabalho : Brasil 34:331 (81)

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Diretor de produção editorial** Lígia Alves
**Editor** Jônatas Junqueira de Mello
**Assistente editorial** Sirlene Miranda de Sales
**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria
**Preparação de originais** Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Camilla Bazzoni de Medeiros
**Arte e diagramação** Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Morais
**Revisão de provas** Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Rita de Cássia S. Pereira
**Serviços editoriais** Elaine Cristina da Silva / Vinicius Asevedo Vieira
**Capa** Aero Comunicação
**Produção gráfica** Marli Rampim
**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição: 8-2-2012**

**Dúvidas?**
**Acesse www.saraivajur.com.br**

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

# Índice

*Nota à 2ª edição*

Título I — direito individual do trabalho

Capítulo I — Teoria Geral do Direito do Trabalho

1. Breve histórico
2. Natureza jurídica
3. Autonomia
4. Conceito
5. Fontes e formas de integração
    5.1. Fontes formais primárias (observância obrigatória)
    5.2. Formas de integração (consideradas fontes formais supletivas)
6. Princípios fundamentais do Direito do Trabalho
    6.1. Princípio da proteção (ou tutelar)
        6.1.1. *In dubio pro operario*
        6.1.2. Aplicação da norma mais benéfica
            a) Teoria da acumulação
            b) Teoria do conglobamento
        6.1.3. Prevalência da condição mais favorável
            a) Aderência plena (irrestrita)
            b) Aderência limitada ao prazo
            c) Aderência limitada por revogação
    6.2. Princípio da primazia da realidade (ou supremacia dos fatos)
    6.3. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas
    6.4. Princípio da continuidade
7. Interpretação
8. Aplicação
9. Direito Internacional do Trabalho
    a) Organização Internacional do Trabalho
        – Convenções da OIT
        – Comissão de peritos e comitê de liberdade sindical
    b) Convenção de Viena de 1961
    c) *Dumping*, cláusulas e selos sociais

Capítulo II — Vínculo Empregatício (Relações de Emprego)
1. Urbano (Comum)
1.1. Empregado
1.1.1. Pessoa física (pessoa natural)
1.1.2. Pessoalidade
1.1.3. Não eventualidade (habitualidade)
1.1.4. Subordinação
1.1.5. Onerosidade
1.2. Empregador
1.2.1. Riscos da atividade econômica
Instrumentos de trabalho
1.2.2. Poder de direção
1.2.2.1. Poder de organização
1.2.2.2. Poder de controle
1.2.2.3. Poder disciplinar
1.2.3. Grupo econômico (empresarial)
Teoria do empregador único
Consórcio de empregadores
*Joint venture*
1.2.4. Mudança na estrutura jurídica
1.3. Concessão de serviço público
1.4. Trabalho a distância
2. Doméstico
2.1. Principais direitos
2.2. Direitos não reconhecidos
FGTS
Seguro-Desemprego
2.3. Proibições
2.4. Convenção contratual
2.5. Incentivo ao trabalho formal
3. Rural
3.1. Peculiaridades
Trabalhador rural por pequeno prazo
4. Equipe
5. Agente público
Capítulo III — Relações de Trabalho não Empregatícias
1. Autônomo
1.1. Representação comercial

2. Estágio
3. Residência médica
4. Eventual
5. Voluntário

Capítulo IV — Intermediação de Mão de Obra
1. Trabalho avulso
1.1. Trabalho portuário
1.2. Movimentação de mercadorias

Capítulo V — Interposição Empresarial
1. Trabalho temporário
2. Terceirização
2.1. Serviços especializados ligados à atividade-meio
2.2. Empreitada e subempreitada

Capítulo VI — Parceria, *Franchising* e Cooperativismo
1. Parceria
2. *Franchising*
3. Cooperativismo

Capítulo VII — Obrigação e Responsabilidade Trabalhista

Capítulo VIII — identificação profissional
1. Carteira profissional (CTPS)
1.1. Anotações
1.1.1. Reclamação

Capítulo IX — Contrato individual de trabalho
1. Contratação
Responsabilidade pré-contratual
2. Elementos
3. Características
4. Formas
5. Duração
5.1. Prazo determinado
Lei n. 9.601/98
5.2. Prazo indeterminado
5.3. Unicidade contratual
6. Cláusulas fundamentais
7. Cláusulas especiais
7.1. Exclusividade

7.2. Não concorrência
7.3. Permanência
8. Nulidades contratuais
8.1. Idade insuficiente do trabalhador (nulidade com efeitos jurídicos plenos)
8.2. Preterição de formalidade (nulidade com efeitos jurídicos parciais)
8.3. Ilicitude da atividade econômica (nulidade sem efeitos jurídicos)
9. Contratação por empresa estrangeira
Capítulo X — Alteração do Contrato de Trabalho
1. *Ius variandi* e *ius resistentiae*
2. Transferência
2.1. Adicional de transferência (salário-condição)
3. Transferência para prestar serviço no exterior
Capítulo XI — FGTS e PIS/Pasep
1. Fundo de garantia por tempo de serviço
1.1. O regime do FGTS
1.2. Saques permitidos
1.3. Lei Complementar n. 110/2001
2. Programa de Integração Social (PIS) e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep)
Abono salarial
Capítulo XII — Salário e Remuneração
1. Definição e composição
1.1. Salário
1.1.1. Parte fixa
1.1.2. Comissão
1.1.3. Gratificação ajustada
Gratificação por tempo de serviço
Gratificação de função
1.1.4. Abono
1.1.5. Diárias excedentes
1.1.6. Quebra de caixa
1.1.7. Luvas
1.1.8. Salário-utilidade (*in natura* ou salário indireto)
Programa de Alimentação do trabalhador (PAT)
1.1.9. Parcelas não integrantes
1.2. Remuneração
2. Proteção ao salário
2.1. Mínimo ou piso salarial

Política de valorização do salário mínimo
Salário mínimo proporcional
Piso salarial
Comissionista puro
Salário complessivo
2.2. Prazo e formas de pagamento
*Split-salary*
2.3. Irredutibilidade salarial
2.4. Integralidade (intangibilidade)
Consignações voluntárias
Limites da invasão patrimonial do trabalhador
2.4.1. *Truck system*
2.5. Impenhorabilidade
2.6. Retenção criminosa
2.7. Equiparação salarial
2.8. Substituição
2.9. Desvio ou acúmulo de funções
2.10. Falência e recuperação de empresas
3. Décimo terceiro salário

Capítulo XIII — Direitos, Vantagens e Benefícios
1. Participação nos lucros ou resultados
PLR proporcional
Gestão na empresa
2. Vale-transporte
3. Direito de imagem
3.1. Direito de arena
4. Propriedade intelectual (invenção)
5. *Stock option*
6. Benefícios negociados
7. Salário-família
8. Assistência aos filhos e dependentes

Capítulo XIV — Segurança e Saúde no Trabalho
1. Acidente do trabalho
2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA)
3. Equipamentos de Proteção Individual (EPI)
4. Controle médico
5. Prevenção de riscos ambientais
5.1. Atividades insalubres

5.1.1. Adicional de insalubridade (salário-condição)
Súmula Vinculante n. 4
Jurisprudência correlata
5.2. Atividades perigosas
Vigilante
5.2.1. Adicional de periculosidade (salário-condição)
Jurisprudência correlata
5.3. Ergonomia
Prevenção da fadiga

Capítulo XV — Trabalho da Mulher
1. Política antidiscriminatória trabalhista
1.1. Prevenção da fadiga
1.2. Intervalo especial antes da sobrejornada
2. Proteção à maternidade
Aborto
3. Adoção ou guarda judicial para adoção
4. Programa Empresa Cidadã
5. Mãe social

Capítulo XVI — Trabalho do Menor
1. Definição
2. Principais proibições
Trabalho educativo
3. Garantia de ensino
4. Aprendizagem
5. Duração do trabalho
6. Prevenção da fadiga
7. Assistência dos responsáveis
8. Prescrição

# Nota à 2ª Edição

Diante das recentes inovações legislativas no âmbito do Direito do Trabalho e de alguns ajustes que se faziam necessários no texto desde a 1ª edição, optamos por dividir o conteúdo pertinente à disciplina em dois volumes (27 e 28). Com isso, a fim de proporcionar aos leitores um estudo mais detalhado, didático e condizente com a peculiar dinâmica do mais social dos direitos, entendemos que, nesse contexto, seriam necessários comentários adicionais do Autor, tudo de forma a aprimorar este trabalho.

Assim, neste volume 27 reunimos os seguintes institutos: *teoria geral do direito*; *vínculo empregatício*; *demais relações de trabalho*; *identificação profissional*; *contrato individual de trabalho*; *terceirização*; *parceria e "franchising"*; *salário e remuneração*; *direitos, vantagens e benefícios*; *e segurança e saúde do trabalho*.

Esperamos que nosso objetivo tenha sido alcançado.

# Título I

# DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

## Capítulo I
## TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

### 1 BREVE HISTÓRICO

Com oito milhões e meio de quilômetros quadrados (quinto maior país em extensão do mundo), o Brasil, única nação oriunda da colonização portuguesa na América (em comparação aos 18 Estados soberanos decorrentes da colonização espanhola), deve sua dimensão ao longo período de exploração da *escravidão*. Por falta de interesse econômico, a abolição da escravatura não foi tema de nenhum dos grandes movimentos de independência, separatistas ou sociais, da época colonial e imperial (como a Inconfidência Mineira, a Revolução Farroupilha, a Cabanagem, a Sabinada, a Balaiada etc.), apenas ocorrendo em 1888, com a assinatura da Lei Áurea.

Após a libertação dos escravos e a propagação do trabalho livre (assalariado), foi registrado o primeiro dispositivo constitucional de direito social e proteção ao trabalho (1891), consubstanciado na liberdade de associação, sem armas.

No entanto, sem dúvida alguma, foram os imigrantes europeus do período pós-guerra (a partir de 1919) que trouxeram a ideologia de liberdade e igualdade (*iguais para morrer, iguais para viver*), influenciando os movimentos classistas e a criação de diversas normas trabalhistas.

Em 1930, Getúlio Vargas (que perdeu a eleição presidencial para Júlio Prestes, mas chegou ao poder por meio de um golpe de Estado com a ajuda dos militares) criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, promovendo nos anos seguintes a edição de vários decretos de caráter trabalhista, que iniciaram nosso processo de *constitucionalismo social* (inspirado nas pioneiras constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919).

A Constituição Federal de 1934, por exemplo, estabeleceu o *salário mínimo*, a *isonomia salarial*, a *jornada de oito horas*, a *proteção do trabalho das mulheres e dos menores*, as *férias remuneradas*, a *liberdade sindical*, dentre outros direitos.

Durante a fase intervencionista do Estado Novo e a égide da Constituição Federal de 1937 (corporativista, criando o sindicato único e proibindo o direito de greve, incompatível com os interesses da produção nacional), foi editado o Decreto-Lei n. 5.452, em 1º de maio de 1943 (com vigência a partir de 10 de novembro de 1943), aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho, reunião sistemática de todas as leis trabalhistas esparsas existentes à época (não se tratando de um Código Trabalhista, uma vez inexistente direito novo) e que até hoje continua sendo a principal norma jurídica regente das relações de emprego.

Diante do fim do regime autoritário de Getúlio Vargas, a Constituição Federal de 1946 rompe com o corporativismo, renova as garantias dos trabalhadores, consagra o *direito de greve* e inclui outros como o *repouso semanal remunerado* e a *estabilidade*.

Com a renúncia do presidente eleito, Jânio Quadros, e o conturbado governo socialista do vice, João Goulart (em plena Guerra Fria), os militares tomaram o poder em 1964, conseguindo a promulgação de uma Constituição Federal em 1967, e estabelecendo uma ditadura que durou até 1985, período em que muitos dos direitos e liberdades individuais foram extremamente limitados.

Por fim, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nossa atual Constituição Federal, contendo o capítulo “Direitos Sociais” (no título “Direitos e Garantias Fundamentais), onde restam contemplados todos os principais direitos e garantias dos trabalhadores, que ora não podem ser abolidos nem por emenda constitucional (para alguns doutrinadores, nem por uma nova ordem constitucional — poder constituinte originário — em face da teoria da “conquista das gerações” e do “direito adquirido social”).

## 2 NATUREZA JURÍDICA

O Direito do Trabalho constitui ramo do *Direito Privado*, posto que oriundo do instituto romano civil *locatio conductio operarum* (locação de mão de obra) e, principalmente, porque envolve, na grande maioria das

vezes, dois sujeitos particulares. Embora muitas de suas normas revelem feição protetiva (restringindo a autonomia privada das partes) e regulamentem mecanismos públicos de fiscalização, isso não será suficiente para alterar sua natureza jurídica.

## 3 AUTONOMIA

Um ramo da ciência do Direito será considerado autônomo quando revelar capacidade de disciplinar todas as relações jurídicas que lhe são inerentes e oferecer solução aos conflitos decorrentes.

Segundo a doutrina de Alfredo Rocco, a autonomia requer:

**a)** campo de observação vasto e específico;
**b)** metodologia própria;
**c)** princípios peculiares.

O Direito do Trabalho constitui ramo autônomo da ciência do Direito.

## 4 CONCEITO

Em uma concepção *subjetivista* (pessoal), o Direito do Trabalho pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações interpessoais por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele, enquanto, sob o enfoque *objetivista* (material), como o corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado e os riscos que dela se originam.

Na doutrina moderna, diante de sua autonomia científica, o Direito do Trabalho será mais bem conceituado como o *conjunto de princípios, institutos e regras que ordena a alienação da energia produtiva e criativa do trabalhador, fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho e da livre-iniciativa*.

## 5 FONTES E FORMAS DE INTEGRAÇÃO

Um sistema trabalhista encontra sua origem (fonte), do ponto de vista *material*, em motivos políticos, sociais e econômicos fundamentais à construção de uma determinada forma de sociedade. Na perspectiva *formal*,

está baseado em princípios e regras que se exteriorizam ao mundo por normas jurídicas.

## 5.1. FONTES FORMAIS PRIMÁRIAS (OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA)

As relações trabalhistas ficam adstritas às seguintes normas jurídicas, classificadas em ordem crescente de especificidade e decrescente de hierarquia, ou seja, devendo as posteriores estar perfeitamente compatibilizadas com as anteriores:

**a)** Constituição Federal.

**b)** Leis (complementares, ordinárias ou delegadas) e medidas provisórias (matéria de relevância e urgência).

**c)** Demais atos do Poder Executivo (como decretos, portarias etc.).

**d)** Acordos coletivos, convenções coletivas e sentença normativa.

Os dispositivos *constitucionais, legais* e as *medidas provisórias* representam comandos genéricos, abstratos e impessoais, enquanto os *demais atos do Poder Executivo*, comandos específicos e de efeito concreto.

As cláusulas de um *acordo coletivo* serão resultado de uma conciliação frutífera sobre condições de trabalho entre o sindicato dos trabalhadores (categoria profissional) e uma ou mais empresas, ao passo que as de uma *convenção coletiva* serão fruto de uma composição bem-sucedida entre o sindicato dos trabalhadores (categoria profissional) e o sindicato dos empregadores (categoria econômica), também acerca de condições de trabalho. *Sentença normativa*, por sua vez, é a decisão proferida em um dissídio coletivo (decorrente da infrutífera conciliação entre trabalhadores e empregadores), em que são criadas, modificadas ou extintas condições de trabalho.

Muito embora exista resistência por parte da doutrina em aceitar o regulamento da empresa (ato unilateral do empregador que determina o que é permitido ou proibido em seu estabelecimento) e o contrato de trabalho (ato bilateral, *intuitu personae*, sinalagmático, de trato sucessivo e oneroso, que disciplina a relação jurídica entre o tomador e o prestador dos serviços), como fonte do direito (sob a justificativa de que se trata de normas jurídicas sem abstração e impessoalidade), é certo que as relações trabalhistas também estarão sempre adstritas a esses dois institutos.

No tocante à origem, serão estatais e heterônomas: a Constituição

Federal, as leis (complementares, ordinárias ou delegadas), as medidas provisórias, os demais atos do Poder Executivo e a sentença normativa; enquanto serão privadas e autônomas: os acordos e convenções coletivas, além do regulamento da empresa e do contrato de trabalho.

## 5.2. FORMAS DE INTEGRAÇÃO (CONSIDERADAS FONTES FORMAIS SUPLETIVAS)

O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com seus princípios fundamentais (CLT, art. 8º, parágrafo único). Assim, quando a CLT ou a legislação trabalhista forem omissas, o Direito do Trabalho emprestará do *Código Civil* (e até mesmo de outras leis civis) conceitos e aplicações de institutos jurídicos.

Contudo, na falta de disposições legais ou contratuais, os juízes do Trabalho decidirão, conforme o caso, pela *jurisprudência*, *analogia*, *equidade* e outros *princípios ou normas gerais do direito*, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os *usos e costumes*, o *direito comparado*, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (CLT, art. 8º).

A jurisprudência uniforme no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a mais alta Corte da organização judiciária trabalhista, será denominada *súmula* (não mais enunciado, como antigamente o era) quando seu texto for discutido e aprovado pelo Tribunal Pleno (composto por todos os 27 ministros) ou *orientação jurisprudencial*, refletindo o entendimento de determinada seção especializada (dissídios individuais ou coletivos), quando aprovado pela Comissão de Jurisprudência (composta por apenas 3 ministros).

Compete ressaltar que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 2º da Lei n. 11.417/2006).

# 6 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do Trabalho, além da *boa-fé* e da *razoabilidade*, destacam-se

quatro princípios de elementar importância: *proteção*, *primazia da realidade*, *irrenunciabilidade de direitos* e *continuidade*.

## 6.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO (OU TUTELAR)

O princípio da proteção é a base de todo o Direito do Trabalho (*igualdade substancial* — "tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam" — Ruy Barbosa), representando uma forma de estabelecer equilíbrio à relação laboral, assimétrica diante da força do capital (pela subserviência natural daqueles que necessitam extrair o sustento familiar alienando sua energia de trabalho e concorrendo com a oferta de outros, em contraposição ao interesse do empregador em aumentar e valorizar o próprio patrimônio pelo menor preço). O princípio tutelar se encontra implícito no texto do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que o legislador define como direitos basilares do trabalhador (impassíveis de abolição pela via da emenda) todos aqueles que proporcionem a melhoria de sua condição social.

Assim, com fundamento constitucional, a doutrina prefere admitir a proteção do trabalhador sob três vertentes: *in dubio pro operario*, *aplicação da norma mais benéfica e prevalência da condição mais favorável*.

### 6.1.1. *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Evidentemente que tal premissa em hipótese alguma poderá ser confundida com o princípio do Direito Penal *in dubio pro reo*, até porque, na relação trabalhista, não se faz presunção em favor do suposto infrator, e sim daquele que colocou à disposição a energia de trabalho, na grande maioria das vezes, o autor.

Na verdade, o princípio do *in dubio pro operario* não deve ser traduzido somente como "na dúvida, para o operário", mas também "na dúvida, em favor do vínculo empregatício".

Vale dizer que servirá tanto para interpretar uma norma jurídica de alcance controvertido (leis, regulamentos da empresa ou o próprio contrato de trabalho) como a relação jurídica das partes em si, tomando como exemplo o trabalhador que se fez substituir eventualmente por outrem na prestação dos serviços (ferindo o requisito da pessoalidade) ou deteve algum tipo de poder de organização sobre seu trabalho (contrariando a regra básica de subordinação), devendo ser reconhecido o vínculo empregatício,

pois a dúvida decorrente da identificação esporádica de características estranhas ao emprego não pode gerar a presunção de existência de um trabalho impessoal, eventual, autônomo ou voluntário.

### 6.1.2. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS BENÉFICA

Segundo essa vertente do princípio da proteção, na possibilidade de aplicação de dois dispositivos normativos distintos, prevalecerá aquele que se revelar mais benéfico ao trabalhador, independentemente de sua hierarquia.

No entanto, há que se admitir a existência de duas teorias regentes da aplicação de normas nas relações de trabalho:

**a) Teoria da acumulação**

Teoria segundo a qual se faz possível a seleção de preceitos e institutos jurídicos mais benéficos ao trabalhador, admitindo-os como incondicionalmente válidos mesmo fora do contexto normativo ou do sistema para o qual foram criados. Representa uma soma de vantagens normativas extraídas de diferentes textos.

**b) Teoria do conglobamento**

Teoria que apenas admite a seleção do sistema normativo mais benéfico ao trabalhador, sem a possibilidade de fracionamento ou exclusão de preceitos ou institutos jurídicos nele previstos.

A jurisprudência brasileira atual acolhe a referida teoria, especialmente nos casos de diferentes regulamentos em uma mesma empresa (Súmula 51, II, do TST); de diplomas negociados distintos, quando ambos estiverem em vigor (necessidade de escolha entre o acordo e a convenção coletiva, em razão das concessões recíprocas que os originaram) e de sistemas jurídicos soberanos, como no caso do brasileiro contratado no Brasil e *que passa a trabalhar em filial no exterior*, recebendo um salário muito superior ao pago aos seus colegas, mas quer reivindicar décimo terceiro salário, fundo de garantia por tempo de serviço (típicos de nossa legislação). Nessa hipótese, somente após análise dos conjuntos normativos será possível definir-se qual o sistema jurídico mais benéfico ao trabalhador singularmente considerado (o brasileiro, com todos os seus princípios e institutos, ou o estrangeiro).

Em havendo transferência, a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho quando mais favorável do que a legislação territorial, *no conjunto de normas e em relação a cada matéria* (inteligência do art. 3º, II, da Lei n. 7.064/82).

### 6.1.3. PREVALÊNCIA DA CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL

Essa vertente decorre da previsão legal do art. 620 da CLT: "as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo".

Independentemente da hierarquia das normas, sempre terá prevalência a estrutura mais adequada, o ambiente de trabalho mais saudável e o melhor sistema de vantagens oferecido ao empregado.

Uma condição laborativa favorável irá aderir ao contrato, tornando-se parte integrante deste, de três diferentes maneiras:

#### a) Aderência plena (irrestrita)

As vantagens concedidas de forma voluntária e habitual, bem como as normas jurídicas privadas, desde que *sem prazo determinado*, aderem ao contrato de trabalho de maneira definitiva, como ocorre com os regulamentos das empresas:

*As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento* (Súmula 51, I, do TST).

No mesmo sentido, uma cesta básica oferecida voluntariamente pelo empregador aos seus funcionários, desde que de forma habitual ou sem estipulação de término, não mais poderá ser suprimida.

#### b) Aderência limitada ao prazo

As cláusulas contidas nos instrumentos coletivamente negociados (acordo ou convenção), bem como o dispositivo das sentenças normativas, aderem ao contrato de trabalho apenas durante seus respectivos prazos de vigência:

*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho* (Súmula 277, I, do TST).

### c) Aderência limitada por revogação

Tecnicamente mais coerente, porém não aceita pela jurisprudência e por parte da doutrina, estabelece que os dispositivos negociados permanecem aderidos ao contrato de trabalho até que um outro instrumento normativo os revogue, funcionando como verdadeiro incentivo para que uma nova negociação sempre ocorra na data-base (dia definido dentro do calendário civil para a criação, modificação, extinção de regras ou condições de trabalho).

Assim, ainda que o prazo de vigência de determinado acordo ou convenção coletiva restasse fixado em 1º de maio de 2008, suas cláusulas continuariam sendo exigíveis até que uma nova negociação coletiva fosse levada a termo ou que uma sentença normativa definisse as próximas condições de trabalho.

## 6.2. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE (OU SUPREMACIA DOS FATOS)

Entende-se por primazia da realidade a *preponderância dos fatos em relação à estrutura jurídica empregada*.

É o caso da estudante de direito selecionada para realizar estágio em uma banca de advocacia e que, de fato, acaba apenas sendo exigida em tarefas típicas de auxiliar de escritório ou de secretária, como controlar agenda, atender clientes pelo telefone, pagar guias, extrair xerox etc.

Embora tenha ela firmado um termo de compromisso (até com a interveniência da instituição de ensino), demonstrando que a estrutura jurídica pretendida pelo tomador dos serviços era a relação de estágio, o vínculo empregatício deve ser reconhecido em razão da efetiva verdade dos fatos.

## 6.3. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Em função do caráter alimentar e da consequente indisponibilidade do direito, é vedada a renúncia (ato unilateral do trabalhador) de qualquer verba de natureza trabalhista.

No tocante à transação (acordo de vontades baseado em concessões mútuas), ainda que permitida no âmbito extrajudicial, não extinguirá a

obrigação trabalhista quando implicar prejuízo ao recebimento integral pelo empregado das verbas salariais e indenizatórias decorrentes do contrato de trabalho (somente se podendo estabelecer parcelamento do débito).

A aludida proibição se justifica pela subserviência ínsita ao trabalhador, fruto da acentuada assimetria entre a necessidade de quem vende energia para seu sustento e o interesse de quem usa a força do capital para aumentar e valorizar o próprio patrimônio.

Destarte, segundo o art. 9º da 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".

Pelas razões expostas, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não permite ao trabalhador aceitar valor menor do que a lei estabeleça, nem conferir ampla, geral e irrevogável quitação aos seus direitos trabalhistas (restringindo-se apenas àqueles efetiva e discriminadamente pagos), mesmo que assim expressamente o declare.

Importante salientar, no entanto, que diante de *res dubia* (coisa duvidosa), ou seja, direito trabalhista não comprovado pelo empregado ou contestado pelo empregador (sempre antes da decisão final de mérito), poderemos ter uma conciliação (transação) no âmbito judicial em valores inferiores ao atribuído na reclamatória, sendo implicitamente reconhecida pelo obreiro a ausência dos fatos ou mesmo do próprio direito, justificando a diferença entre o *quantum* inicialmente pretendido e o valor efetivamente aceito.

Diante da possibilidade de transação judicial com formação de coisa julgada material, muitas empresas vêm promovendo verdadeiras lides simuladas na Justiça do Trabalho para, em primeira audiência, celebrar conciliação e obter segurança jurídica de forma fraudulenta.

## 6.4. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Pela presunção de necessidade do empregado em vender a sua força produtiva, desinteresse em perder a fonte de seus recursos financeiros e empenho constante para melhoria de sua condição social, *os contratos de trabalho se presumem por prazo indeterminado*.

Nessa linha, a determinação do prazo de vigência de um contrato de trabalho deverá, pois, ser reconhecida como exceção, nas hipóteses a serem estudadas de maneira mais detalhada no Capítulo IX, item 5.1.

Ademais, a manutenção do liame empregatício ao longo de muitos anos, além de ser admitida como meta fundamental para o trabalhador, que busca garantir estabilidade financeira e ascensão profissional, também o é para a empresa, que visa maximizar lucros com mão de obra qualificada e experiente. Dessa forma, a ruptura da relação trabalhista somente será interpretada como justa quando a falta praticada revele gravidade suficiente para tornar insustentável o vínculo jurídico entre as partes. Não bastasse, "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" (Súmula 212 do TST).

## 7 INTERPRETAÇÃO

Em razão da conhecida assimetria registrada no conflito capital- -trabalho, existindo diferentes formas de se interpretar e aplicar uma determinada norma jurídica de natureza trabalhista (p. ex.: *sistemática* — harmonizando o sentido e o alcance do texto com o ordenamento ou sistema jurídico para o qual foi criado; *gramatical* — extraindo o significado literal das palavras; *histórica* — considerando o contexto fático em que foi elaborada; *teleológica* — adaptando à sua realidade social), deve prevalecer aquela que confira máxima eficácia aos fundamentos constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e do *valor social do trabalho* (segundo critérios de proporcionalidade).

## 8 APLICAÇÃO

No *tempo*, salvo disposição em contrário (que pode postergar sua eficácia), a norma trabalhista terá aplicação e efeitos imediatos, incidindo sobre todos os contratos de trabalho vigentes. Embora existente significativa doutrina recalcitrante, não há que se falar em intangibilidade de ato jurídico perfeito, pois o liame empregatício se caracteriza pela prestação continuada e pelo trato sucessivo.

*Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolicação* (CLT, art. 912).

No *espaço*, a relação jurídica será regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação (princípio da *lex loci executionis*), consoante entendimento da Súmula 207 do TST.

# 9 DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

## a) Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada em 1919, com sede em Genebra, Suíça, foi criada pela Conferência de Paz, após o término da Primeira Guerra Mundial, e funciona como uma agência de estrutura tripartite, especializada em questões trabalhistas, ligada à Organização das Nações Unidas (ONU).

São órgãos da OIT: a Conferência Internacional do Trabalho (ou Assembleia Geral), o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A *Conferência Internacional do Trabalho ou Assembleia Geral* (realizada em junho de todos os anos) constitui a reunião dos Estados-Membros, atualmente *183 (cento e oitenta e três)*, representados por *4* delegados cada (sendo *2* do governo, *1* das organizações de empregadores e *1* das associações de trabalhadores) e possui a função *deliberativa*, competindo a ela adotar e revisar normas internacionais do trabalho e aprovar políticas gerais e o programa de trabalho e orçamento da OIT. O *Conselho de Administração*, por sua vez, é formado por *28* representantes dos governos, *14* dos trabalhadores e *14* dos empregadores, eleitos a cada *três anos* (observando-se que dez dos postos governamentais são ocupados permanentemente pelos países de maior importância industrial — Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia) e detém a função *administrativa e executiva*, responsável pela elaboração e pelo controle de execução das políticas e dos programas da OIT. Já a *Repartição Internacional do Trabalho*, que funciona como a secretaria da OIT, será competente para centralizar e distribuir todas as informações relativas à regulamentação internacional das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores.

### — Convenções da OIT

As normas jurídicas aprovadas por *dois terços* dos delegados presentes à *Conferência Internacional do Trabalho ou Assembleia Geral* da OIT são denominadas *convenções* e estabelecem regras gerais obrigatórias para os países que as ratificarem, devendo integrar seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Aprovadas, mas sem o número suficiente de adesões, serão intituladas *recomendações*, funcionando como uma mera orientação aos Estados de como legislar sobre matéria trabalhista.

No Brasil, quando aprovadas pelo Congresso Nacional e promulgadas por decreto presidencial, as convenções da OIT são admitidas no ordenamento jurídico nacional no mesmo plano das *leis ordinárias federais*. No caso dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, são duas as possibilidades: ***a)*** aprovados pelo Congresso Nacional com quórum simples, revelam *status supralegal* (CF, art. 5º, § 2º — RE 466.343, STF), ou seja, não podem afrontar a supremacia da Constituição Federal, mas estarão acima da legislação nacional (permitindo, inclusive, *controle de convencionalidade* das normas legais que ensejarem transgressão aos direitos humanos tutelados pelo instrumento internacional; ***b)*** aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por *três quintos* dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às *emendas constitucionais* (CF, art. 5º, § 3º).

As principais convenções da OIT ratificadas pelo Brasil foram: n. 95 — proteção do salário (25-4-1957); n. 98 — direito de sindicalização e de negociação coletiva (18-11-1952); n. 132 — férias anuais remuneradas (23-9-1998); n. 138 — idade mínima para admissão no emprego (28-6-2001); e n. 182 — proibição das piores formas de trabalho infantil (2-2-2000). Contudo, entendidas como conflitantes com o ordenamento jurídico nacional, deixaram de ser ratificadas a emblemática Convenção n. 87 — liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização e a de n. 151 — direito de sindicalização e relação de trabalho na Administração Pública. No caso da Convenção n. 158 — término da relação de trabalho por iniciativa do empregador (proibindo a dispensa arbitrária), fora ela aprovada pelo Congresso Nacional em 16-9-1992 (Decreto Legislativo n. 68) e ratificada pelo governo brasileiro em 4-1-1995 (para vigorar doze meses depois), mas apenas revestida de eficácia jurídica no território nacional ao ser publicada em português pelo Decreto n. 1.855, de 10-4-1996. Subitamente, após decorridos pouco mais de sete meses de sua efetiva vigência, foi denunciada à Repartição Internacional do Trabalho da

OIT, deixando de vigorar no Brasil a partir de 20-11-1997 (por comando emergente do Decreto n. 2.100/96). Vale ressaltar, por oportuno, que, em fevereiro de 2008, o presidente Luís Inácio Lula da Silva enviou ao Congresso Nacional pedido de ratificação da adesão do Brasil à Convenção n. 158 da OIT, que poderá recuperar validade caso aprovada pelo Poder Legislativo. Entretanto, também é importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN-MC 1.480/DF (Ministro Relator Celso de Mello), em 4-9-1997, já havia reconhecido a aludida convenção como mera proposta dirigida ao legislador interno, ou seja, dependente de necessária e ulterior intermediação legislativa para sua integral aplicabilidade no plano nacional.

### — Comissão de peritos e comitê de liberdade sindical

A efetiva implementação e o cumprimento das convenções e normas internacionais de trabalho pelos Estados-Membros são examinados pela *Comissão de Peritos* (integrante do Conselho de Administração da OIT e composta por *(21) vinte e um* especialistas de destaque no cenário jurídico mundial), recebendo e avaliando queixas, produzindo relatórios e emitindo observações aos Países-Membros inertes ou recalcitrantes.

Desde 1951, o Conselho de Administração da OIT também mantém, como uma de suas comissões permanentes, o *Comitê de Liberdade Sindical* (composto de forma tripartite por *9* membros), cuja principal competência é o exame de reclamações acerca de violações à liberdade sindical (Convenção n. 87 — não ratificada pelo Brasil) e aos direitos à sindicalização (Convenção n. 98), além de proteger a autonomia das negociações coletivas.

## b) Convenção de Viena de 1961

Um dos mais importantes acordos internacionais entre as nações, sem dúvida alguma, é a Convenção celebrada em Viena em 18-4-1961, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 103/64 e promulgada pelo Decreto n. 56.435/65, tratando das missões diplomáticas.

Merecem destaque alguns dispositivos porquanto relacionados diretamente com isenções e imunidades de repercussão no âmbito trabalhista:

O Estado *acreditante (país de origem da missão diplomática)* deverá

certificar-se de que a pessoa que pretende nomear como Chefe da Missão *(embaixador, p. ex.)* perante o Estado *acreditado (país de destino da missão diplomática)* obteve o *agrément (aceitação ou aprovação nacional no status de persona grata)*. O Estado acreditado não está obrigado a dar ao Estado acreditante as razões da negação do *agrément (art. 4)*.

O Estado acreditado poderá, a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático é *persona non grata*. Uma pessoa pode ser declarada *non grata* ou não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado *(art. 9)*.

Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, *não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução (art. 22) — juridicamente conhecida como "imunidade de execução"*.

O agente diplomático gozará da *imunidade de jurisdição penal* do Estado acreditado. Gozará também da *imunidade de jurisdição civil e administrativa*, a não ser que se trate de uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais *(art. 31). Em suma, na seara trabalhista, a pessoa jurídica de direito público externo não goza de imunidade de jurisdição, embora detenha imunidade de execução.*

A *renúncia à imunidade de jurisdição* no tocante às ações cíveis ou administrativas *não implica renúncia à imunidade quanto às medidas de execução da sentença*, para as quais nova renúncia é necessária *(art. 32)*.

O agente diplomático estará, no tocante aos serviços prestados ao Estado acreditante, *isento das disposições sobre seguro social* que possam vigorar no Estado acreditado. A isenção aplicar-se-á *também aos criados particulares* que se acham ao serviço exclusivo do agente diplomático *(art. 33)*.

Os criados particulares dos membros da Missão, que não sejam nacionais do Estado acreditado nem nele tenham residência permanente, estarão *isentos de impostos e taxas sobre os salários que perceberem pelos seus serviços*. Nos demais casos, só gozarão de privilégios e imunidades na medida reconhecida pelo referido Estado. Todavia, o Estado acreditado deverá exercer a sua jurisdição sobre tais pessoas de modo a não interferir demasiadamente no desempenho das funções da Missão *(art. 37)*.

O agente diplomático *não exercerá* no Estado acreditado *nenhuma*

*atividade profissional ou comercial em proveito próprio* (art. 42).

### c) *Dumping*, cláusulas e selos sociais

Em busca de crescimento econômico e competitividade no mercado internacional, alguns países acabam se valendo do chamado *dumping social*, nas suas mais variadas formas, sendo as principais: a legalização do pagamento de baixíssimos salários aos trabalhadores (com consequente redução dos custos de produção); o oferecimento de vantagens tributárias para atrair empresas de outros países; as políticas protetivas à mão de obra qualificada, com vista ao trabalhador estrangeiro etc.

No sentido contrário, para combater a exploração do trabalhador em benefício do mercado, alguns países adotam as denominadas *cláusulas sociais* (inseridas nos acordos internacionais de comércio), objetivando ao menos o respeito aos cinco princípios fundamentais do trabalho: **a)** a liberdade de organização sindical; **b)** a negociação coletiva; **c)** a eliminação da exploração do trabalho infantil; **d)** a proibição do trabalho forçado; e **e)** a não discriminação de trabalhadores, seja por raça, sexo ou qualquer outro fator.

Embora contestado por diversos Estados, em especial os de economia emergente (Brasil, Rússia, Índia e China), o sistema do *selo* ou *etiqueta social* também se apresenta como uma política de repressão aos abusos trabalhistas, atuando como instrumento de tutela dos direitos sociais basilares. Nesse sistema, são estampadas "etiquetas" nas embalagens de produtos destinados à exportação, como uma espécie de selo de garantia de que tais mercadorias foram manufaturadas respeitando-se as convenções internacionais de trabalho (no caso do Brasil seria muito difícil se obter o referido selo social, uma vez que o trabalho informal é por demais praticado no território nacional).

