

Direito do Trabalho I

danielamuradas@gmail.com

Assistimos ao filme *Germainau*.

20/08/13

História do Direito do Trabalho

O que cria o direito do trabalho é justamente a consciência de classe, que os abusos que aconteciam não eram pontuais, mas abarcavam todo um grupo.

A atuação sindical não era a mesma. Havia o anarcosindicalismo que propunha queimar tudo e construir algo diferente do modelo vigente. Havia o socialismo que propunha a universalização da questão e uma revolução.

Manifesto Comunista (1878?). Socialismo científico. União dos trabalhadores de todo mundo para uma revolução operária.

Surgiram várias associações internacionais. Problema das divergências internas, em alguns países mudanças já haviam sido feitas, como na Alemanha. Há, então, descrença, dentro do próprio movimento operário, da necessidade de uma revolução, do "dois passos para trás para dar um para frente". Mudança do modelo revolucionário pelo reformador. Em vez da revolução, prega-se uma reforma do modelo de produção.

A Igreja, afóra as encíclicas que pregavam o amor cristão no trabalho, pregava uma linha reformista para unificar suas bases, uma vez que a Igreja repudiava o socialismo por ele ser ateu. A Igreja se posiciona de forma moderada, entre o Estado Liberal clássico e o modelo socialista. Propõe reforma do Estado, mas não a revolução.

A alta taxa de desocupação dos trabalhadores adultos criava caos social, como mostrado no *Germainau*. Corrupção dos costumes de época. Isso também impulsionou a Igreja, já que ela propunha sua ética cristã (mas, se você tira as condições das pessoas de viver, não há como segui-la).

Além disso, os próprios países capitalistas começaram a reclamar condições mínimas de trabalho dos outros competidores. As diferenças nos níveis de industrialização e de organização das unidades sindicais criavam disparidades competitivas. Os primeiros clamores vieram dos industriais.

Melhoria das condições sociais e manutenção do modelo capitalista: Direito do Trabalho o é, ao mesmo tempo, progressista e conservador.

Dentro dessa origem paradoxal, o Direito do Trabalho começa a se firmar. As organizações passam a ser toleradas até se tornarem direito. Direito do Trabalho vem de "baixo" para "cima". Nasce das ruas, da sociedade civil, até alcançar o Estado.

Esse modelo se consolida, principalmente, no período da 1ª GM, primeiro porque a paz

social era considerada central para a paz mundial, e também porque nesse momento acontece a Revolução Russa. Imagine a perplexidade dos outros países capitalistas ao perceberem que a Revolução ocorreu em um país de trabalhadores incultos, rurais. O que não poderia ocorrer na Alemanha? Esse medo é determinante para a criação de um estado interventor. Pensam: se não fizermos nada a revolução pode acontecer aqui também. Aí o Direito do Trabalho se consolida.

Vem, então, a crise e o *New Deal* keynesiano. Entende-se que, garantindo a renda dos trabalhadores, aquece-se a economia. Ciclo virtuoso: trabalho gera renda e renda gera trabalho. Inserção do trabalhador no mercado de consumo.

Trabalho passa a ser centro do modelo político-econômico vigente. Daí o trabalho vai ganhando importância e força até ser considerado direito fundamental.

1919, Constituição de Weimar, reconhece o trabalho como direito. Constitucionalismo passa a dar valor ao trabalho.

A CRFB garante direitos até ao trabalhador rural, historicamente excluído.

Época de ouro do direito do trabalho: Estado de bem estar social. Algumas condições mínimas passam a ser direitos constitucionais, garantias. Estado além de interventor, o estado passa a garantir o funcionamento das organizações trabalhistas.

Crise do Estado de Bem-Estar Social: relativização da centralidade do trabalho para o modelo político-econômico. Antes, era essa centralidade que dava ao trabalho importância política.

Fatores econômicos:

1) Crise do petróleo - OPEP: inflação, recessão econômica, dívida interna, dívida externa.

Processo inflacionário endêmico, estrutural e global que corrói a renda. Ao mesmo tempo, os países entram em recessão, diminuição da produção. Num quadro recessivo, há muitos desocupados e esses estados que garantiam previdência, etc, passam a se endividar. Alguns, inclusive, agigantaram sua dívida (dívida externa).

2) Reestruturação produtiva:

Além desse empobrecimento dos estados, eles passam por um período de reestruturação produtiva, aplicação do modelo japonês (toyotismo).

O modelo fordista-taylorista pressupunha desejos. Se meu vizinho tem, também quero. Produção em larga escala, concentração de etapas (fabricava-se todos os componentes e depois se montava o produto). Especialização do trabalho, buscando eficiência. Chefe orientava, trabalhador era controlado, eu mando, você obedece. Estoques de componentes e produtos finais.

Esse modelo clássico foi observado pelos japoneses, que o modificaram. Os japoneses c

riaram o modelo toyotista do *just-in-time*, que cria/fabrica para o momento do consumo, sem estoques. Produção flexível. Não há desejo pressuposto, há fabricação para satisfazer o consumo.

Devido ao modelo capitalista japonês, de substituição do poderio militar pelo econômico, as famílias, antes samurais, passaram a obter o poderio econômico. Dentro de uma família havia produção em cadeia, várias empresas parceiras. Não há concentração de etapas. Dentro dessas empresas altamente especializadas, o trabalho passa a ser flexível. Não será aplicado ao trabalhador aquele modelo clássico fordista de especialização. Também havia um modelo de esteira, mas o chefe ajudava aquele que caía de produção. Polivalência do hierarquicamente superior (hiperalienação, não faz nada direito, é o pato). Controle de qualidade, controles difusos, todo mundo controla a produção, para além dos controles hierárquicos. Também criou a terceirização, contratação de empresas para alocar pessoas dentro da minha fábrica. Além dos trabalhadores estarem pulverizados, alienados, há pulverização dos empregadores, mais de um no mesmo espaço, o que leva a fragmentação dos sindicatos, que não conseguem mais representar a todos. Com esse enfraquecimento, os sindicatos não conseguem manter o mínimo de condições de trabalho em caso de crises.

Concorrência com a automação.

3) Mundialização da economia:

Revolução tecnológica. A criação da micro informática, o crescimento das telecomunicações fez o processo produtivo se modificar. As empresas passaram a se organizar, do ponto de vista espacial, de forma que o centro de comando e o centro de produção sejam em locais diferentes. As empresas passam a procurar locais para produzir que tenham leis trabalhistas mais fracas. Transnacionalização das empresas.

Isso é negado por alguns doutrinadores que dizem que as empresas tendem a se instalar perto do consumo. Mas, hoje, os preços dos produtos tem referenciamento global.

Além disso, a cada máquina incorporada, de 5 trabalhadores, 4 perdem o emprego.

Dumping social: se valer das baixas condições de trabalho ou sociais para obter vantagem econômica, vantagem no mercado.

A transnacionalização e o *dumping* social dificultaram a regulação do Estado e a capacidade de resistir dos trabalhadores. Ex.: quando os sindicalistas paulistas fizeram uma grande greve contra a Ford, o que ela fez? Beijou galera, foi indo pra Argentina. O governo teve que interferir, dando isenções fiscais e a greve teve que regredir.

Competição do mal entre os Estados: para atrair empresas, deve-se pagar menos direitos trabalhistas.

Salário é mecanismo de acesso a outros direitos fundamentais, como a educação, a saúde, etc. Essa organização do trabalho hoje impacta em vários aspectos da pessoa humana.

na.

22/08/13

4) Ampliação do capital especulativo: percebe-se que é possível ganhar dinheiro independentemente da economia real. Geração de riqueza (acumulação) independe da situação do trabalho. Nova desestimulação da produção. Relativização do capital produtivo: a alta taxa de desocupação (desemprego) não influencia tanto assim na capacidade de geração de lucro, acumulação de riquezas. Capitalismo se reinventa.

Transforma-se o mercado de trabalho, valoriza-se o trabalhador relacionado a tecnologia da informação.

O Direito do Trabalho foi pensado para o capitalismo clássico. Há estranhamento desse ramo do direito com o novo capitalismo.

Fatores políticos

Forma com que os países enfrentaram a crise econômica.

1) Neoliberalismo: busca, na reforma do Estado e das instituições políticas, uma forma de reduzir o custo do Estado através da redução dos custos sociais. Estado mínimo. Contrarreforma do estado de bem estar social. Estado mais flexível, incorpora elementos da eficiência.

2) Crise do Socialismo Real: emblematicamente representada pela queda do muro de Berlim. Essa crise é, porém, anterior. A falta de contraponto político real permite a expansão do ideal neoliberal. Cria-se a sensação de que o neoliberalismo é o fim da história.

Fatores sociais:

1) Crise sindical: deve-se, primeiro, ter em mente de que a atuação sindical é incentivada por partidos políticos de esquerda, é uma faceta da atuação desses partidos. Quando o ideal esquerdista entra em crise, há um esvaziamento político da atuação sindical. Não se tem mais aquela atuação transformadora, engajada. Busca-se apenas a melhoria das condições de trabalho. **Sindicalismo pragmático.** O sindicato se vê como filho legítimo do modelo de produção capitalista e passa ao enfrentamento apenas para melhorar as condições de trabalho.

Crise estrutural devido aos fatores econômicos. Quer pelo fenômeno da terceirização, quer pelo fenômeno da desconcentração, as empresas se pulverizaram e, conseqüentemente, os sindicatos também. Fragmentação da base sindical. Não há mais solidariedade, diferenças de pautas, o dilema vivido por um trabalhador não é o mesmo do dilema vivido por outro (especialmente o terceirizado). Subrepresentação do trabalhador terceirizado, um mesmo sindicato representa trabalhadores alocados em várias empresas, os dile

mas também são distintos, também falta unidade.

Além disso, as ações dos sindicatos são de caráter local, enquanto as empresas se organizam internacionalmente. Hoje há o sindicalismo de rede, mas só nos setores mais organizados, ainda é incipiente. Daí geram situações como a greve em São Paulo e a ameaça da Ford de ir pra Argentina.