## Quadro sinótico — Teoria geral do direito do trabalho

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **1. Breve Histórico** | Brasil CF | Colonial e Imperial — exploração da escravidão<br>Lei Áurea (1888) — abolição da escravidão | | | |
| | | 1891 — liberdade de associação | trabalho livre assalariado | | |
| | | 1930 — Getúlio Vargas | Ministério do Trabalho<br>Decretos trabalhistas | | |
| | | 1934 — CF — direitos trabalhistas | salário mínimo<br>isonomia salarial<br>jornada de 8h diárias<br>férias remuneradas etc. | | |
| | | 1937 — Estado Novo | direito de greve vedado<br>sindicato único | | |
| **1. Breve Histórico** | Brasil CF | 1943 — CLT | (Dec.-Lei n. 5.452) | | |
| | | 1946 — novos direitos laborais | DSR<br>greve<br>estabilidade etc. | | |
| | | 1967 — ditadura militar — limitação de direitos | | | |
| | | 1988 — Capítulo “Dos Direitos Sociais” — art. 7º | | | |
| **2. Conceito** | Direito do trabalho | Conjunto de | princípios<br>institutos<br>regras | Que ordena | a alienação produtiva e criativa da energia humana |

<table>
<tr><td rowspan="2">3. Fontes e Formas de Integração</td><td colspan="2">Primárias<br>CF<br>(Leis complem., ord. ou delegadas)<br>Atos do Poder Executivo (dec. e port.)<br>Negociações coletivas<br>acordos<br>convenções<br>Sentenças normativas<br>Regulamento da empresa<br>Contrato de trabalho</td></tr>
<tr><td colspan="2">Secundárias<br>jurisprudência<br>analogia<br>equidade<br>princípios gerais de direito<br>usos e costumes<br>direito comparado</td></tr>
<tr><td>4. Princípios Fundamentais do Direito do Trabalho</td><td>1) Proteção</td><td>In dubio pro operario<br>Aplicação da norma mais benéfica<br>— teorias<br>acumulação<br>conglobamento</td></tr>
</table>

| | | |
|---|---|---|
| **4. Princípios Fundamentais do Direito do Trabalho** | 1) Proteção | Prevalência da condição mais favorável<br>— teorias<br>aderência plena — Súm. 51,I/TST<br>aderência limitada ao prazo — Súm. 277/TST<br>aderência limitada por revogação |
| | 2) Primazia da realidade = fato > forma<br>3) Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas<br>4) Continuidade — Regra = contrato por prazo indeterminado | |
| **5. Interpretação e Aplicação** | Espécies de Interpretação | Sistemática — pautada no sistema jurídico em que foi criada<br>Gramatical — extração do significado literal das palavras<br>Histórica — contexto fático da elaboração<br>Teleológica — adaptação à realidade social |
| | deverá prevalecer a que confira maior eficácia | à dignidade da pessoa humana<br>e<br>ao valor social do trabalho |

<table>
<tr><td rowspan="4">6. Direito Internacional do Trabalho</td><td rowspan="4">OIT</td><td rowspan="2">Assembleia Geral</td><td>Convenção: aprovação 2/3 membros — regras obrigatórias Brasil — aprovadas<br>n. 95<br>n. 98<br>n. 132<br>n. 138<br>n. 182</td></tr>
<tr><td>Recomendação — orientações aos Estados</td></tr>
<tr><td colspan="2">Conselho de Administração — Comissão de peritos e Comitê de Liberdade Sindical</td></tr>
<tr><td colspan="2">Repartição Internacional do Trabalho</td></tr>
<tr><td>7. Convenção de Viena de 1961</td><td colspan="3">Principais artigos:<br>art. 4º — Necessidade de agrément<br>art. 22 — Locais de missão, mobiliário = imunidade de execução<br>art. 31 — Imunidade civil, administrativa e penal, mas não trabalhista<br>art. 42 — Agente diplomático não agirá em atividade profissional</td></tr>
<tr><td>8. Dumping Social</td><td colspan="3">legalização de baixíssimos salários; vantagens tributárias</td></tr>
<tr><td>9. Cláusulas e Selos Sociais</td><td colspan="3">instrumentos de repressão dos abusos trabalhistas</td></tr>
</table>

# Capítulo II
# VÍNCULO EMPREGATÍCIO (RELAÇÕES DE EMPREGO)

Espécie do gênero trabalho (alienação de energia produtiva e criativa), o vínculo empregatício pode ser regido por diferentes diplomas legais, sendo o mais comum a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43 — vigente desde 10-11-1943), que em vez de introduzir um direito novo (o que resultaria em um Código do Trabalho), apenas reuniu e organizou, de maneira sistematizada, a legislação trabalhista vigente à época, com adaptações.

Ao arrepio de parte da doutrina clássica em matéria trabalhista (que defende exatamente o contrário), não se pode afirmar que a CLT foi inspirada na *Carta de Lavoro*, uma vez que, dos onze títulos do texto consolidado brasileiro, apenas o referente à organização sindical reproduz o modelo sindical então vigente na Itália.

## 1 URBANO (COMUM)

### 1.1. EMPREGADO

No texto original da CLT, "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (art. 3º, *caput*).

Já, em um estudo mais avançado e contemporâneo, são cinco os elementos identificadores do vínculo empregatício, sem qualquer dos quais a relação de emprego não se configura: *pessoa física (natural)*, *pessoalidade*, *não eventualidade*, *subordinação* e *onerosidade*.

A *exclusividade*, portanto, não constitui elemento configurador de uma relação empregatícia, embora represente forte indício de sua existência.

#### 1.1.1. PESSOA FÍSICA (PESSOA NATURAL)

Apenas a pessoa humana é dotada de energia produtiva e criativa capaz de realizar um trabalho (conjunto de atividades destinado a um determinado

fim). Dessa forma, não restará configurada uma relação trabalhista e, por assim dizer, um vínculo empregatício, quando o contratado for uma pessoa jurídica, um ente despersonalizado ou um ser vivo irracional.

### 1.1.2. PESSOALIDADE

Em razão do caráter personalíssimo da relação empregatícia (*intuitu personae*), o trabalhador *não poderá fazer-se substituir por outrem em sua prestação*. A capacidade produtiva, qualidades e aptidões que lhe são inerentes, bem como a confiança (fidúcia) do tomador, constituem fundamentos essenciais da contratação. Assim, um empregado (vigia noturno, p. ex.) que, atendendo aos seus próprios interesses, puder convidar substituto (colega ou parente estranho à empresa) para o cumprimento de obrigações contratuais, não preencherá a aludida condição, restando desconfigurado o vínculo.

O prestador se revela, portanto, mais importante que a própria prestação, identificando o principal traço distintivo entre a relação de trabalho e a relação de consumo, uma vez que nesta o resultado será o objeto maior da contratação, independentemente das pessoas que contribuíram para a sua obtenção. Tanto assim, que na relação consumerista, o prestador responderá sempre diante de vícios apresentados pelos serviços, bem como em razão de promessas enganosas utilizadas para atrair clientela.

### 1.1.3. NÃO EVENTUALIDADE (HABITUALIDADE)

Elemento de difícil definição, também chamado de *habitualidade*, a não eventualidade deve sempre levar em conta a frequência com que o empregado executa seu trabalho em relação ao número de dias em que este poderia ser exigido.

Assim, um trabalhador que labora uma ou duas vezes por semana, em um universo de seis dias úteis, será considerado *eventual*, ao passo que, em um universo de dois dias (uma bilheteria de eventos, p. ex.), deve ser considerado *habitual* ou *não eventual*.

Acionando-se três ou mais vezes por semana, a jurisprudência é maciça, entendendo como *habitual* e permitindo a configuração do vínculo empregatício.

No caso do vínculo doméstico, o elemento não eventualidade é substituído pela *continuidade*, que será estudada adiante (item 2).

### 1.1.4. SUBORDINAÇÃO

Evolução do antigo conceito de dependência, a *subordinação*, requisito do vínculo empregatício, não é econômica nem técnica, mas sim *jurídica*.

Na verdade, o trabalhador cumpre as ordens que lhe são dirigidas pelo empregador em respeito ao contrato de trabalho celebrado e para que possa reivindicar a contraprestação convencionada, bem como todos os direitos trabalhistas que o instrumento normativo e a lei lhe conferem, pois, afinal, nem sempre possui condição econômica inferior ou busca aperfeiçoar sua técnica.

A subordinação representa o oposto da autonomia, na qual o prestador mantém o pleno poder de direção do trabalho, podendo escolher clientela, definir estratégias e preços, fixar seus próprios horários e prazos ou mesmo recusar serviço quando assim lhe for conveniente.

Importante salientar, porém, que ganha força na doutrina e jurisprudência trabalhistas, até pela investidura do magistrado Maurício Godinho Delgado no cargo de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, a teoria da *subordinação estrutural*, segundo a qual, na nova realidade produtiva, torna-se dispensável receber ordens diretas do empregador, que *passa a ordenar apenas a produção, como um todo.* Pelo simples fato de *integrar o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento do tomador dos serviços*, o trabalhador deve ser reconhecido como submetido a um regime de subordinação (*sub-rogação horizontal do comando diretivo*), até porque, nos atuais sistemas da *gestão flexível* (onde ordens emanarão de diferentes fontes), restará sempre instituída uma espécie de *cooperação competitiva* entre os prestadores de serviço. Trata-se da *estrutura subordinante* frequentemente identificada nas terceirizações consideradas ilícitas. Muitas vezes os próprios empregados se encarregam de cobrar eficiência em prol da otimização da linha produtiva, mas o beneficiário final do excedente de trabalho humano será mesmo a empresa tomadora.

Outro instituto que também ganha bastante reconhecimento na doutrina e na jurisprudência é a *parassubordinação (coordenação)*, caracterizada pela *colaboração* do prestador com a finalidade da atividade econômica desenvolvida pelo tomador, ou seja, ainda que com independência (sem controle ou disciplina), *o trabalhador realiza serviço que se enquadra na necessidade do empreendimento, sujeito a uma organização geral* (*tercius*

*genus* — terceiro gênero, além da subordinação e da autonomia).

Para a jurisprudência maciçamente majoritária, a presença de autonomia ou de *parassubordinação (coordenação)* na prestação dos serviços impede o reconhecimento do vínculo empregatício (até porque o instituto tem origem nos contratos a projeto do direito italiano). No entanto, vale destacar, em sentido contrário, julgados exarados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), dentre os quais.

"(...) A legislação trabalhista brasileira não prevê a figura do parassubordinado, que, se admitida por migração, deve ter uma inteligência de natureza inclusiva, de modo a valorizar o trabalho do homem numa sociedade em mudanças e em fase de assimilação de valores neoliberais. Não precisamos reproduzir cegamente soluções alienígenas, distantes das nossas experiências, para que não corramos o risco de positivar o que não vivenciamos. O Direito deve ser o reflexo de experiências vividas pela sociedade na qual se pretende seja instituído e aplicado e não o receptáculo de uma vivência de país estrangeiro. Nem tudo que é bom para os europeus é bom para os brasileiros e vice-versa. Assim, se se quer copiar a figura do parassubordinado, não previsto na nossa legislação com direitos próprios, então que se faça essa movimentação na direção do subordinado com todas as vantagens previstas na CLT e não no sentido contrário de sua identificação com o autônomo, gerando um *tercius genus*, isto é, o *para-autônomo*. Portanto, parassubordinação dentro e não além do modelo traçado no art. 3º, da CLT, que necessita de uma *intro legere* em consonância com a realidade social" (TRT3, RO 546/2007, 4ª T., DJMG, 23-2-2008).

### 1.1.5. ONEROSIDADE

A definição de onerosidade, para fins trabalhistas, também deve ganhar um contorno muito mais abrangente que para os outros ramos do Direito. Derivação de "ônus", ela se fará presente sempre que o tomador dos serviços se comprometer ao cumprimento de uma obrigação, seja de pagar (dinheiro ou utilidade), de dar, de fazer ou de não fazer.

Isso porque a simples ideia de que falta de pagamento pecuniário implicaria a ausência de onerosidade é completamente falsa. A inexistência é sinônimo de trabalho gratuito, ou seja, beneficente, filantrópico, altruísta.

O fato de um indivíduo trabalhar em troca de alimento, moradia ou mesmo para que o seu pai tenha um tratamento de saúde, não denota

gratuidade, e sim onerosidade.

O mesmo ocorre quando o trabalhador é contratado como comissionista puro (para receber apenas 10% das vendas que realizar) e, em seis meses de trabalho árduo, nenhuma negociação daquele produto consegue concretizar. O trabalho não é, pois, gratuito, e sim oneroso, uma vez existente a *pretensão de recebimento* e o *ônus* (obrigação) *de pagamento*.

Importante deixar claro, no entanto, que, em qualquer hipótese citada (trabalho por alimento, moradia ou tratamento de saúde, e o comissionista puro, cujas vendas são infrutíferas), remanesce a obrigação do empregador em realizar pelo menos o pagamento do salário mínimo (mensal ou por hora), podendo até ser pleiteada judicialmente.

## 1.2. EMPREGADOR

Segundo a CLT, "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (art. 2º, *caput*) e, ainda, por equiparação, "os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados" (art. 2º, § 1º).

### 1.2.1. RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Assumir os *riscos da atividade econômica* é uma expressão de fácil compreensão, porém um ato de difícil identificação na prática.

O melhor exemplo, sem dúvida alguma, está no serviço de *delivery* oferecido por restaurantes e redes de lanchonetes, em muitos casos limitado a determinada demora.

O excesso de tempo na entrega, em situações, por exemplo, de trânsito intenso ou qualquer fenômeno da natureza (como uma enchente), proporcionará prejuízos (cancelamento do pedido ou isenção do pagamento do preço). Quem arcar com a perda estará assumindo o risco da atividade econômica, podendo ser a empresa ou o entregador, ou até ambos, no caso de este não receber pela entrega e aquela perder o ganho pelo produto e seu preparo.

No entanto, para que exista o vínculo empregatício, faz-se necessário que o tomador assuma *integralmente* o risco da atividade econômica, *uma vez que a divisão deste caracteriza outras formas de relação jurídica, como*

*a parceria ou a meação*.

Em linguagem técnica, é o que chamamos de *caráter forfetário* da atividade do empregado.

**Instrumentos de trabalho**

Embora não seja um elemento determinante e fundamental, a disposição pela empresa de todos os instrumentos para que o trabalho seja realizado constitui indício da formação do vínculo empregatício.

### 1.2.2. PODER DE DIREÇÃO

O poder de direção do tomador encontra correspondente direto na subordinação jurídica do prestador, o que vale dizer que todo trabalho subordinado é um trabalho dirigido.

A doutrina divide o poder de direção em três estruturas: *poder de organização*, *poder de controle* e *poder disciplinar*.

#### *1.2.2.1. PODER DE ORGANIZAÇÃO*

O poder de organização representa a vantagem de se escolher o ramo de atividade econômica; delimitar mercado consumidor; criar organograma estrutural; estabelecer linha hierárquica; implementar tecnologia; aplicar técnicas e, em geral, definir a forma como o trabalho deverá ser realizado, seja por meio de determinações diretas aos trabalhadores ou mediante comunicados, memorandos, regulamentos (poder organizacional regulamentar).

#### *1.2.2.2. PODER DE CONTROLE*

O poder de controle sintetiza a faculdade de fiscalizar a prestação dos serviços, como o horário de início e término do trabalho, a utilização de uniformes ou de equipamento de proteção individual (EPI), o monitoramento moderado dos ambientes e *e-mails* corporativos e até mesmo realizar a famigerada revista na pessoa, desde que não de forma íntima.

#### *1.2.2.3. PODER DISCIPLINAR*

O poder disciplinar caracteriza-se pela prerrogativa de aplicar penalidades ou sanções ao trabalhador no caso de descumprimento do

contrato de trabalho ou de infringência ao dever de lealdade com a empresa e de urbanidade com os demais colegas.

| VÍNCULO EMPREGATÍCIO | |
|---|---|
| **Empregado** | **Empregador** |
| 1) Pessoa física<br>2) Pessoalidade<br>3) Habitualidade<br>4) Subordinação<br>5) Onerosidade | risco da atividade econômica<br>poder de direção<br>a) organização<br>b) controle<br>c) disciplinar |

## 1.2.3. GRUPO ECONÔMICO (EMPRESARIAL)

Consoante dispõe o art. 2º, § 2º, da CLT, sempre que uma ou mais empresas, embora cada uma delas com personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, estará constituído um grupo econômico (empresarial).

A criação de uma sociedade gestora de participações sociais, mais conhecida por *holding*, tem o exato objetivo de administrar um conglomerado empresarial, adquirindo a maioria das ações ou cotas das empresas componentes de um determinado grupo.

A facilidade na transferência do patrimônio e a possibilidade de concentração das dívidas em uma mesma pessoa jurídica fazem com que o Direito atribua *solidariedade* pelas dívidas e obrigações trabalhistas a todas as empresas integrantes do grupo econômico.

### Teoria do empregador único

Fato muito comum nos dias de hoje é a contratação de um mesmo empregado para prestar serviços em diferentes empresas de um grupo econômico, como, por exemplo, um técnico de informática. Em razão disso, a jurisprudência (Súmula 129 do TST) passou a admitir que a prestação de serviços a mais de uma empresa, durante a mesma jornada, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário, consagrando a *unicidade contratual* e a figura do *empregador único*.

### Consórcio de empregadores

À luz do art. 25-A, *caput*, da Lei n. 8.212/91 (introduzido pela Lei n. 10.256/2001), *equipara-se ao empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente aos seus integrantes*. E, ainda, no seu § 3º, que os produtores rurais componentes do consórcio serão *responsáveis solidários em relação às obrigações previdenciárias*.

Aplicando-se analogicamente às relações e obrigações trabalhistas urbanas, formar-se-á um consórcio, sempre que da união de diferentes tomadores a um deles forem outorgados poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores destinados à prestação de serviços comuns aos seus membros. Assim sendo, todas as pessoas físicas ou jurídicas integrantes do consórcio e beneficiadas com os serviços prestados tornar-se-ão *solidariamente* responsáveis pela integralidade das obrigações trabalhistas.

### *Joint venture*

Diferentemente do grupo econômico (empresarial) ou do consórcio de empregadores, a *joint venture* (empreendimento conjunto) constitui uma associação de empresas (sem que nenhuma delas perca sua personalidade jurídica própria), com fins lucrativos, objetivando explorar determinado negócio e se dissolvendo automaticamente tão logo ele seja concluído.

Do ponto de vista laboral, a criação de uma *joint venture* normalmente acarretará o remanejamento e aproveitamento dos empregados das empresas participantes, bem como a contratação de novos trabalhadores, formando-se, porém, um vínculo empregatício com a nova sociedade, *de curta duração*.

Ocorre que, extinto o empreendimento e existindo passivo trabalhista remanescente, também deverão responder *solidariamente* as empresas que o integraram.

## 1.2.4. MUDANÇA NA ESTRUTURA JURÍDICA

A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho, nem os direitos adquiridos dos respectivos empregados (CLT, art. 10, c/c o art. 448).

Incorporação de empresa

A + b => A

(“b” — empresa menor — deixa de existir e o patrimônio é transferido para a empresa maior — incorporadora — “A”, que passa a ser responsável pelas obrigações trabalhistas dos empregados de “b”)

Cisão de empresa

A => b + c

(“A” deixa de existir e seu patrimônio é dividido para as duas novas empresas menores — “b” e “c”, que responderão solidariamente pelas obrigações trabalhistas pretéritas e individualmente pelos empregados que passarem aos seus serviços)

Fusão de empresas

A + B => AB

(“A” e “B” deixam de existir e reúnem seus patrimônios para formarem uma nova empresa maior — “AB”, que passa a ser a responsável pelas obrigações trabalhistas dos empregados de “A” e de “B”)

Sucessão trabalhista

A => B => C => ...

As empresas “A”, “B”, “C”, ... deixam de existir sucessivamente e o respectivo patrimônio (bens materiais e fundo de comércio) acaba transferido para uma nova empresa criada (forma muito utilizada para tentar frustrar o pagamento do passivo trabalhista). Contudo, a jurisprudência é pacífica ao reconhecer a responsabilidade da sucessora pelas obrigações trabalhistas remanescentes, salvo na hipótese de a sucedida ser ex-integrante de grupo econômico (com responsabilidade solidária) e o devedor direto plenamente solvente à época da sucessão.

*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* (OJ 411, SBDI-1, TST).

As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do banco sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista (OJ 261, SBDI-1, TST).

Vale ressaltar, ainda, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADI 3934, afastou definitivamente a sucessão trabalhista na aquisição de ativos de empresa devedora em processo de recuperação judicial ou falência — art. 60, parágrafo único e art. 141, II, da Lei n. 11.101/2005 ("*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 acidente de trabalho*").

## 1.3. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Celebrado contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento, ou qualquer outra forma contratual, a título transitório, bens de sua propriedade:

I — em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão;

II — no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora (OJ 225, SBDI-1, TST).

## 1.4. TRABALHO A DISTÂNCIA

Não há qualquer diferença entre o trabalho manual e o intelectual, nem entre aquele realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado (CLT, art. 6º).

Assim, diante das novas fórmulas organizacionais e dos novos meios tecnológicos de comunicação, operou-se a difusão do trabalho a distância, gênero do qual o *trabalho em domicílio*, o *teletrabalho*, o *home office*, o *call center* e o *trabalho remoto* são espécies.

A utilização da telemática e a desconcentração das atividades econômicas permitem uma melhor distinção dos institutos.

Entende-se por *telemática* qualquer meio tecnológico de comunicação ou informática (bip, pager, telefonia fixa e celular, fac-símile, mensagem SMS, rádio, internet, e-mail, MSN, Skype, Voip, chat, intranet, webcam, dentre

outros).

A presença da telemática irá configurar o *teletrabalho* e sua ausência poderá identificar o *trabalho em domicílio* ou o *trabalho a distância genérico* (dependendo se a unidade de trabalho estiver situada na residência do empregado ou não), fazendo-se necessária a utilização de serviços de correio, mensageiros ou mesmo a presença periódica na sede da empresa para receber ordens e prestar contas das atividades desenvolvidas.

No âmbito do *teletrabalho (uso da telemática),* teremos o *home office*, se a unidade de trabalho a distância coincidir com a residência do empregado; o *call center*, se não coincidir com o domicílio mas possuir endereço fixo; ou o *trabalho remoto*, se for itinerante, virtual ou o empregado tiver que prestar os seus serviços em trânsito, conectado ou conectando-se com a sede da empresa.

Como toda e qualquer relação empregatícia, o vínculo apenas se formará no trabalho a distância diante da concorrência dos cinco requisitos já estudados, quais sejam: pessoa física (natural), pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

Para fins de subordinação jurídica, consoante dispõe o novo parágrafo único do art. 6º da CLT (introduzido pela Lei n. 12.551/2011), *os meios telemáticos e informatizados* de comando, controle e supervisão *se equiparam* aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

## 2 DOMÉSTICO

Segundo a Lei n. 5.859/72, considera-se empregado doméstico aquele que presta serviços de *natureza contínua* e de *finalidade não lucrativa à pessoa ou à família*, no *âmbito residencial* destas.

Assim, além do fato de ser empregado, o trabalhador deve prestar serviços de:

*Natureza contínua* — conforme a jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho, sem que haja interrupção nos dias de trabalho durante a semana (de segunda a sexta, p. ex.). A diarista (faxineira, p. ex.) normalmente presta serviços uma, duas ou até três vezes por semana, mas de forma descontínua (segunda, quarta e sexta, p. ex.), razão pela qual o vínculo doméstico acaba não se aperfeiçoando.

“O reconhecimento do vínculo empregatício com o empregado doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, o que não se aplica quando o trabalho é realizado durante alguns dias da semana. (...) Isso, considerando-se que, para o doméstico com vínculo de emprego permanente, a jornada de trabalho, em geral e normalmente, é executada de segunda-feira a sábado, ou seja, durante seis dias na semana, até porque foi assegurado ao empregado doméstico o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (Constituição Federal, art. 7º, XV e parágrafo único).

Assim, sendo incontroverso que a reclamante trabalhava somente em dois ou três dias por semana para a reclamada, não há como reconhecer o vínculo empregatício entre elas, porque, na presente hipótese, estamos diante de serviços prestados por trabalhadora diarista” (TST, RR 17.676/2005, 7ª T., *DJ*, 4-5-2009).

“O entendimento dominante desta Corte Superior é de que o(a) diarista que presta serviços em dias alternados, em casa de família, não tem vínculo empregatício como doméstico(a), em face do não preenchimento dos requisitos necessários à caracterização da relação de emprego.

Com efeito, o(a) ‘diarista’ é o(a) trabalhador(a) que, normalmente, não se dispõe, por razões várias, a se vincular a um empregador por intermédio de um contrato de trabalho doméstico, com rigidez obrigacional de presença ao serviço e de horário, nem a perceber salário fixo mensal, pois prefere pactuá-lo com base na unidade dia, recebendo sempre ao final da jornada” (TST, RR 1.242/2003, 2ª T., *DJ*, 13-6-2008).

Contudo, é importante ressaltar que a citada 2ª Turma do C. TST defendera, na mesma época, a chamada *continuidade vertical*, ou seja, a constância da prestação dos serviços ao longo dos anos (que se contrapõe à tradicional continuidade horizontal, na qual o labor é verificado apenas em uma perspectiva semanal).

“(...) trabalhar um dia por semana em todas as semanas durante 27 anos e contemplando todas as necessidades básicas e cotidianas do serviço doméstico é, sem dúvida, prova de continuidade” (TST, RR 18.756/2003, 2ª T., *DJ*, 30-5-2008).

Em julgamento mais recente, datado de setembro de 2011, a 6ª Turma do C. TST (RR 250040-44.2004) manteve o reconhecimento de vínculo empregatício para doméstica que contava com 12 anos de serviço, três vezes por semana, em razão de receber da contratante um valor fixo mensal,

em vez de contraprestação pecuniária ao final do dia ou, ao menos, proporcional ao número de dias trabalhados no mês.

Atualmente tramita no Congresso Nacional, já aprovado no Senado Federal, projeto de lei (PLS 160/2009), que em seu art. 1º define diarista como todo trabalhador que presta serviços no máximo *2 (duas) vezes por semana* para o mesmo contratante, recebendo pagamento pelos serviços prestados no dia da diária, sem vínculo empregatício.

*Finalidade não lucrativa* — sem que o contratante objetive auferir lucro ou renda através do serviço prestado. A cozinheira que prepara alimentos para comercialização ou mesmo o servente, que limpa imóvel destinado à locação (ainda que casa de veraneio), devem ser considerados trabalhadores urbanos celetistas (comuns) e não domésticos.

*À pessoa ou família* — a relação doméstica caracteriza-se pela fidúcia (confiança) e pela contratação por pessoa física ou entidade familiar (em sentido lato, podendo abranger também outras uniões de características familiares, inclusive homoafetivas). Nas chamadas "repúblicas", o vínculo se formará com todos os moradores do imóvel que efetivamente exercerem o poder de direção da prestação dos serviços (solidariedade nas obrigações). Não existirá trabalho doméstico em se tratando de contratante pessoa jurídica.

*Âmbito residencial* — nesse conceito entenda-se a prestação dentro do perímetro da residência e também em atividades externas que sirvam àqueles que nela convivam (um motorista particular, p. ex.). A utilização do imóvel residencial como único núcleo de atividades profissionais ou comerciais (servindo de escritório ou estabelecimento) acarretará o reconhecimento do vínculo empregatício urbano (celetista).

É comum ter-se uma ideia estereotipada do trabalho doméstico, sendo ele apenas aquele destinado às atividades do lar, tais como cozinhar, limpar a casa, lavar roupas e louças. Ledo engano!

Na verdade, o mordomo, o jardineiro, a babá, o motorista particular e até mesmo a enfermeira podem ser considerados empregados domésticos, desde que presentes a subordinação e a natureza contínua do trabalho.

Outro exemplo muito comum de trabalhador doméstico é o do *caseiro* (que não deve ser confundido com o trabalhador rural, exercente de uma atividade com finalidade lucrativa), cujas tarefas podem ser: arrumar a casa, limpar piscina, cuidar de plantas, hortas e animais ou mesmo a simples vigilância, desde que em uma autêntica *chácara de lazer*, sem qualquer

vocação produtiva.

| DOMÉSTICO |
| --- |
| trabalho de natureza contínua<br>à pessoa ou à família<br>sem finalidade lucrativa<br>no âmbito residencial |

## 2.1. PRINCIPAIS DIREITOS

Os domésticos possuem seus direitos trabalhistas definidos no art. 7º, parágrafo único, da CF e na Lei n. 5.859/72, com as alterações da Lei n. 11.324/2006, não lhes sendo aplicados, nem de forma subsidiária, os preceitos previstos na CLT, ressalvando-se, apenas, os casos em que haja determinação expressa em contrário (CLT, art. 7º, *a*).

No entanto, necessário se faz distinguir *preceitos* (regras) de *princípios*, *conceitos* e *institutos*. Isso porque os princípios de Direito do Trabalho (*v.* Capítulo I, item 5), os conceitos e muitos institutos presentes na CLT serão observáveis. Como exemplos de conceitos temos: empregado (art. 3º); falta ao serviço (art. 131); salário e remuneração (art. 457). Já, institutos como a carteira de trabalho e previdência social — CTPS (CLT, arts. 13 a 26); contrato individual de trabalho e suas modalidades (CLT, art. 442 e s.); férias (CLT, Capítulo IV); aviso prévio (CLT, Capítulo VI); dispensa por justa causa (CLT, art. 482) e a despedida indireta (CLT, art. 483) serão aplicáveis em razão das remissões constitucionais (CF, art. 7º, parágrafo único) ou legais (Lei n. 5.859/72, arts. 2º, I; 3º; 6º-A e 6º-B; Lei n. 8.036/90, art. 20, I, e Decreto n. 99.684/90, art. 9º) feitas a eles.

Em virtude das peculiaridades do trabalho, o doméstico faz jus a: *salário mínimo*; *irredutibilidade salarial*; *décimo terceiro salário*; *repouso semanal remunerado*; *gozo de férias anuais remuneradas com um terço a mais do que o salário normal* (30 dias corridos e não mais 20 dias úteis, como previsto antes da alteração legislativa de 2006); *licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, de cento e vinte dias*; *licença-paternidade de cinco dias*; *aviso prévio de, no mínimo, trinta dias; aposentadoria e integração à previdência social* (CLT, art. 7º, parágrafo único).

No tocante às férias, comporta salientar que a remissão constitucional ao instituto, bem como a Convenção n. 132 da OIT, o Decreto n. 71.885/73 e a

jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, com base no *princípio do igual tratamento*, conferem aos domésticos o direito ao abono pecuniário (venda de parte do período de férias), a dobra da remuneração quando não houver a concessão no período legalmente fixado e o recebimento dos proporcionais no momento da rescisão do contrato de trabalho.

Através da Lei n. 7.418/85, é estendido à categoria dos domésticos o direito ao recebimento de *vales-transporte* na efetiva utilização do sistema coletivo público.

Por fim, com a nova redação dada à legislação dos domésticos pela Lei n. 11.324/2006, restaram reconhecidos *os descansos nos feriados civis e religiosos* (revogação do art. 5º, *a*, da Lei n. 605/49), sob pena de pagamento em dobro da respectiva remuneração, caso não haja compensação, bem como a *garantia de emprego à gestante, desde a confirmação de sua gravidez até cinco meses após o parto*, o que vinha sendo rejeitado pela jurisprudência.

## 2.2. DIREITOS NÃO RECONHECIDOS

Em inteligência ao mesmo parágrafo único do art. 7º da CF, à aludida Lei n. 5.859/72 e à legislação previdenciária, *não são reconhecidos aos domésticos* os seguintes direitos:

— *acordos e convenções coletivas*;

— *trabalho noturno com remuneração superior ao diurno*;

— *limitação da jornada de trabalho e intervalo mínimo*, o que vale dizer que não serão consideradas horas extras as excedentes à oitava diária ou quadragésima quarta semanal, nem o período incompleto de descanso intrajornada (para refeição e descanso) ou interjornada (de um dia para o outro);

— *alimentação, vestuário, higiene e habitação com natureza salarial (salário-utilidade), salvo moradia em local diferente do serviço* (não obstante proibido qualquer desconto nos vencimentos do doméstico em razão do fornecimento das referidas utilidades);

— *adicional de insalubridade* (exposição a agentes nocivos à saúde) *ou de periculosidade* (risco de morte);

— *auxílio-doença acidentário* e *auxílio-acidente* (do ponto de vista legal, o doméstico não sofrerá acidente do trabalho — CF, art. 7º, XXVIII —, podendo, contudo, ser beneficiado com o auxílio-doença comum

quando acometido de alguma enfermidade ou for vítima de um sinistro, dentro ou fora do ambiente de trabalho);

— *salário-família* (*v.* Capítulo XII, item 7); e

— *assistência gratuita aos filhos em creches e pré-escolas* (*v.* Capítulo XII, item 8).

### FGTS

No que se refere ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), regime mais bem esclarecido no item 1 do Capítulo XI, ao contrário dos demais empregados, cuja inclusão no regime se faz de forma obrigatória e automática, na relação doméstica será *facultativa* e *irretratável*, dependente de manifestação do empregador, sendo vedada, porém, a retirada posterior do empregado do aludido sistema.

### Seguro-Desemprego

O direito ao recebimento do Seguro-Desemprego está intimamente ligado à inclusão do empregado doméstico no regime do FGTS, ou seja, uma vez filiado, estará também ele protegido pelo benefício previdenciário do Seguro-Desemprego (porém, em um valor diferenciado de um salário mínimo, por um período máximo de três meses e desde que tenha trabalhado ao menos quinze nos últimos vinte e quatro meses).

## 2.3. PROIBIÇÕES

É fundamental ressaltar-se que o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal somente destaca *direitos* assegurados ou não ao trabalhador doméstico. No tocante às *proibições*, serão todas elas (sem qualquer ressalva) observáveis, o mesmo acontecendo em relação ao prazo prescricional previsto no inciso XXIX (cinco anos, até o limite de dois anos da extinção do contrato de trabalho).

De ressaltar, por oportuno, que em respeito à *Convenção n. 182 da OIT* (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178/99 e vigente no território nacional pelo Decreto n. 3.597/2000), fica proibida a contratação de menores para a realização de atividades domésticas.

## 2.4. CONVENÇÃO CONTRATUAL

Outro tema importante envolve o reconhecimento de direitos em um

contrato de trabalho escrito de doméstico, embora não garantidos pela Constituição Federal ou por lei. Exemplo: jornada de trabalho das 8h às 18h, com uma hora reservada para refeição e descanso. O texto constitucional não assegura duração máxima do trabalho doméstico nem garante intervalo, mas o contrato individual passa a fazê-lo. Assim, exigido o trabalho além das 18h ou desrespeitado o período para refeição e descanso, ficará o empregador obrigado a pagar pelo excesso cometido (sobrejornada ou supressão), mas com uma diferença: por não existir previsão constitucional, legal ou contratual, o tempo suprimido ou excedente será remunerado de forma simples, ou seja, sem acréscimo de adicional.

### 2.5. INCENTIVO AO TRABALHO FORMAL

Interessante salientar, por oportuno, que, visando incentivar o trabalho formal (com carteira assinada), foi alterada a redação do art. 12 da Lei n. 9.250/95, permitindo a dedução, *até o exercício de 2015* (ano-calendário de 2014), na declaração completa (não simplificada) de ajuste anual do imposto de renda pessoa física, do valor equivalente à contribuição patronal relativa a 1 (um) trabalhador doméstico, recolhida no decorrer do respectivo exercício à Previdência Social (limitada sempre à soma de um salário mínimo mensal mais o 13º salário e, eventualmente, férias).

## 3 RURAL

O vínculo empregatício rural é regido por legislação própria — Lei n. 5.889/73 — sendo aplicados subsidiariamente os dispositivos da CLT e as demais normas trabalhistas, naquilo que com ela não venham a colidir (art. 1º).

Empregado rural (ou rurícola) é toda pessoa física que, em *propriedade rural ou prédio rústico*, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

Considera-se empregador rural (ou produtor rural), a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore *atividade agroeconômica*, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos, com auxílio de empregados.

Extraindo também qualquer tipo de estereótipo, será rurícola não

somente o boia-fria, mas todo aquele empregado que prestar serviços em propriedade rural ou prédio rústico para uma pessoa física ou jurídica que explore atividade agroeconômica. Assim, para a configuração do vínculo rural, se faz necessária a presença tanto de uma propriedade rural ou prédio rústico como da exploração de uma atividade agroeconômica por uma pessoa física ou jurídica. *A princípio, não são avaliadas as características do prestador e sim do tomador dos serviços.*

*Propriedade rural* representa toda a área localizada na zona rural, segundo a lei de zoneamento de cada município. *Prédio rústico*, por sua vez, constitui um imóvel destinado à exploração agrossilvipastoril de qualquer natureza, situado na zona urbana ou rural (caracteriza-se pela natureza de seu uso e não pela localização).

*Atividade agroeconômica* deve ser admitida e interpretada em sentido lato, ou seja, não somente a atividade econômica envolvendo a agricultura, mas também a pecuária, a pesca e a exploração industrial em estabelecimento agrário (art. 3º, §1º). Vale salientar que o comércio, por si, não se insere no conceito de atividade agroeconômica, que leva em primeira conta *o cultivo*, *a criação ou a produção de gêneros do campo*, sem os quais não existirá trabalho rural.

Nesse diapasão, serão considerados trabalho urbano, p. ex., os préstimos e cuidados dispensados aos cavalos preparados para exposições, treinados para corridas ou hospedados em haras, uma vez que a natureza da atividade se revela eminentemente comercial.

Consideram-se como exploração industrial em estabelecimento agrário as atividades que compreendem o *primeiro tratamento dos produtos agrários in natura*, *sem transformá-los em sua natureza*, tais como (Decreto n. 73.626/74, art. 2º, § 4º):

I — o beneficiamento, a primeira modificação e o preparo dos produtos agropecuários e hortigranjeiros e das matérias-primas de origem animal ou vegetal para posterior venda ou industrialização (sem retirar-lhes sua característica original). São exemplos: lavagem, limpeza, separação, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação etc.;

II — o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos *in natura*, tais como: casca, farelo, pelo, caroço etc.

"O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industriário, nos termos do Decreto n. 73.626, de 12.02.1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria" (OJ 38 da SDI-1 do TST).

Contudo, para o enquadramento do trabalhador como empregado rural será necessário apenas que o empregador explore atividade agroeconômica em propriedade rural ou prédio rústico sem transformar o produto agrário *in natura*, inexistindo exigência legal de exercício de atividade tipicamente rural pelo obreiro.

Assim, o empregado que realiza tarefas tradicionalmente urbanas (motorista, faxineiro etc.) em empreendimentos rurais, será reconhecido como rurícola. Na mesma linha de entendimento, a Súmula n. 196 do C. STF define:

"Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador".

Pela mesma lógica, *é considerado trabalhador rural o motorista que trabalha no âmbito de empresa cuja atividade é preponderantemente rural, considerando que, de modo geral, não enfrenta o trânsito das estradas e cidades* (OJ 315 da SDI-I do TST).

O contrato de trabalho pode ser celebrado por prazo indeterminado ou por safra, considerando-se este como o que tenha sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrária (art. 14, parágrafo único), desde o preparo do solo para cultivo até a colheita.

Nas regiões em que se adota a plantação subsidiária ou intercalar (cultura secundária), a cargo do empregado rural, quando autorizada ou permitida, esta será objeto de contrato em separado (art. 12).

Salvo as hipóteses de determinação legal ou decisão judicial, só poderão ser *descontadas* do empregado rural as seguintes parcelas, *calculadas sobre o salário mínimo*, *mediante prévia autorização*, sob pena de nulidade (art. 9º):

**a)** até *20%* pela ocupação da morada (divididos proporcionalmente entre os empregados no caso de moradia coletiva);

**b)** até *25%* pelo fornecimento de alimentação sadia e farta;

**c)** adiantamentos em dinheiro.

É vedada a moradia coletiva de famílias (art. 9º, § 2º).

Findo o contrato de trabalho, o rurícola deverá desocupar o imóvel

dentro de *trinta dias*.

| RURAL |
| --- |
| produtor atividade agroeconômica<br>propriedade rural ou prédio rústico |

A cessão pelo empregador de moradia e de sua infraestrutura básica, assim como de bens destinados à produção para sua subsistência e de sua família não integram o salário do trabalhador rural, desde que caracterizados como tais, em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato dos trabalhadores rurais.

O trabalho habitual da esposa ou do filho menor do rurícola somente será reconhecido como vínculo empregatício se dele resultar proveito ao produtor rural e desde que tenha este manifestado seu consentimento, ainda que tacitamente (conhecimento dos fatos).

## 3.1. PECULIARIDADES

Por força do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, os trabalhadores urbanos e rurais foram equiparados em direitos e obrigações, remanescendo poucas peculiaridades do trabalho rural, como:

**a)** *intervalo para repouso e alimentação*, *segundo usos e costumes* (no mínimo de uma hora, consoante atual entendimento jurisprudencial no TST);

*"A não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada de uma hora ao trabalhador rural, fixado no Decreto n. 73.626, de 12-2-74, que regulamentou a Lei n. 5.889, de 8-6-73, acarreta o pagamento do período total, acrescido do respectivo adicional, por aplicação subsidiária do art. 71, § 4º, da CLT"* (OJ 381 da SDI-I do TST).

**b)** *trabalho noturno diferenciado das 21h às 5h na agricultura e das 20h às 4h na pecuária, com adicional de 25%* (não há redução da hora para 52 minutos e 30 segundos);

**c)** *ausência de cômputo como efetivo exercício dos intervalos de uma a outra parte da execução da tarefa diária nos serviços intermitentes* (p. ex.: recolhimento de ovos, extração de leite, tratamento dos cavalos, engorda do gado);

**d)** *aviso prévio de, no mínimo, trinta dias (observável a nova Lei n. 12.506/2011), mas com apenas um dia livre por semana para procurar novo emprego, na hipótese de dispensa sem justa causa*.

Toda propriedade rural que mantenha a seu serviço ou trabalhando em seus limites mais de 50 famílias de trabalhadores de qualquer natureza é obrigada a possuir e conservar em funcionamento escola primária inteiramente gratuita para os filhos destes (art. 16).

## Trabalhador rural por pequeno prazo

A Lei n. 11.718/2008 incluiu o art. 14-A na Lei n. 5.889/73, instituindo a contratação de trabalhador rural por pequeno prazo.

Nessa nova modalidade de contratação a termo, o produtor rural pessoa física, que explore *diretamente* atividade agroeconômica, poderá admitir, pelo *prazo máximo de dois meses* (dentro do período de *um ano*), empregado rural para o exercício de atividades de natureza temporária.

Assim, a contratação ou prorrogação que, dentro do período de um ano, superar dois meses, converterá o contrato de trabalho em prazo indeterminado, observando-se os termos da legislação aplicável.

A filiação e inscrição do trabalhador na Previdência Social irá decorrer, automaticamente, de sua inclusão na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP, cabendo ao órgão de previdência instituir mecanismos que permitam a correta identificação.

A não inclusão do trabalhador na GFIP pressupõe a inexistência de contratação por pequeno prazo, sem prejuízo de comprovação, por qualquer meio em direito admitido, da existência de relação jurídica diversa.

Os recolhimentos ao FGTS são obrigatórios e não diferem daqueles realizados ao trabalhador rural comum (8%), mas a contribuição previdenciária do segurado trabalhador rural de pequeno prazo será fixa em *oito por cento* sobre o respectivo salário de contribuição (a contribuição patronal, porém, não sofre alteração).

Importante e temerário, porém indicando um grande passo rumo à desburocratização das relações jurídicas transitórias no campo, temos como maior inovação introduzida pela alteração legislativa a possível contratação de trabalhador rural por pequeno prazo *sem a necessária anotação em CTPS e em livro ou ficha de registro de empregados*, exigindo-se, apenas,

contrato escrito (em que conste, no mínimo, expressa autorização em acordo coletivo ou convenção coletiva; qualificação do produtor e do imóvel rural no qual o trabalho será realizado; referência à respectiva matrícula; e identificação do trabalhador, com indicação do respectivo número de inscrição — NIT), para a fiscalização da relação trabalhista. A referida providência no campo também se justifica pelo alto índice de retenção irregular da CTPS de trabalhadores rurais, que por tal motivo se veem vinculados ao produtor e vítimas de acentuada exploração, atingindo até a situação análoga à de escravo.

Por fim, além da remuneração equivalente à do trabalhador rural comum, são assegurados todos os demais direitos de natureza trabalhista ao trabalhador rural por pequeno prazo, sendo as parcelas devidas, calculadas dia a dia, pagas diretamente mediante recibo.

Na hipótese de rescisão contratual antecipada, aplicar-se-á o disposto no art. 479 da CLT.

## 4 EQUIPE

O trabalho em equipe foi admitido *doutrinariamente* em inteligência ao art. 16, § 1º, do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), para a contratação de mão de obra indígena e também, por aplicação analógica, de orquestras musicais (vinculadas a determinado estabelecimento), sem nunca ter sido regulamentado por lei.

Muito contestado do ponto de vista dos direitos e das garantias individuais e, nos dias de hoje, totalmente desarrazoado (quer seja pelo alto grau de civilização do povo indígena, quer seja pelas diversas outras formas existentes para contratação de músicos), o trabalho em equipe expressa a figura do *empregado único*, na qual um grupo de diferentes trabalhadores presta serviços de forma coordenada e é *representado por um de seus integrantes (líder)*, formalizando contrato de trabalho único.

As verbas salariais são fixadas para todo o grupo e, assim como todos os demais haveres trabalhistas, pagas ao líder, que será responsável pelo repasse na proporção que cabe a cada componente. Não ocorrendo o repasse, é possível demandar o líder, o próprio empregador ou ambos, em litisconsórcio passivo (solidariedade)

Segundo a jurisprudência atual, diante da inexistência de norma

específica, o contrato de equipe deve ser considerado, juridicamente, como um *feixe de instrumentos individuais*, o que faculta a cada trabalhador, de maneira isolada, reivindicar seus direitos perante a Justiça do Trabalho.

## 5 AGENTE PÚBLICO

Com a alteração do texto original do art. 39 da Constituição Federal pela EC n. 19/98 e, consequentemente, o término do regime jurídico único, os agentes puderam ser investidos na função pública em dois diferentes sistemas trabalhistas: o estatutário, inerente ao Direito Administrativo, ou o celetista, relacionado ao Direito do Trabalho.

Contudo, em medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n. 2.135, o texto original do *caput* do art. 39 da Constituição Federal foi restabelecido, observando-se, no entanto, em razão dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência da alteração constitucional parcialmente suspensa (EC n. 19/98). A justificativa, mais que correta, ressalta que a matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS n. 9 (término do regime jurídico único) não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único. E conclui que, "o deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS n. 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum de três quintos* para aprovação de qualquer mudança constitucional".

Destarte, os agentes públicos, aprovados em concurso de provas e títulos e nomeados em cargo de provimento efetivo sob o regime celetista, de 4 de junho de 1998 (data da publicação da EC n. 19) a 7 de março de 2008 (data da publicação da liminar concedida nos autos da ADI n. 2.135), continuam a possuir direitos e obrigações trabalhistas estatuídos na Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 7º da Constituição Federal, não sendo possível,

porém, reconhecer o diploma trabalhista para os concursados nomeados para cargos efetivos após o citado lapso temporal.

Entretanto, para evitar a existência de regimes híbridos, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 243, fixou entendimento no sentido de que, *exceto na hipótese de previsão contratual ou legal expressa, a opção do funcionário público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário*.

Importante ressaltar, com fundamento na doutrina e na jurisprudência dominantes, que, embora celetistas, serão aplicadas aos agentes públicos algumas especificidades e restrições contidas no art. 37 da Constituição Federal, tais como: *necessidade de motivação na dispensa (teoria dos motivos determinantes), garantia de ampla defesa e contraditório; remuneração alterada somente por lei específica, sem distinção de índices em relação aos demais servidores; proibição da equiparação salarial ou acúmulo de cargos, empregos e funções públicas etc.*

No tocante aos empregos públicos (Lei n. 9.962/2000) e às contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (Lei n. 8.745/93), não há restrição temporal para a validade dos atos, e a lei regente será sempre aquela que pautou e motivou a abertura do processo seletivo simplificado. Assim, se previsto o regime celetista, deverá ser este observado.

De suma importância lembrar que, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, um trabalhador público, seja servidor estatutário ou contratado por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, deverá deduzir sua pretensão trabalhista perante a Justiça Comum (Federal, quando o Poder Público que o remunere for a União, ou Estadual, quando se tratar de Estados e Municípios).

## Quadro sinótico — vínculo empregatício (relações de emprego)

| | | |
|---|---|---|
| **1. Empregado x Empregador** | Empregado — CLT, art. 3º | 1) Pessoa física<br>2) Pessoalidade<br>Insubstituível<br>3) Habitualidade<br>Não eventual<br>4) Subordinação (jurídica)<br>Sem autonomia<br>5) Onerosidade<br>Não gratuidade = contraprestação |
| | Empregador — CLT, art. 2º | 1) Risco da atividade econômica<br>Assumir integralmente o prejuízo<br>2) Poder de direção<br>Organização — forma da execução do trabalho<br>Controle — fiscalização da prestação do serviço |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1. Empregado x Empregador** | Empregador — CLT, art. 2º | Disciplinar — aplicação de sanções ao trabalhador | |
| | Grupo econômico – CLT, art. 2º, § 2º | Uma ou mais empresa(s) sob<br>direção<br>controle<br>administração | de outra empresa |
| | Teoria do empregador único | Prestação de serviço a mais de uma empresa durante a mesma jornada<br>(Súm. 129/TST) | |
| | Mudança na estrutura jurídica da empresa | Incorporação = A + b<br>⇒ A<br>Cisão = A ⇒ b + c<br>Fusão = A + B ⇒ AB<br>Sucessão = A ⇒ B ⇒ C... | não afetam os contratos de trabalho<br>(CLT, art. 10 + art. 448) |
| | *Joint venture* (associação de empresas) | exploração de negócio que se dissolve ao ser concluído | Há vínculo de emprego<br>Há responsabilidade pelo passivo trabalhista |
| | Consórcio de empregados | Rural (art. 25-A, *caput*, da Lei n. 8.212/91) | União de produtores rurais<br>Pessoas físicas<br>Outorga de poderes a um produtor<br>Responsabilidade previdenciária solidária |
| | | Urbano (aplicação analógica) | União de diferentes tomadores<br>Outorga de poderes a um tomador<br>Responsabilidade trabalhista solidária |

| | | |
|---|---|---|
| **2. Doméstico – Lei n. 5.859/72** | Empregado que presta serviço | De natureza contínua – dias ininterruptos<br>Com finalidade não lucrativa – não objetiva auferir lucro com a prestação à pessoa ou família<br>pessoa física<br>entidade familiar |
| | | Em ambiente residencial<br>perímetro residencial<br>atividade externa |
| | Exemplos de doméstico | Mordomo<br>Jardineiro<br>Babá<br>Motorista particular<br>Enfermeira<br>Caseiro etc. |
| | Direitos garantidos | Salário mínimo<br>Irredutibilidade salarial<br>13º salário<br>DSR<br>Férias anuais + 1/3 const.<br>Licença<br>gestante – 120 dias<br>paterna – 5 dias<br>Aviso-prévio – 30 dias<br>Aposentadoria<br>Estabilidade – gestante<br>Descanso nos feriados<br>civis<br>religiosos |
| | Direitos não garantidos | Negociações coletivas<br>Adicional – trabalho<br>Limitação da jornada<br>Intervalo mínimo |

| | | |
|---|---|---|
| **2. Doméstico – Lei n. 5.859/72** | Direitos não garantidos | Salário-utilidade<br>Exceção: moradia em local ≠ do serviço<br>Adicional de insalubridade<br>Auxílio-doença acidentário |
| | Facultativos e irredutíveis | FGTS<br>Seguro-desemprego |
| **3. Rural – Lei n. 5.889/73 e CLT (subsidiariamente)** | Conceito | Pessoa física<br>Atividade agroeconômica<br>agrícola<br>pecuária<br>exploração industrial<br>Em propriedade rural (área rural fixada por lei municipal)<br>ou<br>prédio rústico (destinado à exploração agrossilvipastoril em território urbano ou rural)<br>Em caráter não eventual<br>Mediante salário |
| | Descontos | Moradia – 20%<br>Alimentação – 25%<br>Adiantamentos em $ |
| | Peculiaridades | Intervalo usos e costumes – mín. – 1 hora<br>Trabalho noturno<br>agrícola – 21h às 5h<br>pecuária – 20h às 4h<br>Hora noturna sem redução<br>Aviso-prévio – 30 dias/1 dia livre por semana<br>Trabalhador<br>urbano<br>rural |

| | | |
|---|---|---|
| **3. Rural – Lei n. 5.889/73 e CLT (subsidiariamente)** | Peculiaridades | isonomia em direitos<br>(CF, art. 7º, *caput*) |
| | Trabalhador rural por pequeno prazo (Lei n. 11.718/2008) | Prazo: até 2 meses dentro de 1 ano<br>Formalização: 1) anotação em CTPS ou contrato escrito, desde que haja expressa autorização em acordo ou convenção coletivos<br>2) Inclusão na GFIP |
| **4. Equipe – Lei n. 6.001/73, art. 16, § 1º** | Mão de obra indígena<br>Orquestras musicais<br>Desuso<br>Salário coletivo | O grupo de trabalhadores é representado pelo líder |
| **5. Agente Público – EC. n. 19/98** | Regimes estatutário celetista | CF, art. 37 |

# Capítulo III
# RELAÇÕES DE TRABALHO NÃO EMPREGATÍCIAS

A alienação da energia humana (pessoa natural) caracteriza o gênero "relação de trabalho", mas a ausência de um dos demais requisitos fundamentais (*pessoalidade*, *não eventualidade*, *subordinação* e *onerosidade*) desconfigura a espécie "relação de emprego".

Dessa forma, são relações de trabalho sem natureza empregatícia entre tomador e prestador de serviços, dentre outras: o *autônomo*, o *estágio*, a *residência médica*, o *eventual* e o *voluntário*.

## 1 AUTÔNOMO

O trabalho autônomo, ou popularmente (mas de maneira imprópria) chamado de "prestação de serviços" (que representa o gênero englobando toda e qualquer locação de um trabalho material ou imaterial, mediante retribuição — arts. 593 e s. do CC), caracteriza-se principalmente pela total *ausência de subordinação* na direção da atividade a ser desenvolvida.

Na maioria das vezes o prestador se compromete a realizar o serviço de forma pessoal, porém nada impede que, na falta de convenção ou vedação legal, o trabalhador se faça substituir eventualmente ou receba o auxílio de outrem.

Nessa modalidade de trabalho não se aplica a CLT e sim leis especiais ou mesmo os dispositivos do Código Civil, concernentes a cada tipo de serviço prestado.

Cumpre salientar, no entanto, a distinção existente entre o trabalhador autônomo e o profissional liberal, entendido este como o graduado em nível universitário ou técnico para ofício fiscalizado por ordem ou conselho profissional. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela solução de conflitos de competência envolvendo juízes vinculados a diferentes Tribunais, enquanto o liame estabelecido entre o contratante e o trabalhador autônomo tem natureza trabalhista e, portanto, adstrito à Justiça do Trabalho, a relação mantida entre o contratante e o

profissional liberal tem caráter eminentemente civil.

Nesse tipo de relação, a expressão de poder (domínio) estará caracterizada na figura do prestador e a de vulnerabilidade (sujeição), na pessoa do tomador, tornando-a adstrita à Justiça Estadual (Súmula 363 do STJ).

## 1.1. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Uma das mais tradicionais formas de trabalho autônomo é a representação comercial, regida pela *Lei n. 4.886/65* (com as modificações introduzidas pela Lei n. 8.420/92) e, no contexto dos contratos de agência e distribuição, pelos arts. 710 a 721 do Código Civil.

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais empresas, a *mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representantes, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios* (Lei n. 4.886/65, art. 1º, *caput*). Lembrando sempre que também a pessoa jurídica poderá exercer representação comercial, mas, por tal exercício não constituir uma relação de trabalho, ficará alheia ao nosso estudo.

Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente (Lei n. 4.886/65, art. 27):

**a)** condições e requisitos gerais da representação;

**b)** indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos representados;

**c)** prazo certo ou indeterminado da contratação (considerando-se por prazo indeterminado todo contrato prorrogado, tácita ou expressamente, bem como aquele que suceder outro antes de seis meses);

**d)** indicação da zona de representação;

**e)** garantia ou não da exclusividade de zona ou setor de zona;

**f)** retribuição e época do pagamento pelo exercício da representação, dependente ou não da efetiva realização dos negócios;

**g)** casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

**h)** obrigações e responsabilidades das partes contratantes;

**i)** exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

**j)** indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos

casos previstos, cujo montante *não poderá ser inferior a 1/12 (um doze) avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação* (ressalvando-se, nas hipóteses de contrato a prazo certo, que a indenização seja equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses restantes do prazo contratual).

Independentemente de previsão contratual, será sempre hipótese de indenização o fato de o representado, sem justo motivo, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torne antieconômica a continuação do contrato (inteligência do art. 715 do CC).

Nenhuma retribuição será devida ao representante comercial se a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador, bem como se o negócio vier a ser por ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadorias devido à sua situação comercial, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

Em contrapartida, o art. 43 da Lei n. 4.886/65 veda a inclusão de cláusula *del credere* no contrato de representação comercial (*assunção pelo representante de responsabilidade solidária na satisfação da dívida contraída e não honrada pelo comprador em transações comerciais por aquele intermediada*), deveras prejudicial ao trabalhador.

Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado (Lei n. 4.886/65, art. 29).

Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona, ou quando este for omisso, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros (Lei n. 4.886/65, art. 30).

Também será devida a remuneração ao respectivo representante quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao representado (inteligência do art. 716 do CC).

A denúncia injustificada, por qualquer das partes, do contrato de representação por prazo indeterminado e que haja vigorado por *mais de seis meses*, obriga o denunciante à concessão de um *aviso-prévio de trinta dias* (ou noventa dias, tratando-se de simples contrato de agência e distribuição) ou ao pagamento de uma importância equivalente a *um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores* (Lei n. 4.886/65, art. 34).

Somente ocorrendo justo motivo para a rescisão do contrato, poderá o representado reter comissões devidas ao representante, com o fim de ressarcir-se de danos por este causados (Lei n. 4.886/65, art. 37).

Compete ressaltar, por fim, que se a dispensa se der sem culpa do representante, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além da indenização prevista em lei (CC, art. 718).

Consoante recente entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, aos contratos de representação comercial não se aplica o prazo prescricional (quinquenal e bienal) previsto no art. 7º, XXIX, da CF, mas sim prescrição quinquenal própria, insculpida no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 4.886/65.

## 2 ESTÁGIO

Na forma da Lei n. 11.788/2008 (que revogou a antiga Lei n. 6.494/77), *estágio é o ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos* (art. 1º).

Poderá ser *obrigatório* ou *não obrigatório*, considerado este o desenvolvido como atividade opcional e aquele como carga horária requisito para aprovação e obtenção de diploma.

Não se tratando de aprendizagem, a idade mínima para a realização de estágio será de 16 anos (CF, art. 7º, XXXIII), extensível também aos estrangeiros.

O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, desde que observados os seguintes requisitos (art. 3º):

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

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

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

As instituições de ensino e as partes concedentes de estágio podem

recorrer a serviços de *agentes de integração*, públicos ou privados, que deverão ser responsabilizados civilmente quando indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, bem como estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não haja previsão de estágio curricular. Será sempre *vedada a cobrança de qualquer valor dos estudantes a título de remuneração pelos serviços de integração prestados*.

As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, poderão oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações (art. 9º):

I — zelar pelo cumprimento do termo de compromisso;

II — ofertar instalações que tenham condições de propiciar atividades de aprendizagem social, profissional e cultural;

III — indicar funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar *até dez educandos simultaneamente;*

IV — contratar em favor do estagiário *seguro contra acidentes pessoais*, cuja apólice seja compatível com valores de mercado (no caso de estágio obrigatório, a responsabilidade pela contratação do seguro poderá, alternativamente, ser assumida pela instituição de ensino);

V — entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho, por ocasião do desligamento do estagiário;

VI — manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio;

VII — enviar à instituição de ensino, com *periodicidade mínima de seis meses*, relatório de atividades, *com vista obrigatória ao estagiário*.

A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário, devendo constar do termo de compromisso, ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar (art. 10):

**a)** *4 horas diárias e 20 semanais*, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade

profissional de educação de jovens e adultos;

**b)** *6 horas diárias e 30 semanais*, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 horas semanais, desde que esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais (provas), nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será *reduzida pelo menos à metade*, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante (art. 10, § 2º).

A duração do estágio na mesma parte concedente *não poderá exceder 2 (dois) anos*, exceto quando se tratar de estagiário com deficiência (art. 11).

O estagiário poderá receber (de forma facultativa, porém irretratável) *bolsa ou outra forma de contraprestação* que venha a ser acordada (sem qualquer patamar mínimo), sendo *compulsória* a sua concessão, bem como a do *auxílio-transporte*, *na hipótese do estágio não obrigatório* (art. 12). A eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza o vínculo empregatício.

É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a um ano, período de *recesso de trinta dias* (apenas um e não um a cada doze meses), a ser gozado *preferencialmente* durante suas férias escolares (art. 13). *O recesso deverá ser remunerado, quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação*. No caso de estágio com duração inferior a um ano, os dias de recesso serão concedidos de maneira proporcional.

Não se confunda, evidentemente, o instituto do recesso com o das férias, cuja remuneração se fará sempre acrescida de um terço (CF, art. 7º, XVII); implicará dobra quando seu gozo e pagamento deixar de observar o período concessivo e poder-se-á converter em pecúnia pela terça parte, a critério do trabalhador. Entretanto, é imperativo se reconhecer que, findo o período de estágio sem a efetiva concessão do recesso, ou mesmo extinto de forma antecipada, sem culpa do estagiário, restará devida indenização pelos dias correspondentes.

Aplica-se ao estagiário a *legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho*, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio, ou seja, estará esta compelida a fornecer, quando

necessário, equipamento de proteção individual e a exigir exame médico admissional, periódico e demissional. No tocante aos ambientes insalubres ou perigosos (*v*. item 5, Capítulo XIII), embora a própria Constituição Federal não permita o trabalho de menores de 18 anos (incluindo estagiários), não se pode depreender da nova lei que maiores farão jus aos respectivos adicionais, porque envolveria matéria tipicamente remuneratória, desalinhada com a finalidade meramente tuitiva (protetiva) do art. 14 do diploma legal.

*A manutenção de estagiários em desconformidade com a lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária* (art. 15).

Contudo, ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula 363 do TST (salário e depósitos no FGTS), se requeridas (OJ 366, SBDI-1, TST).

A instituição privada ou pública que reincidir em irregularidade ficará impedida de receber estagiário por *dois anos*, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo correspondente.

O número máximo de estagiários *(salvo para os níveis superior e médio profissional)* deverá atender às seguintes proporções (art. 17):

I — de 1 a 5 empregados no quadro de pessoal: 1 estagiário;

II — de 6 a 10 empregados: até 2 estagiários;

III — de 11 a 25 empregados: até 5 estagiários;

IV — acima de 25 empregados: até 20% de estagiários (quando resultar em fração, será arredondado para o número inteiro imediatamente superior).

Ficará assegurado às pessoas com deficiência o percentual de *dez por cento* das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio.

A maior controvérsia enfrentada pela nova lei de estágio, sem dúvida alguma, envolve seu art. 18, que contém a seguinte dicção:

“Art. 18. A prorrogação dos estágios contratados antes do início da vigência desta Lei apenas poderá ocorrer se ajustada às suas disposições”.

A partir de uma interpretação lógica do texto, apenas as *prorrogações* de estágios contratados antes do início de vigência da Lei n. 11.788/2008 estarão a ela adstritas, e assim deve ocorrer, de fato.

O projeto de lei original (PLS n. 473/2003), em seu art. 16, previa prazo de cento e oitenta dias para o ajustamento à nova lei dos estágios em curso, sendo o aludido dispositivo rejeitado na Comissão de Educação do Senado Federal sob o fundamento de que "a exigência de enquadramento, na nova lei, dos contratos de estágio firmados antes do início de sua vigência fere o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, assegurados pela Constituição Federal" (CF, art. 5º, XXXVI). *Data maxima venia* a alguns dos mais ilustres nomes da doutrina, não há que se falar em inaplicabilidade da Lei n. 11.788/2008 aos termos de compromisso firmados anteriormente à sua publicação pelo prisma do ato jurídico perfeito, uma vez que a relação de estágio se caracteriza pela prestação continuada e pelo trato sucessivo, assim como o contrato individual de trabalho. A incidência da citada lei apenas aos novos termos de estágio decorre da própria vontade legislativa (manifesta no art. 18) e não de uma suposta afronta constitucional. Afinal, se assim fosse, a edição de um Código do Trabalho que conferisse novos e diferentes direitos aos empregados somente teria aplicação aos futuros contratos de trabalho, posto que, em relação aos vínculos empregatícios anteriormente estabelecidos, estaria, supostamente, ofendendo o ato jurídico perfeito.

Apesar da pessoalidade, habitualidade e onerosidade (ao menos o ônus de propiciar a complementação dos ensinamentos teóricos e a oportunidade de desenvolvimento prático dos conhecimentos adquiridos) que envolve o estágio, a subordinação estará relativizada, na medida em que não se pode exigir a mesma produtividade e perfeição técnica de quem ali está justamente para aprender (sendo que, de fato, exercerá o concedente apenas uma *supervisão*).

## 3 RESIDÊNCIA MÉDICA

Disciplinada pela *Lei n. 6.932/81*, a residência médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

Ao médico-residente é assegurada: a) bolsa (atualmente no valor de R$

2.384,82), para um *regime especial de treinamento em serviço de 60 (sessenta) horas semanais* (nelas incluídas um máximo de 24 horas de plantão); b) filiação perante a previdência social na qualidade de contribuinte individual; c) 1 (um) dia de folga semanal; d) 30 (trinta) dias consecutivos de repouso, por ano de atividade; e e) licença-maternidade de 120 dias (prorrogáveis em até 60 dias) e licença-paternidade de 5 dias.

A instituição de saúde oferecerá ao médico-residente, durante todo o período de residência:

I — condições adequadas para repouso e higiene pessoal durante os plantões;

II — alimentação; e

III — moradia, se comprovada a necessidade.

Os programas dos cursos de residência médica conferirão títulos de especialistas em favor dos médicos-residentes nele habilitados.

## 4 EVENTUAL

Diferentemente do que popularmente se pensa, o trabalho eventual em nada se assemelha ao trabalho avulso. Enquanto este, como será estudado adiante, acaba arregimentado por um sindicato ou órgão de gestão de mão de obra (OGMO), aquele se caracteriza por uma relação direta entre tomador e prestador de serviços, com pessoalidade, subordinação e onerosidade, mas sem *habitualidade*.

O melhor exemplo de trabalho eventual é o da *diarista*, que trabalha normalmente de uma a duas vezes por semana em determinada residência, consequentemente, sem a frequência e continuidade suficientes para ser reconhecida como empregada doméstica.

Temos também o exemplo do *chapa*, trabalhador braçal encontrado ao longo de estradas e rodovias, que labora na carga e descarga de mercadorias de caminhões, recebendo a paga correspondente no final do dia, diretamente do tomador dos serviços.

A relação de trabalho eventual será regida por dispositivos do Código Civil.

## 5 VOLUNTÁRIO

À luz da *Lei n. 9.608/98*, considera-se voluntária a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social.

O trabalho voluntário não gera vínculo empregatício nem obrigações de natureza previdenciária e será exercido mediante termo de adesão.

O prestador poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar, desde que expressamente autorizadas pela entidade beneficiada.

Com a revogação do art. 3º-A da Lei n. 9.608/98 pela Lei n. 11.692/2008, a União restou desautorizada a conceder auxílio financeiro mensal aos voluntários de baixa renda (o que fazia por seis meses, na ordem de R$ 150,00).

| | | |
|---|---|---|
| **1. Autônomo** | Características | Total ausência de subordinação<br>não sujeito à CLT, e sim a leis especiais (CC/2002; CDC) |
| **2. Representante comercial** | Fundamentos | Leis n. 4.886/65 e 8.420/92<br>CC – arts. 710 a 721 |
| | Características | Pessoa física ou jurídica<br>Sem relação de emprego<br>Atividade não eventual<br>De mediação em negócio mercantil<br>Para uma ou mais empresas |
| | Peculiaridades | Lei n. 4.886/65<br>art. 27 – elementos do contrato<br>art. 29 – não agir em desacordo com o representado<br>art. 30 – direito à comissão em caso de exclusividade<br>art. 43 – vedação à cláusula *del credere*<br>art. 37 — retenção das comissões<br>CC/2002<br>art. 715 — indenização devida ao representante — cessação do contrato<br>art. 716 — fato imputável pelo comprador — devida remuneração<br>art. 718 — dispensa sem culpa — remuneração inclusive de negócios pendentes<br>Obs.: insolvência do comprador = não remuneração do representante |

| | |
|---|---|
| **3. Estágio (Lei n. 11.788/2008)** | Art. 1º — Conceito e características<br>— ato educativo<br>— supervisionado<br>— desenvolvido no ambiente de trabalho<br>— visa preparar para o trabalho<br>— facultativo ou obrigatório<br>— não cria vínculo empregatício<br>Art. 3º – Requisitos p/ a *não* configuração do vínculo empregatício:<br>— matrícula e frequência em curso<br>fundamental (jovens e adultos)<br>médio<br>profissionalizante<br>superior<br>— celebração do termo de compromisso entre:<br>educando ⇔ instituição de ensino<br>— estágio compatível com a atividade prevista no termo<br>Art. 9º — Obrigações da parte concedente<br><br>Rol imposto à<br>Empresa privada e<br>Adm. pública<br>direta<br>indireta<br>Autarquias<br>Fundações<br><br>Art. 10 – Jornada não superior a:<br>a) 4h diárias e 20 semanais — fundamental e especial<br>b) 6h diárias e 30 semanais — médio<br>— profissionalizante<br>— superior<br>Duração máxima do estágio na mesma parte concedente = 2 anos<br><br>Art. 12 — Contraprestação<br>— bolsa ou — qualquer outra contraprestação<br><br>Art. 13 – Recesso remunerado<br>— estágio ≥ 1 ano — 30 dias (preferencialmente durante as férias escolares)<br>— estágio < 1 ano — proporcional |

| | |
|---|---|
| **3. Estágio (Lei n. 11.788/2008)** | Art. 15 — Estágio irregular<br>Consequência: caracterização do vínculo<br>Exceção: parte concedente = Adm. pública<br>direta<br>indireta<br>Súm. 363/TST, OJ 366, SBDI-1/TST<br>Parte concedente (pública ou privada)<br>reincidência irregularidade<br>= impedida de receber estagiário por 2 anos<br>Art. 17 – Número máximo de estagiários<br>1 (de 1 a 5 empregados)<br>2 (de 6 a 10 empregados)<br>5 (de 11 a 25 empregados)<br>20% (acima de 25 empregados)<br>Estagiário deficiente = 10% das vagas<br>Obs.: Estágio = subordinação relativizada<br>produtividade<br>perfeição técnica<br>não se exigem |

| | | |
|---|---|---|
| **4. Residência Médica (Lei n. 6.932/81)** | Assegurada:<br>a) bolsa, para regime especial de treinamento em serviço de 60 (sessenta) horas semanais (nelas incluídas um máximo de 24 horas de plantão);<br>b) filiação perante a previdência social na qualidade de contribuinte individual<br>c) 1 (um) dia de folga semanal;<br>d) 30 (trinta) dias consecutivos de repouso, por ano de atividade, e<br>e) licença-maternidade de 120 dias (prorrogáveis em até 60 dias) e licença-paternidade de 5 dias. | |
| **5. Eventual** | *Não* há habitualidade<br>Ex.: diarista — aplica-se o CC/2002 | |
| **6. Voluntário (Lei n. 9.608/98)** | Características | Pessoa física<br>Atividade não remunerada<br>Entidade<br>pública<br>privada<br>com fins<br>cívicos |
| **6. Voluntário (Lei n. 9.608/98)** | Características | culturais<br>educacionais<br>científicos<br>recreativos<br>de assistência social<br>Termo de adesão<br>Sem vínculo empregatício<br>Ressarcimento por despesas comprovadas. |

# Capítulo IV
# INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Além das relações de trabalho tradicionais, estabelecendo vínculo jurídico entre o tomador e o prestador de serviços, existirão aquelas em que uma pessoa jurídica ficará responsável pela intermediação (arregimentação) da mão de obra, realizando a seleção dos trabalhadores (sem com eles constituir vínculo empregatício) e o repasse da remuneração arrecadada junto a diferentes tomadores (contratantes), como no caso do trabalho avulso.

## 1 TRABALHO AVULSO

Considera-se avulso o trabalho prestado a diferentes tomadores de serviço e arregimentado por órgão de gestão de mão de obra (OGMO) ou sindicato de uma categoria profissional.

Característico do trabalho portuário (*Convenção n. 137 da OIT, Lei n. 8.630/93 – Modernização dos Portos e Lei n. 9.719/98*), mas também presente na movimentação de mercadorias (*Lei n. 12.023/2009*), o OGMO (pessoa jurídica de direito privado e finalidade pública, sem fins lucrativos) e o sindicato da categoria profissional funcionarão como intermediários entre o prestador e o tomador dos serviços.

Por disposição expressa do art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal, são garantidos aos avulsos os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente.

### 1.1. TRABALHO PORTUÁRIO

Consoante dispõe a *Lei n. 8.630/93*, cabe à União explorar diretamente ou mediante concessão o porto organizado (art. 1º). A aludida concessão será sempre precedida de licitação.

Caberá aos operadores portuários (pessoas jurídicas especializadas em operação de carga e descarga) a movimentação e armazenagem das mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. Será dispensável, no entanto, a utilização de operadores portuários nas operações

que possam ser executadas exclusivamente pela própria tripulação das embarcações.

As operações portuárias são costumeiramente denominadas *fainas*.

A pré-qualificação do operador portuário será efetuada junto à Administração do Porto (autoridade portuária), na forma de norma publicada pelo Conselho de Autoridade Portuária (CAP) com exigências claras e objetivas, obedecendo sempre aos princípios da legalidade, moralidade e igualdade de oportunidade.

Os operadores portuários deverão constituir, em cada porto organizado, um OGMO (órgão de gestão de mão de obra), que terá por finalidade: **a)** administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário avulso; **b)** manter, com exclusividade, o *cadastro* e o *registro* do trabalhador portuário avulso; **c)** promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário; **d)** *selecionar* e *registrar* o trabalhador portuário avulso; **e)** estabelecer o *número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro*; **f)** expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e **g)** arrecadar e repassar aos respectivos beneficiários os valores relativos à remuneração do trabalhador avulso e os correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.

O trabalhador avulso não se vincula, por essência, a nenhum tomador de serviços (operador portuário) e ou usuário (importadores ou exportadores). A cada nova operação, um diferente operador poderá requisitar mão de obra, sendo sempre o OGMO responsável pela arrecadação e o repasse dos valores correspondentes.

A gestão do trabalho avulso deverá sempre observar as normas contidas nas negociações coletivas da respectiva categoria.

As convenções e os acordos coletivos de trabalho deverão estabelecer os processos de implantação progressiva da *multifuncionalidade* do trabalho portuário, que deverá abranger as seguintes atividades:

**a)** *capatazia* — movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo recebimento, transporte interno, abertura de volumes, bem como carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por *aparelho portuário*;

**b)** *estiva* — movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações, incluindo o transbordo, além do carregamento e da descarga, quando realizados com *equipamentos de bordo*;

**c)** *conferência de carga* — contagem de volumes, verificação do estado das

mercadorias e demais serviços correlatos (redige um manifesto);

**d)** *conserto de carga* — reparo e restauração das embalagens de mercadorias, carimbagem, etiquetagem (normalmente ainda no interior do navio);

**e)** *vigilância de embarcações* — atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas;

**f)** *bloco* — limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura e reparos de pequena monta.

Para compor os termos de trabalho (equipes), o trabalhador avulso deverá *primeiramente* obter seu *cadastro* (que depende exclusivamente da prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade indicada pelo OGMO) e posteriormente *registro* (que dependerá de prévia seleção, obedecidas as disponibilidades de vagas e a ordem cronológica de inscrição no cadastro).