Falta um contraponto político mais eficiente, os sindicatos, quando fortes, tinham importante papel nisso, havia greves políticas.

Essa conjuntura cria a **Corrente Flexibilizatória** no Direito do Trabalho, numa lógica avessa a própria construção do Direito do Trabalho, uma vez que põe os interesses de mercado sobre os direitos humanos. Há redução das condições sociais, ou através de negociações coletivas (lembrando que o sindicato estava quebrado) ou através de leis flexibilizatórias do mercado de trabalho.

Na década de 1990, período FHC, utilizou-se muito dessa ideologia. Buscou-se "adequar" o Brasil a nova era. Quase jogaram a CLT no lixo, entendendo que tudo poderia ser negociado pelo sindicato. O sindicato, quebrado, podia negociar tudo, fragilizando, assim, as garantias sociais no Brasil. Auge da transacionalização, sindicato era meio que obrigado a aceitar isso para que as empresas não fugissem.

O PT não mudou muito a conjuntura. Em 2003 foi publicada a lei do empréstimo com desconto em folha de pagamento, quebrando a garantia do salário (perdi o nome), uma vez que o salário é alimentar. Em 2005 a lei de falência também fragilizou as garantias trabalhistas. Dentro desse governo de agora surgiu um projeto de lei (PL 4330) sobre terceirização absurdo, que retira a responsabilidade do tomador de serviço e permitindo a terceirização de qualquer atividade especializada que levará a situações loucas, como o McDonald's poder terceirizar o carinho que fritar o hambúrguer, já que o objeto social é vender hambúrguer. Mesmo quando o mercado de trabalho estava aquecido, com taxas de quase pleno emprego, não houve enfrentamento dessa corrente flexibilizatória, houve uma melhora, porque ao invés de querer destruir o Direito do Trabalho, se quer acabar com garantias pontuais.

As crises cíclicas do capitalismo, como por ex. a de 2008, colaboram para um ajuste global da regulação do trabalho (só de retrocesso) para seu enfrentamento.

A falta de regulação desse mercado global, ainda hoje presente, está levando a redução dos níveis sociais de proteção da pessoa humana.

Direito do Trabalho é um ramo de proteção da pessoa humana, não é neutro (como nenhum outro ramo), busca proteger o trabalhador. Tem função de quebrar as forças sociais para a proteção do vulnerável. Coloca-se em cheque a noção de que o Direito deve se

basear numa análise econômica.

Leituras complementares para compreender a função originária do Direito do Trabalho, seu apogeu e sua crise. "Capitalismo, trabalho e emprego", Godinho. "Introdução ao Direito do Trabalho", Evaristo de Moraes Filho.

Relação de Emprego

Trabalho x Emprego:

Trabalho é toda atividade humana que modifica a natureza (ponto de vista ?) , no mundo jurídico é toda atividade humana admitida juridicamente (ponto de vista jurídico).

Trabalho: relação jurídica cujo objeto é uma obrigação de fazer humana.

Emprego é uma relação específica de trabalho e se distingue das demais por reunir 5 pressupostos: (1) **atividade que a pessoa humana executa**, (2) **em caráter pessoal**, (3) **buscando remuneração**, (4) **de forma não eventual e na qual haja** (5) **subordinação jurídica**.

Direito do Trabalho deveria chamar Direito do Emprego. Art. 3º, CLT.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Pressupostos da relação de emprego:

1) Pessoa humana: o empregado deve ser humano, isso se justifica pelo caráter de proteção do direito do trabalho. A pessoa humana é quem tem dignidade, é quem deve ser protegida. Ser humano é início e fim de todo direito do trabalho. **Tutela-se relações com a pessoa humana.**

Essa pessoa humana é, por vezes, camuflada por coisas fraudulentas, como a utilização indevida da personalidade jurídica, seu desvio de finalidade. A pessoa jurídica é criada ou utilizada para camuflar a relação de emprego. Quando isso ocorre, segundo o art. 50 do CC, o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica. Princípio da primazia da realidade.

"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

Fenômeno chamado Pejotização: criam-se pessoas jurídicas para simular relações outras que não a de emprego. Às vezes isso é utilizado pelo próprio empregado para diminuir a alíquota fiscal (ai o juiz do trabalho tem que notificar a receita). Ex.: a Globo não emprega a Xuxa, tem parceria com a Xuxa Produções.

27/08/13

2) Pessoalidade: para ser emprego, **o trabalho deve ser executado a título pessoal**. Empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa. Necessidade da execução das atividades diretamente pelo contratado.

A ideia de **pessoalidade** vem sendo alargada pela doutrina para **abranger o trabalho rural e doméstico**, já que nesses casos é comum delegar a terceiros a execução das atividades. Isso não quebraria a pessoalidade, já que o contrato é firmado por causa e com determinada pessoa.

Advogados associados: reconhecimento de vínculo de emprego quando há subordinação. O subestabelecimento não perturba a pessoalidade quando há necessidade de subestabelecer para o exercício da atividade (dificuldade de realização de tudo sozinho).

3) Onerosidade: o empregado se vincula ao empregador para **obter remuneração**. Parte se vinculam com a intenção de percepção de vantagens retributivas.

O trabalho não é mercadoria, mas seu resultado útil gera proveito para o empregador, por isso, a onerosidade também pode ser vista sob a ótica do empregador.

Para a caracterização da onerosidade **basta a intenção onerosa**, isso porque as vezes o empregado pode não fruir do salário. O efetivo pagamento do salário não é necessário para configurar o vínculo de emprego. Pode haver descumprimento da obrigação de pagar o salário. Basta o consenso, o contrato, a promessa de pagamento para configuração desse vínculo.

Ex.: A contrata B para trabalhar por um mês por um salário de R\$3.000,00. Ao final do mês, B não recebe. Ainda assim está caracterizado o vínculo empregatício.

O efetivo pagamento tanto não é necessário que existe crime de redução à condição análoga a de escravo (art. 149, CP), muitas vezes visto na figura da servidão por dívida.

Caso José Pereira na Corte Interamericana de Direitos Humanos: responsabilização do Estado pela servidão por dívida e condenação a melhorar a fiscalização e a responsabilização dos culpados.

4) Não eventualidade: conceito dos mais delicados, porque, primeiramente, é um conceito negativo. Para saber o que é não eventualidade é necessário saber o que é trabalho eventual. Para isso, há quatro teorias:

1) Teoria da Descontinuidade: **trabalhador eventual é aquele que executa a sua atividade de forma não contínua, fragmentada no tempo**. Essa teoria tem sido abandonada por não estar de acordo com a ordem jurídica brasileira e excluir o trabalho intermitente.

Trabalho não eventual inclui, hoje, os trabalhos contínuos e os intermitentes (é aquele trabalhador que tem intervalos de não trabalho maiores do que os intervalos de trabalho).

Ex. de trabalho intermitente: A é porteiro de cinema que só abre sexta, sábado e domingo. Ele passa segunda, terça, quarta e quinta sem trabalhar no cinema, mas, ainda assim, é caracterizado o vínculo empregatício.

Quando a legislação quer excluir esse tipo de trabalho o faz de maneira expressa (como na lei de emprego doméstico), assim, o trabalho intermitente caracteriza relação de trabalho na maioria das vezes. Basta a intermitência, não sendo necessária a descontinuidade, desde que haja reiteração. Descarta-se, assim, a teoria da descontinuidade.

2) Teoria do Evento: trabalho eventual é aquele cujo trabalho é um acontecimento certo e determinado. Apoiar-se na ideia de regularidade do trabalho, i.e, se não for regular é eventual. Para professora, essa teoria é muito ampla e exclui, também, determinadas situações que são emprego.

Ex.: Uma montadora que contrata um eletricitista para que, em caso de defeito elétrico, chamá-lo. Isso é emprego, mas essa teoria não explica, porque ele não é regular.

3) Teoria dos Fins do Empreendimento: trabalho eventual é aquela atividade não inserida nos fins normais do empreendimento. Teoria defendida por grandes doutrinadores.

Ex.: produtora de eventos que faz o Axé Brasil e o Pop Rock, contrata trabalhadores para montar a estrutura do evento no Mineirão. O fiscal do trabalho chegou lá e viu que ninguém tinha carteira assinada, multou a produtora alegando que a montagem da estrutura era essencial ao fim normal da empresa.

Mas não explica o trabalho da faxineira, do segurança de uma empresa, já que esse trabalho não entra nos fins do empreendimento do tomador de serviços. Professora critica, afirmando que aquilo que circunda o empreendimento também importa. Além disso, afirma sua inconstitucionalidade uma vez que o tipo de atividade executada é irrelevante para caracterização do vínculo de emprego, afronta a dignidade da pessoa.

4) Teoria da Fixação Jurídica: trabalhador eventual é aquele sem fixação jurídica. I.e., é aquele que não se vincula, não possui intenção de permanência. Ele não se vincula a alguém em específico, oferece seu trabalho a distintos tomadores. Essa teoria também tem equívocos, primeiro porque faz supor que o direito do trabalho exige exclusividade, o que não é verdade. Segundo porque parece dizer que o trabalho é um vínculo permanente, mas existem trabalhos temporários, por curtos períodos e até por um dia, vínculos precários.

Nenhuma dessas teorias explica o trabalho eventual, mas dão indícios dele. **O trabalho eventual tende a ser executado em períodos de curta duração, sem regularidade, não relacionado aos fins do empreendimento e sem fixação jurídica.**

5) **Subordinação jurídica**: não quer dizer dependência econômica. O Direito do Trabalho já descartou a ideia de dependência econômica, i.e., da necessidade do trabalho para

sobrevivência. O Direito do Trabalho vai proteger aqueles que não dependem economicamente do trabalho, mas, há vítimas eventuais, que dependem economicamente do trabalho mas não são protegidos.