Uma vez registrados, os trabalhadores passam a cumprir uma *escala diária*, *rotativa*, prestando serviços (normalmente reunidos em equipes) para diversos tomadores, sendo que, somente no caso de infração disciplinar, poderão ser advertidos, ter seus registros suspensos (de dez a trinta dias) ou mesmo cancelados. A inscrição no cadastro e no registro também poderá se extinguir por morte ou aposentadoria. Em substituição ao controvertido *sistema de parede* (através do qual, antes da Lei n. 8.639/93, eram escolhidas aleatoriamente pelo sindicato das equipes de trabalho) e para se evitar qualquer tipo de privilégio, os OGMOs vêm realizando *sorteio eletrônico* das funções portuárias (estiva, capatazia etc.).

O trabalhor portuário avulso registrado (mas não o cadastrado) pode ser contratado diretamente pelo operador portuário mediante *vínculo empregatício por prazo indeterminado*.

Consoante dispõe a Lei n. 9.798/98 (art. 2º), cabe ao operador portuário recolher ao OGMO os valores devidos pelos serviços executados, referentes à remuneração por navio, acrescidos dos percentuais relativos a décimo terceiro salário, férias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, encargos fiscais e previdenciários, no prazo de *24 (vinte e quatro) horas* da realização do serviço, para viabilizar o pagamento ao trabalhador portuário avulso.

Competirá ao OGMO efetuar, em *48 (quarenta e oito) horas* (a contar do término do serviço), além dos recolhimentos fiscais e previdenciários, o

pagamento da remuneração pelos serviços executados, sendo que, em relação às férias e ao décimo terceiro salário, depositará a respectiva importância (até o dia 2 do mês subsequente ao final da faina), de forma separada, em contas individuais vinculadas ao nome de cada trabalhador e abertas a suas expensas em instituição bancária de livre escolha, observando-se apenas a incidência de atualização mensal equivalente às cadernetas de poupança.

O operador portuário (tomador) e o órgão de gestão de mão de obra (OGMO) são *solidariamente* responsáveis pelo pagamento dos encargos trabalhistas, das contribuições previdenciárias e das demais obrigações, inclusive acessórias, devidas à Seguridade Social, arrecadadas pelo INSS, *vedada a invocação do benefício de ordem* (Lei n. 9.719/98, art. 2º, § 4º).

## 1.2. MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS

As atividades de movimentação de mercadorias são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, *mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria*, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho para execução das atividades.

A remuneração, definição das funções, composição das equipes e das demais condições de trabalho serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores avulsos e dos tomadores de serviços.

São atividades da movimentação de mercadorias em geral (Lei n. 12.023/2009, art. 4º):

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 empilhadeira, paletivização, 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.

O sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador de serviço e dos trabalhadores que participaram da operação.

São os principais deveres do sindicato intermediador:

**a)** divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com observância do *rodízio* dos trabalhadores;

**b)** proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a *efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados*;

**c)** repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de *72 (setenta e duas) horas úteis*, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso (ressaltando-se que, em caso de descumprimento, serão os dirigentes da entidade sindical *solidária e pessoalmente* responsáveis pela satisfação do crédito trabalhista);

**d)** exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos.

São os principais deveres do tomador de serviços:

**a)** pagar ao sindicato, no prazo máximo de *72 (setenta e duas) horas* úteis (contadas do encerramento do trabalho requisitado), os valores devidos pelos serviços prestados ou dias trabalhados, acrescidos dos percentuais relativos a repouso remunerado, décimo terceiro salário e férias acrescidas de um terço, para viabilizar o pagamento do trabalhador avulso, bem como os percentuais referentes aos adicionais extraordinários e noturnos;

**b)** fiscalizar a efetiva remuneração dos integrantes da equipe de trabalho escalada;

**c)** recolher os valores devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, acrescidos dos percentuais relativos ao décimo terceiro salário, férias; e os encargos fiscais, sociais e previdenciários, observando o prazo legal;

**d)** fornecer equipamentos de proteção individual e zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho.

Destarte, as empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à seguridade social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato (Lei n. 12.023/2009, art. 8º).

## Quadro sinótico — Intermediação de mão de obra

| | | |
|---|---|---|
| **Avulso** | Arregimentado por<br>OGMO (portuário – Lei n. 8.630/93) ou<br>sindicato pertencente à categoria profissional<br>(movimentação de mercadorias)<br>Mesmos direitos conferidos ao empregado com vínculo permanente (CF/88, art. 7º, XXXIV) | |
| | Portuário | Órgão de gestão de mão de obra<br>responde solidariamente com o operador portuário — tomador (Lei n. 9.719/98, art. 2º, § 4º) |
| | Movimentação de mercadorias | Sindicato da categoria<br>Responde solidariamente com tomadoras (Lei n. 12.023/2009, art. 8º) |

# Capítulo V
# INTERPOSIÇÃO EMPRESARIAL

No mundo globalizado, extremamente competitivo, não será possível a diversos segmentos da economia a utilização da mão de obra intermediada, tornando-se imperativa a efetiva interposição de terceiros para garantir a realização do objeto social com qualidade e produtividade.

Em regra, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal (*merchandage* — Declaração da Filadélfia — Anexo I — art. 1º), formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

Também não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (terceirização lícita).

## 1 TRABALHO TEMPORÁRIO

Considerado o marco inicial do processo de flexibilização das relações trabalhistas, o trabalho temporário foi instituído pela *Lei n. 6.019/74*.

Trabalho temporário será aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para *atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente* ou a *acréscimo extraordinário de serviços* (art. 2º), ainda que em uma atividade-fim da empresa.

A contratação de um temporário em nada se assemelha à de um empregado transitório (contrato individual de trabalho por prazo determinado, previsto na CLT ou na Lei n. 9.601/98), pois não se faz de forma direta e sim por meio de uma agência de trabalho temporário.

Compreende-se como agência de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consista em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos (art. 4º).

O funcionamento das agências de trabalho temporário estará sempre condicionado ao prévio registro na Secretaria das Relações de Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

O instrumento firmado entre uma agência de trabalho temporário e a empresa tomadora do serviço tem natureza civil, deverá ser obrigatoriamente escrito e *constar expressamente o motivo justificador da demanda*, não podendo exceder *três meses* com relação a um mesmo trabalhador, salvo autorização do MTE (que poderá prorrogar o prazo por até igual período).

O contrato individual de trabalho celebrado entre a agência de trabalho temporário e cada um dos trabalhadores colocados à sua disposição será escrito e devidamente registrado em CTPS (com a indicação da empresa onde o serviço será prestado), sendo nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva que proíba a contratação do prestador pela tomadora dos serviços ao término do período (art. 11).

Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

**a)** *remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora, calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo;*

**b)** *jornada de oito horas, remuneradas as horas extras não excedentes de duas, com acréscimo de 50%;*

**c)** *férias proporcionais;*

**d)** *repouso semanal remunerado;*

**e)** *adicional por trabalho noturno;*

**f)** *fundo de garantia por tempo de serviço.*

No caso de falência da agência de trabalho temporário, a empresa tomadora (ou cliente) é *solidariamente* responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias do tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como pelo pagamento da remuneração e indenizações previstas em lei (art. 16).

Segundo jurisprudência atual, ainda que não decretada a falência de agência de trabalho temporário insolvente e sem bens suficientes em seu patrimônio, deverá a empresa tomadora ser responsabilizada *subsidiariamente* pela satisfação do crédito dos trabalhadores colocados à sua disposição, em razão da culpa *in eligendo* e da *in vigilando* identificadas.

## 2 TERCEIRIZAÇÃO

Terceirizar significa atribuir a terceiros a realização de uma atividade útil ao interesse comum de determinada comunidade ou aos fins sociais de uma empresa.

O processo de terceirização oferece diversas vantagens para a atividade econômica, tais como: **a)** melhoria da qualidade do produto ou serviço vendido e também da produtividade (menor índice de perdas); **b)** transformação dos custos fixos em custos variáveis; **c)** redução do preço final do produto ou serviço (competitividade); **d)** investimentos específicos em pesquisa de tecnologia, para criação de novos produtos; **e)** diminuição do espaço físico ocupado da empresa (de pessoal e material, inclusive estocagem), com consequente decréscimo do número de acidentes do trabalho (melhores condições de segurança e saúde) etc. Para o Município, inclusive, haverá aumento na arrecadação do imposto sobre serviço (ISS), imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU) dos novos prédios, alvarás de licença etc.

Contudo, sempre serão efeitos perversos: a redução dos postos de trabalho; a contratação de trabalhadores por valores mínimos e sem concessão de diversos benefícios e vantagens (ignorando o piso e os demais dispositivos da convenção coletiva da categoria econômica a que pertencer a empresa contratante); a marginalização dos prestadores de serviços terceirizados em relação aos demais empregados e na escala de importância dentro da empresa, além da maior dificuldade na fiscalização do trabalho.

## 2.1. SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LIGADOS À ATIVIDADE-MEIO

Consagrada pela Súmula 331 do TST, a terceirização de atividade-meio será mais frequente nas áreas de limpeza, vigilância (Lei n. 7.102/83) e conservação, o que se verifica, em larga escala, nas funções de servente, segurança, porteiro, zelador, jardineiro etc.

*Atividade-meio* pode ser compreendida como aquela útil para a realização do objeto social, enquanto *atividade-fim* será a fundamental, sem ela o resultado social não seria alcançado.

Típico exemplo é o garçom em um restaurante. É verdade que atualmente existem diversos estabelecimentos funcionando no chamado sistema *self-service* (em que o próprio cliente se serve), mas nos estabelecimentos onde o atendimento ocorre diretamente nas mesas, a

atividade do garçom revela-se indispensável, integrando de maneira indissociável o fim social. Assim também ocorrerá com o frentista em relação a um posto de gasolina ou com o caixa em relação a um supermercado.

Não se identifica, pois, a atividade como meio pela perspectiva de uma futura extinção do posto de trabalho e consequente alteração na estrutura operacional do estabelecimento, mas sim pela percepção do atual funcionamento e da indispensabilidade da atividade desenvolvida para o resultado social.

Muito se discute acerca do serviço terceirizado de estacionamento (*valet*), oferecido por muitos hotéis e restaurantes nas grandes capitais.

Não há dúvidas quanto à utilidade do serviço, sem o qual certamente a lucratividade dos estabelecimentos não seria a mesma. Assim, ainda que para parte da doutrina seja considerada uma simples parceria (comunhão de interesses econômicos), na tutela dos direitos do trabalhador, deve ser admitida como terceirização de atividade-meio, desde que existente proveito econômico pelo tomador da energia de trabalho despendida pelo prestador.

Importante salientar, entretanto, que não basta estarmos diante de uma terceirização de atividade-meio para que ela seja lícita. Devemos observar, também, a *total ausência de pessoalidade e subordinação direta*.

Nesse sentido, ainda que tenhamos um serviço terceirizado de limpeza, em sendo exigido especificamente um determinado trabalhador pelo contratante, que, de forma direta, também organiza a atividade (em linhas específicas, não gerais), controla horários de início e término da prestação e ainda adverte disciplinarmente quando necessário, estaremos diante de uma *terceirização ilícita*.

*Terceirização ilícita* consiste, pois, na interposição irregular de mão de obra, envolvendo atividade-fim de uma empresa ou atividade-meio, quando exigida pessoalidade e subordinação direta.

No caso da terceirização ilícita, será desconstituída a relação jurídica com a empresa interposta (normalmente uma empresa de prestação de serviços), formando-se o vínculo empregatício diretamente entre prestador e tomador dos serviços, que ficará coobrigado ao adimplemento de todos os haveres trabalhistas.

Por outro lado, na hipótese da terceirização lícita, estudada inicialmente, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador

implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (Súmula 331, IV, do TST).

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange *todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral* (Súmula 331, VI, do TST).

O art. 71 da Lei n. 8.666/93 (Licitações Públicas) impede a responsabilização *direta* do ente público, mas não sua responsabilidade *subsidiária*, uma vez que o Estado, além de revelar culpa *in eligendo* e *in vigilando*, foi o beneficiário da força de trabalho, não podendo o obreiro assumir os riscos do empreendimento.

*Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada* (Súmula 331, V, do TST).

Vale destacar, por oportuno, que "pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei n. 6.019, de 3.1.1974" (OJ 383 da SDI-I do TST).

## 2.2. EMPREITADA E SUBEMPREITADA

*Empreitada* consiste no contrato de natureza civil por meio do qual uma das partes (empreiteiro) se obriga a realizar para a outra (dono) obra certa, diretamente ou por intermédio de terceiros (subempreiteiros), mediante remuneração e sem subordinação.

*Subempreitada* constitui, por conseguinte, a terceirização de atividades inerentes à finalidade social da empreiteira.

Na subempreitada, responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas dos contratos de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos seus empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal, diante do inadimplemento por parte daquele (CLT, art. 455, *caput*).

Cabe ressaltar, ainda, que, segundo a Orientação Jurisprudencial n. 191, SBDI-1 do TST (que recebeu nova redação em 2011), diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

## Quadro sinótico – Interposição empresarial

<table>
<tr><td rowspan="4">Temporário (Lei n. 6.019/74)</td><td>Conceito</td><td colspan="2">É prestado por pessoa física a uma empresa para atender a necessidade transitória ou acréscimo extraordinário</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Agência de trabalho temporário</td><td>mão de obra</td><td>tomadora</td></tr>
<tr><td>contrato</td><td>por escrito<br>com motivo justificador<br>prazo não excedente a três meses</td></tr>
<tr><td colspan="2">falência: responsabilidade solidária da tomadora<br>contribuições previdenciárias<br>remuneração/indenização</td></tr>
<tr><td>Temporário (Lei n. 6.019/74)</td><td>Direitos do temporário</td><td colspan="2">remuneração<br>jornada de oito horas<br>férias proporcionais<br>DSR<br>adicional noturno<br>FGTS</td></tr>
<tr><td>Conceito</td><td colspan="3">Atribuir a terceiros a realização de atividade útil</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Particularidades</td><td rowspan="2">Terceirização lícita</td><td>atividade-fim<br>atividade fundamental</td><td>temporário</td></tr>
<tr><td>atividade-meio<br>(atividade útil)</td><td>sem pessoalidade<br>sem subordinação</td></tr>
<tr><td>Responsabilização</td><td colspan="2">Prestador = direta<br>Tomador = subsidiária</td></tr>
<tr><td>Terceirização ilícita</td><td colspan="2">atividade-fim — fora temporário<br>atividade-meio + pessoalidade + subordinação</td></tr>
<tr><td>Responsabilização (Súm. 331/TST)</td><td colspan="2">Subsidiária do tomador — adm. pública direta e indireta depende de conduta culposa</td></tr>
</table>

# Capítulo VI
# PARCERIA, *FRANCHISING* E COOPERATIVISMO

## 1 PARCERIA

A *parceria rural* (agrícola ou pecuarista) consiste no contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a *ceder* a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de *imóvel rural*, incluindo ou não benfeitorias, outros bens ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista, ou a entrega de animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante *partilha dos riscos e resultados* (Lei n. 4.504/64 — Estatuto da Terra, art. 96).

A *parceria urbana*, regida pelo Código Civil, constitui o contrato civil em que um parceiro se obriga a fornecer ao outro, por tempo determinado ou não, o *uso de um bem imóvel ou móvel urbano*, com o intuito de nele ou por ele ser explorada atividade econômica, com *divisão igual ou proporcional dos riscos e dos lucros alcançados*.

Sempre que o risco da produção e a direção dos trabalhos sejam de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário dos bens, quer na parceria rural, quer na urbana, estaremos diante de uma *simples locação de serviços, configurando-se a relação empregatícia e a aplicação da legislação trabalhista.*

## 2 *FRANCHISING*

Nos termos da *Lei n. 8.955/94* (art. 2º), franquia empresarial consiste no "sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado

vínculo empregatício".

Assim, embora o franqueador possa exigir que o franqueado siga certas normas de produção ou comercialização, não existe subordinação jurídica ou interferência na administração da empresa.

Os franqueados podem utilizar, inclusive, o nome do franqueador, fazer propaganda, atender telefonemas ou mesmo gravar o nome fantasia dele no cartão de visitas, sem com isso afetar a natureza da relação jurídica.

Contudo, à luz dos princípios trabalhistas, qualquer prova de *ingerência administrativa ou interferência direta no franqueado (restrição de vendas a terceiros, vínculo no preço de venda e margem de lucro, dentre outros)* torna possível *o reconhecimento da solidariedade de ambas as empresas no cumprimento das obrigações trabalhistas, em função do desvirtuamento do contrato de franquia* (concurso culposo para ato ilícito — CC, art. 942).

## 3 COOPERATIVISMO

São consideradas *cooperativas* as sociedades de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (Lei n. 5.764/71, art. 3º).

As cooperativas são constituídas para prestar serviços aos associados e *não estão sujeitas à falência*, possuindo duas características fundamentais: a *dupla qualidade* e a *retribuição pessoal diferenciada*.

A *dupla qualidade*, porque o cooperado contribui para o proveito comum e também dele se beneficia, sendo uma das características das sociedades cooperativas prestar assistência aos próprios associados (Lei n. 5.764/71, art. 4º, X).

A *retribuição pessoal diferenciada*, pelo complexo de vantagens percebidas, muito superior ao que obteria caso não fosse cooperado.

Entretanto, atualmente existe um grande número de sociedades cooperativas fraudulentas (de fachada), com o único objetivo de frustrar direitos trabalhistas. O empregado tem o seu vínculo empregatício rompido e é orientado pela empresa a filiar-se a uma determinada cooperativa, que passará a executar o serviço correspondente. Firmado o contrato civil entre cooperativa e tomadora de serviços, o próprio ex-empregado retoma suas funções, agora na condição de funcionário terceirizado, às vezes até

efetivamente percebendo um ganho mensal maior (fruto da redução dos impostos incidentes sobre folha de pagamento), mas sem qualquer outro direito trabalhista. Nesse caso, o Direito do Trabalho exige a desconstituição da relação civil do tomador com a cooperativa e o reconhecimento da *continuidade do vínculo empregatício* com o prestador (supostamente dispensado), *restaurando-se todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias previstas em lei*.

## Quadro sinótico – parceria, *franchising* e cooperativismo

<table>
<tr><td rowspan="8">1. Parceria</td><td colspan="3">a) rural (agrícola ou pecuária) — Lei n. 4.504/64, art. 96</td></tr>
<tr><td>Relação entre</td><td colspan="2">Cedente — cede uso de imóvel rural<br>Cessionário — explora atividade rural</td></tr>
<tr><td colspan="3">Há partilha dos riscos e resultados</td></tr>
<tr><td colspan="3">b) urbana (regida pelo CC)</td></tr>
<tr><td>Relação entre</td><td colspan="2">Cedente — cede uso de móvel ou imóvel urbano<br>Cessionário — explora atividade econômica</td></tr>
<tr><td colspan="3">Há partilha dos riscos e resultados</td></tr>
<tr><td>Simples locação de serviços</td><td>Proprietário assume com exclusividade</td><td>Risco da produção<br>+<br>Direção dos tra-balhos</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="4">2. Franchising — Lei n. 8.955/94 (art. 2º)</td><td rowspan="3">Contrato de franquia</td><td rowspan="2">Franqueador — cede</td><td colspan="2">uso da marca ou patente</td></tr>
<tr><td>Direito de distribuição</td><td>Produto<br>Serviço</td></tr>
<tr><td colspan="2">Franqueado — remunera</td><td>Diretamente<br>Indiretamente</td></tr>
<tr><td>Não há</td><td colspan="2">Vínculo empregatício<br>Subordinação</td></tr>
<tr><td colspan="4">Franquia fraudulenta = solidariedade trabalhista</td></tr>
<tr><td>Cooperativismo (Lei n. 5.764/71, art. 3º)</td><td colspan="4">Cooperativa = sociedade de pessoas + Contribuição de bens de serviços + Proveito comum + Ausência fins lucrativos (falência — não sujeição)<br>Dupla qualidade e retribuição pessoal diferenciada</td></tr>
</table>

# Capítulo VII
# OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

Ensina a doutrina que *obrigação* constitui o *dever de cumprimento de uma imposição legal ou contratual*, e a *responsabilidade* representa o *ônus decorrente do inadimplemento de uma obrigação*.

Conforme já estudado, em relação ao tomador dos serviços, são hipóteses de:

*Obrigação trabalhista* — a *contratação direta* e a *terceirização ilícita* (entendida esta como a de atividade-fim ou atividade-meio com pessoalidade e subordinação direta, inclusive através de cooperativas fraudulentas).

*Responsabilidade solidária* — o *grupo empresarial* (CLT, art. 2º, § 2º), respondendo todas as empresas do grupo pelos débitos trabalhistas contraídos por qualquer de seus integrantes; a *falência da agência de trabalho temporário* (Lei n. 6.019/74, art. 16), respondendo o tomador dos serviços com a massa falida; e a intermediação da mão de obra avulsa, respondendo o *operador portuário com o OGMO e o tomador dos serviços com o sindicato da categoria profissinal* (Lei n. 9.719/98, art. 2º, § 4º, e Lei n. 12.023/2009, art. 8º).

O art. 942 do Código Civil (aplicado por força dos arts. 8º, parágrafo único, e 9º da CLT) também atribui responsabilidade solidária a todas as pessoas físicas e jurídicas que concorram com culpa para um ato ilícito no âmbito trabalhista (inclusive porque nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos e as garantias do trabalhador), por exemplo, no assédio moral ou sexual, no acidente do trabalho etc.

*Responsabilidade subsidiária* — as *terceirizações lícitas*, como a subempreitada (CLT, art. 455) e os *serviços especializados ligados a atividades-meio, desde que sem pessoalidade e subordinação direta* (Súmula 331, IV, do TST), recaindo a obrigação principal sobre a subempreiteira e a empresa prestadora de serviços, e a responsabilidade patrimonial subsidiária, sobre a empreiteira e a empresa tomadora dos serviços, respectivamente.

# Quadro sinótico – Obrigação e responsabilidade trabalhista

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| **Obrigação principal (tomador dos serviços)** | contratação direta | serviços especializados (atividade-meio com pessoalidade e subordinação direta) terceirização ilícita | serviços (atividade-fim) terceirização ilícita | |
| **Responsabilidade solidária** | grupo empresarial (todas as empresas do grupo) | falência da agência de serviços temporários (tomador e massa falida) | Intermediação da mão de obra avulsa (operador portuário e OGMO ou tomadora e sindicato) | concurso culposo para ato ilícito (art. 942 do CC) |
| **Responsabilidade subsidiária** | serviços especializados atividade-meio sem pessoalidade e subordinação direta (terceirizada e tomadora dos serviços) | subempretada (art. 455 da CLT) (subempreiteira e empreiteira) | | |

# Capítulo VIII
# IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL

## 1 CARTEIRA PROFISSIONAL (CTPS)

A Carteira de Trabalho e Previdência Social, mais conhecida como CTPS, é documento obrigatório para os *empregados* e para *quem exerça atividade profissional remunerada* ou *trabalhe por conta própria no campo* (individualmente ou explorando a terra em regime de economia familiar).

Nas localidades onde não for emitida a CTPS poderá ser admitido, até *trinta dias*, o exercício de emprego ou atividade remunerada de quem não a possua, ficando a empresa obrigada a permitir o comparecimento do trabalhador ao posto de emissão mais próximo (CLT, art. 13, § 3º).

Isso não quer dizer, por óbvio, que o empregado portador de CTPS possa ser admitido durante trinta dias sem registro ou que ele esteja automaticamente em período de experiência.

Na falta da CTPS, o empregador fornecerá ao empregado, no ato da contratação, documento do qual constem a data da admissão, a natureza do trabalho, o salário e a forma de pagamento.

Tão logo a CTPS esteja emitida, o empregador nela realizará as anotações pertinentes, inclusive as relativas ao período pretérito.

Se o empregado ainda não possuir a CTPS na data em que for dispensado, o empregador lhe entregará atestado constando o histórico da relação empregatícia.

Em caso de imprestabilidade ou esgotamento do espaço destinado a registros e anotações, o interessado deverá obter outra carteira, conservando-se o número e a série da anterior (CLT, art. 21).

### 1.1. ANOTAÇÕES

A CTPS será obrigatoriamente apresentada contra recibo pelo trabalhador (inclusive o aposentado) ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de *quarenta e oito horas* para nela anotar, especificamente, a *data de admissão,* a remuneração e as condições especiais, se houver (CLT, art. 29, *caput*).

Falsa também é a premissa de que durante essas quarenta e oito horas o trabalhador estaria em período de experiência. Na verdade, pelo princípio da continuidade das relações de trabalho, o período de experiência não se presume, devendo restar expressamente avençado no início da contratação.

As anotações geram presunção *juris tantum* (relativa) quanto aos fatos nelas consignados (Súmula 12 do TST), permitindo, entretanto, prova em contrário (princípio da primazia da realidade). Os acidentes do trabalho serão obrigatoriamente anotados pelo INSS.

A falta de anotações acarretará a lavratura de auto de infração pelo auditor fiscal do trabalho, que deverá, de ofício, comunicar ao órgão competente para instauração de processo administrativo.

*É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta de empregado em sua CTPS.*

Vale ressaltar, conforme já estudado, que o trabalhador rural por pequeno prazo (contratado sob a égide da Lei n. 11.718/2008) não precisará necessariamente ter sua CTPS anotada, bastando apenas o contrato escrito e a inscrição no órgão de Previdência Social.

### 1.1.1. RECLAMAÇÃO

Recusando-se a empresa a fazer as anotações ou a devolver a CTPS recebida, poderá o empregado comparecer, pessoalmente ou por intermédio do seu sindicato, perante a Gerência Regional do Trabalho (antiga Delegacia Regional do Trabalho — DRT) para apresentar reclamação.

Após notificação do reclamado para voluntariamente realizar a indigitada anotação ou devolução, serão designados dia e hora para que este preste esclarecimentos.

Ausente o reclamado, será considerado revel e confesso, devendo ser efetuadas as anotações pela própria GRT.

Presente o reclamado e recusando-se pessoalmente a proceder às anotações, ser-lhe-á assegurado um prazo de *quarenta e oito horas* para apresentar defesa.

Caso a defesa se baseie na alegação de não existência da relação de emprego será o processo encaminhado à Justiça do Trabalho ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que tiver sido lavrado até decisão judicial de mérito.

Se não houver acordo e for procedente o pedido de anotação de CTPS, a

Vara do Trabalho, em sua sentença, ordenará que a secretaria efetue as devidas anotações, assim que transitada em julgado, ou, desde logo, quando não houver controvérsia sobre tal fato, e se faça a comunicação à GRT para aplicação da multa cabível (CLT, art. 39, § 1º, c/c o § 2º).

## Quadro sinótico – identificação profissional

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1. Carteira Profissional (CTPS)** | Documento obrigatório a | Empregado<br>Exercente de atividade profissional remunerada<br>Quem trabalha por conta própria no campo | |
| | Localidade sem emissão (CLT, art. 13, § 3º) | Admissão por até 30 dias<br>+<br>Comparecimento ao posto de emissão | |
| | Falta de CTPS = emissão de documento com | Data da admissão<br>Natureza do trabalho<br>Salário<br>Forma de pagamento | |
| | Esgotado o espaço na CTPS | Obtenção de nova carteira (CLT, art. 21) | |
| | Anotações | Admissão = prazo de 48h para registro na CTPS ⇒ CLT, art. 29, *caput*<br>Anotação = presunção relativa quanto aos fatos ⇒ Súm. 12/TST<br>Acidente de trabalho = registro obrigatório na CTPS ⇒ INSS<br>Falta de anotação = auto de infração pelo auditor fiscal = processo administrativo<br>Obs.: são vedadas as anotações desabonadoras | |
| **2. Carteira Profissional (CTPS) – reclamação** | Hipóteses | Não anotação ou não devolução pelo empregador | |
| | Notificação do reclamado | Ausente | Revel e confesso |
| | | Presente | Reconhecimento do vínculo |
| | | | Não reconhecimento do vínculo remessa à justiça do Trabalho: se procedente, anotação na CTPS + multa |

# Capítulo IX
# CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Existem duas correntes doutrinárias que estudam a natureza jurídica do vínculo que une o empregado e o empregador: a teoria *anticontratualista* e a teoria *contratualista*.

A teoria *anticontratualista* contempla duas subteorias: a *teoria da relação fática* (segundo a qual a manifestação de vontade é secundária, estabelecendo-se o liame trabalhista *tacitamente,* pela mera realização reiterada de atos de emprego) e a teoria *institucionalista* (a partir da qual a empresa detém um complexo estrutural e normativo que compulsoriamente vincula quem se insere no processo criativo e produtivo do empreendimento).

Em contrapartida, para a teoria *contratualista* (adotada pelo Brasil), empregado e empregador, mediante livre manifestação de vontade, *celebram um pacto*, juridicamente reconhecido, que disciplina a relação trabalhista estabelecida entre ambos.

A rigor, a expressão "contrato de trabalho" faria direta alusão a um pacto envolvendo uma relação de trabalho. No entanto, na forma do art. 442 da CLT, "contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à *relação de emprego*".

## 1 CONTRATAÇÃO

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes (CLT, art. 444).

À luz do art. 442-A da CLT, introduzido pela Lei n. 11.644/2008, para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a *seis meses* no mesmo tipo de atividade.

Fica proibida também a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou

idade, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção ao menor (Lei n. 9.029/95, art. 1º).

### Responsabilidade pré-contratual

O contratante responderá perante a Justiça do Trabalho por todos os danos materiais e morais que causar ao trabalhador no período anterior à celebração do contrato.

A simples ocorrência de prática discriminatória no preenchimento de vagas de emprego, ainda que inexistente qualquer ato ofensivo direto por parte do contratante, dará ensejo à reparação do dano moral causado, uma vez afrontoso ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo muito comum são os lucros cessantes (importância que se deixa de ganhar) ou danos emergentes (perda efetivamente sofrida, ou seja, valor que vinha sendo recebido e não mais o será) decorrentes de falsa ou inconsistente proposta de emprego, fazendo com que o trabalhador, muitas vezes, diante de um pretenso salário mais vantajoso, venha a recusar oferta de outros ou mesmo pedir demissão de seu atual vínculo trabalhista.

## 2 ELEMENTOS

São elementos essenciais (que condicionam a existência e validade dos negócios jurídicos):

**a)** agente capaz;
**b)** idoneidade do objeto (lícito, possível, determinado ou determinável);
**c)** forma prescrita (quando a lei exigir) ou não defesa; e
**d)** livre manifestação de vontade.

São elementos acidentais (que condicionam a eficácia dos negócios jurídicos):

**a)** condição (evento incerto): suspensiva e resolutiva; e
**b)** termo (evento certo): inicial e final.

## 3 CARACTERÍSTICAS

O contrato individual de trabalho deve representar um ato bilateral (acordo de vontade):

**a)** consensual;
**b)** *intuitu personae* (caráter personalíssimo);
**c)** sinalagmático (obrigações recíprocas);
**d)** comutativo (equivalência entre direitos e deveres);
**e)** de prestação continuada (trato sucessivo, vencendo-se e cumprindo-se seguidamente ao longo do tempo);
**f)** com alteridade (trabalho por conta alheia — contrário de autonomia, que é o trabalho por conta própria); e
**g)** oneroso.

## 4 FORMAS

Em princípio, não há qualquer formalidade para a constituição do contrato individual de trabalho, podendo ser *verbal* ou *escrito*, *tácito* ou *expresso*.

No entanto, a formação da relação jurídica será obrigatoriamente por escrito quando a lei assim o exija, como no caso dos contratos por prazo determinado ou de artistas profissionais (Lei n. 6.533/78, art. 10), por exemplo.

A forma tácita seria identificada na hipótese de uma pessoa, naturalmente e com habitualidade, cumprir ordens de outra em troca de uma contraprestação qualquer.

## 5 DURAÇÃO

O contrato individual de trabalho pode ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado.

### 5.1. PRAZO DETERMINADO

Exceção ao princípio da continuidade (que reconhece o caráter duradouro do vínculo empregatício), considera-se como de prazo determinado 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 (CLT, art. 443, § 1º).

Será válido em se tratando de:

**a)** serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo (*estipulação máxima de dois anos*);

**b)** atividade empresarial de caráter transitório (*estipulação máxima de dois anos*);

**c)** experiência (*duração máxima de noventa dias*).

*O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo* (CLT, art. 451).

Há que se estabelecer, no entanto, uma significativa diferenciação entre as hipóteses "a" e "b" (retromencionadas) e o contrato de experiência. Enquanto nos serviços e nas atividades empresariais transitórias (aplicando-se também à contratação de obra certa — Lei n. 2.959/56) o *animus contrahendi* (intenção de contratar) limita-se ao *exato período suficiente à conclusão da edificação ou da tarefa provisória necessária* (ensejando prorrogação apenas no caso de inexistência de tempo bastante para tanto), no contrato de experiência a intenção é diametralmente oposta, servindo o prazo determinado de noventa dias apenas para avaliar o comportamento e a aptidão do trabalhador para o exercício *permanente* de uma função fixa existente na empresa (período de prova).

A limitação bienal imposta aos contratos de aprendizagem e os debates que a envolveram (Lei n. 11.788/2008) deixam clara a vontade legislativa atual em transformar os contratos de trabalho transitório em vínculos empregatícios permanentes, revestidos da mais ampla proteção, quando sua execução exceder um biênio. Assim sendo, e atualizando entendimento anterior, nos serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo e nas atividades empresariais de caráter transitório, ainda que prorrogado (sempre uma única vez), o contrato não poderá ultrapassar dois anos.

No caso do contrato de experiência, será livre a estipulação e também permitida a prorrogação (desde que única), não podendo a soma, no entanto, exceder noventa dias (60+30, 45+45, 30+60, p. ex.).

*O contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias* (Súmula 188 do TST).

A legislação especial ainda prevê como espécies de contratos por prazo determinado os da Lei n. 9.601/98; safra (Lei n. 5.889/73); atletas profissionais (Lei n. 9.615/98, de *três meses* a *cinco anos*); aprendizagem

(CLT, art. 428), dentre outros.

### Lei n. 9.601/98

Segundo a Lei n. 9.601/98, as *convenções e os acordos coletivos de trabalho* podem instituir contrato por prazo determinado, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa, para admissões que representem *acréscimo no número de empregados*.

Até o ano de 2003, existia um incentivo nesse tipo de contratação, com a redução em cinquenta por cento nos recolhimentos aos serviços de terceiros (sistema S — SESI, SESC, SENAI, SENAC etc.) e de 2% para a alíquota do FGTS.

Hoje, o aludido incentivo já não mais existe, reduzindo substancialmente as contratações com base na referida lei, que, no entanto, continua vigente.

## 5.2. PRAZO INDETERMINADO

Corolário do princípio da continuidade, o contrato individual de trabalho por prazo indeterminado representa a regra, em que a determinação do prazo constitui a exceção.

Dessa forma, inexistindo qualquer previsão de determinação do prazo, presumir-se-á o contrato por prazo indeterminado.

Assim também se procederá quando desrespeitado qualquer preceito legal na celebração ou na execução do contrato a termo, tais como:

**a)** estipulação ou cumprimento de um contrato *por prazo superior a dois anos* ou *noventa dias*, no caso de experiência (CLT, art. 445);

**b)** *mais de uma prorrogação* de qualquer contrato por prazo determinado (CLT, art. 451);

**c)** celebração de um contrato por prazo determinado, *antes de seis meses do término de um outro anterior*, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos (CLT, art. 452). Segundo a jurisprudência dominante, no caso da experiência, não se permite uma nova contratação para a mesma função (embora em atividade diversa não haja restrição) antes de decorrido *um ano* do término da anterior (o que se justifica pela possibilidade de avanços tecnológicos significativos ou de qualificação profissional do obreiro ao longo desse interregno temporal).

## 5.3. UNICIDADE CONTRATUAL

Além do reconhecimento de um contrato único no labor para diferentes empresas de um mesmo grupo econômico — *Súmula 129 do TST* (*v.* Capítulo II, item 1.2.3), os diversos contratos de trabalho celebrados entre mesmo trabalhador e empregador também poderão ser admitidos como um único vínculo empregatício, iniciando-se no primeiro dia da prestação dos serviços e terminando no último (considerado o interregno temporal sem trabalho e sem pagamento como *suspensão do contrato de trabalho*).

A jurisprudência majoritária defende, em inteligência ao art. 9º c/c o art. 133, I, da CLT, que a unicidade contratual, nesse caso, somente poderá ser reconhecida na hipótese de fraude e desde que o intervalo entre um e outro contrato de trabalho (celebrados com o mesmo tomador dos serviços) seja igual ou inferior a *sessenta dias* (pois, embora não mais exista a *presunção* de ilicitude na readmissão em curto prazo — cancelamento da Súmula 20 do TST —, inegavelmente representa um grande indício de sua ocorrência, dependendo apenas da comprovação em juízo).

O entendimento jurisprudencial contrário, por sua vez, está embasado no teor do art. 453, *caput*, da CLT, que afasta o cômputo de dois períodos descontínuos de trabalho no caso de o empregado ter recebido *indenização legal integral* pelo período laborado, e a rescisão contratual ter sido homologada perante a entidade sindical.

Um dos exemplos mais comuns de fraude (admitindo-se o reconhecimento da unicidade contratual) é o usualmente denominado "*casadinho*" (conluio entre o funcionário e seu empregador, que simula a dispensa sem justa causa, a fim de permitir o percebimento do seguro-desemprego e o levantamento do FGTS pelo trabalhador, exigindo a devolução de todas as indenizações e multas eventualmente despendidas com a simulação praticada).

É igualmente imperativo reconhecer-se a unicidade contratual sempre que uma rescisão de vínculo empregatício seja seguida da contratação pela tomadora do mesmo trabalhador, ora através de pessoa jurídica interposta ou na qualidade de autônomo (suposto "prestador de serviços"), mediante as mesmas condições de trabalho anteriores (idêntico local e subordinação: horário, chefia etc.).

# 6 CLÁUSULAS FUNDAMENTAIS

Consoante moderna doutrina, todo contrato individual de trabalho é composto por cláusulas fundamentais que lhe são inerentes de forma explícita ou implícita.

Serão, em regra, *explícitas* as cláusulas que versam sobre a *atividade laboral (função)* do trabalhador; a *remuneração*; a *forma de pagamento* e a *duração do trabalho*, incluindo intervalos (direito à desconexão).

Na ausência de disposição expressa serão aplicados os arts. 456, parágrafo único (o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal); 460 (o empregado terá direito de perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante); 463 (será pago em moeda corrente do país) da CLT, além da limitação da jornada em 8 horas (observando-se o horário comercial), de segunda a sexta-feira, com intervalo intrajornada de 1 hora e, aos sábados, jornada de 4 horas, sem intervalo.

Em contrapartida, serão, em regra, *implícitas* as seguintes cláusulas:

**a)** *Confiança* (incluindo lealdade; honestidade; boa-fé; sigilo profissional; não concorrência durante o contrato de trabalho);

**b)** *Urbanidade* (incluindo respeito mútuo, aos colegas, aos clientes e aos regulamentos da empresa; não discriminação);

**c)** *Colaboração* (incluindo interesse; assiduidade; pontualidade; produtividade; empenho).

# 7 CLÁUSULAS ESPECIAIS

Ainda que pouco usuais, podem existir cláusulas especiais (sempre explícitas) dentro de um pacto laboral, sendo as mais comuns a *exclusividade*, a *permanência* e a *não concorrência*.

## 7.1. EXCLUSIVIDADE

Como já estudado, a exclusividade não representa um requisito do vínculo empregatício, mas pode ser exigida pelo tomador dos serviços e restar expressa no próprio contrato individual de trabalho.

Nesse caso, a quebra da exclusividade para com o tomador constitui justo motivo para rescisão contratual imediata, fazendo com que o empregado deixe de perceber a parte proporcional do décimo terceiro

salário e das férias.

No entanto, somente se justifica o reconhecimento da validade de uma cláusula de exclusividade se o empregador *efetivamente* remunerar o empregado pela restrição que impõe.

É o caso típico dos contratos de artistas profissionais, nos quais, mediante compensação pecuniária, estará convencionado que, ainda que não venham a ser exigidos na tomadora, ficam proibidos de trabalhar para uma outra emissora de TV.

Vale salientar, contudo, que o art. 11 da Lei n. 6.533/78 (artistas profissionais) é taxativo ao estabelecer que a cláusula de exclusividade não impedirá o artista de prestar serviços a outro empregador em atividade diversa da ajustada no contrato de trabalho, desde que em *outro meio de comunicação*.

## 7.2. NÃO CONCORRÊNCIA

Tema um tanto quanto polêmico, a cláusula de não concorrência vem conquistando maiores cuidados da doutrina na medida em que envolve o grande princípio constitucional da liberdade de trabalho (CF, art. 5º, XIII).

Por esse motivo, ainda que expressamente disposto no contrato, não pode o trabalhador ser impedido de trabalhar em uma empresa cujo ramo de atividade seja concorrente com seu ex-empregador, ainda que a rescisão tenha ocorrido a seu pedido em razão de melhor oferta salarial. O princípio da proteção tutela todo e qualquer direito de melhoria da condição social do trabalhador e, dentre eles, obviamente, está o aumento de seus vencimentos.

No entanto, cabe salientar que qualquer valor indenizatório recebido antecipadamente a título de não concorrência estará sujeito à devolução pelo trabalhador caso venha a descumprir o pacto de não aceitar a proposta de emprego de concorrente antes do período determinado.

No mesmo sentido, a aludida cláusula pode prever pagamentos mensais (em caráter indenizatório) por determinado prazo após a extinção do contrato de trabalho ou mesmo uma multa.

Em inteligência ao *art. 413 do Código Civil*, a penalidade deve ser *reduzida equitativamente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se a multa for manifestamente excessiva. Assim, convencionada a proibição de aceitar proposta de emprego de concorrente antes de *dois anos* (prazo entendido pela jurisprudência como máximo de

restrição – inteligência do art. 443 da CLT) contados da rescisão contratual, aceitando-a após um ano, será a indenização reduzida, no mínimo, pela metade.

De maneira divergente, parte da doutrina entende que, inexistindo nulidade (que poderá ser encontrada na ausência de prévia estipulação da indenização compensatória; não fixação da região de restrição ou mesmo excesso no prazo), a cláusula de não concorrência tem vigência plena, impedindo efetivamente o labor naquela atividade por aquele período, independentemente da função envolvida, por mais que seja o único ofício para o qual o trabalhador esteja capacitado.

## 7.3. PERMANÊNCIA

A cláusula de permanência é muito comum em contratos individuais de trabalho que exigem longo treinamento ou curso qualificatório.

São os casos de empregadores que investem na qualificação profissional de seus empregados e, em contrapartida, exigem a permanência do trabalhador nos quadros da empresa por um período mínimo, sob pena da devolução do dinheiro investido, nos casos de pedido de demissão ou rescisão antecipada do contrato de trabalho pelo empregado.

Ocorrência também usual da cláusula de permanência envolve trabalhadores universitários ou pós-graduandos, cujos estudos são financiados pelos respectivos empregadores.

O atual entendimento jurisprudencial também revela que o contrato não pode exigir permanência superior a *dois anos* e que uma eventual penalidade deverá ser *reduzida equitativamente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte (CC, art. 413).

# 8 NULIDADES CONTRATUAIS

O contrato individual de trabalho pode estar eivado de nulidades, sendo as principais: a *idade insuficiente do trabalhador*, a *preterição de alguma formalidade* (quando a lei expressamente exigir) e a *ilicitude da atividade econômica*.

No entanto, é importante salientar que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que, "*preenchidos os requisitos do art. 3º* da CLT, é legítimo o reconhecimento da relação de emprego entre policial

militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar" (Súmula 386 do TST).

## 8.1. IDADE INSUFICIENTE DO TRABALHADOR (NULIDADE COM EFEITOS JURÍDICOS PLENOS)

Na forma do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal (com a redação da EC n. 20/98), fica proibido qualquer trabalho a menores de *16 anos*, salvo na condição de aprendiz, a partir dos *14 anos*.

Assim, será nulo o contrato de aprendizagem celebrado com menores de 14 anos e o regular contrato individual de trabalho firmado com menores de 16 anos.

Destarte, verificada pelo auditor fiscal a insuficiência de idade do trabalhador, deverá imediatamente lavrar auto de infração e comunicar à autoridade competente, fazendo cessar o labor da criança ou do adolescente.

No caso de certames de beleza e espetáculos públicos (extensível a todo e qualquer trabalho artístico), compete à autoridade judiciária autorizar, mediante alvará, a participação de crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/90, art. 149, II).

Entretanto, ainda que nula a relação jurídica havida entre as partes, deve ela gerar o efeito de garantir *todos os direitos trabalhistas ao prestador (inclusive as respectivas anotações em CTPS e a contagem do tempo)*, uma vez impossível restituir a energia de trabalho despendida pelo empregador e devolver a este o *status quo ante*. Caso contrário, estar-se-ia beneficiando o infrator (tomador dos serviços) e incentivando a indigitada prática. Trata-se da chamada *proibição-proteção*.

## 8.2. PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE (NULIDADE COM EFEITOS JURÍDICOS PARCIAIS)

Como estudado anteriormente, em regra o contrato individual de trabalho prescinde de qualquer formalidade, mas a lei pode exigi-la expressamente.

É o caso do empregado público, contratado após a Constituição Federal de 1988, que deve obter a prévia aprovação em concurso público. Diante da afronta ao art. 37, II, e § 2º, da Lei Maior, e, consequentemente, da nulidade contratual, ao prestador somente seria conferido o "direito ao pagamento da

contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS" (Súmula 363 do TST).

*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* (Lei n. 8.036/90, art. 19-A, incluído pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 2001).

"Não afronta o princípio da irretroatividade da lei a aplicação do art. 19-A da Lei n. 8.036, de 11-5-1990, aos contratos declarados nulos celebrados antes da vigência da Medida Provisória n. 2.164-41, de 24-8-2001" (OJ 362, SBDI-1, TST).

No entanto, uma nova orientação jurisprudencial da SDI-I do próprio TST confronta os limites da citada Súmula 363, ao entender que "a contratação irregular do trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei n. 6.019, de 3.1.1974" (OJ 383 da SDI-I do TST).

## 8.3. ILICITUDE DA ATIVIDADE ECONÔMICA (NULIDADE SEM EFEITOS JURÍDICOS)

Alguns contratos devem ser considerados nulos em razão da ilicitude da atividade econômica envolvida.

É o caso do tráfico de entorpecentes, cuja lucratividade depende de um complexo e bem organizado sistema ilegal de trabalho, com a participação de diversos agentes.

Ainda que utilizadas crianças, muitas vezes desconhecedoras da natureza ilícita da atividade (até pelo ambiente em que foram criadas e educadas), as respectivas relações de trabalho serão consideradas nulas, sem acarretar, no entanto, o reconhecimento de qualquer direito trabalhista.

Contudo, com fundamento no valor social do trabalho, a ilicitude não pode envolver as atividades-meio quando inexistente a atração de freguesia ou a cumplicidade. Assim, um garçom ou uma arrumadeira em uma casa de prostituição formalizarão contratos legais de trabalho. Em contrapartida, a

dançarina e o segurança, não.

*É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico* (OJ 199, SBDI-1, TST).

## 9 CONTRATAÇÃO POR EMPRESA ESTRANGEIRA

Na forma da *Lei n. 7.064/82*, a contratação de trabalhador por empresa estrangeira para trabalhar no exterior está condicionada à prévia autorização do Ministério do Trabalho (que somente irá autorizar se a pretendente possuir, pelo menos, 5% do capital social pertencente a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil).

Correrão obrigatoriamente por conta da empresa estrangeira as *despesas de viagem de ida e volta do trabalhador ao exterior*, inclusive as dos dependentes com ele residentes (art. 15).

A permanência do trabalhador no exterior não poderá ser ajustada por período superior a *3 (três) anos*, *salvo quando for assegurado a ele e seus dependentes o direito de gozar férias anuais no Brasil, com despesas de viagem pagas pela empresa estrangeira* (art. 16).

Será assegurado o *retorno definitivo* do trabalhador ao Brasil quando:

I — tiver terminado o prazo de duração do contrato, ou for o mesmo rescindido;

II — por motivo de saúde do trabalhador, devidamente comprovado por laudo médico oficial.

A empresa estrangeira manterá no Brasil procurador com poderes especiais para representação, inclusive o de receber citação.

A pessoa jurídica domiciliada no Brasil será *solidariamente* responsável com a empresa estrangeira por todas as obrigações decorrentes da contratação do trabalhador.

O aliciamento de trabalhadores domiciliados no Brasil para trabalhar no exterior fora do regime legal configurará crime.

### Quadro sinótico – contrato individual de trabalho

<table>
<tr><td colspan="2">1. Contrato Individual de Trabalho (CLT, art. 442)</td><td>= acordo</td><td>tácito expresso</td><td>+ relação empregatícia</td></tr>
<tr><td rowspan="2">2. Elementos</td><td>Comuns – CC, art. 104</td><td colspan="3">Agente capaz; objeto lícito, possível, determinado e determinável<br>forma prescrita ou não defesa em lei</td></tr>
<tr><td>Específicos — ato bilateral/acordo de vontade</td><td colspan="3">Consensual<br>Intuitu personae (personalíssimo)<br>Sinalagmático (obrigações recíprocas) e comutativo<br>Alteridade (sem autonomia)<br>Contínuo<br>Oneroso (contraprestação)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">3. Formas</td><td>Regra geral:</td><td colspan="2">Forma livre</td><td>Verbal/tácita<br>Escrita/expressa</td></tr>
<tr><td>Exceção</td><td colspan="2">Escrito por exigência legal</td><td>Contrato por prazo determinado<br>Contrato dos artistas profissionais (Lei n. 6.533/78, art. 10)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">4. Duração (CLT, arts. 445, 451 e 452)</td><td>Contrato</td><td colspan="3">por prazo indeterminado (regra)<br>por prazo determinado (exceção)</td></tr>
<tr><td colspan="4">Presumir-se-á indeterminado quando:<br>a) inexistir termo<br>b) prazo determinado > 2 anos<br>c) prazo determinado — mais de uma prorrogação<br>d) prazo determinado > 90 dias (experiência)<br>e) novo contrato por prazo determinado celebrado antes de passados 6 meses do término do anterior — Exceções:<br>1) execução de serviços especializados<br>2) realização de certos acontecimentos<br>Contrato por prazo determinado — CLT, art. 443, § 1º<br>admite uma prorrogação por igual período<br>experiência = duração máxima — 90 dias<br>exemplos:<br>obra certa atletas profissionais experiência<br>safra aprendizagem</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Lei n. 9.601/98</td><td>Convenções e acordos coletivos</td><td>Podem criar contrato por prazo determinado</td></tr>
<tr><td>Requisito</td><td>Acréscimo no número de empregados</td></tr>
</table>

| | | | |
|---|---|---|---|
| **5. Cláusulas especiais** | a) exclusividade | Remuneração efetiva pela restrição imposta | Justo motivo para a rescisão contratual |
| | b) permanência | Investimento na qualificação prof. do empregado | Exigência da permanência do empregado na empresa |
| | | Efeitos da quebra = multa ou devolução do valor investido | |
| | c) não concorrência | É admitida por parte da doutrina | |
| | | Efeitos | Não vedação da transferência do trabalhador p/outro empregador<br>Descumprimento = restituição de indenização paga |
| **6. Nulidades contratuais** | Idade insuficiente do trabalhador | CF/88, art. 7º, XXXIII | Dos 14 aos 24 anos = aprendiz<br>A partir dos 16 anos = menor trabalhador |
| | | Inobservância = contrato nulo + observância de todos os direitos trabalhistas | |
| | Preterição de formalidade | contrato formal<br>+<br>inobservância da formalidade<br>=<br>perda dos direitos trabalhistas, exceto o saldo de salário e o FGTS | |
| | Preterição de formalidade | Ex.: Contratação de empregado público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público – Súm. 363/TST | |
| | Ilicitude da atividade | contrato nulo = perda dos direitos trabalhistas<br>Ex.: tráfico ilícito de entorpecente | |
| **6. Nulidades contratuais** | Contratação por empresa estrangeira | permanência do trabalhador não superior a 3 (três) anos, salvo quando for assegurado a ele e seus dependentes o direito de gozar férias anuais no Brasil, com despesas de viagem pagas pela empresa estrangeira | |

# Capítulo X
# ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Nos contratos individuais de trabalho somente será lícita a alteração das respectivas condições por *mútuo consentimento* e, ainda assim, *desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado*, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia (CLT, art. 468).

Dessa forma, ainda que o trabalhador expresse seu consentimento na diminuição de um salário, a fim de evitar a dispensa, o prejuízo revela-se manifesto, impossibilitando a alteração.

Em suma, ressalvando a autonomia privada das negociações coletivas, que podem conferir modificações gerais nos contratos de trabalho de uma categoria profissional inteira, qualquer mudança nas condições laborais pode ser declarada ilegal diante do desinteresse do trabalhador ou seu malefício.

## 1 *IUS VARIANDI* E *IUS RESISTENTIAE*

O *ius variandi* representa a prerrogativa daquele que assume integralmente os riscos da atividade econômica em promover *pequenas modificações qualitativas, quantitativas ou circunstanciais no objeto do contrato de trabalho*, a fim de otimizar a produção (p. ex., modificar o início ou término da jornada de trabalho; alterar os intervalos para refeição e descanso dos funcionários; reverter ao cargo efetivo o exercente de função de confiança etc.).

No entanto, o direito do empregador encontra limites no intitulado *ius resistentiae*, que representa a conhecida garantia do empregado de resistir às alterações prejudiciais ou ilegais do seu contrato de trabalho (p. ex., mudança da jornada de trabalho do período matutino para o noturno — embora o contrário seja permitido — Súmula 265 do TST; instituição de regimes de turnos ininterruptos etc.).

## 2 TRANSFERÊNCIA

Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato de trabalho, *não se considerando transferência a que não acarretar, necessariamente, a mudança do seu domicílio* (CLT, art. 469, *caput*).

No entanto, é lícita a transferência do trabalhador, mesmo sem a sua anuência, nas hipóteses de *exercício de cargo de confiança ou extinção do estabelecimento onde prestar serviços*. Existindo real necessidade, a empresa também poderá realizar a alteração unilateral do local de trabalho, se o empregado tiver sido contratado, implícita ou explicitamente, sob essa condição (CLT, art. 469, § 1º).

*Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço* (Súmula 43 do TST).

## 2.1. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA (SALÁRIO-CONDIÇÃO)

Também em caso de real necessidade do serviço, o empregador poderá transferir *qualquer* empregado para localidade diversa da que resultar do contrato de trabalho, mas ficará obrigado a um pagamento suplementar nunca inferior a *25% (vinte e cinco por cento)* do salário do trabalhador transferido (inclusive para os cargos de confiança), *enquanto durar essa situação* (CLT, art. 469, § 3º).

O caráter *provisório* da transferência e o aumento das despesas pessoais são as justificativas para o percebimento do adicional de remuneração. Tanto que, na hipótese da transferência *definitiva*, o aludido pagamento suplementar deixa de ser devido.

Vale ressaltar, contudo, que o citado acréscimo salarial não visa indenizar os gastos decorrentes da transferência em si (passagem, transporte, serviço de mudança, cláusula penal por eventual rescisão abrupta de contrato de locação etc.), mas sim oferecer uma compensação financeira pelo sacrifício do convívio familiar em prol da empresa e do presumido acréscimo nos gastos pessoais (telefonemas, alimentação, lazer etc.).

As despesas resultantes da transferência (propriamente dita) correrão (à parte) por conta do empregador (CLT, art. 470).

Aliás, em inteligência à *Súmula 29 do TST*, o empregado transferido por ato unilateral do empregador para local mais distante de sua residência,

mesmo sem a necessária mudança de domicílio, já tem direito a uma indenização correspondente ao acréscimo da despesa de transporte.

O adicional de transferência, na forma do art. 457, § 1º, da CLT, constitui salário condicional. Assim, *apenas enquanto pago* o adicional deve ser computado no salário para todos os efeitos legais, inclusive cálculo de horas extras, férias e décimo terceiro salário.

## 3 TRANSFERÊNCIA PARA PRESTAR SERVIÇO NO EXTERIOR

À luz do que dispõe a *Lei n. 7.064/82*, considera-se transferido (art. 2º):

I — o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro;

II — o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro;

III — o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior.

Apenas ficará excluído do conceito de transferido, para fins de aplicação do citado diploma legal, o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a *90 (noventa) dias*, que: a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade e 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*.

A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação local da execução dos serviços (*lex loci executionis*), a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho *quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria* (art. 3º, II). Em qualquer caso, será aplicada a legislação brasileira sobre Previdência Social, FGTS e PIS.

Empregado e empregador fixarão entre si e mediante ajuste escrito o salário-base (que não poderá ser inferior ao mínimo estabelecido para a categoria profissional, sujeito a reajustes e aumentos compulsórios) e o adicional de transferência. O salário-base será obrigatoriamente estipulado em moeda nacional, mas a remuneração, devida durante a transferência do

empregado, computado o adicional de transferência, poderá, no todo ou em parte, ser paga no exterior, em moeda estrangeira.

A empresa fará, obrigatoriamente, seguro de vida e acidentes pessoais a favor do trabalhador, cobrindo o período a partir do embarque para o exterior, até o retorno ao Brasil. O valor do seguro não poderá ser inferior a 12 (doze) vezes o valor da remuneração mensal do trabalhador. As empresas garantirão, ainda, no local de trabalho no exterior ou próximo a ele, serviços gratuitos e adequados de assistência médica e social.

*Após 2 (dois) anos* de permanência no exterior, será facultado ao empregado gozar *anualmente férias no Brasil*, correndo por conta da empresa empregadora, ou para a qual tenha sido cedido, o custeio da viagem (para o trabalhador, cônjuge e dependentes que com o casal residam).

É assegurado ao empregado seu retorno definitivo ao território nacional, ao término do prazo da transferência ou, antes deste, quando ocorrer qualquer uma das seguintes hipóteses (art. 7º, parágrafo único):

**a)** após 3 (três) anos de trabalho contínuo;

**b)** para atender à necessidade grave de natureza familiar, devidamente comprovada;

**c)** por motivo de saúde, conforme recomendação constante de laudo médico;

**d)** quando der o empregador justa causa para a rescisão do contrato;

**e)** quando não se tornar mais necessário ou conveniente o serviço do empregado no exterior.

Em regra, cabe à empresa o custeio do retorno do empregado. Contudo, quando o retorno se verificar por iniciativa do empregado ou quando este cometer justa causa para a rescisão do contrato, ficará obrigado ao reembolso das respectivas despesas.

Se a lei do país estrangeiro considerar a prestação de serviço como resultante de um contrato autônomo e determinar a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação, a empresa empregadora ficará autorizada a deduzir o pagamento correspondente dos depósitos do FGTS existentes na conta vinculada do empregado.

## Quadro sinótico – Alteração do contrato de trabalho

<table>
<tr><td>Alteração contratual – CLT, art. 468</td><td>admitida = requisitos</td><td>mútuo consentimento<br>sem prejuízo ao empregado</td></tr>
<tr><td rowspan="2">1. Ius variandi e ius resistentiae</td><td>Prerrogativa do empregador em promover pequenas mudanças</td><td>quantitativas<br>qualitativas<br>circunstanciais ⇒<br>no contrato de trabalho</td></tr>
<tr><td>Prerrogativa do empregado em resistir às mudanças (Súm. 265/TST)</td><td>ilegais<br>prejudiciais ⇒<br>no contrato de trabalho</td></tr>
<tr><td rowspan="4">2. Transferência — CLT, art. 469</td><td colspan="2">Regra geral, com anuência do empregado<br>Alteração do local da prestação de serviços +<br>Mudança do domicílio do empregado +<br>Por tempo provisório</td></tr>
<tr><td>Súm. 43/TST — abusividade Sem comprovação da necessidade do serviço Transferência lícita</td><td>Cargo de confiança<br>Extinção do estabelecimento<br>Previsão contratual da transferência</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Adicional<br>de transferência</td><td>— É concedido enquanto perdurar a transferência provisória</td></tr>
<tr><td>— nunca inferior a 25% do salário do transferido<br>— não subsistência na transferência definitiva<br>— constitui salário condicional (enquanto perdurar a transferência)<br>— não se confunde com as despesas com a transferência (também arcadas pelo empregador) Súm. 29/TST</td></tr>
<tr><td>3. Transferência para prestar serviço no exterior (Lei n. 7.064/82)</td><td colspan="2">Será assegurada, independentemente da observância da legislação local da execução dos serviços (lex loci executionis), a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria (art. 3º, II). Em qualquer caso, será aplicada a legislação brasileira sobre Previdência Social, FGTS e PIS<br>— após 2 (dois) anos de permanência no exterior, será facultado ao empregado gozar anualmente férias no Brasil, correndo por conta da empresa o custeio da viagem (para o trabalhador, cônjuge e dependentes que com o casal residam)</td></tr>
</table>

# Capítulo XI
# FGTS E PIS/PASEP

## 1 FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

Com o intuito de facilitar a compreensão do Fundo de Garantia por Tempo de serviço (popularmente conhecido como FGTS) e das razões de sua inclusão como direito indisponível do trabalhador na Constituição Federal de 1988, importante se revela a análise do instituto da estabilidade decenal, instituída na Consolidação das Leis do Trabalho, e que continua sendo aplicável aos trabalhadores não optantes do FGTS, cuja aquisição do direito se fez antes do advento do atual diploma constitucional.

Em 1943, através do art. 477, *caput*, da CLT recém-editada, foi assegurado a *todo empregado*, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato e quando não houvesse ele dado motivo para a cessação das relações de trabalho, o direito de receber do empregador uma *indenização*, paga na base da *maior remuneração que tivesse percebido na mesma empresa*. E ainda, pelo art. 478, *caput*, que a indenização se consubstanciaria em *um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses* (com a observação de que o primeiro ano de duração do contrato de trabalho era considerado como período de experiência, e, antes que se completasse, nenhuma indenização seria devida).

Assim, se um determinado trabalhador, tendo laborado por três anos e três meses, fosse dispensado sem justo motivo, receberia uma indenização (denominada “indenização por antiguidade”) equivalente a três meses da maior remuneração recebida na empresa. No caso de ter laborado por três anos e seis meses, faria jus a uma indenização correspondente a quatro meses.

Contudo, a CLT não apenas desestimulou financeiramente a dispensa dos trabalhadores mais experientes, como, também, na forma do art. 492, estabeleceu que o empregado com *mais de dez anos de serviço na mesma empresa* não poderia ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. A famigerada *estabilidade decenal*.

O empregado acusado de falta grave poderia ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida somente se tornaria efetiva mediante decisão judicial, após o inquérito em que se verificasse a procedência da acusação (genuína função do inquérito para apuração de falta grave). Por outro lado, reconhecida a inexistência de falta grave praticada, ficaria o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período de suspensão (art. 495 da CLT). Quando a reintegração do empregado estável fosse desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, a Justiça do Trabalho poderia convertê-la em indenização em dobro (duas vezes a maior remuneração recebida na empresa a cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de trabalho naquele empregador).

Em caso de extinção da empresa sem motivo de força maior, ao empregado estável despedido também seria garantida a indenização paga em dobro (art. 497 da CLT).

O regime celetista previa, portanto, um sistema híbrido de proteção ao vínculo empregatício: um crescente ônus financeiro ao empregador até que o empregado atingisse dez anos de serviço na empresa (isento apenas no primeiro ano) e, a partir de então, estabilidade permanente (definitiva).

Como se pode presumir, o referido sistema protetivo era absolutamente abominado pela maioria das empresas, que preferia promover rescisões antecipadas do contrato de trabalho a verem seus funcionários detentores de estabilidade definitiva (o que, segundo relatos da época, dava ensejo a uma redução na pontualidade, na assiduidade e na produtividade do trabalhador).

Diante do grande índice de dispensas às vésperas da aquisição do direito à estabilidade decenal, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 26 (atualmente cancelada), com o seguinte teor: “presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa”.

A medida, no entanto, não foi suficiente para conter o ímpeto das empresas, que antecipavam cada vez mais a rescisão dos contratos de trabalho de seus funcionários mais antigos.

Em 13 de setembro de 1966, com o mundo vivendo a Guerra Fria e o Brasil em seus primeiros anos de regime militar, foi então promulgada a Lei n. 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), um sistema de depósitos realizados na conta vinculada ao nome do trabalhador, prevendo indenização crescente em relação ao tempo de

serviço dedicado à empresa. Com o advento da citada lei, o trabalhador passava a possuir a faculdade de optar entre o regime celetista da estabilidade decenal e o novo regime FGTS. Ressalta-se que o maior argumento jurídico apresentado pelos entusiastas do novo sistema foi o de uma reserva financeira na hipótese de *pedido de demissão* ou de *falecimento do trabalhador* (situações sem amparo nos arts. 477 e s. da CLT).

A própria Constituição de 1967 passou a contemplar o FGTS como uma opção à estabilidade definitiva, conquanto o que se via na prática era o constrangimento dos empregados para aceitarem o novo regime (até porque as empresas eram obrigadas a depositar o FGTS mesmo dos não optantes).

Com a adesão, o empregador ficava obrigado ao pagamento de uma indenização em valor equivalente a um mês de salário para cada fração igual ou superior a seis meses de serviços prestados para a empresa anteriormente, podendo, entretanto, tal montante ser objeto de transação no limite mínimo de *sessenta por cento*.

*Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite* (Súmula 54 do TST).

O texto constitucional de 1988, por sua vez, extinguiu definitivamente a estabilidade decenal e consagrou como obrigatório, para trabalhadores urbanos e rurais (salvo para os domésticos, que ainda dependem da vontade de seu empregador), o regime do FGTS, existindo atualmente pouquíssimos trabalhadores remanescentes no mercado de trabalho com *direito adquirido* à referida estabilidade. Isso porque a maioria que registrava dez anos de serviço em 1988, hoje, já se encontra aposentada e, ainda que posteriormente tenha obtido um outro emprego, foi incluída no novo sistema.

Ainda hoje, o tempo de serviço do trabalhador *não optante* anterior à atual Constituição Federal poderá ser transacionado, desde que respeitado o mesmo limite mínimo de 60% da indenização correspondente.

## 1.1. O REGIME DO FGTS

Atualmente, o regime do FGTS é regido pela Lei n. 8.036/90 (e suas alterações) e constitui um sistema de depósitos mensais (até o dia *sete* de cada mês) em uma conta vinculada ao nome do trabalhador junto à Caixa Econômica Federal, no importe de *8%* de seus vencimentos (2% no caso de aprendiz), rendendo juros e correção monetária (inteligência do art. 15).

A contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço incide sobre a *remuneração mensal devida ao empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais* (Súmula 63 do TST), bem como sobre o pagamento relativo à remuneração das férias, décimo terceiro salário e ao período de aviso prévio, trabalhado ou não (Súmula 305 do TST).

As empresas poderão equiparar seus *diretores não empregados* (exercentes de cargo de administração) aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS.

De fato, o grande objetivo do FGTS é, sem dúvida alguma, garantir ao trabalhador uma justa e proporcional retribuição pelo tempo de serviço dedicado a uma mesma empresa.

## 1.2. SAQUES PERMITIDOS

A própria legislação do FGTS, em seu art. 20, prevê como principais hipóteses para levantamento (saque) dos depósitos realizados:

**a)** *despedida sem justa causa, inclusive a indireta, a culpa recíproca e de força maior*;

*Obs.*: não haverá, pois, levantamento dos depósitos na hipótese de pedido de demissão ou de dispensa por justa causa do empregado.

**b)** *extinção total da empresa ou falecimento do empregador individual*;

**c)** *aposentadoria concedida pela Previdência Social*;

*Obs.*: consoante circular expedida pela Caixa Econômica Federal (479/2009), o aposentado poderá levantar o saldo disponível em todas as suas contas do FGTS na data da concessão da aposentadoria, inclusive do atual contrato de trabalho, e, se continuar laborando para a mesma empresa, poderá realizar novos saques, mensalmente, mediante simples solicitação.

Embora seja mais fácil o pagamento do valor direto ao próprio aposentado, o registro dos depósitos torna-se fundamental para a apuração e exigência da multa de 40% devida na rescisão imotivada.

No caso de o aposentado celebrar um novo contrato de trabalho com uma outra empresa, o levantamento somente ocorrerá na hipótese de uma

nova aposentadoria (decorrente de processo de *desaposentação*) ou no término da nova relação empregatícia, *ainda que a pedido ou por justa causa* (Decreto n. 99.684/90, art. 35, § 1º).

**d)** *falecimento do trabalhador;*

**e)** liquidação ou amortização de prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação — SFH;

**f)** pagamento total ou parcial do preço da *aquisição de moradia própria*;

**g)** *permanência por três anos ininterruptos fora do regime;*

*Obs.*: no caso de o trabalhador permanecer por três anos ininterruptos desempregado, trabalhando sem vínculo empregatício ou mesmo submetido a regime estatutário (aprovado em concurso público), o saldo das contas inativas do FGTS referente a todos os ex-empregadores poderá ser levantado.

**h)** extinção normal do contrato a termo, inclusive dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n. 6.019/74;

**i)** suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias;

**j)** aplicação em cotas de fundos de privatização;

**k)** trabalhador ou qualquer de seus dependentes acometido de *doença grave (câncer*, *AIDS etc.)*;

**l)** necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de *desastre natural (enchente etc.)*;

**m)** trabalhador com *idade igual ou superior a 70 anos*.

*Obs.*: seguindo o mesmo entendimento do aposentado, o trabalhador com mais de 70 anos poderá levantar o saldo de todas as contas a ele pertencentes, inclusive o da conta do atual contrato de trabalho, sempre que assim o interessar, mediante simples solicitação.

## 1.3. LEI COMPLEMENTAR N. 110/2001

Criando o chamado “maior acordo do mundo”, a Lei Complementar n. 110/2001 estabeleceu parâmetros de recomposição financeira dos depósitos em conta do FGTS após os expurgos inflacionários identificados nos planos Verão (16,64%), período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989, e Collor (44,0%), durante o mês de abril de 1990.

Por meio de um termo de adesão (art. 6º), o titular da conta vinculada

aceita expressamente o parcelamento de seu crédito e a redução da atualização monetária sobre ele incidente, renunciando ao direito de ajuizar ação pleiteando diferenças ou valores referentes a outros períodos.

Diante do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), apesar da renúncia contida nos termos de adesão firmados, inúmeras foram as demandas envolvendo outras recomposições de expurgos inflacionários, o que resultou na edição da Súmula Vinculante 1 do Supremo Tribunal Federal:

“Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001”.

## 2 PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) E PROGRAMA DE FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO (PASEP)

Instituído pela Lei Complementar n. 7/70, o PIS representa um programa destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, viabilizando melhor distribuição da renda nacional.

Criado pela Lei Complementar n. 8/70, o Pasep representa um programa destinado à formação do patrimônio do servidor público.

Ambos são de adesão obrigatória pelos trabalhadores, sendo o PIS, pelos empregados da iniciativa privada, e o Pasep, pelos servidores públicos civis e militares (lei especial, estatutários ou celetistas).

Os programas serão executados mediante um fundo ora denominado PIS-Pasep (Lei Complementar n. 26/75) e constituído pela soma dos depósitos efetuados pelas empresas junto à Caixa Econômica Federal (PIS), e pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, junto ao Banco do Brasil (Pasep).

Até a promulgação da Constituição de 1988, era emitida uma conta de participação (cota) em nome de cada trabalhador inscrito, que recebia depósitos (corrigidos monetariamente e acrescidos de juros mínimos de 3% ao ano e do resultado líquido adicional (RLA) fruto das operações

realizadas com recursos do PIS/Pasep, deduzidas as despesas administrativas e as provisões de reserva cuja constituição fosse indispensável), segundo os seguintes critérios:

**a)** *50%* do valor destinado ao fundo, dividido em partes proporcionais ao montante da remuneração recebida no período;

**b)** os *50%* restantes, repartidos em partes proporcionais aos quinquênios de serviços prestados pelo empregado ou servidor.

Assim, os trabalhadores cadastrados no PIS/Pasep até 5 de outubro de 1988 e que possuam saldo nas suas contas de participação poderão promover uma retirada anual de rendimentos, equivalente à correção monetária, juros e o resultado líquido adicional (em um valor nunca inferior a um salário mínimo vigente), desde que participantes há pelo menos cinco anos e percebendo um salário igual ou inferior a cinco mínimos, respeitadas sempre as disponibilidades em conta. Há também a possibilidade de saque total (realizado em até *cinco dias úteis* após a solicitação do participante), nas seguintes hipóteses:

**a)** aposentadoria;

**b)** 70 anos de idade completos;

**c)** invalidez permanente;

**d)** reforma militar ou transferência para a reserva remunerada;

**e)** neoplasia maligna (câncer) do titular ou de seus dependentes;

**f)** portador do vírus HIV (AIDS);

**g)** amparo social ao idoso, concedido pelo INSS;

**h)** amparo assistencial a portador de deficiência, concedido pelo INSS;

**i)** falecimento (pagamento aos dependentes).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, encerrou-se a distribuição de cotas aos participantes do PIS/Pasep, sendo que os valores arrecadados passaram a ser direcionados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), responsável pelo pagamento do seguro-desemprego e pelo fomento do mercado de trabalho, por meio de empréstimos e financiamentos concedidos por instituições financeiras oficiais.

No entanto, desde que preenchidos os requisitos legais, atualmente resta garantido aos trabalhadores participantes do PIS/Pasep o benefício *anual* do *abono salarial*.

## Abono salarial

"É assegurado o recebimento de *abono salarial* no valor de *um salário mínimo* vigente na data do respectivo pagamento, aos empregados que:

I — tenham percebido, de empregadores que contribuam para o Programa de Integração Social — PIS, ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público — Pasep, até *2 (dois) salários mínimos médios* de remuneração mensal no período trabalhado e que tenham exercido atividade remunerada pelo menos *30 (trinta) dias no ano-base*;

II — estejam cadastrados há pelo menos 5 (cinco) anos no Fundo de Participação PIS-Pasep ou no Cadastro Nacional do Trabalhador" — atualmente Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS (Lei n. 7.998/90, art. 9º).

No entanto, *não receberão o abono salarial*: o trabalhador urbano ou rural vinculado à pessoa física; o diretor sem vínculo empregatício; o doméstico e o menor aprendiz.

## Quadro sinótico — FGTS e PIS/Pasep

<table>
<tr><td rowspan="6">1. FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço)</td><td colspan="4">1966 — instituído como regime alternativo</td></tr>
<tr><td colspan="3">1988 — tornou-se regime obrigatório — trabalhadores</td><td>urbanos<br>rurais</td></tr>
<tr><td colspan="4">Lei n. 8.036/90 – regime jurídico</td></tr>
<tr><td>FGTS</td><td colspan="3">Sistema de depósito mensal<br>±<br>Conta do trabalhador (CEF)<br>±<br>Importe de 8% sobre os vencimentos<br>Súmulas 63 e 305/TST Aprendiz — 2%</td></tr>
<tr><td>Hipóteses de saque (Lei n. 8.036/90, art. 20)</td><td colspan="3">— despedida sem justa causa, culpa recíproca e força maior<br>— extinção total da empresa ou falecimento do empregador individual<br>— aposentadoria concedida<br>— falecimento do trabalhador<br>— doença grave<br>— trabalhador<br>— ou família etc.</td></tr>
<tr><td>Não há saque</td><td colspan="3">— pedido de demissão<br>— dispensa por justa causa do empregado</td></tr>
<tr><td rowspan="3">2. PIS/Pasep</td><td colspan="4">PIS — LC n. 7/70 — adesão obrigatória — empregados da iniciativa privada</td></tr>
<tr><td colspan="2">Pasep — LC n. 8/70 — adesão obrigatória — servidor público</td><td>— civil<br>— militar</td><td>— estatutário<br>— celetista</td></tr>
<tr><td>Valor arrecadado</td><td>FAT</td><td colspan="2">seguro-desemprego<br>fomento do mercado de trabalho</td></tr>
<tr><td rowspan="3">2. PIS/Pasep</td><td rowspan="3">Abono salarial</td><td colspan="3">Excluídos:<br>Doméstico<br>Aprendiz<br>Diretor sem vínculo empregatício</td></tr>
<tr><td colspan="2">Trabalhador vinculado<br>a pessoa física</td><td>urbano<br>rural</td></tr>
</table>

# Capítulo XII
# SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

A remuneração é *gênero* do qual salário é *espécie*. Dessa forma, todo salário é remuneração, porém, nem toda remuneração é salário.