A subordinação antes era relacionada a dependência técnica. Havia alguém que emitia ordens técnicas, etc. Mas, hoje, não é possível pensar assim, devido a especialização. Quando existir dependência técnica, há vínculo de emprego.

A subordinação jurídica é um estado jurídico pelo qual o empregado se abstém de impulsionar sua atividade, ele é dirigido, controlado pelo empregador que dá ordens quanto ao modo, tempo e local da prestação do serviço. Quem orienta a atividade é o empregador. Isso diferencia o trabalho da empreitada e da prestação de serviços. Nesses dois contratos o trabalhador controla seu serviço. Na relação de emprego, o trabalho se dá por conta alheia (doutrina espanhola).

29/08/13

A subordinação jurídica é considerada um estado jurídico, pelo qual o prestador se abstém de dirigir sua atividade, acolhendo ordens de serviço, quer diretas, quer indiretas do empregador.

Há algumas teorias para explicar a subordinação:

1) Subordinação Subjetiva: em seu estado inicial, a subordinação era considerada um estado subjetivo. A definição de subordinação está na percepção subjetiva do fato; o empregador determina e o empregado percebe, acolhe e se orienta pelas determinações. Emissão e acolhimento de ordens. A subordinação é mais virtual do que real. Essa teoria é criticável, pois, no início o patrão pode orientar constantemente, mas, com o tempo, o empregado adquire naturalidade do trabalho. Além disso, não se aplica ao trabalho intelectual e aos altos cargos. A teoria faz uma ingerência sobre a liberdade humana. Essa, porém, é a ideia que prepondera nos tribunais.

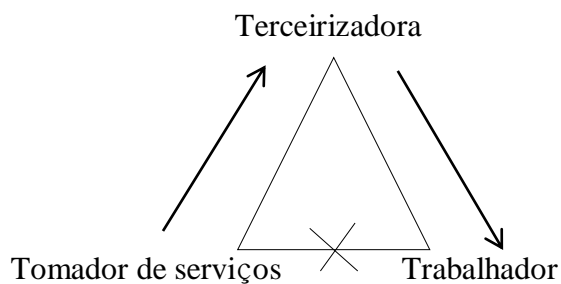
2) Subordinação Objetiva: o direcionamento não é dirigido à pessoa, mas à sua atividade e está relacionada ao fato de a atividade realizada pelo empregado estar inserida dentro da empresa, concatenada com a atividade dos colegas, dinamizando a produção. Essa teoria não tem sido acolhida por aqui, porque, apesar de ela se dissociar da ideia subjetiva, ela não diferencia o emprego da prestação de serviços. Reconhece a potencialidade e do estado subjetivo da subordinação e se afasta da ideia de sujeição pessoal do trabalhador, esses são seus méritos, porém, considera tudo emprego, não diferencia o trabalho por conta própria do trabalho por conta alheia.

A orientação tem de recair sobre o agir do trabalhador, não sobre seu ser. Hoje, infelizmente, a realidade é outra, o trabalhador veste a camisa da empresa, é "treinado" para re

petir padrões de conduta determinados pela empresa. Alienação: agir determinado por o outro + fragmentado (só participa de uma parte do processo) + expropriação do produto do trabalho. Modelo de gestão de pessoas: perda da capacidade crítica.

3) Subordinação Reticular: há uma tentativa de se alargar o conceito para abranger novas relações de emprego. Os novos métodos de produção criaram **mecanismos difusos de orientação do trabalho** (um trabalhador gere o serviço do outro, especialmente no trabalho em grupo; controle de qualidade), **que, em última análise, servem ao empregador**. Ex.: avaliação em grupo.

4) Subordinação Estrutural: no Brasil, é proibido que o tomador do serviço dê ordens diretas aos trabalhadores terceirizados. Apenas as empresas terceirizadoras podem fazê-lo. Nesse caso, há o que se chama de subordinação estrutural, uma vez que **a empresa tomadora, por mecanismos variados, se comunica com a terceirizadora para que ela conforme a atuação do trabalhador ao estrutura do tomador**. Isso se dá, por ex., através de treinamentos.



A subordinação reticular e a subordinação estrutural são outras formas de subordinar além das clássicas (subjéctiva/objectiva) que não excluem essas. Surgiram como forma de negar a relação de emprego, mas hoje já vem sendo reconhecidas nos tribunais

Subordinação jurídica é, então, atribuição de um poder ao empregador de determinar o modo, o tempo e o local do trabalho do empregado.

Essa relação aqui tratada inclui a relação de emprego urbana, mas há relações de emprego especiais: a rural e a doméstica.

Relações de Emprego Especiais

Essas relações exigem requisitos especiais para a sua configuração.

Relação de Emprego Rural

O trabalhador rural está sujeito a um estatuto próprio (Lei 5889/73, Lei do Trabalhador Rural). Para a caracterização dessa relação, **o empregado deve trabalhar para um (1) em**

pregador rural e num (2) imóvel rural ou prédio rústico.

1) Empregador rural: Art. 3º da Lei de Trabalho Rural:

Art. 3º - Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.

§ 1º Inclui-se na atividade econômica, referida no "caput" deste artigo, a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, e estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma a sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

O que é central na caracterização do **empregador rural** é o fato de ele **realizar a atividade e agrária para fins lucrativos**. A lei exclui, assim, aqueles que realizam a atividade agrária para fins de subsistência.

Além disso, também é considerado **empregador rural por equiparação**, o sujeito que, **por conta de terceiros, de modo profissional e habitualmente, realiza a atividade agrária**, e x.: aquele que fornece a um fazendeiro máquinas colheitadeiras e os trabalhadores que as operam, esses trabalhadores são considerados rurais.

Aquele empregador que desenvolve **atividade agro-industrial em estabelecimento rural** também é considerado empregador rural se essa atividade não for regulada pela legislação urbana.

Dec. 73626/74, regulamentador da Lei de Trabalho Rural, traz quais são as **atividades agro-industriais**: são aquelas que se destinam ao **preparo, beneficiamento** (ex. debulhar o milho), **aproveitamento de subprodutos** (ex. utilizar a pena do ganso para fazer travesseiros) e **primeira transformação sem perda da qualidade da matéria prima**.

Primeira transformação sem perda da qualidade da matéria prima: analisa-se o grau de sofisticação tecnológica, nível de transformação sofrido pelo produto, ex. transformação do leite em manteiga ou queijo. Se começa a transformar demais já vira indústria alimentícia.

Outro ponto importante é a preponderância da atividade, por ex. nos hotéis fazenda deve-se analisar se o que prepondera é a atividade agrícola ou a atividade hoteleira.

Empresas de florestamento e reflorestamento: empregados que trabalham em imóveis rurais desenvolvendo atividades tipicamente rurais (como cortar e plantar) é empregado rural, ainda que seja registrada como atividade urbana. Isso é orientação jurisprudencial.

2) Imóvel rural ou prédio rústico: imóvel rural é aquele **situado em espaço não urbanizado**. **Prédio rústico** é aquele que, apesar de situado em um espaço urbano, se destina a **fins tipicamente rurais**.

A atividade desenvolvida pelo empregado não é importante para a configuração ou não da relação de emprego rural, basta a concorrência dos dois requisitos supracitados.

03/09/13

3) Prescrição:

A história de regulação do trabalho rural é recente no Brasil. Até o estatuto do trabalho rural de 1963 não existia no Brasil regulação do trabalho rural.

Primeiramente, porque houve uma política de incentivo de migração para as cidades, pois era necessário ter uma massa de trabalhadores para o salto de industrialização brasileiro. Assim, o trabalhador rural não tinha direitos garantidos, ao passo que se garantia direitos aos urbanos, incentivando o fluxo migratório.

Isso somado à força política da elite agrária brasileira, a quem não interessava essa regulamentação, deixou o trabalhador rural por anos em um limbo jurídico.

Além disso, o trabalho rural foi, por muitas vezes, ocupado por imigrantes, especialmente italianos.

O conflito no campo existia, mas não tinha força política suficiente.

O estatuto do trabalhador rural foi substituído pela lei do trabalhador rural, em 1973, que praticamente equiparou os trabalhadores rurais e urbanos em direitos. As condições foram finalmente (formalmente) equiparadas com a CRFB/88.

A legislação do trabalho tem algumas especialidades para se conformar às especificidades do trabalho rural.

A primeira medida que já diferenciou os trabalhadores rurais e urbanos e hoje não diferencia mais é a prescrição. **O estatuto do trabalhador rural estabelecia que a prescrição, ou seja, a perda da pretensão, ocorreria 2 anos após o término do contrato. Não corria o prazo de prescrição na vigência do contrato de trabalho.** Esse mesmo critério da imprescritibilidade se manteve na lei de 1973.

A CRFB/88 no art. 7º, XXIX, em sua redação original, diferenciava urbanos e rurais. **Os urbanos poderiam reivindicar em até 2 anos do fim do contrato coisas ocorridas 5 anos para trás do fim do contrato. A redação original estabelecia a imprescritibilidade no caso do trabalhador rural, mas a EC 28/00 unificou os prazos, tornando o parâmetro o prazo prescricional dos urbanos. O prazo prescricional é de 5 anos e, no caso de fim do contrato, pode ser reinvidicado em até 2 anos do fim.**

O art. 223, §1º estabelecia que, de 5 em 5 anos os empregadores rurais podiam quitar as dívidas trabalhistas dos trabalhadores, mas isso não impedia que o trabalhador entrasse na justiça cobrando, então esse artigo não tinha aplicabilidade.

Na época da promulgação da EC28 muito se discutiu acerca de sua aplicabilidade, se valeria para todas as violações, inclusive as ocorridas anteriormente ou se passaria a valer para aquelas violações ocorridas a partir de sua promulgação, se os contratos antigos es

tariam abrangidos por ela ou não, etc. Mas não se discutiu a constitucionalidade dessa emenda, tendo em vista o art. 60, §4º, que determina que não se pode reduzir direitos fundamentais (independente de sua topografia constitucional).