## 1 DEFINIÇÃO E COMPOSIÇÃO

### 1.1. SALÁRIO

*Salário* representa a contraprestação em dinheiro ou utilidade, oferecida *diretamente pelo empregador ao empregado*, em função do contrato de trabalho, para satisfazer suas necessidades vitais básicas e de sua família.

O salário detém natureza *forfetária*, posto que, independentemente do sucesso do empreendimento, será sempre devido ao trabalhador. Também é dotado do que o Ministro Maurício Godinho Delgado denomina *efeito expansionista circular*, ou seja, aptidão para produzir repercussão econômica (reflexos) em diversas verbas de natureza salarial.

Dispõe o art. 457 da CLT que integram o salário: a *parte fixa*, as *comissões*, as *porcentagens* (adicionais), as *gratificações ajustadas*, os *abonos* e o *valor total das diárias quando excedentes a 50% do salário*, embora a doutrina identifique também em outras verbas a mesma natureza salarial.

#### 1.1.1. PARTE FIXA

Parcela invariável do salário (em dinheiro ou utilidades), que representa a base irredutível (salário-base).

#### 1.1.2. COMISSÃO

Parcela variável do salário, condicionada ao volume de vendas ou da produção (em valor determinado por produto ou porcentagem da receita).

Oportuno destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a chamada cláusula contratual *star del credere*, que atribui responsabilidade solidária ao trabalhador no caso de impontualidade ou insolvência do comprador, uma vez que o risco da atividade econômica não pode ser

transferido ao empregado.

### 1.1.3. GRATIFICAÇÃO AJUSTADA

Reconhecimento financeiro destinado ao trabalhador, mediante ajuste, pela assiduidade, produtividade, empenho, dedicação, permanência, maior responsabilidade, conquistas ou confiança, mas sempre de forma justificada (evento relevante).

Diante do princípio da inalterabilidade contratual lesiva (impossibilidade de alteração do contrato de trabalho em prejuízo ao empregado), o ajuste torna a gratificação impassível de supressão e reveste a referida verba de natureza salarial (direito adquirido — condição preestabelecida inalterável a arbítrio do empregador — inteligência do art. 6º, § 2º da LINDB).*O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito* (Súmula 152 do TST).

Embora detenha natureza salarial, a gratificação periódica ou esporádica (semestral, p. ex.) não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados, refletindo, contudo, pelo seu duodécimo, no décimo terceiro salário (inteligência da Súmula 253 do TST).

Derivado da gratificação, o *prêmio* consubstancia-se no reconhecimento espontâneo e voluntário do bom trabalho realizado pelo empregado, que pode materializar-se em um bem diferente de dinheiro. Se oferecido de forma *habitual,* ficará revestido de natureza salarial.

Nos contratos de trabalho de desportistas, o prêmio por vitórias, classificações ou títulos (por vezes, até como recompensa aos atletas pelo simples esforço) é denominado "*bicho*", com origem na época em que, para despistar e justificar dinheiro recebido a maior (não previsto contratualmente), alegava-se ter ganho no jogo do bicho. À luz do art. 24 da Lei n. 6.354/76 (Lei do Passe, revogada parcialmente), as entidades desportivas ficam proibidas de pagar incentivos, prêmios ou gratificações superiores à remuneração do atleta.

O acréscimo financeiro *habitual*, oferecido pelo empregador ao empregado, *de forma espontânea e desvinculada (sem evento relevante)*, além de revestido da natureza salarial, irá integrar a expectativa de recebimento mensal do trabalhador (que conta com a respectiva importância para quitar seus compromissos financeiros), *incorporando-se* à

base irredutível do salário.

### Gratificação por tempo de serviço

A gratificação por tempo de serviço (devida em razão de um determinado período de dedicação à empresa) integra o salário para todos os efeitos legais (Súmula 203 do TST) e será recebida de forma permanente.

Existindo, ao mesmo tempo, gratificação por tempo de serviço oferecida pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica (Súmula 202 do TST).

Em caso de readmissão, conta-se a favor do empregado o período de serviço anterior, encerrado com a saída espontânea (Súmula 138 do TST).

### Gratificação de função

Típica dos cargos de confiança (cargos em comissão), a gratificação de função será recebida mensalmente e, como verba de natureza salarial, repercutirá em todos os haveres trabalhistas, enquanto perdurar a atribuição de gerência, chefia ou direção (salário-condição).

Inspirado no art. 492 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento no sentido de que, 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* (Súmula 372, I, do TST).

*Além disso, mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação* (Súmula 372, II, do TST).).

## 1.1.4. ABONO

Segundo o entendimento doutrinário predominante, representa a expressão financeira recebida como adiantamento de salário (vale) ou antecipação de reajustes salariais (inclusive em função de perdas inflacionárias).

## 1.1.5. DIÁRIAS EXCEDENTES

Diárias representam indenizações destinadas a cobrir ou restituir as despesas do empregado com deslocamento, hospedagem, alimentação e outros gastos de viagem a serviço do empregador.

Para que não se prestigie o pagamento em excesso de diárias (que, a princípio, possuem natureza indenizatória), o legislador as considerou como integrantes do salário quando possam representar significativa parte do rendimento do trabalhador, evitando a oferta de um pequeno valor salarial mensal e uma substantiva quantidade de diárias (isentas de tributação).

*Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens* (Súmula 101 do TST).

Servirá de base para o cálculo do limite dos 50% (cinquenta por cento) o salário fixo ou a garantia mínima de ganho mensal (no caso do comissionamento puro ou de salário misto, quando o fixo for inferior ao mínimo legal).

*Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias no salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido e não o valor do dia de salário, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal* (Súmula 318 do TST).

### 1.1.6. QUEBRA DE CAIXA

A parcela paga aos bancários sob a denominação *quebra de caixa* (diferença entre o que efetivamente existe e o que deveria existir em caixa) possui natureza salarial, também integrando o salário do prestador de serviços para todos os efeitos legais (Súmula 247 do C. TST).

### 1.1.7. LUVAS

Derivadas da Lei de Luvas, que disciplinava a locação comercial (Decreto n. 24.150/34), tiveram sua primeira aplicação na relação trabalhista dos atletas profissionais, por disposição do art. 12 da Lei n. 6.354/76: “entende-se por luvas a importância paga pelo empregador ao atleta na forma do que for convencionado, pela assinatura do contrato”.

A expressão “luvas” tem o sentido de encaixe perfeito nos moldes da empresa.

Aplicadas analogicamente em diversos outros contratos de trabalho, as

luvas são declaradas pela jurisprudência trabalhista como verbas de natureza salarial (TST, E-RR 418.392/98, SBDI, *DJ*, 15-6-2007, p. ex.), podendo ser oferecidas em dinheiro ou outros bens, mediante pagamento único ou parcelado, para exercício do direito de preferência ou de exclusividade, ou mesmo pelo reconhecimento da qualidade de serviços anteriormente prestados.

### 1.1.8. SALÁRIO-UTILIDADE (*IN NATURA* OU SALÁRIO INDIRETO)

Em inteligência ao art. 458 da CLT, além do pagamento em dinheiro, toda alimentação, habitação, vestuário ou outra prestação *in natura* (utilidades) que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer *habitualmente* e de forma *gratuita* ao empregado (concessões eventuais ou com participação financeira do trabalhador não têm repercussão trabalhista) será considerado salário, salvo:

**a)** *vestuários, equipamentos* e *outros acessórios* fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, *para* a prestação do serviço;

**b)** *educação*, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

**c)** *transporte*, destinado ao deslocamento *para* o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

**d)** *assistência médica, hospitalar e odontológica*, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

**e)** *seguros de vida e de acidentes pessoais;*

**f)** *previdência privada*.

Conforme a Súmula 258 do TST, a habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade, quando o empregado receber salário mínimo, não poderão exceder, respectivamente, 25% e 20% do seu valor (restando, portanto, pelo menos 55% do salário mínimo para os demais títulos: vestuário, higiene e transporte – art. 81 da CLT, além de educação, saúde, lazer e previdência social – art. 7º, IV da CF). Pactuada importância mensal superior, dever-se-á apurar o importe real da utilidade, para a composição do salário global básico.

A doutrina apresenta duas correntes distintas para a aferição do "importe real": **a)** o valor de mercado do bem oferecido; ou **b)** a redução de despesa que a utilidade proporciona. A primeira corrente será sempre mais benéfica

ao trabalhador, em se tratando de situação pretérita, pois agrega à base irredutível do salário o valor exato que o bem detém no mercado (no caso de o empregador possuir dois imóveis em bairros nobres, cujo valor de aluguel se encontra na ordem de R$ 2.000,00, e oferecer um deles para moradia de um funcionário não doméstico, estaria automaticamente elevando a oferta salarial em dois milhares). Apesar do benefício aparente, prevalecendo na jurisprudência o citado entendimento (atualmente majoritário), certamente cada vez menos trabalhadores seriam agraciados com utilidades de melhor qualidade. Em sentido contrário, a segunda corrente apura a real vantagem econômica experimentada, ou seja, quanto o trabalhador efetivamente passou a não mais gastar em razão da utilidade que recebeu (no mesmo exemplo exposto, a elevação da oferta salarial estaria condicionada ao valor do aluguel que deixou de ser pago ou aquele compatível com o padrão econômico do obreiro).

Tratando-se de habitação coletiva, o montante do salário-utilidade será obtido mediante a divisão do justo valor da moradia pelo número de coocupantes, vedada a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família (CLT, art. 458, § 4º).

Ao menos 30% do salário do trabalhador deve ser pago em dinheiro, razão pela qual as utilidades não poderão ser convencionadas em importe superior a 70% de seu valor. Contudo, se na celebração do contrato individual de trabalho não houver qualquer convenção acerca de pagamento em utilidades, o valor salarial será exigido integralmente em pecúnia.

A didática procura distinguir uma utilidade com natureza salarial (salário *in natura*) de uma outra sem (exceções retromencionadas) pelas determinantes *"pelo trabalho"* ou *"para o trabalho"*.

Toda utilidade recebida "pelo trabalho", ou seja, como uma espécie de bônus ou forma de agradar ou incentivar o empregado será considerada salário. O valor a ser agregado, no caso do mero uso de um bem, será apurado com base no seu custo de locação. Na hipótese de transferência da propriedade (dação), deve ser avaliado o seu preço de mercado. De qualquer maneira, *os valores atribuídos às prestações in natura deverão ser justos e razoáveis* (CLT, art. 458, § 1º).

Em sentido oposto, a utilidade recebida "para o trabalho", ou seja, útil ou necessária à execução do trabalho, será admitida sem natureza salarial.

No caso de uma utilidade se prestar tanto para uso no trabalho (de forma imprescindível) como para uso pessoal, prevalecerá a ausência de caráter

salarial (telefone celular, p. ex.).

*A habitação, a energia elétrica e o veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso do veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares* (Súmula 367, I, do TST).

Em hipótese alguma será permitido o pagamento do trabalho em bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

*O cigarro não se considera salário-utilidade em face de sua nocividade à saúde* (Súmula 367, II, do TST).

## Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT)

O Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) foi instituído pela Lei n. 6.321/76 e regulamentado pelo Decreto n. 5/91, com o objetivo de melhorar as condições nutricionais dos trabalhadores: reduzindo o número de acidentes de trabalho, repercutindo positivamente na qualidade de vida e aumentando a capacidade física dos obreiros.

No tocante às empresas, os benefícios são outros: aumento da produtividade; redução do absenteísmo dos empregados (atrasos e faltas); isenção de encargos sobre a alimentação fornecida e incentivo fiscal no imposto de renda (*dedução correspondente ao dobro das despesas realizadas com o PAT no período-base, limitada a 5% do lucro tributável*).

As pessoas jurídicas incluídas no programa poderão optar pelas seguintes modalidades de fornecimento de alimentação:

**a)** autogestão (serviço próprio) — a empresa assume toda a responsabilidade pela elaboração das refeições, desde a contratação de pessoal até a distribuição aos usuários;

**b)** terceirização (serviços de terceiros) — realizada por meio de um contrato entre a empresa e concessionárias credenciadas (refeições transportadas; cestas de alimentos ou convênios com estabelecimentos comerciais — tickets, cupons, cheques etc.).

A ajuda-alimentação fornecida por empresa participante do Programa de Alimentação do Trabalhador, instituído pela Lei n. 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal (OJ 133, SBDI-1, TST). Alheio ao PAT e não constituindo uma exigência advinda de uma negociação coletiva, a cesta básica e o vale para refeição, fornecidos por força do contrato de trabalho, terão caráter salarial,

integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais (inteligência da Súmula 241 do TST).

De acordo com o art. 4º da Portaria MTE n. 3/2002, a participação financeira do trabalhador no custo direto da refeição fica limitada a 20%, conquanto a Lei n. 3.030/56 (ainda vigente) estabeleça que os descontos pelo fornecimento de alimentação, quando preparada pelo próprio empregador, não poderão exceder a 25% do salário mínimo.

As empresas participantes no PAT poderão estender o benefício aos trabalhadores por elas dispensados, no período de transição para um novo emprego, limitado ao prazo de seis meses.

### 1.1.9. PARCELAS NÃO INTEGRANTES

Não integram o salário as *diárias não excedentes a 50% do seu valor básico* (entendendo-se como tal a parte fixa ou a garantia salarial mínima) e as *ajudas de custo*, desde que especificadas.

Melhor esclarecendo, as *ajudas de custo* têm natureza indenizatória, razão pela qual devem destinar-se a uma despesa em específico (combustível para aqueles que utilizam veículo próprio para trabalhar etc.). Quando o custo não é identificado e comprovado, a ajuda se transforma em um verdadeiro abono, integrando o salário para todos os efeitos.

| SALÁRIO (DINHEIRO) | SALÁRIO (UTILIDADES) | INDENIZAÇÃO |
|---|---|---|
| a) parte fixa<br>b) comissões<br>c) percentagens<br>d) gratificações<br>e) abonos<br>f) diárias excedentes a 50% do salário-base | alimentação, habitação, vestuário ou outra prestação *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente e de forma gratuita ao empregado (salvo exceções previstas na CLT) | a) ajudas de custo<br>b) diárias não excedentes a 50% do salário-base |

## 1.2. REMUNERAÇÃO

A *remuneração* do trabalhador representa o salário devido e pago diretamente pelo empregador, bem como qualquer importância recebida de

terceiros em função dos serviços prestados (como as gorjetas ou as *gueltas*).

As *gorjetas* (pequenas bonificações oriundas de clientes pela realização de um bom atendimento), *cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado* (Súmula 354 do TST). Interpretando-se *a contrario sensu*, as gorjetas incidirão na apuração dos décimos terceiros salários, férias acrescidas de 1/3, depósitos na conta vinculada ao FGTS, recolhimentos ao INSS etc.

Por sua vez, as *gueltas* (expressão derivada de *geld* ou *wechselgeld*, que em alemão significa troco) constituem uma vantagem, geralmente ofertada aos vendedores pela indicação de determinado produto. A sugestão de compra de uma marca específica ou o fomento ao consumo de acessórios ou agregados (aditivos de combustíveis, capas protetoras, cartões de crédito etc.) também podem acarretar o recebimento de *gueltas*. No ramo da hotelaria e do turismo, a recomendação de um passeio, de um restaurante, ou mesmo de um *show* (às vezes até com distribuição de panfletos publicitários) geralmente é premiada em dinheiro, ingressos ou outras utilidades (*gueltas*).

Segundo jurisprudência pacífica no TST, as *gueltas* pagas por terceiros ao empregado, *com a anuência do empregador e com o objetivo de estimular as vendas de determinado produto*, assemelham-se às gorjetas, tendo natureza remuneratória e não podendo ser excluídas da pertinente integração, por aplicação *analógica* da citada Súmula 354.

**REMUNERAÇÃO** = SALÁRIO + GORJETAS (E *GUELTAS*)

## 2 PROTEÇÃO AO SALÁRIO

Além da CLT e da própria Constituição Federal, a Convenção n. 95 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24/56 e promulgada pelo Decreto n. 41.721/57, disciplina a proteção ao salário.

### 2.1. MÍNIMO OU PISO SALARIAL

Assegura o art. 7º, IV, da CF que o salário mínimo será instituído por lei e nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, sofrendo reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, *sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*. Ainda que não seja suficiente para tanto (nem de perto), representa, sem dúvida alguma, o menor valor que um empregado poderá receber de seu empregador (somando-se o montante em dinheiro e as utilidades).

*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* (OJ 272, SBDI-1, TST).

Vale sempre ressaltar que as gorjetas, embora integrem a remuneração, não são consideradas salário, motivo pelo qual, se um garçom receber o equivalente a R$ 1.000,00 mensais a título de gorjetas, o empregador ainda assim se vê obrigado a garantir o pagamento de, pelo menos, um salário mínimo mensal (caso valor maior não tenha sido estipulado).

## Política de valorização do salário mínimo

Com a edição da *Lei n. 12.382/2011* (cuja constitucionalidade foi mantida pela maioria dos ministros do STF no julgamento da ADI 4.568), ficaram estabelecidas diretrizes para a valorização do salário mínimo de 2012 a 2015, a serem aplicadas em *1º de janeiro de cada ano*.

Os reajustes para a *preservação do poder aquisitivo* do salário mínimo corresponderão à *variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC*, calculado e divulgado pela Fundação IBGE, *acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste*.

Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

A título de *aumento real*, serão aplicados os seguintes percentuais (art. 2º, § 4º):

I — em *2012*, será aplicado o percentual equivalente à *taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto — PIB*, apurada pelo IBGE, para o ano de *2010*;

II — em *2013*, será aplicado o percentual equivalente à *taxa de crescimento real do PIB*, apurada pelo IBGE, para o ano de *2011*;

III — em *2014*, será aplicado o percentual equivalente à *taxa de crescimento real do PIB*, apurada pelo IBGE, para o ano de *2012*; e

IV — em *2015*, será aplicado o percentual equivalente à *taxa de crescimento real do PIB*, apurada pelo IBGE, para o ano de *2013*.

À luz do que dispõe o art. 3º do referido diploma legal, os reajustes e aumentos serão estabelecidos pelo Poder Executivo, *por meio de decreto*, que divulgará, a cada ano, os valores *mensal*, *diário* e *horário* do salário mínimo, correspondendo o valor diário a 1/30 *(um trinta avos)* e o valor horário a 1/220 (*um duzentos e vinte avos)* do valor mensal.

## Salário mínimo proporcional

Com a aprovação da OJ 358 pela SBDI-1 do TST, tornou-se pacífico o entendimento de que o salário mínimo nacionalmente unificado corresponde a uma duração diária de trabalho de oito horas ou quarenta e quatro horas semanais, autorizando a contratação de um trabalhador pelo usual "meio período" (jornada de 4 horas e módulo semanal de 22 horas) mediante pagamento de "meio salário" (metade do mínimo mensal).

"Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado" (OJ 358, SBDI-1, TST).

## Piso salarial

*Piso salarial* constitui o mais baixo valor que os trabalhadores de uma determinada categoria profissional (com similitude de condições de trabalho) poderão receber.

Na maioria das vezes, o piso salarial (ou salário normativo) é instituído por negociação coletiva (acordos ou convenções coletivas), mas também pode ter previsão legal, ao que chamamos de salário-profissional (como os médicos e dentistas — Lei n. 3.999/61; os radiologistas — Lei n. 7.394/85; e os engenheiros — Lei n. 4.950/66).

*O salário-profissional dos médicos e dentistas guarda proporcionalidade com as horas efetivamente trabalhadas, respeitado o mínimo de 50 (cinquenta) horas mensais* (Súmula 143 do TST).

Por força dos *arts. 7º, V, e 22, parágrafo único, da Constituição Federal*, foi editada a *Lei Complementar n. 103/2000* que delega aos Estados a fixação de piso salarial para as categorias profissionais que não os tenham definido por acordo ou convenção coletiva.

Nessa linha, alguns Estados como Paraná (atualmente Lei Estadual n. 16.807/2011), Rio Grande do Sul (Lei Estadual n. 13.715/2011), Rio de Janeiro (Lei Estadual n. 5.950/2011) e, agora, São Paulo (Lei Estadual n. 14.394/2011), dentre outros, acabaram editando leis em seus territórios fixando piso salarial para diversas categorias profissionais, inclusive os empregados domésticos.

### Comissionista puro

*Não existe qualquer óbice legal* em se estipular o salário unicamente com base em porcentagem sobre o volume de vendas ou produção (o chamado *comissionista puro*), sendo proibido, entretanto, remunerar-se um trabalhador com valor final mensal inferior ao salário mínimo ou o piso. Assim, *eventual diferença deverá ser integralizada pelo empregador, vedado qualquer tipo de desconto para compensação nos pagamentos dos meses seguintes* (Lei n. 8.716/93, art. 3º).

### Salário complessivo

Com fundamento no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, é *proibido* perante o ordenamento jurídico brasileiro o chamado *salário complessivo* (determinada importância ou porcentagem para atender englobadamenta a vários institutos legais ou contratuais). Segundo a *Súmula 91 do TST*, é *nula* a cláusula que o institui (estabelecendo, p. ex., um salário de R$ 1.000,00 fixo, independentemente do número de horas extras que o trabalhador realizar, em vez de R$ 800,00 mais a sobrejornada efetivamente cumprida).

Assim, inexistindo identificação expressa na folha de pagamento ou no recibo, a verba trabalhista será considerada impaga.

## 2.2. PRAZO E FORMAS DE PAGAMENTO

Não será permitido estipular pagamento de salário com periodicidade superior a um mês (salvo comissões, porcentagens e gratificações), devendo sempre ser realizado em moeda corrente no país (CLT, art. 463, *caput*),

contrarrecibo assinado pelo empregado (ainda que menor de idade), até o *quinto dia útil* do mês subsequente ao da prestação (CLT, art. 459, § 1º). Para fins trabalhistas, apenas os domingos e feriados não são considerados dias úteis, embora neles possa ser identificada prestação de serviços.

*O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data-limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º* (Súmula 381 do TST).

No entanto, com fundamento na Portaria n. 3.281/84 e nas exigências do mundo moderno, as empresas situadas no perímetro urbano poderão efetuar o pagamento de seus empregados (desde que não sejam analfabetos) por depósito em conta bancária (cujo comprovante valerá como recibo), mediante o consentimento do trabalhador e em estabelecimento próximo ao local de trabalho, ou mesmo por meio de cheque, emitido diretamente pelo empregador em favor do empregado, em horário que permita o desconto imediato do título, inclusive com o fornecimento do transporte, se necessário.

Como já estudado, a partir de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 82, parágrafo único c/c o art. 458, § 1º, da CLT, tem-se que 30% do valor salarial deva ser pago obrigatoriamente em dinheiro, podendo o restante ficar remunerado em utilidades, se assim previamente acordado.

O pagamento das comissões somente será exigível após ultimada a transação a que se referem, sendo que, nas de prestações sucessivas (pagamentos a prazo), proporcionalmente à respectiva liquidação. A cessação do vínculo trabalhista não prejudica a percepção das comissões devidas.

### *Split-salary*

Embora o pagamento salarial deva ser efetuado em moeda corrente no país, muitas empresas multinacionais que possuem empregados em constantes transferências internacionais utilizam o sistema do *split-salary*, ou seja, pactuam o pagamento de parte da remuneração no país A e o restante no país B. O interesse empresarial reside na redução de impostos e encargos gerada pela elisão trabalhista, fiscal e previdenciária do montante pago no exterior, à luz da atual omissão legislativa brasileira.

## 2.3. IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Estabelece o art. 7º, VI, da Constituição Federal que é garantia do trabalhador a irredutibilidade do seu salário, *salvo negociação coletiva*.

O importe irredutível será aquele convencionado como base ou o habitualmente percebido.

Dessa forma, se ao trabalhador for prometido ou pago um salário de R$ 1.000,00, não poderá vir a perceber importância menor que a referida soma, assim como se o trabalhador receber R$ 600,00 em dinheiro e, costumeiramente, o equivalente a R$ 400,00 em moradia, a utilidade não poderá ser suprimida ou, sequer, diminuída.

Interessante questão envolve um acréscimo na importância fixa do salário do trabalhador mediante correspondente diminuição da porcentagem das comissões. Em princípio, poder-se-ia pensar que, se o importe acrescido no pagamento fixo supera o valor médio perdido com o decréscimo da porcentagem, a modificação se revela lícita. No entanto, à luz do princípio da proteção, a singela redução de uma importância fixa (*redução nominal*) ou o cálculo do valor salarial com parâmetros menos vantajosos se consubstanciam em alteração contratual lesiva, portanto, ilegal.

Parcela da doutrina e da jurisprudência, na qual se inclui o Ministro Maurício Godinho Delgado, defende que, em princípio, o empregador não poderá diminuir o parâmetro do cálculo das comissões, embora o valor global possa variar. Contudo, em situações como a mudança da linha de produtos vendidos — de peças simples e baratas para linhas sofisticadas e caras de produtos, isso poderia acontecer. (ex.: do setor de peças — com comissões na ordem de 10%, para o setor de veículos novos — com comissões na ordem de 1%).

Por derradeiro, importante ressalvar que a irredutibilidade salarial não se revela absoluta, comportando a mencionada exceção da *negociação coletiva*.

Reza o art. 503 da CLT que “é lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), *respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região*”. Assim, compatibilizando o art. 503 da CLT com o art. 7º, VI, da Constituição Federal, temos que, nos casos de força maior ou prejuízo manifesto da empresa, *temporariamente (pelo*

*período estritamente necessário — máximo de 5 meses — inteligência do art. 476-A da CLT)* e *com autorização em negociação coletiva (acordo ou convenção)*, poderá existir redução geral e proporcional de salários, no importe máximo de 25%. Tão logo superada a crise, o padrão salarial deverá retornar ao patamar original (metaforicamente, tal como um galho de árvore que se curva — flexibiliza — diante da necessidade de espaço, mas, na primeira oportunidade, retorna à sua posição inicial).

Como se trata de uma negociação, as duas partes devem conceder e se beneficiar simultaneamente. Assim, a redução salarial deverá vir acompanhada de diminuição proporcional de jornada (quando a crise afeta o mercado consumidor – produtos em estoque) ou garantias de emprego/compromisso de elevação salarial no futuro (reconstrução da empresa em virtude de força maior).

Também como forma de flexibilização dos direitos trabalhistas, foi criado pela Medida Provisória n. 2.164/2001 (ainda em vigor, após inúmeras reedições anteriores à Emenda Constitucional n. 32/2001) o regime por tempo parcial, para os trabalhadores cuja jornada não exceda a vinte e cinco horas. Nesse caso, o salário dos futuros contratados será proporcional às suas respectivas jornadas, em relação aos empregados que cumpram, nas mesmas funções, tempo integral (o que inclusive originou a edição da citada OJ 358 da SBDI-1). Para os *atuais funcionários*, a redução da duração do trabalho e a proporcional perda salarial deverão estar previstas em *instrumento de negociação coletiva da categoria*.

## 2.4. INTEGRALIDADE (INTANGIBILIDADE)

Consoante o art. 462 da CLT, ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários de seu empregado, salvo quando este resultar de: **a)** *adiantamento*; **b)** *dispositivo de lei ou negociação coletiva;* **c)** *pensão alimentícia* e **d)** *dano causado por dolo ou culpa pré-contratada*.

No tocante ao adiantamento, além do óbvio de se descontar o que já foi pago antecipadamente, é importante salientar que muitos empregadores (costumeiramente os domésticos) realizam empréstimos a seus empregados e efetuam descontos mensais até a quitação do valor emprestado. Em princípio, há um desvirtuamento do instituto (principalmente se envolver cobrança de juros), o que pode acarretar, inclusive, a prática criminosa da usura. Entretanto, na maioria das vezes, o empréstimo acaba sendo contraído para pagar dívida bancária ou para aquisição de casa própria, o

que faz com que se torne vantajoso o adiantamento ao empregado, até porque a amortização da dívida acaba se realizando normalmente em pequenas prestações fixas, sem juros.

No caso de *dispositivo de lei ou negociação coletiva* (acordo ou convenção coletiva), a quebra da intangibilidade se revela inevitável (retenção de impostos, contribuições previdenciárias etc.).

"É lícito o desconto salarial referente à devolução de cheques sem fundos, quando o frentista não observar as recomendações previstas em instrumento coletivo" (OJ 251, SBDI-1 do TST).

No tocante às *pensões alimentícias*, fica evidenciado o poder jurisdicional de o Estado promover constrição ou ordenar a segregação e a transferência de parte dos vencimentos do réu empregado para conta bancária de titularidade do alimentando, a fim de garantir-lhe recursos para subsistência.

Em se tratando de *dano* causado pelo trabalhador, o elemento *dolo* enseja incontestável responsabilidade, razão por que o empregado pode sofrer desconto em seus salários para ressarcir os prejuízos que tenha acarretado intencionalmente. No que tange ao elemento *culpa*, dependerá muito do que foi inicialmente estabelecido entre as partes, ou seja, se a responsabilidade pelo pagamento de eventual prejuízo advindo de imprudência, negligência ou imperícia na prestação dos serviços foi expressa e previamente aceita pelo empregado.

Obviamente que o tema enseja muita polêmica, ainda mais quando com culpa também concorreu o empregador. Nessa hipótese, diferentemente da culpa recíproca (em que se reconhece a divisão da responsabilidade entre as partes), à luz do princípio protetivo, fica proibido qualquer desconto no salário do trabalhador.

Existem funções nas quais pequenos erros e prejuízos devem se revelar inseridos no próprio risco da atividade econômica, assumido pelo empregador, como, por exemplo, o caixa de banco. Conforme entendimento majoritário no TST, a verba "quebra de caixa" (tratada com mais ênfase anteriormente) não se revela compensatória de qualquer diferença futura, impedindo descontos salariais abusivos.

## Consignações voluntárias

O trabalhador também pode *voluntariamente* consignar dedução em seu salário mensal.

A Súmula 342 do TST dispõe que os descontos salariais efetuados pelo empregador, *com a autorização prévia e por escrito do empregado*, para ser integrado em *planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores*, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, *salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico*.

Importante também salientar que será inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com os descontos salariais na oportunidade da admissão. *É de exigir demonstração concreta do vício de vontade* (OJ 160, SBDI-1 do TST).

Os empregados poderão também 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 (Lei n. 10.820/2003).

## Limites da invasão patrimonial do trabalhador

A própria Lei n. 10.820/2003 fixa o limite das consignações voluntárias em *até 30% da remuneração disponível do trabalhador*, nos termos regulamentares (Decreto n. 4.840/2003): "*considera-se remuneração disponível a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias*, assim entendidas as efetuadas a título de: I — contribuição para a Previdência Social oficial; II — pensão alimentícia judicial; III — imposto sobre rendimentos do trabalho; IV — decisão judicial ou administrativa; V — mensalidade e contribuição em favor de entidades sindicais; VI — outros descontos compulsórios instituídos por lei ou decorrentes do contrato de trabalho" (art. 2º, § 2º), na medida em que "considera-se remuneração básica a soma das parcelas pagas ou creditadas mensalmente *em dinheiro* ao empregado, excluídas: I — diárias; II — ajuda de custo; III — adicional pela prestação de serviço extraordinário; IV — gratificação natalina; V — auxílio-natalidade; VI — auxílio-funeral; VII — adicional de férias; VIII — auxílio-alimentação, mesmo se pago em dinheiro; IX — auxílio-transporte, mesmo se pago em dinheiro; e X — parcelas referentes a antecipação de remuneração de competência futura ou

pagamento em caráter retroativo (art. 2º, § 1º).

O próprio texto legal estabelece uma outra importante restrição, que envolve a soma de toda e qualquer consignação voluntária (não compulsória): 40% da remuneração disponível. Dessa forma, o empregador deverá observar esta sequência de procedimentos no tocante à folha de pagamento: **a)** calcular a remuneração básica; **b)** deduzir as consignações compulsórias a partir da remuneração bruta ou líquida do empregado (conforme o que estiver estabelecido em lei ou na decisão judicial); **c)** apurar a remuneração disponível (extraindo as verbas indicadas no aludido art. 2º, § 1º, do Decreto n. 4.840/2003); e **d)** promover o desconto das consignações voluntárias, observando o limite global (soma) de 40% (quarenta por cento) e o limite singular de 30% (trinta por cento) nas amortizações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil ou hipóteses previstas na citada Súmula 342 do TST.

Qualquer desconto salarial poderá incidir sobre verbas rescisórias se a lei assim autorizar, devendo sempre ser observado o limite de 30% (trinta por cento) da remuneração disponível. Não há que se confundir, portanto, desconto com compensação (dedução do que já foi pago sob idêntido título) na rescisão do contrato de trabalho, até porque esta encontra reserva legal no art. 477, § 5º, da CLT e está limitada a *um mês de remuneração do trabalhador*.

### 2.4.1. *TRUCK SYSTEM*

De forma expressa, o *art. 462, § 2º, da CLT* veda à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias ou fornecimento de serviços exercer qualquer coação ou induzimento, no sentido de constranger seus empregados a utilizarem os referidos estabelecimentos comerciais (muitas vezes com preços excessivos), fazendo-os consumir todo o salário e contrair dívidas que possam reduzi-los à condição análoga à de escravo (chamado *truck system*), ou seja, trabalhando em troca de pagamento do débito com o empregador.

## 2.5. IMPENHORABILIDADE

Dispõe o *art. 649 do CPC* (aplicado subsidiariamente por autorização do art. 769 da CLT): “São *absolutamente impenhoráveis*: (...) os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de

terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, *observado o disposto no § 3º deste artigo*".

Ocorre que o referido § 3º do art. 649 do CPC tinha como redação: "será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de vinte salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios", mas recebeu veto presidencial, sob o seguinte argumento (mensagem n. 1047):

"O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a *tradição jurídica* brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral".

Embora o Poder Executivo, por mera alegação de tradição jurídica, tenha impedido a quebra da impenhorabilidade dos elevados salários, a jurisprudência nas instâncias ordinárias vem evoluindo com muita força na relativização dessa proteção salarial diante da execução de créditos trabalhistas, considerando as necessidades urgentes do trabalhador para sua subsistência, que aguarda, com ansiedade, o resultado prático da ação trabalhista que lhe foi favorável. Assim, atendendo aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, além do preceito natural de efetiva distribuição de justiça, algumas Varas do Trabalho e Regionais (em inteligência à lei de desconto em folha), mas ao arrepio do próprio TST (OJ 153, SBDI-2 do TST), vêm permitindo a penhora de 30% do valor existente em qualquer conta corrente do devedor de verbas trabalhistas.

*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* (OJ 153, SBDI-2 do TST).

## 2.6. RETENÇÃO CRIMINOSA

A retenção dolosa de salário constitui crime (CF, art. 7º, X), havendo divergência doutrinária no tocante à necessidade de lei que defina o tipo penal (limitando sua eficácia) ou sendo tipificada como uma das hipóteses de apropriação indébita (CP, art. 168).

## 2.7. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

À luz do *art. 460 da CLT*, 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 (*paradigma interno*), ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante (*paradigma externo*).

No entanto, mesmo havendo estipulação expressa do valor salarial, sendo idêntica a função, a todo *trabalho de igual valor*, prestado ao *mesmo empregador* (conceito também extensível ao grupo econômico-empresarial), *na mesma localidade*, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade (*CLT*, *art. 461*, *caput*), apenas não prevalecendo quando houver organização de pessoal em: a) quadro de carreira (homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego — Súmula 6, I, do TST); ou b) quando o paradigma for trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo INSS.

*Quadro de pessoal organizado em carreira, aprovado pelo órgão competente, excluída a hipótese de equiparação salarial, não obsta reclamação fundada em preterição, enquadramento ou reclassificação* (Súmula 127 do TST).

Na forma do art. 37, XIII, da Constituição Federal, é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

“O art. 37, 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 os servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT" (OJ 297, SBDI-1, TST).

*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 o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988* (OJ 353, SBDI-1, TST).

*Trabalho de igual valor* será aquele prestado com *igual produtividade* e com a *mesma perfeição técnica*, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço *não seja superior a dois anos* (CLT, art. 461, § 1º).

**EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

— mesmo empregador
— mesma localidade
— mesma produtividade
— mesma perfeição técnica
— diferença de tempo de serviço não superior a dois anos

As maiores controvérsias acerca de equiparação salarial acabaram dirimidas com redação da *Súmula 6 do TST*:

*O conceito de "mesma localidade" refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana* (inciso X).

*É possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos* (inciso VII).

*Em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego* (inciso II).

*Apenas é possível a equiparação se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação* (inciso III).

*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* (inciso IV). Ainda que tenham trabalhado juntos apenas dois meses, o reconhecimento da

equiparação naquele salário fará com que este não possa mais sofrer qualquer redução (princípio da irredutibilidade salarial).

*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 ou tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior* (inciso VI).

## 2.8. SUBSTITUIÇÃO

Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior (CLT, art. 450).

*Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído* (Súmula 159, I, do TST).

Como visto, diferentemente do *salário-equiparação*, irredutível e permanente, o *salário-substituição*, possui como característica ser redutível e temporário.

Importante destacar, no entanto, que, *vago o cargo definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor* (Súmula 159, II, do TST).

## 2.9. DESVIO OU ACÚMULO DE FUNÇÕES

Segundo o art. 456, parágrafo único, da CLT, *à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal*.

Destarte, existindo demonstração plena e robusta no sentido de que o trabalhador exerce cargo de maiores atribuições, atuando como gerente e recebendo como mero assistente administrativo, por exemplo, a solução legal há de ser pelo seu correto enquadramento funcional dentro da empresa e, consequentemente, pela adequação no ganho salarial diante de um *desvio de função* (isso, evidentemente, se a função de gerente existir na estrutura administrativa do empregador, uma vez que a jurisprudência não poderá criá-la). Caso contrário, entender-se-á como simples exercício de serviço compatível com a condição pessoal do trabalhador, sem nenhum acréscimo

salarial a receber.

*No serviço público, o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988* (OJ 125, SBDI-1, TST).

No mesmo diapasão, somente é possível se falar em *acúmulo de funções* (com consequente recebimento do adicional de salário previsto em instrumento normativo) quando o trabalhador, sem prejuízo de suas funções normais, exercer *permanentemente* (e não de maneira intermitente) *todas* (e não somente algumas) as atribuições inerentes a outro profissional, a ponto de seu empregador deixar de contratar um segundo empregado em razão da sobrecarga imposta ao primeiro, experimentando, com isso, vantagem econômica indevida. Na profissão de radialista, por exemplo, o acúmulo de funções legalmente previsto para as atividades concomitantes de administração, produção e técnica (Lei n. 6.615/78, art. 13) dispensa a contratação de outros dois funcionários.

Concluindo, o simples desempenho (às vezes até em caráter eventual) de algumas funções inerentes a um cargo distinto, quando compatíveis com a sua condição pessoal e uma vez inexistente cláusula expressa proibitiva, será considerado obrigação do empregado.

## 2.10. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Segundo a *Lei n. 11.101/2005*, o *plano de recuperação judicial* não poderá prever prazo superior a *um ano* para pagamento dos créditos vencidos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho, nem superior a *trinta dias* para o pagamento, até o limite de *cinco salários mínimos por trabalhador*, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos últimos *três meses* anteriores ao pedido de recuperação judicial (art. 54).

Na falência, *os créditos decorrentes de acidentes do trabalho, e os derivados da legislação trabalhista, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor*, são absolutamente privilegiados (primeiros na classificação), sendo admitidos como quirografários (sexto na classificação) os valores que excederem esse limite, bem como aqueles *cedidos a terceiros* (art. 83, § 4º).

Serão consideradas *extraconcursais* e pagas com precedência sobre

todos os demais créditos, as remunerações devidas ao administrador judicial e a seus auxiliares, e as verbas derivadas da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, relativas a serviços prestados *após a decretação da falência* (art. 84).

## 3 DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO

Inicialmente denominado *gratificação natalina*, hoje o décimo terceiro salário é reconhecido constitucionalmente pelo art. 7º, VIII, mas ainda regulamentado pelas *Leis n. 4.090/62 e 4.749/65*.

Com natureza salarial, todo empregado fará jus a *1/12 da remuneração devida em dezembro a cada mês ou fração igual ou superior a quinze dias trabalhados no ano correspondente.* As faltas legais e justificadas não serão deduzidas, ao passo que as injustificadas ficarão de fora do cálculo.

Durante a suspensão do contrato de trabalho também não haverá contagem de tempo para décimo terceiro salário. Entretanto, nas hipóteses de acidente de trabalho ou enfermidade (profissional ou não), prevalece atualmente o entendimento jurisprudencial insculpido na Súmula 46 do TST, segundo o qual as faltas ou ausências não são consideradas para efeito de cálculo da gratificação natalina, ou seja, será computado todo o período de afastamento na apuração do aludido direito.

O décimo terceiro salário será percebido de forma proporcional na extinção do contrato a prazo e na rescisão do vínculo permanente, desde que ausente a justa causa do empregado.

Reza o art. 2º, *caput*, da Lei n. 4.749/65, que entre os meses de fevereiro e novembro, ou na ocasião das férias do empregado (*quando assim requerido por ele no mês de janeiro de cada exercício civil*), o empregador pagará, em adiantamento do décimo terceiro, *de uma só vez* (mas não necessariamente para todos os trabalhadores no mesmo momento), *metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior*. Na verdade, em uma interpretação sistemática do referido dispositivo legal, resta claro que o adiantamento pode ser realizado em qualquer mês, mas sempre *até 30 de novembro de cada ano.* Contudo, enquanto os contratados em janeiro receberão metade do salário recebido no mês anterior (até porque farão jus a 11/12 ou 12/12 do décimo terceiro), *os admitidos a partir de fevereiro perceberão metade do proporcional de décimo terceiro devido*

*(considerada uma projeção até o final do exercício) com base no salário do mês anterior* (inteligência do Decreto n. 57.155/65, art. 3º, § 4º).

Rompido o vínculo empregatício após o recebimento do aludido adiantamento e antes do final do exercício, poderá o empregador efetuar, no momento da quitação das verbas rescisórias, a correspondente compensação do que fora eventualmente recebido a maior com qualquer crédito de natureza trabalhista devido ao empregado.

O saldo restante deverá ser pago, impreterivelmente, *até o dia 20 de dezembro* (*com base na remuneração então vigente, deduzindo-se o valor adiantado*).

Para os empregados que receberem salário variável, a qualquer título, o décimo terceiro salário será calculado na base de *1/11 da soma das importâncias variáveis devidas nos meses trabalhados até novembro de cada ano*. A esse valor se somará o que corresponder à parte do salário contratual fixo (Decreto n. 57.155/65, art. 2º). Até o dia *10 de janeiro do novo exercício*, computada a parcela do mês de dezembro, o cálculo do décimo terceiro salário será revisto para *1/12 do total devido no ano anterior*, processando-se a correção do valor com o pagamento ou compensação das possíveis diferenças. No tocante ao *adiantamento*, será este apurado (50%) com base na soma das importâncias variáveis devidas nos meses trabalhados até o anterior àquele em que será realizado seu respectivo pagamento, *na fração 1/10 para recebimento em novembro* (50% de 1/10 da soma das comissões até outubro – mês 10); *1/9 para recebimento em outubro* (50% de 1/9 da soma das comissões até setembro — mês 9)*; respectivamente*.

"O valor das comissões deve ser corrigido monetariamente para em seguida obter-se a média para efeito de cálculo de férias, 13º salário e verbas rescisórias" (OJ 181, SBDI-1 do TST).

## Quadro sinótico – Salário e remuneração

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1. Salário** | Conceito | Contraprestação paga pelo empregador em dinheiro ou utilidade | |
| | Integram o salário (CLT, art. 457) | a) parte fixa — base irredutível | |
| | | b) comissão — parcela variável condicionada ao valor de vendas ou produção | |
| | | c) gratificação — reconhecimento financeiro motivado | Espécies:<br>por tempo de serviço (Súm. 138, 202 e 203/TST)<br>por função (Súm. 372, I e II/TST) |
| | | d) abono — adiantamento (vale) | Também nas antecipações de reajustes salariais |
| | | e) diárias — despesas (deslocamento, hospedagem, alimentação etc.) | Integrarão o salário se excederem a metade do salário-base (Súm. 101 e 318/TST) |
| | | f) quebra de caixa — parcela paga aos bancários | Integra o salário (Súm. 247/TST) |
| | | g) luvas — parcela paga pela assinatura do contrato em bens ou dinheiro | Visam garantir o exercício de preferrência e exclusividade |
| | | h) salário-utilidade — além do pagamento em dinheiro, alimentação, habitação, vestuário etc. | As utilidades não podem exceder 70% do valor do salário |
| **1. Salário** | Integram o salário (CLT, art. 457) | i) PAT (Lei n. 6.321/76 e D. n. 5/91) – objetiva melhorar as condições nutricionais do trabalhador | Ajuda-alimentação:<br>do PAT — não integra o salário (OJ 133, SDI-1/TST)<br>do contrato de trabalho — integra o salário (Súm. 241/TST) |
| **2. Remuneração** | Salário | pago pelo empregador | |
| | Gorjeta | paga pelo cliente do empregador, pelo bom serviço prestado | |
| | *Gueltas* | prêmio pago pela indicação de determinado produto ou serviço de terceiro | |

| | | |
|---|---|---|
| **3. Proteção ao salário** | CLT + CF/88 + Convenção 95/OIT | |
| **4. Salário mínimo — CF/88, art. 7º, IV** | Instituído por lei e unificado nacionalmente<br>+<br>Para atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família<br>Deverá ser garantido ainda quando a gorjeta for superior<br>A fixação se dará por:<br>mês, dia ou hora | |
| | É aplicado à jornada de:<br>8h diárias<br>44h semanais<br>Quem trabalha meio período fará jus a meio salário — OJ 358, SBDI-1, TST | |
| | a) comissionista puro | É admitido<br>O salário se restringe a comissão<br>Comissão < salário mínimo = o empregador integralizará a diferença, sem abater nos meses seguintes |
| **4. Salário mínimo — CF/88, art. 7º, IV** | b) salário complessivo | É vedado — Súm. 91/TST<br>Arredondamento do salário com supressão de verbas trabalhistas irrenunciáveis ou dificuldade na identificação de violações ao salário |
| **5. Piso salarial — CF/88, art. 7º, V** | Salário mínimo de determinada categoria<br>+<br>Instituído por negociação coletiva (acordos e convenções coletivas), mas também por lei. Ex. salário profissional dos médicos e dentistas | |

| | | |
|---|---|---|
| **6. Prazo e formas de pagamento do salário** | Periodicidade máxima de 1 mês<br>Sempre em moeda corrente<br>Recibo assinado pelo empregado<br>Recebimento até o 5º dia útil do mês subsequente<br>Empresa urbana poderá pagar<br>via depósito em conta bancária<br>com cheque da empresa<br>30% do salário = pagamento obrigatório em dinheiro | |
| **7. Irredutibilidade salarial — CF/88, art. 7º, VI, e CLT, art. 503** | Regra geral | Irredutibilidade do salário<br>parte fixa |
| | Exceção | Força maior<br>Prejuízo manifesto da empresa = Redução salarial temporária máxima de 25%, desde que autorizada via negociação coletiva |
| | | Regime de tempo parcial = Funcionários atuais = redução via negoc. coletiva da jornada e do salário<br>Funcionários futuros — salário<br>=<br>jornada (OJ 358, SBDI-1, TST) |
| **8. Integralidade — CLT, art. 462** | a) Regra geral — vedação de desconto do salário pelo empregador, salvo:<br>Adiantamento (antecipação de parte do salário) | |
| **8. Integrali-dade — CLT, art. 462** | Desconto oriundo da lei ou de negociação coletiva. Ex.: impostos<br>Pagamento de pensão alimentícia<br>Dano causado pelo empregado<br>culpa<br>dolo — responsabilidade pré-contratada<br>Consignação voluntária (desconto do salário para ser integrado em planos de assistência — Súm. 342/TST, OJ 160, SBDI-1, TST)<br>Lei n. 10.820/2003 — desconto em folha de pagamento para amortizar empréstimos e financiamentos do empregado<br>b) *truck system* — CLT, art. 462, § 2º<br>Constranger os empregados a utilizarem os produtos ou serviços da empresa (empregadora), consumindo todo o salário e criando dívida com ela — proibido | |
| **9. Impenho-rabilidade** | Regra geral: CPC, art. 649 — a remuneração destinada ao sustento do devedor e de sua família é *absolutamente* impenhorável<br>Exceção: dívida alimentícia — CPC, art. 649, § 2º<br>*Varas do trabalho*: permitem a penhora de 30% da conta-corrente do trabalhador devedor (contrariando OJ 153, SBI-2, do TST) | |

| | | |
|---|---|---|
| **10. Retenção criminosa do salário — CF/88, art. 7º, X** | Retenção dolosa do salário constitui crime | CP, art. 168, ou<br>tipificação em lei especial ainda não criada |
| **11. Equipa-ração sala-rial — CLT, arts. 460/461 Súm. 6/TST** | Requisitos | — mesmo empregador<br>— mesma localidade (município ou região metropolitana)<br>— mesma função (independentemente da denominação do cargo)<br>— mesma produtividade |
| **11. Equiparação sala-rial — CLT, arts. 460/461 Súm. 6/TST** | Requisitos | — mesma perfeição técnica<br>— diferença de tempo de serviço não superior a *2* anos, na mesma *função* |
| | Ela é admitida | Na sociedade de economia mista e<br>no trabalho intelectual (OJ 353, SBDI-1, TST, Súm. 6, VII, TST) |
| | Ela não é admitida | no serviço público (CF/88, art. 37, XIII); no quadro de carreira (Súm. 27/TST) e para readaptados |
| **12. Substituição — CLT, art. 450** | É a substituição temporária de cargo do empregado, na empresa<br>Consequências<br>— haverá contagem do tempo naquele serviço<br>— garantia de retorno ao cargo anterior<br>— garantia do salário do substituído ao substituto não eventual<br>— não vinculação do salário do antecessor ao ocupante de cargo definitivo, vago (Súm. 159, I e II/TST) | |
| **13. Desvio ou acúmulo de funções** | Desvio | Trabalhador contratado para exercer função inferior à que efetivamente exerce, percebendo salário a menor |
| | Consequência | Só haverá o correto enquadramento se existir a função no quadro da empresa |
| | Acúmulo | Trabalhador exerce a sua função<br>+<br>*Todas* as funções de outro profissional poupando contratação de outro funcionário |

| | |
|---|---|
| **14. Décimo terceiro salá-rio (CF/88, art. 7º, VIII; Leis n. 4.090/62 e n. 4.749/65)** | Gratificação natalina<br>Devido a todo empregado<br>Correspondente a 1/12 da remuneração devida em dezembro, por cada mês ou fração ≥ 15 dias trabalhados durante 1 ano<br>Não é computado durante a suspensão do contrato de tra-balho, nem faltas injustificadas |
| **14. Décimo terceiro salá-rio (CF/88, art. 7º, VIII; Leis n. 4.090/62 e n. 4.749/65)** | Pagamento proporcional feito ao empregado que não atingir 12 meses na empresa. Exceção: justa causa do empregado<br>Pagamento<br>1/2 — entre fevereiro e novembro<br>+<br>1/2 — até 20 de dezembro<br>de cada ano trabalhado<br>Salário variável (OJ 181, SBDI-1/TST e Dec. n. 57.155/65, art. 2º) = base de cálculo – 1/11 pago até novembro + parte do salário contratual fixo |
| **15. Falência e recuperação de empresas — Lei n. 11.101/2005** | *Recuperação* — art. 54<br>Prazo p/pagamento dos créditos trabalhistas:<br>1 ano: créditos trabalhistas + acidentes de trabalho<br>*30 dias* — créditos salariais<br>vencidos nos 3 meses anteriores ao pedido de recuperação + até 5 s.m. (por trabalhador)<br>*falência* — art. 83<br>Prazo p/pagamento dos créditos trabalhistas:<br>*Privilegiados* — crédito trabalhista + acidente de trabalho<br>até 150 s.m. (por credor)<br>*Quirografários* — crédito trabalhista que exceder 150 s.m. (por credor)<br>*Extraconcursais* — art. 84<br>Receberão antes de todos:<br>a) administrador judicial e seus auxiliares<br>b) créditos trabalhistas<br>c) acidentes de trabalho<br>d) serviços prestados após a decretação da falência |

# Capítulo XIII
# DIREITOS, VANTAGENS E BENEFÍCIOS

Embora sem natureza salarial (não sofrendo incidência do FGTS e de contribuições previdenciárias), o empregado pode perceber algumas vantagens e alguns benefícios para melhoria de sua condição social.

## 1 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS

Prevista no art. 7º, XI, da CF e regulada pela Lei n. 10.101/2000, a participação nos lucros ou resultados (mais conhecida como PLR) representa um *instrumento de integração entre o capital e o trabalho e um incentivo à produtividade*.

A participação será obrigatoriamente objeto de *negociação* entre a empresa (excluindo-se a pessoa física e a entidade sem fins lucrativos) e seus empregados, por meio de *instrumento coletivo* ou de *comissões escolhidas pelas partes* (contendo pelo menos um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria).

Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se da *mediação* ou da *arbitragem de ofertas finais*. O árbitro deverá restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

É *vedado* o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de PLR com *periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano*.

Embora a referida lei especial apenas exija “regras claras e objetivas no tocante à fixação dos direitos substantivos da participação e dos mecanismos (adjetivos) de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão” (art. 2º, §1º), seria justo que os empregados participassem dos lucros ou resultados de forma isonômica, independentemente das funções exercidas na empresa e suas respectivas remunerações (excetuando-se apenas os regimes de trabalho com duração diferenciada), o que, na prática, não acontece.

### PLR proporcional

Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa (OJ 390, da SDI-I do TST).

### Gestão na empresa

Apenas a título de esclarecimento, a participação nos lucros ou resultados não se confunde com a gestão na empresa, também prevista no art. 7º, XI, da CF, pois esta consiste na partilha das responsabilidades diretivas e a consequente tomada de decisões, além da implementação conjunta de medidas capazes de otimizar o uso dos recursos financeiros e aumentar a produção. Contudo, torna-se praticamente inaplicável o instituto no Brasil, uma vez que dependente de lei que o defina (norma de eficácia limitada).

O sistema de *cogestão* da atividade empresarial, envolvendo proprietários e trabalhadores, registra resultados muito positivos na Alemanha (principal modelo), com o aumento da produtividade e asignificativa redução dos conflitos trabalhistas.

## 2 VALE-TRANSPORTE

Instituído pela *Lei n. 7.418/85*, o vale-transporte é devido pela utilização do sistema de transporte coletivo público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, geridos diretamente ou mediante concessão ou permissão de linhas regulares e com tarifas fixadas pela autoridade competente, excluídos os serviços seletivos e os especiais, para deslocamento residência-trabalho e retorno.

*Aos servidores públicos celetistas é devido o vale-transporte* (OJ 216, SBDI-1, TST).

O empregador arcará com os gastos na aquisição de tantos vales (*tickets*) quanto necessários para o percurso do trabalhador, podendo *descontar* dos

vencimentos do empregado o equivalente a *6% de seu salário básico*.

Estará exonerado da obrigatoriedade do vale-transporte o empregador que proporcionar, por meios próprios ou contratados, o deslocamento de seus trabalhadores.

Embora a lei não preveja tal restrição, o Decreto n. 95.24787 (que o regulamenta) veda expressamente ao empregador substituir o benefício por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, salvo no caso de falta ou insuficiência de estoque de vales-transportes no mercado.

Segundo o mesmo ato presidencial, em seu art. 7º, § 3º, restou estabelecido que a declaração falsa ou o uso indevido do vale-transporte constituem falta grave, passível de penalidade disciplinar (até a rescisão motivada do contrato de trabalho) por ato de improbidade — art. 482, *a*, da CLT.

# 3 DIREITO DE IMAGEM

Constitui garantia fundamental do cidadão poder expor publicamente sua própria imagem, de forma exclusiva e privativa (CF, art. 5º, XXVIII).

A cessão de uso dos direitos de imagem de um empregado, quando não inerente à própria natureza do trabalho (como no caso dos artistas profissionais), se faz por meio de instrumento particular, mediante pagamento de natureza civil (não salarial).

A própria jurisprudência entende incabível a rescisão indireta do contrato de trabalho pelo inadimplemento de uma obrigação inerente ao contrato de imagem, uma vez que se consubstancia em pacto autônomo e distinto do vínculo empregatício.

Por outro lado, a significativa diferença entre o salário pago pelo empregador em comparação ao valor oferecido pela cessão do direito de uso da imagem poderá acarretar o reconhecimento de sua natureza remuneratória e os reflexos nas demais verbas trabalhistas (fraude — art. 9º da CLT).

## 3.1. DIREITO DE ARENA

Consoante a nova redação do *art. 42 da Lei n. 9.615/98* (alterada pela Lei n. 12.395/2011), 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.

Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, *5% (cinco por cento)* da receita proveniente da exploração de direito 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*.

A atual dicção legal se contrapõe à jurisprudência até então pacificada no C. TST de que o direito de arena gera pagamentos com natureza salarial, assemelhados às gorjetas, que provêm de terceiros, mas são devidas em função do contrato de trabalho.

## 4 PROPRIEDADE INTELECTUAL (INVENÇÃO)

Existem três formas de invenção (propriedade intelectual) que envolvem o trabalho do empregado: a invenção de serviço, a invenção livre e a invenção de empresa.

A primeira (de serviço) decorre da atividade de um trabalhador contratado para a função de inventor, ao passo que a segunda (livre) provém da atividade criativa do trabalhador, sem qualquer vínculo com a existência e execução do contrato de trabalho. A terceira (de empresa) resulta do esforço intelectual de determinado empregado em situação não prevista no contrato de trabalho, mas com material do empregador, durante a jornada.

Estabelece a *Lei n. 9.279/96* (arts. 89 a 92) que a invenção pertence ao empregador quando resultar de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou mesmo decorra da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado (invenção de serviço, cuja retribuição se limita ao salário ajustado). Salvo prova em contrário, considera-se desenvolvida na vigência do contrato a invenção cuja patente seja requerida pelo trabalhador *até um ano* após a extinção do vínculo empregatício. O empregador, enquanto titular da patente, *poderá* conceder ao empregado, autor do invento ou do aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração; contudo, tal importância não se incorporará, a qualquer título, ao salário do trabalhador.

Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção por ele desenvolvida, desde que desvinculada do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações e equipamentos do empregador (invenção livre).

Por fim, a propriedade de invenção será *comum, em partes iguais*, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, salvo expressa disposição contratual em contrário (invenção de empresa). É garantido ao empregador o *direito exclusivo da licença de exploração do invento comum* e assegurada ao empregado uma *justa remuneração* pelo lucro daí advindo. Na falta de acordo, decorrido *um ano* da data da concessão da licença sem qualquer exploração da patente (salvo razões legítimas), esta passará à exclusiva propriedade do empregado.

Oportuno ressaltar que os direitos à propriedade intelectual dos inventos *também são reconhecidos aos trabalhadores autônomos ou estagiários*.

## 5 *STOCK OPTION*

Considera-se *stock option* o plano pelo qual os empregadores oferecem aos seus empregados o direito de comprar ações da própria empresa ou da matriz estabelecida no exterior, a um *preço preestabelecido* (muitas vezes em valores muito menores que os operados no mercado), *após determinado período de carência* (*vesting*).

A princípio, consubstancia-se em um contrato mercantil comum (ato bilateral voluntário e oneroso). Porém, como a aquisição das ações negociáveis com valor prefixado pode resultar em consideráveis lucros (caso venham a se valorizar no período de carência), faz com que os trabalhadores (principalmente aqueles que ocupem o alto escalão) permaneçam em seus cargos até o efetivo exercício do direito de compra, não se deixando seduzir por ofertas de emprego da concorrência.

O *stock option* representa, portanto, a opção para uma futura aquisição de ações (decorrido o prazo de carência), podendo delas dispor imediatamente após a compra, diante de um bom momento do mercado.

O objetivo principal é, sem dúvida alguma, que todos os responsáveis pelo crescimento e desenvolvimento da empresa busquem o maior sucesso possível, valorizando suas ações.

Inexistindo previsão contratual mais protetiva, em caso de dispensa sem justa causa, é imperativo ao menos considerar-se a projeção do aviso-prévio no que se refere ao direito de compra. Mesmo que indenizado, o período integra o contrato de trabalho e, portanto, também deverá ser incluído na contagem da carência.

Como a aquisição das ações faz-se a título oneroso e o empregado passa a enfrentar os riscos da flutuação do mercado de capitais (bons lucros ou significativos prejuízos), o ganho percebido na venda (que dependerá muito da escolha do melhor momento) não detém natureza salarial.

## 6 BENEFÍCIOS NEGOCIADOS

Alguns direitos, vantagens e benefícios não estão previstos em lei, mas decorrem de frutífera negociação coletiva (acordo ou convenção), com duração restrita à vigência do respectivo documento (limitada sempre a dois anos). Alguns exemplos são: estabilidades especiais (Súmula 98, II, do TST), concessão do plano de saúde etc.

Por outro lado, toda condição de trabalho ofertada voluntária, habitual e gratuitamente, sem prazo definido, ganha intangibilidade, sendo vedada qualquer forma de supressão.

## 7 SALÁRIO-FAMÍLIA

Embora denominado salário, trata-se de um benefício previdenciário de valor fixo (reajustado periodicamente por portaria do Ministério da Previdência Social), que será pago pelo INSS aos trabalhadores empregados (*com exceção do doméstico*) e avulsos, na proporção do número de filhos ou equiparados (Lei n. 8.213/91, art. 65).

Consoante alteração do Texto Constitucional (art. 7º, XII) pela Emenda n. 20/98, o salário-família que era concedido de forma incondicionada pela simples existência de dependentes, agora somente será devido ao trabalhador de *baixa renda*, nos termos da lei.

O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão (Súmula 254 do TST).

## 8 ASSISTÊNCIA AOS FILHOS E DEPENDENTES

É direito dos trabalhadores urbanos e rurais (*com exceção do doméstico*) a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (CF, art. 7º, XXV).

### Quadro sinótico – Direitos, vantagens e benefícios

| Não possuem natureza salarial<br>Visam melhorar a condição de vida do empregado | |
|---|---|
| **1. Participação nos Lucros ou Resultados — PLR (CF/88, art. 7º, XI e Lei n. 10.101/2000)** | É o repasse de parte do lucro da empresa ao empregado como forma de incentivo<br>Exige negociação entre a empresa e os empregados<br>Não é aplicada ao empregador pessoa física ou entidade sem fins lucrativos<br>Em caso de impasse na negociação, será admitida a mediação ou arbitragem de ofertas finais<br>Pagamento = periodicidade mínima, *semestral*<br>Lei exige regras claras e objetivas<br>Aconselha-se isonomia entre os empregados na participação dos lucros<br>PRL proporcional (OJ 390, SBD/TST)<br>*Gestão na empresa* (CF/88, art. 7º, XI) não se confunde com a PLR |
| **1. Participação nos Lucros ou Resultados — PLR (CF/88, art. 7º, XI e Lei n. 10.101/2000)** | É a cogestão da atividade empresarial pelo trabalhador<br>Visa otimizar os gastos da empresa e aumentar a produção<br>Inaplicável no Brasil, por ausência de lei regulamentadora<br>É bastante aplicada na Alemanha |
| **2. Vale–transporte — Lei n. 7.418/85** | Pressupõe a utilização do transporte coletivo/público<br>urbano<br>intermunicipal<br>interestadual<br>Não garantido ao empregado usuário de serviço seletivo<br>e<br>especial<br>Será arcado pelo empregador<br>Desconto dos vencimentos do empregado de até 6% do salário básico<br>Isenção do empregador que fornecer transporte próprio<br>Não pode ser antecipado, em $, ao empregado<br>Uso indevido pelo empregado =<br>falta grave + penalidade disciplinar |

| | |
|---|---|
| **3. Direito de imagem do empregado — CF/88, art. 5º, XXVIII** | *Requisitos:*<br>a) instrumento particular de concessão<br>+<br>b) pagamento de natureza civil pela exploração da imagem<br>*Efeitos:*<br>a) inadimplementos do contrato de imagem = não gera rescisão do contrato de trabalho<br>b) desproporção entre<br>salário e valor pago pela cessão da imagem = reconhecimento da natureza remuneratória (CLT, art. 9º)<br>*Direito de arena* (Lei n. 9.615/98, art. 42)<br>É o valor pago pela transmissão ou retransmissão dos eventos desportivos<br>A jurisprudência conferiu-lhe natureza remuneratória<br>O valor é pago por terceiro em razão do contrato de trabalho |
| **4. Propriedade intelectual (invenção)** | Há 3 espécies de invenção:<br>a) *de serviço* — o empregado é contratado para a função de inventos<br>*Consequências*<br>Titularidade da patente exclusiva do empregador<br>Concessão facultada dos proveitos decorrentes da patente pelo empregado sem incorporação ao salário<br>b) *livre* — invenção do empregado sem vinculação ao contrato de trabalho e aos recursos do empregador<br>*Consequência*<br>Titularidade da patente exclusiva do empregado<br>c) *de empresa* — é a invenção do empregado com os recursos do empregador<br>*Consequência* =<br>A propriedade de invenção será comum entre o empregador e o empregado (exploração exclusiva da empresa e justa retribuição ao trabalhador) |

| | | |
|---|---|---|
| **5. *Stock option*** | Conceito | Oferecimento de compra das ações da empresa pelo empregado<br>+<br>Por um preço preestabelecido<br>+<br>Após determinado período de carência |
| | Objetivo | Busca pelo sucesso da empresa e valorização das ações dos responsáveis pelo desenvolvimento da empresa |
| | Consequências | Aquisição onerosa das ações<br>O empregado-adquirente passa a assumir os riscos do mercado de capitais<br>O ganho do empregado com a venda da ação não detém natureza salarial |
| **6. Cláusulas negociadas** | Vantagens ou benefícios podem decorrer<br>da lei<br>de negociação coletiva (Ex.: Súm. 98, II/TST)<br>OBS.: as vantagens e benefícios oferecidos ao trabalhador de forma *habitual* e *gratuita* são *intangíveis* (não suprimíveis) | |
| **7. Salário– família (Lei n. 8.213/91, art. 65 e CF/88, art. 7º, XII)** | Benefício previdenciário + de valor fixo + pago pelo INSS + aos empregados e avulsos de baixa renda + na proporção do n. de filhos ou equiparados + não concedido ao doméstico | |
| **8. Assistência aos filhos e dependentes — CF/88, art. 7º, XXV** | Direito dos trabalhadores urbanos e rurais + de assistência gratuita aos filhos e dependentes + desde o nascimento até 5 anos + em creches e pré-escolas + não concedido ao doméstico | |

# Capítulo XIV
# SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

Em respeito à dignidade da pessoa humana, a todos os trabalhadores deverá ser garantido um ambiente de trabalho seguro e saudável (redução dos riscos por meio de normas de saúde, higiene e segurança — art. 7º, XXII, da CF).

A *Portaria n. 3.214* do Ministério do Trabalho, editada em 8 de junho de 1978, aprovou as normas regulamentadoras (NRs) relativas à segurança e medicina do trabalho, que, no decorrer do tempo, foram sofrendo diversas alterações e acréscimos, atingindo hoje o número de *trinta e quatro*.

As mais importantes são: a NR2 (inspeção prévia), NR5 (comissão interna de prevenção de acidentes), NR6 (equipamentos de proteção individual — EPI), NR7 (programas de controle médico de saúde ocupacional), NR9 (programas de prevenção de riscos ambientais), NR15 (atividades e operações insalubres) e NR16 (atividades e operações perigosas).

As normas regulamentadoras são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas, órgãos da administração direta e indireta e dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam empregados regidos pela CLT. A fiscalização será exercida por analistas fiscais do trabalho que, diante de qualquer descumprimento, devem lavrar auto de infração com a aplicação da multa administrativa correspondente.

## 1 ACIDENTE DO TRABALHO

Acidente do trabalho é a lesão corporal ou perturbação funcional ocorrida a *serviço do empregador*, que cause a *morte,* a *perda* ou *redução*, permanente ou temporária, da *capacidade para o trabalho* (Lei n. 8.213/91, art. 19).

Além dos sinistros, são acidentes do trabalho as *doenças profissionais* adquiridas ou desencadeadas pelo exercício do labor peculiar a determinada atividade ou em função de condições especiais em que ele é realizado.

Equiparam-se também ao acidente do trabalho (Lei n. 8.213/91, art. 21):

I — o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja *contribuído* diretamente para a morte do empregado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzindo lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II — o acidente sofrido pelo empregado *no local e horário do trabalho,* em consequência de: ato de agressão, sabotagem ou terrorismo, praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; ato de pessoa privada do uso da razão; desabamento, inundação, incêndio ou outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III — a doença proveniente de *contaminação acidental* do empregado no exercício de sua atividade;

IV — o acidente sofrido pelo empregado ainda que *fora do local e horário de trabalho*:

**a)** na *execução de ordem* ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

**b)** na *prestação espontânea* de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

**c)** em *viagem a serviço da empresa*, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado;

**d)** no *percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela*, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive em veículo de propriedade do empregado.

Um projeto de lei (PLC 7.202/2010) quer incluir a ofensa física ou moral intencional (assédio moral), inclusive de terceiro, como acidente de trabalho por equiparação.

Nos períodos destinados a refeição e descanso, ou por ocasião de outras necessidades fisiológicas, em local de serviço ou durante este, o empregado será considerado no exercício do trabalho.

Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de sinistro de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior.

O empregado que sofre acidente do trabalho e fica afastado *por mais de*

*quinze dias* (período máximo de permanência sob a responsabilidade do empregador, inclusive no tocante ao pagamento das verbas salariais) tem garantida, pelo prazo mínimo de *12 (doze)* meses, a manutenção do seu contrato (garantia de emprego), após a cessação do auxílio-doença acidentário (benefício previdenciário) e retorno ao trabalho (Lei n. 8.213/91, art. 118).

Por entendimento jurisprudencial (em inteligência ao parágrafo único do art. 7º da CF, que não contempla como direito o respectivo inciso XXVIII, e ao art. 1º, § 2º, da parcialmente revogada Lei n. 6.367/76). São inaplicáveis aos domésticos os dispositivos legais relativos ao acidente do trabalho, não fazendo estes jus ao citado benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário.

## 2 COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES (CIPA)

Segundo a CLT e a NR5, a CIPA tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível, permanentemente, o labor com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

Devem constituir CIPA e mantê-la em regular funcionamento as empresas, independentemente de sua natureza, que admitam, no mínimo, 20 (vinte) empregados (por estabelecimento). No comércio varejista, a partir de 50 (cinquenta) trabalhadores.

Cada comissão será composta por representantes da empresa e dos empregados, de forma paritária (número mínimo de dois).

Os representantes dos *empregadores*, titulares e suplentes, serão por eles designados (CLT, art. 164, § 1º).

Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos por escrutínio secreto, do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados e protegidos por garantia de emprego desde o registro de suas candidaturas *até um ano após o término do respectivo mandato.* O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de um ano, permitida uma reeleição (CLT, art. 164, §§ 2º e 3º).

O empregador designará, anualmente, dentre os seus representantes, o

Presidente da CIPA, e os empregados elegerão, dentre eles, o Vice-Presidente (CLT, art. 164, § 5º).

A CIPA terá reuniões mensais, mas deverá realizar reuniões extraordinariamente, quando:

**a)** houver denúncia de situação de risco grave e iminente que determine aplicação de medidas corretivas de emergência;

**b)** ocorrer acidente do trabalho grave ou fatal;

**c)** houver solicitação expressa de uma das representações.

As atas ficarão no estabelecimento à disposição dos Agentes da Inspeção do Trabalho – AIT.

## 3 EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI)

Toda empresa ficará obrigada a fornecer aos empregados, *gratuitamente*, equipamentos de proteção individual adequados ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos trabalhadores (CLT, art. 166).

A listagem completa dos EPIs e das atividades em que sua utilização se faz obrigatória encontra-se expressa na NR6.

Importante salientar que constitui ato *faltoso* do empregado a *recusa injustificada* ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa (art. 158, parágrafo único, II, da CLT).

## 4 CONTROLE MÉDICO

Os empregadores ou instituições que admitam trabalhadores ficam obrigados a elaborar e implementar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

A NR7 estabelece os parâmetros mínimos e diretrizes gerais a serem observados na execução do PCMSO, dentre eles a realização obrigatória dos seguintes exames médicos: **a)** *admissional*; **b)** *periódico*; **c)** *de retorno ao trabalho*; **d)** *de mudança de função* e **e)** *demissional*.

O empregador manterá, em seu estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com os riscos da

atividade (CLT, art. 168, § 4º).

# 5 PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS

A NR9 estabelece a obrigatoriedade na elaboração e implementação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), visando a preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, mediante antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente do trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

Consideram-se *riscos ambientais* os *agentes físicos, químicos e biológicos existentes no ambiente de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador.*

São *agentes físicos* as diversas formas de energia (ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes etc.); *agentes químicos*, as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória (poeiras, fumos, névoas, neblina, gases ou vapores) ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo, pela pele ou por ingestão; e *agentes biológicos*, as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, dentre outros.

A elaboração, implementação, acompanhamento e avaliação do PPRA bem como a caracterização e classificação das atividades como insalubres ou perigosas poderão ser feitos pelo Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), ou por médico ou engenheiro do trabalho, devidamente credenciado no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao MTE a realização de perícia em estabelecimento ou setor, com o objetivo de caracterizar ou delimitar atividades insalubres ou perigosas (CLT, art. 195, § 1º).

## 5.1. ATIVIDADES INSALUBRES

Serão consideradas *atividades insalubres* aquelas que, por sua natureza,

condições ou métodos de trabalho, *exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos* (CLT, art. 189).

Os critérios de caracterização da insalubridade, a classificação dos agentes nocivos, os limites de tolerância e o tempo máximo de exposição estão regulamentados na NR15.

A eliminação ou neutralização da insalubridade ocorrerá:

I — com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância (*v.* NR9);

II — com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância (*v.* NR6).

### 5.1.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (SALÁRIO-CONDIÇÃO)

O exercício de trabalho em condições insalubres assegura a percepção de adicional de salário de *40, 20* ou *10%*, conforme se classifique a insalubridade nos *graus máximo, médio e mínimo*, respectivamente (CLT, art. 192).

Contudo, 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* (OJ 4, I, SBDI-1 do TST).

**Súmula Vinculante n. 4**

Em 9 de maio de 2008, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a famigerada súmula de efeito vinculante (Lei n. 11.417/2006) n. 4, com a seguinte ementa:

*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* (*DJe* n. 83, de 9-5-2008).

Diante do posicionamento da Suprema Corte, houve por bem o Tribunal Superior do Trabalho *cancelar a Súmula 17* (*e a Orientação Jurisprudencial n. 2 — SBDI-1*) e também conferir nova redação à sua Súmula 228 (por permitir a incidência do adicional de insalubridade sobre o

salário mínimo), que agora possui o seguinte teor:

"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".

No entanto, o mesmo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em 15 de julho de 2008, deferiu liminar nos autos da Reclamação n. 6.266/2008 (ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria), suspendendo a eficácia da Súmula 228 do TST no que tange à substituição do salário mínimo pelo salário básico sem base normativa (nova lei ou negociação coletiva específica) para se calcular o adicional de insalubridade, nos seguintes termos:

"(...) com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n. 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa".

Fato é que, se a base de incidência do adicional de insalubridade não for idêntica para todos os trabalhadores em determinada área de risco, a saúde dos chamados "chão de fábrica" (massa operária que percebe os mais baixos salários dentro da empresa) será sempre menos valorizada que a dos empregados situados nos mais elevados escalões, ou seja, se prevalecer como núcleo o salário contratual, o adicional de insalubridade do trabalhador braçal será sempre inferior ao do trabalhador intelectual, embora ambos possam estar expostos a um mesmo agente nocivo (ruído, p. ex.).

## Jurisprudência correlata

As súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho resolvem grande parte das demais controvérsias relativas ao adicional de insalubridade, nos seguintes termos:

*Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais* (Súmula 139 do TST). Restando

clara, portanto, sua natureza salarial e não indenizatória.

O adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados (OJ 103, SBDI-1 do TST).

A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional (Súmula 80 do TST).

O trabalho executado em condições insalubres, *em caráter intermitente, não afasta,* só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional (Súmula 47 do TST).

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado (Súmula 289 do TST).

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 (OJ 4, II, SBDI-1 do TST).

Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (OJ 173, SBDI-1 do TST). Essa forma de trabalho, inclusive, foi objeto da NR 21.

A reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial (Súmula 248 do TST).

## 5.2. ATIVIDADES PERIGOSAS

São consideradas atividades perigosas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o *contato permanente ou intermitente com agentes de risco à vida, tais como inflamáveis, explosivos, energia elétrica* (Lei n. 7.369/85)*, radiações ionizantes ou substâncias radioativas* (Portaria MTE n. 518/2003).

*A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (...), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa*

*contida no art. 200, caput e inciso VI, da CLT* (OJ 345, SDI-I do TST).

O quadro geral das atividades perigosas e os riscos em potencial encontram-se na NR16.

Segundo jurisprudência uniforme no TST, estende-se o conceito de atividade perigosa para aquelas que, embora não envolvam diretamente a manutenção de sistemas elétricos de potência, sejam executadas em local muito próximo a eles, tais como os instaladores de linhas telefônicas e cabeamento de televisão em postes.

*É assegurado o adicional de periculosidade apenas aos empregados que trabalham em sistema elétrico de potência em condições de risco, ou que o façam com equipamentos e instalações elétricas similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica* (OJ 324 SBDI-1 do TST).

*É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência* (OJ 347, SBDI-1 do TST).

Além do contato com inflamáveis, explosivos, energia elétrica e radiações ionizantes, também são inegavelmente perigosas as atividades que envolvam proteção armada de patrimônio (vigilantes), suspensão do trabalhador a elevadas alturas (pintura ou limpeza de vidros em prédios) ou labor em áreas passíveis de desmoronamento, dentre outras. *Contudo, o percebimento do respectivo adicional dependerá de previsão no contrato individual de trabalho ou em instrumento de negociação coletiva.*

## Vigilante

Diferentemente do vigia (cuja função se limita a realizar a guarda de um patrimônio, observando e comunicando a autoridade policial sobre eventual dano ou invasão), o vigilante integra uma categoria profissional diferenciada, é regido pela *Lei n. 7.102/83* e será contratado para a execução de vigilância patrimonial de instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas, além de poder realizar transporte de valores (art. 15 c/c o art. 10). Em suma, tem o dever de enfrentar o perigo.

O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro no Departamento de Polícia Federal, sendo permitido o porte de revólver

calibre 32 ou 38 e o uso de cassetete de madeira ou borracha. Quando empenhados em transporte de valores, poderão utilizar também espingarda de calibre 12, 16 ou 20, de fabricação nacional.

### 5.2.1. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE (SALÁRIO-CONDIÇÃO)

O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de *30% sobre o seu salário contratual*, sem os acréscimos (salvo os eletricitários) resultantes de gratificação, prêmio ou participação nos lucros da empresa (CLT, art. 193, § 1º).

*O adicional de periculosidade incide 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* (Súmula 191 do TST).

Com o cancelamento do inciso II da Súmula 364 do TST, não mais se torna possível, por meio de acordo ou convenção, fixar adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco. Entretanto, se a atividade não estiver prevista na NR16 e o pagamento do adicional ocorrer por mera liberalidade da empresa, a referida flexibilização será permitida (inteligência da OJ 406, SBDI-1, do TST).

O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura também lhe seja devido, desde que mais vantajoso. Embora a jurisprudência dominante no TST entenda incabível o percebimento concomitante dos dois adicionais (insalubridade e periculosidade), corrente doutrinária vanguardista, bem fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, defende o respectivo cabimento em função do direito do empregado à efetiva "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" (CF, art. 7º, XXII) e do desestímulo em se tornar salubre um ambiente de produção (devido ao alto custo dos investimentos necessários) pelo simples fato de já se estar pagando o adicional de periculosidade ao trabalhador.

#### Jurisprudência correlata

Da mesma maneira que na insalubridade, as súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho resolveram grande parte das dúvidas a respeito do adicional de periculosidade, nos seguintes termos:

*Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade* (Súmula 39 do TST).

É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades *em edifício (construção vertical)*, seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção vertical (OJ 385, SDI-I 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, porque a Lei n. 7.369, de 20-9-1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento* (Súmula 361 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* (Súmula 364 do TST).

O adicional de periculosidade deve compor a base de cálculo do adicional noturno, já que também neste horário o trabalhador permanece sob as condições de risco (OJ 259, SDI-I do TST).

O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e horas extras (Súmula 132, inciso I, do TST).

## 5.3. ERGONOMIA

A ergonomia estabelece parâmetros que permitem a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar o máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente.

As condições de trabalho incluem aspectos relacionados ao levantamento, transporte e descarga de materiais; aos mobiliários; aos equipamentos e às condições ambientais, além da própria organização do labor.

As principais disposições relacionadas à ergonomia estarão disciplinadas na NR17.

### Prevenção da fadiga

O peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições relativas ao trabalho da mulher e do menor, será de *60 quilos* (CLT, art. 198). Entretanto, não deverá ser exigido nem admitido o transporte manual de cargas cujo peso seja suscetível de comprometer a saúde ou segurança do trabalhador. Poderão ser fixados limites diferentes no caso de remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, carros de mão ou qualquer outro aparelho mecânico.

Será obrigatória a colocação de assentos que assegurem postura correta aos trabalhadores, capazes de evitar posições incômodas ou forçadas, sempre que a execução da tarefa exija que se trabalhe sentado. Quando o trabalho deva ser executado de pé, os empregados terão à sua disposição assentos para serem utilizados nas pausas que o serviço permitir (CLT, art. 199, *caput* e parágrafo único).

## Quadro sinótico – Segurança e saúde no trabalho

| | |
|---|---|
| **Ambiente de trabalho seguro e saudável** | Garantia constitucional conferida a todo trabalhador (art. 7º, XXV)<br>Portaria n. 3.214/MTE — normas de segurança e medicina do trabalho<br>As normas devem ser observadas por<br>empresas<br>públicas<br>privadas<br>órgãos da Administração Pública<br>direta<br>indireta<br>Poder Legislativo/Judiciário |
| **1. Acidente de trabalho** | lesão corporal (sinistro)<br>+<br>doença profissional<br>+<br>art. 21, Lei n. 8.213/91<br>decorrentes do labor e geradoras de:<br>morte<br>perda ou<br>redução<br>da capacidade para o trabalho<br>empregado acidentado +<br>afastamento superior a 15 dias =<br>garantia de emprego de 12 meses *após* o retorno ao trabalho +<br>auxílio-doença acidentário (INSS) concedido durante o afastamento<br>não é garantido ao *doméstico* |
| **2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA)** | Visa prevenir acidentes e doenças decorrentes do trabalho<br>Obrigatória nas empresas com<br>20 empregados (qualquer ramo)<br>50 empregados (comércio varejista)<br>Composição paritária — representantes<br>dos empregadores (CLT, art. 164, § 1º) — designados<br>dos empregados (CLT, art. 164, §§ 2º e 3º) |

| | | |
|---|---|---|
| **2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA)** | eleitos<br>voto secreto<br>mandato 1 ano (uma reeleição)<br>garantia de emprego<br>— somente aos representantes dos *empregados*<br>— do registro da candidatura até 1 ano após o término do mandato<br>Presidente da CIPA — designado pelo empregador<br>Vice-Presidente — eleito pelos empregados<br>garantia de emprego | |
| **3. Equipamentos de proteção individual (EPI) — CLT, art. 166** | Fornecimento obrigatório e gratuito pelo empregador<br>Visa proteger o empregado dos riscos inerentes ao labor<br>em perfeito estado de<br>conservação e funcionamento<br>NR6 — listagem completa<br>dos EPIs das atividades que exigem o EPI<br>recusa de utilização pelo empregado = ato faltoso (CLT, art. 158, parágrafo único, II) | |
| **4. Controle Médico — PCMSO** | Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional | Elaboração imposta aos empregadores<br>NR 7 — rol de exames médicos obrigatórios<br>admissional<br>periódico<br>de retorno ao trabalho<br>de mudança de função<br>demissional<br>Material de primeiros socorros → obrigação do empregador (CLT, art. 168, § 4º) |
| **5. Prevenção de Riscos Ambientais** | NR 9 — exige o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais)<br>Finalidade = preservação da saúde e integridade do trabalhador<br>Riscos ambientais = Agentes no ambiente de trabalho<br>físicos (ruído, temperatura etc.)<br>químicos (gases, fumaça, poeira etc.) | |

| | | |
|---|---|---|
| **5. Prevenção de Riscos Ambientais** | | biológicos (fungos, vírus, bactérias etc.)<br>causadores de danos à saúde do trabalhador<br>Caracterização e classificação das atividades insalubres e perigosas<br>SESMT<br>médico<br>engenheiro<br>credenciados no MTE<br>O empregador e o sindicato podem requerer perícia no estabelecimento — CLT, art. 195, § 1º |
| | A) Atividades insalubres | são aquelas que geram risco *à saúde* do empregado<br>critérios da insalubridade — RN15<br>adicional de<br>10% — mínimo<br>20% — médio<br>40% — máximo<br>CLT, art. 192<br>base de cálculo = sal. mínimo até nova lei ou neg. coletiva específica (Súm. Vinculante 4/STF) |
| | Jurisprudência correlata | — OJ 4, I, SBDI-1/TST<br>— Súm. 139/TST<br>— Súm. 248/TST<br>— OJ 103, SBDI-1/TST<br>— Súm. 47/TST<br>— Súm. 80/TST<br>— Súm. 289/TST<br>— OJ 4, II, SBDI-1/TST<br>— OJ 173, SBDI-1/TST |
| | B) Atividades perigosas | geram risco *à vida* do empregado<br>critérios da periculosidade — NR16<br>adicional de 30% sobre o salário contratual (CLT, art. 193, § 1º)<br>não pode ser cumulado com o adicional de insalubridade<br>prevalecerá o mais benéfico ao empregado |

| | | |
|---|---|---|
| **5. Prevenção de Riscos Ambientais** | Jurisprudência correlata | — Súm. 39/TST<br>— Súm. 132, I/TST<br>— Súm. 191/TST<br>— Súm. 361/TST<br>— Súm. 364, I e II/TST<br>— OJ 324/TST<br>— OJ 345/TST |
| | C) Ergonomia — NR 17 | Visa proporcionar ao empregado:<br>conforto<br>segurança<br>desempenho eficiente |
| | Prevenção da fadiga | Peso máximo para remoção individual<br>regra: 60 quilos — CLT, art. 198<br>fixação de limite ≠ é admitida<br>exceção<br>mulher — contínuo — 20 quilos<br>— ocasional — 25 quilos<br>CLT, art. 390<br>menor |

# Capítulo XV
# TRABALHO DA MULHER

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha igualado as mulheres aos homens em direitos e obrigações (CF, art. 5º, I), pelo histórico de exploração e discriminação registrado ao longo de décadas, foi introduzido um comando constitucional próprio de proteção ao mercado de trabalho da mulher (CF, art. 7º, XX), executado mediante incentivos específicos e tratado em um capítulo autônomo na CLT.

## 1 POLÍTICA ANTIDISCRIMINATÓRIA TRABALHISTA

No início dos debates legislativos, a inclusão do art. 373-A no texto da CLT tinha apenas o intuito de proteger o mercado de trabalho da mulher, razão pela qual o dispositivo legal está justamente inserido dentro do capítulo correspondente. Contudo, o crescente abuso do poder diretivo alterou significativamente a sua redação final, transformando-o em um de nossos mais importantes instrumentos de política antidiscriminatória trabalhista (ao lado da Lei n. 9.029/95), em repúdio a qualquer marginalização do trabalhador em razão de sexo, idade, cor, situação familiar, estado de gravidez e, interpretando-se extensivamente, origem, etnia, estado civil, religião ou outro motivo distintivo.

Assim, segundo o art. 373-A da CLT (acrescentado pela Lei n. 9.799/99), fica vedado:

I — publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, *salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir*;

II — recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, *salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível*;

III — considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional;

IV — *exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para*

*comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;*

• Constitui crime tipificado no art. 2º da Lei n. 9.029/95, inclusive na demissão do empregado.

V — impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI — *proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias*.

Cabe salientar que, no tocante a essa última proibição, embora o texto ofereça apenas proteção às mulheres ("empregadas ou funcionárias"), que não podem sofrer revistas íntimas (com violação de intimidade) nem mesmo por pessoas do próprio sexo feminino, uma interpretação constitucional (baseada no princípio da isonomia) inclui os homens nessa garantia.

## 1.1. PREVENÇÃO DA FADIGA

Na forma do art. 390 da CLT, é proibido exigir da mulher serviço que demande o emprego de força muscular superior a *20 (vinte) quilos* para o trabalho contínuo e *25 (vinte e cinco) quilos* para o trabalho ocasional (salvo remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou qualquer aparelho mecânico).

## 1.2. INTERVALO ESPECIAL ANTES DA SOBREJORNADA

Embora não exista equivalente para o homem, o *art. 384 da CLT* reza que, em caso de prorrogação da jornada regular de trabalho da mulher, será obrigatório um descanso de *quinze minutos* antes do início do período extraordinário, o que foi admitido como perfeitamente constitucional pelo Tribunal Superior do Trabalho (RR154000-83.2005.5.12.0046, 7ª Turma, Rel. Min. Caputo Bastos, DEJT 4-5-2009), em função da *dupla missão*, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora.

# 2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*,

da ADCT ). Trata-se de uma garantia de emprego (também chamada de estabilidade provisória) que visa proteger a maternidade.

Pelas mesmas razões, a empregada gestante terá ainda direito a uma licença (denominada licença-maternidade) de *120 (cento e vinte) dias*, sem prejuízo do emprego e do salário (CF, art. 7º, XVIII, e CLT, art. 392).

Durante o aludido período, a trabalhadora ficará afastada do serviço e receberá um benefício previdenciário (portanto, sem natureza salarial) intitulado "salário-maternidade" (equivalente ao salário integral da empregada: R$ 5.000,00 mensais, p. ex.), sendo, no caso da doméstica e da avulsa, pago diretamente pelo INSS e, nas demais hipóteses, pelo empregador, que realizará a compensação do respectivo valor (Lei n. 8.213/91, art. 72, § 1º) com seus débitos perante o órgão de previdência social. Aliás, o salário-maternidade será devido mesmo que a trabalhadora não esteja mais empregada, desde que permaneça na condição de segurada previdenciária (período de graça), e será recebido pelo cônjuge ou herdeiros, no caso de falecimento durante o parto.

A gestante deverá notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que pode acontecer entre o *28º (vigésimo oitavo)* dia antes do parto e a ocorrência deste (CLT, art. 392).

Os períodos de repouso, *antes e depois do parto*, poderão ser aumentados em duas semanas cada um, mediante *atestado médico* (CLT, art. 392, § 2º).

Não há que se confundir, contudo, a garantia de emprego (estabilidade gestante) com a garantia de afastamento remunerado (licença-maternidade). Na verdade esta estará inserida no período relativo àquela:




Também será garantida à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo

dos demais direitos:

**a)** transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

**b)** dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para realização de*, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares*.

Para amamentar o filho, até que este complete *6 (seis) meses* de idade, a mulher terá direito a *dois* descansos especiais (computados na jornada de trabalho), de *meia hora cada um* (podendo ser estendido por período superior, se assim exigir a saúde da criança, através de autorização do Ministério do Trabalho).

Os estabelecimentos em que trabalharem, pelo menos, *30 (trinta)* mulheres com mais de 16 anos de idade, terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período de amamentação (CLT, art. 389, § 1º). Poderá, contudo, ser suprida a referida exigência havendo creches mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário ou a cargo do SESI, SESC, LBA ou de entidades sindicais.

O local destinado à guarda dos filhos das funcionárias, durante o período de amamentação, deverá possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Mediante orientação médica, à empregada grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação (CLT, art. 394).

## Aborto

Dispõe o art. 395 da CLT que “em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá repouso remunerado de *2 (duas) semanas*, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento”.

Fica claro o objetivo do legislador em tutelar a recuperação física e psíquica da funcionária que teve a gestação interrompida, mas há controvérsia em relação ao que a medicina considera aborto e o que admite como parto de natimorto.

Segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, existindo necessidade

de intervenção médica (cesariana ou induzimento por substâncias químicas, ressalvando apenas a curetagem) para a extração do feto sem vida do ventre materno, teremos a hipótese de parto e, por assim dizer, a licença-maternidade de *cento e vinte dias* destinada à recuperação física (em razão das modificações sofridas pelo corpo e o próprio traumatismo causado pela cirurgia em si) e psíquica da empregada. Caso contrário, diante de um aborto espontâneo (expulsão do embrião por regular processo fisiológico) ou curetagem, teremos o repouso remunerado da funcionária por apenas *duas semanas*.

A Instrução Normativa INSS/PRES n. 20/07 é mais pragmática e assim disciplina:

"Art. 236. O salário-maternidade é devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa, à empregada doméstica, à contribuinte individual, à facultativa e à segurada especial, durante 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 (noventa e um) dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto.

(...)

§ 4º Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto".

Entretanto, malgrado se reconheça um descanso especial remunerado à empregada gestante na hipótese de aborto espontâneo, é pacífico na jurisprudência o não reconhecimento de qualquer tipo de estabilidade subsequente, o que permitiria um *duplo desgosto* (perda da criança e do emprego) caso exista um mal-estar na relação trabalhista por conta de uma gravidez indesejada pela empresa.

## 3 ADOÇÃO OU GUARDA JUDICIAL PARA ADOÇÃO

Com o advento da *Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002*, que introduziu o *art. 392-A* na CLT, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção poderá usufruir de uma licença-maternidade especial de *120 (cento e vinte) dias*. O referido texto legal estabelecia em seus parágrafos as durações de: **a)** cento e vinte dias, no caso de criança de até 1 ano de idade; **b)** sessenta dias, no caso de criança a partir de 1 ano até 4 anos de idade; e **c)** trinta dias, no caso de criança a partir de 4 até 8 anos de

idade, mas foram revogados pela Lei n. 12.010/2009, *tornando único o prazo de licença*.

## 4 PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ

O Programa Empresa Cidadã foi criado pela Lei n. *11.770/2008* e destina-se a *prorrogar por 60 (sessenta) dias* a duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e, na mesma proporção, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na forma do art. 392-A da CLT.

A prorrogação será garantida à empregada pela pessoa jurídica que aderir ao programa, desde que seja requerida *até o final do primeiro mês após o parto*. A concessão se fará imediatamente após a fruição do regular período de licença-maternidade.

A nova lei criou um período adicional de sessenta dias de licença sem necessidade de recomendação médica (exigida pelo art. 392, § 2º, da CLT, aumento de até duas semanas), e autoriza concluir que, no caso da gestante, o referido acréscimo dependerá do nascimento da criança com vida.

Durante o aludido período complementar, a empregada receberá do empregador sua remuneração integral, não devendo exercer qualquer atividade remunerada, de modo que a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar (pois em caso de descumprimento, imediatamente perderá o direito).

As pessoas jurídicas tributadas com base no *lucro real* poderão reduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral paga à empregada pago pelos sessenta dias de prorrogação da licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional (art. 5º).

## 5 MÃE SOCIAL

Desconhecida por muitos e criada pela *Lei n. 7.644/87* (no governo José Sarney), considera-se mãe social aquela que, dedicando-se à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em nível social, dentro do sistema de casas-lares. Trata-se da profissionalização da função de mãe.

*Casas-lares* (instituições sem finalidade lucrativa ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado) são unidades residenciais abrigando

até *dez* menores, visando propiciar condições familiares ideais ao seu desenvolvimento e sua reintegração social.

As casas-lares serão isoladas, formando, quando agrupadas, uma aldeia assistencial ou vila de menores.

Para os efeitos dos benefícios previdenciários, os menores residentes nas casas-lares são considerados dependentes da mãe social a que foram confiados pela instituição empregadora.

Dentre as condições para se admitir uma mãe social (que possui os mesmos direitos trabalhistas que qualquer trabalhadora urbana, com exceção da jornada extraordinária, posto que deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados) estão a idade mínima de *vinte e cinco anos*, o *ensino fundamental completo* e a *aprovação em treinamento e estágio específicos*.

São atribuições da mãe social (art. 4º):

I — propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados;

II — administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes;

III — dedicar-se, *com exclusividade*, aos menores e à casa-lar que lhes forem confiados.

Caberá à administração de cada aldeia assistencial providenciar a colocação de menores no mercado de trabalho, como estagiários, aprendizes ou como empregados, em estabelecimentos públicos ou privados. As retribuições percebidas pelos menores serão assim distribuídas e destinadas (art. 12, parágrafo único):

I — até *40% para a casa-lar* a que estiverem vinculados, revertidos no custeio de despesas com manutenção do próprio menor;

II — *40% para o menor* destinados a despesas pessoais;

III — até *30% para depósito em caderneta de poupança* ou equivalente, em nome do menor, com assistência da instituição mantenedora, e que poderá ser levantado pelo menor a partir dos 18 anos de idade.

Extinto o contrato de trabalho, a mãe social deverá retirar-se da casa-lar que ocupava, cabendo à entidade empregadora providenciar a imediata substituição.

## Quadro sinótico — Trabalho da mulher

| | | |
|---|---|---|
| **Proteção especial** | CF/88, art. 7º, XX | |
| **1. Política antidiscriminatória trabalhista — CLT, art. 373-A** | Discriminação de | Sexo, idade, cor, situação familiar ou gravidez |
| **2. Horas extras — CLT, art. 384** | A mulher faz jus a 15 min. de descanso antes de iniciar as horas extraordinárias | |
| **3. Proteção à maternidade — CF/88, art. 7º, XVIII (CLT, arts. 392 e s.)** | Licença-maternidade de 120 dias +<br>garantia no emprego (desde a confirmação da gravidez até 1 ano após o parto) +<br>salário integral pago pelo empregador (regra) ou pelo INSS (doméstica e avulsa)<br>Afastamento a partir do 28º dia antes do parto<br>2 descansos especiais durante a jornada, de meia hora cada um, durante a amamentação<br>Direitos: transferência de função + 6 consultas médicas ou exames complementares | |
| **3. Proteção à maternidade — CF/88, art. 7º, XVIII (CLT, arts. 392 e s.)** | *Aborto – CLT, art. 395*<br>*2 hipóteses:*<br>1) *aborto espontâneo* (não criminoso): repouso remunerado de 2 semanas<br>garantia de retorno à mesma função<br>2) *intervenção médica* (extração do feto):<br>licença-maternidade de 120 dias<br>*Adoção ou guarda judicial para adoção (CLT, art. 392-A)*<br>Licença-maternidade à adotante de 120 dias | |
| **4. Programa Empresa Cidadã — Lei n. 11.770/2008** | Visa prorrogar por 60 dias a duração da licença- -maternidade<br>Aplica-se também à empregada adotante (CLT, art. 392-A) A remuneração será paga pelo empregador filiado e deve ser requerida até o final do 1º mês após o parto | |

# Capítulo XVI
# TRABALHO DO MENOR

Semelhantemente ao ocorrido com as mulheres, os menores também foram historicamente explorados e discriminados nas relações de trabalho, com sacrifício da infância e da formação educacional em troca de baixíssimos salários, fazendo por merecer um capítulo tutelar autônomo na CLT.

## 1 DEFINIÇÃO

Considera-se menor, para efeitos laborativos, o trabalhador com idade inferior a 18 anos.

## 2 PRINCIPAIS PROIBIÇÕES

Em respeito à *Convenção n. 138 da OIT* (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 179/99 e vigente no território nacional pelo Decreto n. 4.134/2002), que estabelece como idade mínima para o trabalho a mesma de conclusão da escolaridade obrigatória, nunca inferior a 15 anos, a Emenda Constitucional n. 20/98 deu nova redação ao *art. 7º, XXXIII, da CF*, tornando proibido aos menores de *18 anos* o trabalho *noturno, perigoso ou insalubre*, e *qualquer trabalho* aos menores de *16 anos*, salvo na condição de *aprendiz*, *a partir de 14*.

Aos menores, em geral, também é vedado o trabalho em locais ou serviços prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola (CLT, art. 403, parágrafo único). São considerados serviços prejudiciais à moralidade do menor os prestados em casas noturnas (boates, cabarés etc.), em empresas circenses (na função de acrobata, ginasta etc.), na venda a varejo de bebidas alcoólicas, dentre outros.

O trabalho exercido nas ruas e praças dependerá de prévia autorização da autoridade judiciária à qual caberá verificar se: **a)** o trabalho tem finalidade educativa; **b)** se a ocupação é indispensável à subsistência do menor ou à de

seus parentes e **c)** se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à formação moral da criança.

## Trabalho educativo

Dispõe o art. 68, § 1º, da Lei n. 8.069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

"Art. 68. (...)

§ 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo".

Ao mesmo tempo que milhares de crianças e adolescentes com idade inferior a dezesseis anos vêm sendo objeto das mais cruéis formas de exploração, principalmente na zona rural (objeto da *Convenção n. 182 da OIT*, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178/99 e vigente no território nacional pelo Decreto n. 3.597/2000), encontramos uma realidade muito diferente no meio artístico, onde crianças e adolescentes vêm se tornando principal atração em novelas e programas de entretenimento, a maioria deles diários.

Não se questiona, aqui, a brutal diferença entre os maus-tratos e os ínfimos salários experimentados na exploração de trabalho infantil com a valorização pessoal e a recompensante remuneração recebida pelos astros mirins. O que se questiona é justamente qual é o alicerce jurídico que a sociedade sustenta para admitir a aludida prática. Até porque, se tal fundamento não existir, estaremos diante de uma cotidiana prevaricação dos órgãos de fiscalização do trabalho e desídia do próprio Ministério Público (diante do comando imperativo emergente do art. 7º, XXXIII, da CF).

Estabelece o ECA que compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, *mediante alvará*, a participação de criança e adolescente em: **a)** espetáculos públicos e seus ensaios; **b)** certames de beleza (art. 149, II). E, ainda, que o Juízo deverá fundamentar caso a caso (vedada a determinação de caráter geral) e levar em conta, dentre outros fatores: **1)** os princípios que regem a proteção do menor; **2)** as peculiaridades locais; **3)** a existência de instalações adequadas; **4)** o tipo de frequência habitual ao local; **5)** a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; **6)** a natureza do espetáculo.

Assim, nos casos concretos envolvendo menores de 16 (dezesseis) anos

(não aprendizes), a jurisprudência vem se consolidando no sentido de validar os contratos de trabalho envolvendo atores, modelos e atletas mirins e declarar nulos os demais. De qualquer forma, *apesar da cessação imediata da prestação dos serviços*, todos os efeitos trabalhistas serão gerados, seja em função da natureza tutelar da proibição; do trato sucessivo que caracteriza o vínculo empregatício, impossibilitando a restituição das partes ao *status quo ante* (devolução da força de trabalho despendida) ou mesmo da vedação ao enriquecimento sem causa do tomador dos serviços.

## 3 GARANTIA DE ENSINO

O empregador que admitir menores será obrigado a conceder-lhes o tempo que for necessário para a frequência às aulas (CLT, art. 427).

Os estabelecimentos situados em lugar onde a escola estiver a uma distância *maior de 2 (dois) quilômetros*, e que empregarem, permanentemente, *mais de 30 (trinta)* menores analfabetos, de 14 a 18 anos, serão obrigados a manter local apropriado onde lhes seja ministrada a *instrução primária*.

## 4 APRENDIZAGEM

Contrato de aprendizagem é o contrato especial, ajustado por *escrito* e por *prazo determinado de até 2 (dois) anos*, em que o empregador se compromete a assegurar ao *maior de 14 e menor de 24 anos* (salvo no caso de portadores de deficiência, para os quais não existe limitação de prazo ou idade), inscrito em programa de aprendizagem, *formação técnico-profissional metódica*, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (CLT, art. 428).

Em inteligência ao aludido artigo de lei, temos que não somente um menor, mas também um maior de 18 até 24 anos poderá ser contratado na condição de aprendiz.

Assim, aos menores de 14 anos será proibida qualquer forma de trabalho; os maiores de 14 e menores de 16 anos apenas poderão ser aprendizes em atividades que não sejam noturnas, insalubres ou perigosas; os maiores de 16 e menores de 18 anos poderão ser aprendizes ou

empregados em atividades que não sejam noturnas, insalubres ou perigosas; os maiores de 18 e até 24 anos podem ser contratados como aprendizes ou empregados comuns, não havendo qualquer restrição quanto ao tipo de trabalho; e, a partir dos 24 anos, o contrato de aprendizagem já não mais poderá ser celebrado.

menores de 14 anos => proibida qualquer forma de trabalho
maiores de 14 e menores de 16 anos => apenas aprendizes
em atividades que não sejam noturnas, insalubres ou perigosas
maiores de 16 e menores de 18 anos => aprendizes ou empregados em atividades que não sejam noturnas, insalubres ou perigosas
maiores de 18 e até 24 anos => aprendizes ou empregados em qualquer atividade
a partir de 24 anos => apenas empregados em qualquer atividade

A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação em CTPS, matrícula e frequência do aprendiz à escola (caso não haja concluído o ensino fundamental), além de *inscrição em programa de aprendizagem* desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (SENAI, SENAC, SENAR etc.).

Os estabelecimentos de qualquer natureza (salvo se sem finalidade lucrativa e com objetivo de educação profissional) são obrigados a empregar e matricular, nos cursos dos serviços nacionais de aprendizagem, número de aprendizes equivalente a *5%, no mínimo, e 15%, no máximo*, dos trabalhadores existentes cujas *funções demandem formação profissional* (CLT, art. 429).

As frações de unidade, no cálculo da porcentagem, darão lugar à admissão de um aprendiz.

Na hipótese de os serviços nacionais de aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, esta poderá ser suprida por outras entidades qualificadas, como as *escolas técnicas de educação* e as *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.

A formação técnico-profissional caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, serão garantidos o salário mínimo hora e uma *alíquota de 2% referente aos depósitos na conta*

*FGTS*.

A duração do trabalho do aprendiz não excederá de *seis horas diárias* (podendo ser elevada até oito diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica), sendo *vedadas a prorrogação e a compensação de jornada*.

O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 anos, ou, ainda, antecipadamente no caso de: **a)** desempenho insuficiente ou inadaptação; **b)** falta disciplinar grave; **c)** ausência injustificada à escola que implique a perda do ano letivo ou **d)** a pedido.

*Não se aplica o disposto nos arts. 479 e 480 da CLT às hipóteses de extinção do contrato do aprendiz.*

## 5 DURAÇÃO DO TRABALHO

A duração do trabalho do menor *que não seja contratado como aprendiz* será a mesma do empregado comum, ou seja, *oito horas diárias* e *quarenta e quatro semanais* (CLT, art. 411). Quando o menor for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão *totalizadas* (CLT, art. 414).

É proibido *prorrogar* a duração normal *diária* (jornada) do trabalho do menor, salvo (CLT, art. 413):

**a)** até mais *2 (duas) horas*, mediante acordo ou convenção coletiva, *desde que devidamente compensadas na semana*;

**b)** excepcionalmente, *por motivo de força maior*, até o máximo de *12 (doze) horas*, desde que o trabalho do menor seja *imprescindível* ao funcionamento do estabelecimento.

Em ambos os casos citados, será obrigatório também um descanso de *15 (quinze) minutos* antes do início do período extraordinário de trabalho.

Vale ressaltar, contudo, que embora a prorrogação da duração normal diária (sobrejornada) do trabalho do menor seja vedada (com exceção das hipóteses elencadas), a exigência de horas extras em dias em que o labor não tenha sido inicialmente previsto é permitida, desde que respeitado o descanso semanal remunerado.

## 6 PREVENÇÃO DA FADIGA

Na forma do art. 405, § 5º c/c o art. 390 da CLT, o menor não poderá empregar força muscular superior a *20 (vinte) quilos* no trabalho contínuo e *25 (vinte e cinco) quilos* no trabalho ocasional (salvo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou qualquer aparelho mecânico).

## 7 ASSISTÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS

Embora a jurisprudência trabalhista atual demonstre significativa tolerância, a legislação civil exige que o menor esteja representado (idade inferior a 16 anos) ou assistido por seus pais no momento da celebração de um contrato de trabalho.

O responsável legal poderá, inclusive, pleitear a extinção do vínculo empregatício quando os serviços possam acarretar prejuízos de ordem física ou moral ao menor.

Contudo, será lícito ao próprio menor (sem qualquer representação ou assistência) firmar recibo *pelo pagamento de seus salários*.

No entanto, ausentes os responsáveis legais na rescisão contratual, fica o menor *vedado de dar quitação* ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida (CLT, art. 439).

## 8 PRESCRIÇÃO

*Contra os menores não corre nenhum prazo de prescrição* (CLT, art. 440), ou seja, nunca estará prescrito um direito trabalhista reclamado até o dia em que o trabalhador completar *20 anos de idade* (e a prescrição quinquenal será contada a partir de seu aniversário de 18 anos).

Vale destacar, entretanto, que, no caso de sucessão hereditária, o menor não estará figurando como empregado, e sim como herdeiro de um crédito trabalhista, razão pela qual a jurisprudência do TST vem afastando a causa impeditiva do prazo prescricional, sob fundamento de que *quem exerce o direito do empregado falecido será sempre o inventariante*.

# Quadro sinótico – Trabalho do menor

| | | | |
|---|---|---|---|
| **1. Principais proibições** | — trabalho (menor de 18 anos) | noturno<br>perigoso<br>insalubre | |
| | — trabalho (menor de 18 anos) | serviços prejudiciais ao desenvolvimento | físico<br>psíquico<br>moral<br>social |
| | | em horários / locais incompatíveis com o escolar | |
| | — qualquer espécie de trabalho | ao menor de 16 anos<br>exceção: aprendiz, a partir dos 14 anos | |
| **2. Garantia de ensino — CLT, art. 427** | Empregador de menor | dever de conceder tempo para frequência às aulas | |
| **3. Aprendizagem — CLT, arts. 428 e s.** | — contrato especial | por escrito<br>por prazo determinado | |
| | — maior de 14 até 24 anos (exceção: deficiente, sem limite de idade)<br>— estudo + formação técnico-profissional (SENAI, SENAC, SENAR) | | |
| **3. Aprendizagem — CLT, arts. 428 e s.** | — n. de aprendizes na empresa | 5% (mínimo)<br>15% (máximo) | |
| | jornada = 6 horas diárias | sem<br>prorrogação<br>compensação | |
| | direitos | salário mínimo hora<br>FGTS (2%) | |
| | extinção do contrato | termo; perda do ano letivo;<br>falta grave; ineficiência;<br>a pedido; 24 anos completos | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **4. Horas extras — arts. 411 e s.** | — duração do trabalho do menor não aprendiz (CLT, art. 411) | 8h (diárias)<br>44h (semanais) | |
| | — prorrogação da jornada | + 2 horas diárias | acordo ou convenção coletiva, mediante compensação na semana. |
| | | 12h diárias | força maior<br>trabalho *essencial* ao funcionamento da empresa |
| | — antes da prorrogação = | descanso de 15 minutos | |
| **5. Fadiga — CLT, art. 405, § 5º c/c 390** | que exija força muscular superior a: | 20 quilos – contínuo<br>25 quilos – ocasional | |
| **6. Assistência dos responsáveis — CLT, art. 439** | — menor empregado aprendiz: | celebração do contrato = menor | representado (idade inferior a 16 anos)<br>assistido (idade superior a 16 anos) |
| **6. Assistência dos responsáveis — CLT, art. 439** | — menor empregado aprendiz: | firmar recibo de pagamento de salário = | menor *sozinho* |
| | | rescisão contratual = recibo de quitação de indenização = menor | representado (idade inferior a 16 anos)<br>assistido (idade superior a 16 anos) |
| **7. Prescrição — CLT, art. 440** | — não corre prescrição contra o menor<br>— somente a partir dos 18 anos completos | | |

# Títulos já lançados

**Volume 1 — Direito Civil** — Parte Geral
**Volume 2 — Direito Civil** — Direito de Família
**Volume 3 — Direito Civil** — Direito das Coisas
**Volume 4 — Direito Civil** — Direito das Sucessões
**Volume 5 — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Geral
**Volume 6, tomo I — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Especial
**Volume 6, tomo II — Direito Civil** — Responsabilidade Civil
**Volume 7 — Direito Penal** — Parte Geral
**Volume 8 — Direito Penal** — Dos crimes contra a pessoa
**Volume 9 — Direito Penal** — Dos crimes contra o patrimônio
**Volume 10 — Direito Penal** — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
**Volume 11 — Processo Civil** — Teoria geral do processo e processo de conhecimento
**Volume 12 — Processo Civil** — Processo de execução e cautelar
**Volume 13 — Processo Civil** — Procedimentos especiais
**Volume 14 — Processo Penal** — Parte Geral
**Volume 15, tomo I — Processo Penal** — Procedimentos, nulidades e recursos
**Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais** — estaduais e federais
**Volume 16 — Direito Tributário**
**Volume 17 — Direito Constitucional** — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
**Volume 18 — Direito Constitucional** — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
**Volume 19 — Direito Administrativo** — Parte I
**Volume 20 — Direito Administrativo** — Parte II
**Volume 21 — Direito Comercial** — Direito de empresa e sociedades empresárias
**Volume 22 — Direito Comercial** — Títulos de crédito e contratos

mercantis

**Volume 23 — Direito Falimentar**

**Volume 24 — Legislação Penal Especial** — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

**Volume 25 — Direito Previdenciário**

**Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos**

**Volume 27 — Direito do Trabalho** — Teoria geral a segurança e saúde

**Volume 28 — Direito do Trabalho** — Duração do trabalho a direito de greve

**Volume 29 — Direito Eleitoral**

**Volume 30 — Direitos Humanos**

**Volume 31 — Processo do Trabalho** — Justiça do Trabalho e dissídios trabalhistas

**Volume 32 — Processo do Trabalho** — Recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares

**Volume 33 — Direito Internacional** — Público, privado e comercial