Além disso, o poder de revisão em emenda só é possível para a adequação de realidade social, de forma que o poder normativo da constituição se adeque às situações reais.

E, qual o motivo da imprescritibilidade na vigência do contrato de trabalho rural? A questão é que, na nossa cultura, há uma **assimetria maior no trabalho rural**. Os sindicatos rurais são mais fracos. **As condições de trabalho mais precárias, as reivindicações mais difíceis**. Tanto que o trabalho análogo a condição de escravo é mais comum no campo. O poder judiciário tem mais dificuldade de chegar lá. Dificuldade de informação mesmo. Daí a existência das justiças itinerantes. Tudo isso justificava e ainda justifica a diferenciação de tratamento.

4) Duração do trabalho:

Existem algumas considerações para que a duração se adapte ao trabalho no campo.

A lei 5889/73 determina que nos **serviços por natureza de execução em duas ou mais etapas o intervalo entre as etapas não integra a jornada de trabalho do trabalhador rural** desde isso esteja expresso na carteira de trabalho do rurícola.

Nesse intervalo, o trabalhador não pode estar fazendo outras tarefas para o empregador, por óbvio. Se estiver a disposição do empregador, ainda que esteja anotado na carteira, vale a realidade. Primazia da realidade é adotada pelo direito do trabalho.

Jornada noturna:

Trabalhador urbano: 22h - 5h

8h jurídicas correspondem a 7h físicas

52'30" corresponde a 1h física.

Adicional de 20%.

Trabalhador rural:

Agrícola: 21h - 5h

Pecuária: 20h - 4h

8h jurídicas correspondem a 8h físicas.

Adicional de 25% do salário.

Esse tratamento é pior, dizem alguns doutrinadores, porque quando a lei foi promulgada não existia trabalho agrícola noturno. A falta de luz solar impedia isso. Mas, devido a evolução das técnicas agrárias, a realidade hoje é outra. Há trabalho noturno no campo.

Seja para ordenha, para aplicação de remédios, etc. Logo, o que antes diferenciava, hoje não existe mais.

Art. 7º - Para os efeitos desta Lei, considera-se trabalho noturno o executado entre as vinte e uma horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, na lavoura, e entre as vinte horas de um dia e as quatro horas do dia seguinte, na atividade pecuária.

Parágrafo único. Todo trabalho noturno será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração normal.

Intervalo para alimentação e repouso:

Só existe para jornadas de trabalho **iguais ou superiores a 6h/dia**. A duração do intervalo depende dos usos e costumes da região, mas o Dec 73626/74 estabelece que o intervalo mínimo deve ser o de 1h.

5) Salário (art. 9º, LTR)

Art. 9º Salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo:

a) até o limite de 20% (vinte por cento) pela ocupação da morada;

b) até o limite de 25% (vinte por cento) pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região;

c) adiantamentos em dinheiro.

§ 1º As deduções acima especificadas deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito.

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

§ 3º Rescindido ou findo o contrato de trabalho, o empregado será obrigado a desocupar a casa dentro de trinta dias.

§ 4º O Regulamento desta Lei especificará os tipos de morada para fins de dedução.

§ 5º A cessão pelo empregador, de moradia e de sua infra estrutura básica, assim, como, bens destinados à produção para sua subsistência e de sua família, não 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 de trabalhadores rurais. (Incluído pela Lei nº 9.300, de 29/08/96)

Os empregadores só podem descontar do salário do trabalhador rural os descontos referentes a **antecipação salarial**, os **descontos legais**, os descontos **autorizados por sentença judicial** e o **salário in natura**.

Salário in natura: no meio urbano, o empregador pode pagar parte do salário em bens, quaisquer bens salvo disposição legal em contrário. No meio rural, o empregador só pode descontar do salário do empregado os **gastos com alimentação e moradia**, o resto não pode ser descontado. O **limite de desconto é de 25% do salário mínimo para alimentação**

o, ainda que o trabalhador ganhe mais que um salário mínimo. **Para moradia, o limite é de 20%**. Mas, se o trabalhador estiver em alojamento (só pode se não estiver com a família, legislação proíbe alojamento multifamiliar), essa porcentagem é dividida pelo **número de habitantes do alojamento**. Se há 4, só pode se descontar 5% de cada, no máximo. Se o trabalhador ganhar um salário mínimo, 45% dele pode ser retido para alimentação e moradia.

Por acordo escrito, na presença de testemunhas e notificar o sindicato, o empregador e o empregado rural podem tirar o caráter salarial da alimentação e da moradia. Ai não rec ai impostos sobre esse valor. **Estímulo para que os empregadores forneçam moradia e alimentação sem descontos.**

6) Aviso prévio (art. 15, LTR)

Art. 15. Durante o prazo do aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho

Se o empregador decidir pelo fim do contrato de trabalho, no período do aviso prévio, deve haver um período para que o trabalhador procure outro emprego.

O período do aviso prévio depende do tempo trabalhado.

Na CLT, deve-se reduzir 2h da jornada de trabalho no período do aviso prévio ou liberação por 7 dias. Isso é meio inviável no caso de trabalho rural, com 2h por dias as vezes você nem sai dos limites da fazenda.

O trabalhador rural tem **1 dia de liberação por semana dentro do período do aviso prévio**, sem desconto salarial.

7) Escola rural

Art. 16. Toda propriedade rural, que mantenha a seu serviço ou trabalhando em seus limites mais de cinquenta famílias de trabalhadores de qualquer natureza, é obrigada a possuir e conservar em funcionamento escola primária, inteiramente gratuita, para os filhos destes, com tantas classes quantos sejam os filhos os destes, com tantas classes quantos sejam os grupos de quarenta crianças em idade escolar.

Não precisa ser empregado, devem existir 50 famílias morando no imóvel rural, uns podem ser trabalhadores, outros arrendatários, etc.

A lei não exige divisão seriada, por isso é comum salas multiseriadas.

Dever educacional subsidiário ao dever geral do Estado. Assim, se há escola nos arredores e o empregador paga um transporte e tal, não é necessário que ele mantenha a escola.

Relação de Emprego Doméstico

Convenção 189/2011 OIT.

A existência dessa convenção mostra que é um problema enfrentado por todo o mundo, especialmente nos países subdesenvolvidos.

No Brasil, o trabalho doméstico é, ainda, uma questão feminina e de ascendência étnica-racial negra. Herança direta de um tempo em que nossa estrutura social estava baseada na escravidão. A última instância de emancipação se dá no trabalho, "é quase da família", mas não é. E isso é desculpa para vários abusos jurídicos.

A Cv. 189 vai entender esse processo e expandir as proteções básicas.

Não discriminação pela forma do trabalho prestado.

"Doméstica" (documentário)

1) Conceito: elementos fático-jurídicos gerais e especiais

Os elementos gerais são aplicados, mas são conformados à realidade do emprego doméstico.

Elementos gerais:

1) Pessoa humana.

2) **Pessoalidade:** trabalho é prestado de uma forma individual, intuito persona. Isso se aplica ao ambiente doméstico e há quem diga que é uma relação de confiança ainda mais pessoal. No emprego doméstico a pessoalidade se expande e é vista também do ponto de vista do empregador. Efeito: sucessão de empregadores.

3) **Onerosidade:** expressão patrimonial do trabalho. Contra-prestatividade. O fato de ser uma atividade não lucrativa não afasta a onerosidade. Intenção.

É isso que faz com que as donas de casa (e outros membros da família que fazem trabalho em casa) não sejam caracterizadas como empregadas domésticas, uma vez que o trabalho prestado é de intenção não onerosa. A intenção é de cuidar da família, da casa.

Lógico que há casos extremos, mas, em geral, não há essa intenção.

4) **Subordinação:** determinação da forma de prestação do trabalho. Elemento mais especial da relação de emprego que também se aplica.

5) **Não eventualidade:** esse sofre transformação completa. Para o emprego doméstico, a não eventualidade é a **continuidade**. É um conceito muito mais restrito (vide teorias expostas mais acima). Assim, cria-se a figura da diarista, prestadora de serviço. Isso não se aplica aos trabalhos de limpeza e conservação feitos fora do ambiente familiar, não se pode contratar uma diarista para limpar a loja, por ex.

A lei fala expressamente em continuidade, não diz o número de dias. A jurisprudência majoritária entende que a continuidade estará configurada a partir do 3º dia de trabalho.

3 dias é empregado, 1 ou 2 é prestador de serviços. Alguns tribunais, como o do DF, entendem que 3 dias é diarista, a partir de 4 que é empregado. Não há a súmula do TST

na matéria. Há súmula de alguns TRTs.

Lei 5859/72:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

Daí se depreendem **três elementos especiais**:

1) Sem finalidade lucrativa: o trabalho é **destinado ao ambiente do lar**, não pode ser empregado para fins lucrativos. O motorista, a cuidadora de idosos, a faxineira, etc, são considerados empregados domésticos.

Ex. Se a dona Maria, costureira, pede que sua empregada doméstica a ajude no trabalho, há desvirtuamento, o trabalho passa a ser utilizado para fins lucrativos.

Ex. Se a diarista limpa 2x a casa e 2x o escritório por semana, há vínculo empregatício e acho que não é nem doméstico. Isso depende da regularidade.

Ex. Se um diarista vai lá uma vez por semana, quando vai, mas você o envolve em atividades lucrativas, há desconfiguração da prestação de serviço para o vínculo empregatício não doméstico.

2) Pessoa ou família: família entendida como **qualquer aglomeração que se dê em caráter de coabitação**. Além das famílias reconhecidas pelo direito brasileiro, também repúblicas, amigos que moram juntos, etc. Cuidado com a questão da república, se houver a figura do pensionato, alguém que vive de alugar quartos e a pessoa trabalha para ela limpando, etc, não é empregado doméstico.

3) Residência: não pode se estender para fora do lar. Pode incluir casa de campo, de praia...

2) Direitos:

CLT? Não se aplica.

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.079, 11.10.1945)

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

Alguns doutrinadores querem simplesmente excluir esse artigo para abarcar os empregados domésticos.

Lei 5859/72: Lei do Emprego Doméstico até hoje.

Primeira lei que garantiu direitos aos empregados domésticos.

Originalmente, garantia o direito a carteira de trabalho, a previdência e férias de 20 dias úteis por ano (em 2001 foram trazidas para o regime geral).

Extensão muito tímida.

CRFB/88: faz ampliação maior dos direitos do empregado doméstico.

Garante: Salário mínimo, 13º salário, repouso semanal remunerado, férias, licença maternidade e paternidade, aviso prévio, aposentadoria.

Art. 7º Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. (essa redação foi modificada em 2013)

Para o professor, a Constituição fazia uma distinção sem sentido.

Lei 10208/01 e Lei 1324/06: possibilidade de recolhimento do FGTS caso o empregador quisesse.

EC 72/2013:

Discutia-se a proteção da jornada e consequente pagamento da hora-extra, seguro de emprego, obrigatoriedade do FGTS, adicional noturno, direito de sindicalização. Isso se modificou com a aprovação dessa EC. O problema é que a maioria dos direitos devem ser regulamentados. Ganhou mais não levou, ainda.

Uma modificação importante trazida por essa emenda é relativa a jornada de trabalho. Antes os empregados domésticos não tinham uma quantidade de horas máximas que podiam trabalhar semanalmente. Hoje são 8h/dia e 44h/semana. E, consequentemente, tem-se o pagamento de horas extras.

10/09/13

Empregados

Art. 7º, XXX, CR/88: não se distingue: trabalho manual, técnico e intelectual.

Art. 6º, CLT: trabalho no estabelecimento, em domicílio (*home office*) e à distância (trabalho em local fora do estabelecimento e que não seja em casa).

Trabalho a distância envolve a utilização de **serviços telemáticos**. Mais barato para a empresa.

Normalmente, **não se controla propriamente o tempo do trabalho, mas o resultado**. Meta a atingir. Novo desafio do direito do trabalho.

Isso impacta no estabelecimento de tempo de trabalho e não trabalho. **O tempo de trabalho e não trabalho fica fundido**, a pessoa sai da empresa mas a empresa não sai dela. Tra

balha-se o tempo todo, não há espaço de tempo para atendimento das necessidades biológicas. O sujeito é, apenas, uma reprodução da empresa.

Além disso, o teletrabalho **prejudica a construção de uma coletividade**. Historicamente a identidade coletiva se criou com reunião dos trabalhadores no mesmo espaço, via-se o colega como um outro eu. Quando se espalha os trabalhadores, o colega vira um ser virtual, não há formação da consciência coletiva.

A CLT estabelece:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei n.º 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei n.º 8.966, de 27.12.1994)

Assim, **caso o empregado exerça atividade fora do estabelecimento e que não tenha controle da jornada, há a presunção de que ele não terá hora extra**. Cabe ao empregado provar que havia controle da jornada.

Para a professora, uma boa solução seria a obrigatoriedade do controle da jornada. Com as tecnologias novas, isso é muito possível. Hoje, as grandes empresas não fazem esse controle em benefício próprio. Estabelecem metas absurdas e aí o empregado só trabalha.

Para a professora, a CLT fala que só não deve haver o controle quando ele for incompatível, e não só porque o empregador não quer.

O conceito de empregado não está vinculado a tempo, lugar e conteúdo do trabalho executado, e sim ao fato de termos uma pessoa humana que executa serviços de forma pessoal, a título oneroso e não eventual com presença dos pressupostos de subordinação.

Os altos empregados: cargos ou funções de confiança ou gestão (aula com orientanda)

Toda empresa tem alguma hierarquia. Isso hoje está um pouco fluído.

Na época do ford, tinha-se tudo dentro da mesma empresa. Hoje há o fenômeno da terceirização, terceiriza-se etapas do trabalho.

Flexibilização trabalhista: precarização das normas de trabalho, flexibilização negativa.

Os bancos hoje, de maneira geral, colocam todo mundo exercendo cargos de direção. Precarização da jornada.

1) Cargo de confiança:

Regra geral:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

(...)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Há uma regra geral. Bancários são exceção.

O art. 62 está inserido na parte que fala da jornada de trabalho.

Regra geral, cargo de confiança ou gestão não tem controle de jornada e, logo, não tem hora extra. O art. 62, II fala justamente isso.

Padrão salarial mais elevado, plus salarial de, no mínimo, 40%.

Cargo de gestão: diretor, chefe de departamento, de filial, etc. Abre-se demais os tentáculos. Para mitigar isso, diz-se que deve ter AMPLOS poderes de gestão, quase uma mão do empregador.

Requisitos: (1) elevadas atribuições ou poderes de gestão, (2) plus salarial de 40%: o salário do cargo efetivo + pelo menos 40%

Efeitos: art. 468, CLT, reversão; Sum. 372, I, limitação especial. Art. 469, CLT, transferência; Sum. 43, TST.

Quais são os efeitos do cargo de confiança?

Reversão:

Art. 468, CLT: Autorização da reversão, i.e., independentemente da autorização do empregado, o empregador pode reverter o empregado ao cargo anteriormente ocupado.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Súmula 372, TST: Gratificação de Função - Supressão ou Redução - Limites. I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

Ideia do justo motivo, motivo objetivo de quebra de confiança. Motivo justificador para se executar a reversão depois de 10 anos do exercício da quebra de confiança, porque a reversão retira inúmeros direitos trabalhistas.

Ex. Gerente financeiro que foi condenado por apropriação indébita de valores do antigo empregador. O atual empregador pode revertê-lo por justo motivo, porque isso é um motivo objetivo de quebra de confiança.

Quando excluimos o controle de jornada estaríamos trazendo uma norma discriminatória? Ou a função justifica? Dizem que justifica, mas é pior para o empregado, que perde proteção.

Transferência:

Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio .

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço. (Redação dada pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975)

Súmula 43, TST: *Necessidade do Serviço. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do Art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.*

Deve haver real necessidade para transferir.

Cargo ou função de confiança ou gestão, regra geral é o 62, não tem jornada de trabalho nem hora extra. Amplos poderes de gestão. Vai ter um padrão salarial mais elevado, não inferior a 40%. Ver esqueminha.

Regime especial dos bancários

SEÇÃO I

DOS BANCÁRIOS

Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana. (Redação dada pela Lei nº 7.430, de 17.12.1985)

§ 1º - A duração normal do trabalho estabelecida neste artigo ficará compreendida entre 7 (sete) e 22 (vinte e duas) horas, assegurando-se ao empregado, no horário diário, um intervalo de 15 (quinze) minutos para alimentação. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 754, de 11.8.1969)

Art. 225 - A duração normal de trabalho dos bancários poderá ser excepcionalmente prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais, observados os preceitos gerais sobre a duração do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.637, de 8.5.1979)

Art. 226 - O regime especial de 6 (seis) horas de trabalho também se aplica aos empregados de portaria e de limpeza, tais como porteiros, telefonistas de mesa, contínuos e serventes, empregados em bancos e casas bancárias. (Redação dada pela Lei nº 3.488, de 12.12.1958)

Parágrafo único - A direção de cada banco organizará a escala de serviço do estabelecimento de maneira a haver empregados do quadro da portaria em função, meia hora antes e até meia hora após o encerramento dos trabalhos, respeitado o limite de 6 (seis) horas diárias. (Incluído pela Lei nº 3.488, de 12.12.1958)

O problema é que, quando for cargo de confiança, como não há previsão do controle da jornada, perde-se essa garantia de 6 horas, daí quem era pra trabalhar 6 horas trabalha 8 h. Por isso, nos bancos, todo mundo é gerente de algo.

Daí, deve-se analisar se a pessoa realmente exercia cargo de gestão ou se nele foi colocado por fraude.

Súmula 287, TST: o gerente geral de toda a agência não tem controle de jornada, mas os outros tem de 8 horas, conforme a súmula de 102, IV do TST.

Súmula 287: Gerente Bancário - Horas Suplementares - Jornada de Trabalho. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

Súmula 102, IV: O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava.

Notas importantes: elevação salarial não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo; função de direção ou gestão - conceito elástico; não observância da jornada de 6 h; aplicação dos arts. 468 e 469 da CLT (reversão e transferência).

12/09/13

Os altos empregados: cargos ou funções de confiança ou gestão

Postos superiores na hierarquia.

1) Cargo de confiança (copiado do caderno da Júlia)

a) Regra Geral: Art. 62, II, P.U. CLT

Amplios poderes de gestão: É o alter ego do empregador e exerce poderes típicos deste.

Padrão salarial: Mínimo de 40% superior ao padrão praticado no cargo efetivo. Esse valor pode ser concedido por meio de **gratificação de função**, destacada no recibo sa

larial. Esta tem característica de **salário condição**, é uma **suplementação salarial em razão do cargo**. Nesse caso, se o **empregado voltar ao cargo anterior, este não terá mais direito à gratificação, que pode ser suprimida**. O fato gerador do salário condição é o exercício do cargo de confiança.

Se houver **aumento no salário básico**, este **não poderá ser reduzido** (irredutibilidade salarial) a menos que haja convenção coletiva de trabalho.

Efeitos:

Possibilidade de reversão (art. 468, CLT): prerrogativa do **empregador** de, unilateralmente, **promover alterações funcionais determinando o retorno ao cargo efetivo anteriormente ocupado**. O ordenamento jurídico pressupõe uma **quebra subjetiva da confiança**.

A Súmula 372 do TST entende que, se o empregado ocupou, continuamente ou não, por mais de 10 anos cargo de confiança e sofreu uma reversão sem justo motivo, este terá direito a manter o valor do salário; preza-se pela estabilidade.

Transferência (art. 469, CLT): A CLT como regra geral impede a transferência de empregados quando ela importar alteração residencial. Há exceções, sendo uma delas a ocupação de cargo de confiança, havendo real necessidade do serviço. Esta é indispensável; §3º e Súmula 469 TST. Caso a transferência seja considerada transitória, o empregado terá direito a adicional de 25% do salário contratual enquanto perdurar a situação. **Transitoriedade:** Interpretação falha do TST cria uma celeuma jurisprudencial. Entendimento da profa. é de não marcar prazo, mas visualizar o motivo que provocou a transferência. **Salário contratual:** Soma de todos os recebimentos.

Proibição de aquisição da estabilidade em cargo de confiança (art. 499, CLT): Antes de 88, para quem não era optante pelo FGTS, aplicava-se a proteção ao emprego na forma da CLT, que assegurava aos empregados com mais 10 anos de serviço o direito a estabilidade, salvo cometimento de falta grave apurada judicialmente ou motivo de força maior. No caso do cargo de confiança, o tempo de ocupação deste era contabilizado para a estabilidade no cargo efetivo. Hoje, o FGTS é obrigatório.

Art. 462, CLT – Interpretação literal implicaria que há incompatibilidade do artigo com a CRFB/88, que assegura o direito a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, com previsão de pagamento de adicional pelas horas que extrapolarem a jornada. Ele não é excludente das garantias, mas é uma regra que fixa a presunção de que o empregado não está submetido ao controle do horário de trabalho e, portanto, não tem direito a horas extras. A presunção, no caso, é relativa, admitindo-se prova em contrário.

b) Bancários

Padrão salarial pelo menos 1/3 superior ao salário do cargo: Aplicam-se as consider

ações sobre **gratificação de função e salário condição**.

Função de direção, gerencia, chefia, fiscalização: Os bancos tem tendência a enquadrar todos os empregados em um desses cargos. Para evitar essa tentativa de fraude à legislação do trabalho o TST editou Súmulas com o intuito de diferenciar o cargo de fato. As Súmulas se baseavam na terminologia e permitiam adequação por meio dos bancos. As Súmulas foram revogadas, sendo determinado, na Súmula 102, que **deve-se aferir a as reais atribuições e prerrogativas exercidas pelo bancário**. Estas devem ser avaliadas pelo juiz do trabalho. Já são excluídos, de pronto: o caixa bancário e o advogado do banco, que são funções técnicas e não de confiança.

Efeitos:

Reversão

Transferência

Não era detentor da estabilidade.

Art. 224 §2º, CLT - Bancários tem jornada especial de 6 horas. Os bancários ocupantes de cargo de confiança não tem direito a esta, mas sim a jornada de 8h por dia e 40 horas semanais, tendo, portanto controle de jornada. Apenas o gerente geral de agência tem a presunção da inexistência de controle de jornada, segundo a Súmula 287, TST.

2) Diretores de sociedade (administradores de sociedade limitada)

Recrutamento externo: Autonomia - diretor não empregado

Subordinação

Para averiguar se os diretores são ou não empregados, deve-se analisar a realidade fática.

Os diretores podem nunca ter sido empregados da empresa e vir de **recrutamento** externo. Nesses casos, **se ele age com autonomia, i.e., se realiza seu trabalho com todos os requisitos menos um, a subordinação, ele não pode ser considerado empregado**. Lembrar que autonomia não é liberdade total, ainda **há limitações mínimas**, como as estabelecidas pelo estatuto ou contrato social, as deliberações da assembleia, as decisões do conselho de administração...

Esses diretores não empregados não são abrangidos pela legislação trabalhista, mas pela legislação empresarial. Há apenas uma disposição na legislação trabalhista sobre eles, relativa ao FGTS (Lei 8036/90, art. 15 estabelece o FGTS facultativo).

Se, entretanto, esse diretor não tem autonomia, i.e., ele não respeita só aquelas limitações mínimas, há mais limitações que aquelas, não se pode dizer que ele não é empregado. Nesses casos, está **presente a subordinação, há relação de emprego**.

Empregado eleito diretor: Autonomia - suspensão do contrato

Subordinação

Uma segunda hipótese é quando o diretor é **empregado eleito**. Aqui a doutrina apresenta divergências. Há quem diga que, quando ele passa a exercer esse cargo com autonomia, ele deixa de ser empregado. Porém, outros teóricos criticam essa teoria com base no princípio da continuidade da relação jurídica, se baseando, inclusive, no fato de que a diretoria é de exercício transitório, há mandato. O TST (**súmula 269**) adotou uma teoria intermediária, **mantém-se o vínculo, mas suspende-se o contrato de trabalho - pois de fato não há subordinação - sem necessidade de pagamento das obrigações trabalhistas**. Assim, **se protege o empregado e o emprego**. Quando terminar o mandato, o empregado tem direito de voltar a seu emprego.

Quando esse empregado é eleito diretor mas não exerce o cargo com autonomia, mantém-se o vínculo empregatício.

Dupla qualidade: sócio e empregado.

Abuso da PJ - art. 50, CC: afasta-se a dupla qualidade.

Sociedade não personificada: não é possível a dupla qualidade

Sociedades personificadas: se o patrimônio responde solidariamente ou subsidiariamente de maneira ilimitada, não é possível a dupla qualidade.

Sociedades personificadas: responsabilidade limitada.

Também faz-se necessário estudar o empregado que ao mesmo tempo é sócio da empresa.

Em situações aonde há a **utilização abusiva da sociedade, i.e., quando coloca-se empregado como sócio minoritário apenas para não se pagar as obrigações trabalhistas**, afasta-se a personalidade jurídica com base no art. 50, CC para configurar o **vínculo empregatício**.

Quando se tratar de **sociedade não personificada é impossível haver a dupla qualidade** na mesma pessoa. É uma situação excludente da dupla qualidade. Ou ele é sócio ou ele é empregado.

Quando, entretanto, se tratar de **sociedade personificada, deve-se avaliar a responsabilidade do sócio**. Se a pessoa responde **solidariamente** pelas dívidas societárias ou **subsidiariamente**, mas com todo seu patrimônio, também **não pode haver a dupla qualidade**. Por quê? Em razão do princípio da alteridade, que determina que **os riscos do empreendimento correm somente para o empregador**.

Assim, apenas só se pode haver a dupla qualidade nas seguintes sociedades personificadas:

(1) **Comandita por ações** - apenas sócios comanditários.

(2) **Sociedade Anônima.**

(3) **Sociedade Limitada** - menos o sócio administrador, que aí ele responde (acho que) subsidiariamente.

Nessas sociedades, pode haver uma pessoa que, por um lado, executa atividade a título pessoal, não eventual, oneroso e subordinado e, por outro, seja acionista na formação clássica com *affectio societatis* (participe efetivamente da formação do capital social, possa participar da formação da vontade social, empreenda outros esforços para a realização dos fins sociais, venha a correr os riscos do empreendimento e auferir os lucros).

Cláusulas de *stock options*, que incentivam o empregado a adquirir ações da empresa. Normalmente visam a manutenção do empregado na empresa. Quase sem regulamentação no Brasil e criticado no Direito do Trabalho que entende que o empregado não pode correr os riscos do empreendimento. O direito dá a empresa outras possibilidades de o empregado participar nos lucros da empresa, como a Participação nos Lucros e Rendimentos.

Deve-se analisar se a cláusula foi incluída com respeito a autonomia da vontade, se há *affectio societatis*: se o empregado adquiriu as ações de forma onerosa, se ele colabora com os demais sócios para a realização dos fins da empresa, se participa da formação da vontade da sociedade, se auferir lucros na proporção de suas ações, etc.

Normalmente essa cláusula é utilizada para burlar a legislação trabalhista. Daí paga-se parte do salário da pessoa como se fosse distribuição de lucros, sem incidência dos créditos trabalhistas.

A CVM regula as *stock options* em S/A: elas só podem ser adquiridas na Bolsa de Valores e podem até ser preferenciais, mas devem seguir todos os requisitos legais.

As fraudes acontecem mais nas limitadas.

Quando é reconhecida a dupla qualidade, aplica-se a legislação trabalhista quando a pessoa age como empregado e a legislação empresarial quando a pessoa age como sócio.

17/09/13 (aula copiada do caderno da Júlia)

Empregador

Definição: Art. 2º

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica

ca própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Definiu o empregador com base em atividade econômica (empresa é atividade), realizando uma equiparação para aqueles que não tem fins lucrativos.

Melhor definição: Pessoa física ou jurídica que contrata os serviços de uma pessoa física que executa a atividade em caráter pessoal, não eventual, oneroso e sob sua subordinação. Pessoa que ocupa o pólo passivo da relação de trabalho.

A CLT utiliza mecanismos de técnica duvidosa para a caracterização. Evidencia, contudo, certas características da relação:

Princípio da alteridade: é característica do empregador a assunção dos riscos do empreendimento.

Aplica-se à atividade empreendida; os riscos do empreendimento, da atividade econômica, correm por conta do empregador.

Orienta também a execução do contrato de trabalho: não pode o empregado correr riscos ou depender da situação do empreendimento. O contrato de trabalho é personalíssimo.

Se houver motivo superveniente de força maior ou caso fortuito que temporariamente impeça o trabalhador de realizar seu trabalho o contrato pode ser suspenso (continuando a existir sem quaisquer obrigações das partes) ou interrompido (sustando a obrigação do trabalhador, mas mantendo as obrigações patronais de arcar com o salário etc.). Se houver impedimento permanente, a legislação do trabalho prevê indenização, mesmo que reduzida, arcando o empregador com o ônus.

Impessoalidade: Não importa ao direito do trabalho quem é a pessoa física ou jurídica empregadora mas a atividade que ela desenvolve e, mais ainda, a base real que ela utiliza para fins da atividade empresarial.

Art. 10 e 448

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Permite a **sucessão trabalhista; modificação da pessoa física ou jurídica empregador a sem a modificação do contrato de trabalho**, do vínculo contratual.

Sucessão tradicional: se apoia na literalidade dos artigos - a transferência, a qualquer título, da empresa ou estabelecimento ou a alteração na estrutura jurídica do empregador **não afetam as relações contratuais** anteriormente celebradas ou os direitos adquiridos.

Efeitos: (1) **Alteração subjetiva do contrato de trabalho, do sujeito do empregador.**

(2) Há uma **intangibilidade objetiva do contrato de trabalho**, que se mantêm de modo incólume.

(3) Responsabilidade trabalhista - **o novo empregador assumirá o cumprimento das obrigações trabalhistas passadas, presentes e futuras.**

Transmissão: *Inter vivos, causa mortis*, temporariamente, pelo arrendamento mercantil, ou permanentemente.

Alteração na estrutura: fusão, aquisição, etc.

Não tem validade as cláusulas em sentido contrário no instrumento de transferência. Estas teriam valor apenas para direito de regresso na justiça comum, não tendo eficácia contra o trabalhador.

Inocorrência da sucessão trabalhista clássica:

Quando a transmissão se dá por meio de alienação judicial: leilão, pregão, etc. – Para favorecer e tornar possível a execução, visando o bem do próprio exequente (credores trabalhistas).

A nova **lei de falências** (Lei 11.101), ao promover o **princípio da continuidade da atividade empresarial**, estabeleceu o instituto de **recuperação de empresas**, inclusive pela via judicial. Neste caso, os credores da empresa em dificuldade financeira, entre eles os trabalhadores, em conselho, podem elaborar um plano de recuperação, no qual pode ser prevista a alienação de unidades econômicas jurídicas, autônomas ou filiais. Neste caso, corre-se o risco de **transferir o acervo patrimonial a terceiro em prejuízo dos credores trabalhistas**. Ex.: Caso GOL.

Art. 60, Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Não exonerou expressamente o adquirente de cumprir as obrigações trabalhistas, devendo haver, portanto, responsabilidade trabalhista. Quando a legislação quis exonerar, ela o fez expressamente. Na proposta original da lei havia a previsão de exoneração dos direitos trabalhistas. Contudo, tal determinação foi retirada com a consideração de que não se poderia ferir os direitos trabalhistas em tal situação. Ademais, por razões teleológicas, o instituto difere da previsão de alienação tradicional (garantir o direito dos credores x garantir a continuidade da empresa). Por fim, constitucionalmente, a valorização do trabalho, com base na dignidade da pessoa humana, seria, axiologicamente superior ao livre empreendimento. O direito de propriedade tem um fim social, do qual faz parte o respeito aos direitos trabalhistas. Este direito seria, portanto, condicionado. Este foi o entendimento do TST.

STF entendeu contrariamente em ADI 3694 proposta pelo PDT; o princípio da continui

dade da empresa prevaleceria em detrimento de quaisquer credores.

Quando há **transmissão de títulos administrativos de permissão, autorização ou concessão, que habilitam a iniciativa privada a explorar serviços públicos, sendo passível a cessão**. Nessa circunstância, **se houver cessão mas não for transferido patrimônio, não ocorre sucessão trabalhista, porque há patrimônio suficiente para garantir as obrigações**. *Res persecutória*; a sucessão trabalhista segue a coisa. Se a transmissão do título é acompanhada de patrimônio haverá a sucessão trabalhista.

Art. 18 CF – Se um ente se desmembra criando uma **nova unidade da federação, esta não pode receber quaisquer dívidas daquele que se desmembrou**.

Desapropriação em razão de interesses públicos: **o particular não pode transferir dívidas ao poder público**.

Discussão/polêmica a respeito da ocorrência ou não da sucessão trabalhista em razão da **atividade notarial**, exercida mediante concurso público. Há ainda o princípio da continuidade dos registros. O titular do cartório tem empregados. O TST entende, em orientação jurisprudencial, que **não há sucessão por especificidade do título (concurso)**. Decisões mais recentes, entendem que há continuidade e, portanto, sucessão.

Se houver dispensa anterior à transferência da empresa, restando impedida a continuidade da relação de emprego, a responsabilidade civil do adquirente vai atribuir a ele, também, a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas contabilizadas: Art. 1146 do Código Civil.

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Moderna sucessão trabalhista:

Ex. da Privatização: a transferência se limitou aos ativos do fundo de comércio (bens e direitos que, reunidos, dinamizavam a empresa). Não houve, no caso a transferência da empresa, o banco manteve o funcionamento, nem a transferência do estabelecimento como universalidade, mas grande parcela dele (98% mais ou menos). Não se aplicariam os artigos 10 e 448 da CLT. Contudo, o que permaneceu foi a idéia da **necessidade de um acervo patrimonial que sirva de base aos créditos trabalhistas**. Nova interpretação dos arts.; **Se houver uma transferência patrimonial significativa, (vultosa, expressiva) abalan**

do de modo relevante (real, efetivo) as garantias trabalhistas, isto é o suficiente para atribuir responsabilidade trabalhista ao adquirente (subsidiária). Isso é verificado caso a caso.

Se ficar constatada a fraude, real ou presumida, há responsabilidade subsidiária do sucedido. Ex.

20/09/13 (copiado do caderno da Júlia)

Grupo econômico – Art. 2º §2º da CLT e Art. 3º, §2º da Lei 5889/73.

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

§ 2º - *Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente e responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*

Lei 5.889/73, art. 3º - *Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.*

§ 2º *Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, e estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma a sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.*

Requisitos:

Quando há **duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas de caráter econômico em relação de direção, administração ou controle, resta caracterizado o grupo econômico.**

(1) duas ou mais pessoas físicas de cunho econômico.

Tais pessoas devem ter **fins lucrativos**, não se aplicando o conceito a pessoas equiparadas a empregadores (profissionais liberais, instituições de assistência social). **Não integram o grupo econômico, ainda, as entidades estatais.** A princípio, nem mesmo Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista poderiam ser integradas ao conceito, pois seu principal objetivo/finalidade precípua seria estabelecer marcos concorrenciais e exploração de certos serviços pelo Estado, não envolvendo o lucro. Caso elas decidam se organizar em grupos, junto a outras entidades com a mesma finalidade de intervenção estatal no domínio econômico, contudo, sua vontade deve ser respeitada, sendo considerado o grupo.

(2) que mantêm relações empresariais que estabelecem controle, direção e/ou administração.

Deve haver **relação de assimetria de uma em relação às demais** para configurar a relação exigida na CLT (direção, administração e controle). Se não houver essa relação formalizada, haveria uma lacuna na lei.

Nas atividades urbanas não é regulada a relação de **coordenação** empresarial; contudo, na lei do trabalho rural, está a matéria definida como grupo econômico. Pode-se defender a **aplicação analógica da legislação rural**. Deve-se considerar que ainda que não haja supremacia de uma em relação a outra, há, claramente, relação econômica entre as sociedades coordenadas. A caracterização do grupo econômico para fins do DT não tem a mesma configuração da empresarial ou econômica, não dependendo de registro cartorial do grupo.

O dispositivo da lei de trabalho rural complementa o artigo 2º, §2º da CLT → considerando que houve evolução de práticas comerciais (*joint ventures*), a lei de trabalho rural, mais atual que a CLT, previu a caracterização do grupo econômico nesses casos.

Primazia da realidade sobre a forma → no plano dos fatos há interação econômica, embora não haja formalização documental (*joint ventures* – integrações econômicas sem formalizações jurídicas) → independente da formalização, reconhece-se a caracterização de grupo econômico.

Participação mútua da atividade econômica (um participa da atividade econômica do outro e vice-versa).

Consequências:

(1) **Responsabilidade solidária, ex lege**: O empregado pode exigir, no todo ou em parte, as dívidas trabalhistas.

(2) Súmula 129, STJ: entendimento de que os componentes do grupo econômico ocupam um único pólo passivo da relação de emprego.

Súmula 129, TST: Prestação de Serviços – Empresas do Mesmo Grupo Econômico – Contrato de Trabalho.

A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Relação única de trabalho com pólo passivo múltiplo (partícipes do grupo econômico): o empregado pode prestar serviço a qualquer dos partícipes do grupo econômico, sem que isso caracterize pluralidade de relações trabalhistas.

Haveria um empregador único. Um empregado de uma das empresas do grupo pode prestar serviço a outra sociedade do grupo, na mesma jornada, não caracteriza novo vínculo de emprego, salvo ajuste expresso em contrário. Produção em cadeia já é considerada como grupo econômico, devendo ser considerado um empregador único, com reflexos

sindicais, de equiparação salarial etc.

Segundo a professora, o entendimento sumulado contribui para o desgaste do trabalhador, a quebra do seu bem-estar psicológico, provocando desequilíbrio (o empregado recebe e ordem de todos os partícipes do grupo econômico sem restar caracterizado a pluralidade de contratos trabalhistas). Interpretação as avessas da ideia do Direito do Trabalho de sempre favorecer o empregado.

Por um lado se atribui a responsabilidade solidária aos empregadores pelos créditos trabalhistas, pelo outro se estabelece o bônus de poder se valer da força de trabalho do empregado sem ensejar a pluralidade de relações, ocorrendo espécie de compensação. A solidariedade ativa do empregado pode ser retirada pelo empregador, mas a responsabilidade solidária pelos créditos trabalhistas não.

Consórcio de Empregadores (copiado de um caderno do semestre passado)

Melhoria das condições de exercício do próprio trabalhador e facilitador para os empregadores (diminuição da burocracia – recolhimento dos tributos devidos em guia única) Não se reconhece o consórcio de empregadores como pessoa jurídica, mas apenas com o fenômeno de pluralidade no polo passivo da relação de emprego.

Figura quase que marginal do Direito do Trabalho que não está regulada pelas normas trabalhistas, mas sim pela lei de custeio previdenciário (Lei 8.212/91):

Art. 25-A. 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, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos.

Não há condomínio do produto da atividade empreendida e nem personalidade jurídica que visa fins lucrativos.

Requisitos

- (1) **duas ou mais pessoas físicas** (produtores)
- (2) **poderes de administração, gestão e extinção outorgados por mandato registrado no cartório de títulos e documentos**

Obs.: vigilantes que prestam serviços de guarda patrimonial a moradores de determinad

a rua → verdadeiro consórcio de empregadores de fato (de fato porque não há formalização do mandato, sendo que a lei apenas prevê o consórcio para os empregados rurais). Figura reconhecida pela jurisprudência. Apesar de o dispositivo tratar apenas do empregador rural, nada impede que seja reconhecido o consórcio de empregadores em relações de trabalho urbanas.

Na prática, também há consórcio de empregadores de fato entre pessoas jurídicas. Exemplo: motoboy que presta serviços para as mesmas pessoas jurídicas regularmente.

A diferença do consórcio de fato para o formal é que na de fato há burocracia trabalhista (pagamento parcial da jornada de trabalho por cada partícipe do consórcio, onerando os empregadores).

No consórcio de empregadores há redução dos custos do empregador sem que isso acarrete prejuízos ao empregado, pelo contrário, traz benefícios.

Efeitos da caracterização do consórcio de empregadores

(1) **responsabilidade solidária** pelos créditos trabalhistas entre os partícipes do consórcio

(2) **empregador único, solidariedade ativa do empregado** → súmula 129 do TST por analogia. Aqui, a aplicação da súmula é ponderada.

24/09/13

Responsabilidade trabalhista

Expansão da responsabilidade decorrente das obrigações previstas na legislação do trabalho, para além do empregador, a pessoa que de modo direto ou indireto colhe os frutos do trabalho, se beneficiando deste.

1) Empreiteiro (*parte copiada do caderno da Júlia*)

Empreiteiro (Favorecido; devedor subsidiário) -> **Subempreiteiro** (Empregador; devedor principal) -> **Empregados**

Art. 455 da CLT **fixa como obrigado principal, o subempreiteiro pelos direitos de seus empregados, assegurando todavia, o direito dos empregados de reclamar do empreiteiro o adimplemento das obrigações trabalhistas.**

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressaltada, nos termos da lei civil, a ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

O artigo não é claro, mas a doutrina vem entendendo que a **responsabilidade é subsidiária**, havendo benefício de ordem entre empreiteiro e subempreiteiro, devendo este ser de mandado primeiro. Ele assegura ao empreiteiro principal o direito de regresso (exercido na justiça comum) em relação aos valores empregados no adimplemento das obrigações trabalhistas.

2) **Dono da obra** *(parte copiada do caderno da Júlia)*

Dono da obra -> Empreitada -> Empregados

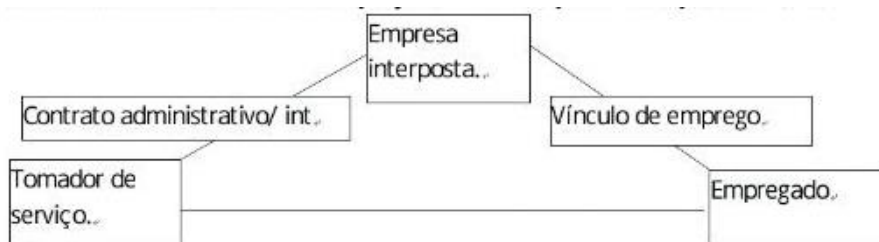
A priori não é atribuída nenhuma responsabilidade ao dono da obra. O D. do Trabalho faz distinção entre as situações em que a empreitada tem finalidade de uso do dono da obra e aquelas com a **função lucrativa**. Neste último caso, **o dono obtém frutos do trabalho alheio de maneira indireta, e, assim, deve ser responsabilizado subsidiariamente**, sob pena de abuso de direito.

OJ 191 – O dono da obra não tem responsabilidade trabalhista, salvo se tratar de **construtor ou incorporador**. Essas figuras, reguladas pelo direito empresarial exigem registro e exercício da atividade em caráter habitual e profissional. Há muitas situações nos quais esses elementos não estão presentes no plano dos fatos, sendo a OJ uma quebra na orientação jurisprudencial e doutrinária. Contudo, com base no princípio da primazia da realidade sobre a forma, a caracterização independe do registro próprio e do exercício da atividade de modo permanente ou profissional. Criou-se o construtor ou incorporador de fato.

3) **Terceirização**

Contratação de trabalhadores por uma empresa interposta.

Figura atípica de contratação trabalhista. Em regra, no direito de trabalho, há vínculo jurídico entre Empregado e empregador. **Na terceirização ocorre dissociação entre a relação econômica (favorecimento econômico do trabalho alheio) e a relação jurídica**. Prestação de serviço por empresa interposta.



Só é admitida nos **casos legalmente previstos e nos tolerados/admitidos** na jurisprudência do TST. *(parte copiada do caderno da Júlia)*

Evolução legislativa:

Dec-Lei 200/67: possibilitou a terceirização na Administração Pública. Decreto da **descentralização administrativa**. Art. 10, §7º - para o controle do crescimento indiscriminado da máquina administrativa a AP contrataria terceiros para atividades executórias.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Lei 5645/70: arrolou de modo não taxativo, mas **exemplificativo**, as atividades passíveis de **terceirização na AP: limpeza, conservação, transporte, recepção, elevador, custódia**.

A lei foi **revogada em 97**, o que não implicou o fim da terceirização. Ao contrário, houve seu aprofundamento, com o Estado Gerencial de FHC. Sua ampliação foi ainda maior com a Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista que o gasto com terceirizados não é incluído no limite dos gastos com pessoal previstos na lei, sendo considerado como “contratações”, vez que não diretamente remunerados pelo poder público. A terceirização **causa quebra da Lei de Responsabilidade Fiscal** (os terceirizados não entram no limite da despesa de pessoal). Além disso, **estimula o nepotismo**, pode-se contratar quem quiser, com o salário que quiser. Problema: Alegar atividade altamente especializada com dispensa de concurso público.

Lei 6019/74. Lei de trabalho temporário:

Permitiu, na iniciativa privada, a contratação de **empresas de trabalho temporário ou para a substituição de pessoal permanente** (ex. pessoa que está em licença maternidade) **ou para acréscimos extraordinários de produção. Mecanismo de terceirização temporária.** Prazo do contrato: **3 meses prorrogáveis com autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.** A prorrogação deve atender a situações em que o trabalho temporário é necessário, casuística. Entretanto, o número de auditores fiscais do trabalho torna impossível a análise casuística da possibilidade de prorrogação. Assim, o MTE editou portaria fixando a prorrogação por mais 3 meses.

Qualquer atividade fim ou meio é passível de terceirização no âmbito dessa lei. Além disso, as **hipóteses de restrição por ela trazidas não foram incorporadas pela jurisprudência.**

Uma corrente mais restritiva entendia que o acréscimo de produção não pode ser regula

r, ele deve ser imprevisível. O aumento da produção de chocolate no período da Páscoa, por ex, não seria aqui cabível. Mas essa corrente é minoritária, não aceita na jurisprudência nem na doutrina. Um dos exemplos que o Godinho traz, inclusive, é justamente a contratação de vendedores no Natal.

Para essa corrente, um exemplo cabível seria o aumento da produção de vuvuzelas na época da Copa da África do Sul.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias acreditam que a terceirização nessa lei de trabalho temporário é cabível, inclusive, em acréscimos regulares de produção.

O art. 12 dessa lei elenca os direitos reconhecidos ao trabalhador temporário terceirizado:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

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

b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);

c) férias proporcionais, nos termos do [artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966](#);

d) repouso semanal remunerado;

e) adicional por trabalho noturno;

f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;

g) seguro contra acidente do trabalho;

h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela [Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 \(art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973\)](#).

§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

1) jornadas de 8h diárias, limitadas a 44h semanais;

2) excedida a duração normal, tem direito a horas extras com adicional de, no mínimo, 50%.

3) adicional noturno no montante de 20% do salário normal. Jornada: 22h-5h 7h físicas = 8h fictas. 52'30" = 1h ficta.

4) férias proporcionais acrescidas de gratificação.

5) seguro contra acidentes pessoais.

6) inclusão na previdência social.

7) anotação na carteira de trabalho.

8) salário igual ao dos empregados do tomador de serviço. Mesmo padrão salarial. Direitos salariais não previstos na lei de trabalho temporário, mas pagos aos efetivos, devem

ser reconhecidos ao terceirizado. Verdadeira **isonomia salarial**.

Feridos = descanso remunerado, não são considerados direitos fundamentais e não são direito do trabalhador temporário. Mas, devido a essa equivalência salarial, deve-se pagar o extra. Outra consequência é a negociação coletiva de trabalho. Trabalhador temporário tem sindicato próprio, mas eles **aproveitam as garantias salariais negociadas pelos sindicatos dos efetivos**. Mas, **outras garantias que não salariais, e não impactem no salário, não podem ser estendidas**. Esse sindicato foi feito pra ser estragado, não tem capacidade combativa, criados para esvaziar os sindicatos dos trabalhadores efetivos.

9) indenização de 1/12 da remuneração pelo tempo de vigência do contrato de trabalho temporário, indenização por tempo de serviço. Há quem diga que essa indenização não foi recepcionada pela CRFB, pois o FGTS tem a mesma função. Há quem diga, por outro lado, que essa indenização se mantém porque norma geral posterior não revoga norma específica anterior. Ainda invoca a súmula 125 do TST, mas ela se aplica a outra situação, não a essa. Professora acredita que essa **norma restou prejudicada pelo FGTS**.

Formalidades: **o contrato de trabalho temporário deve ser firmado por escrito e a hipótese que permite a contratação temporária deve estar expressa**. O vínculo de trabalho deve estar anotado na carteira de trabalho.

Proibição da utilização do trabalho temporário para estrangeiros com visto de estadia provisório. O estrangeiro deve ter visto de trabalho.

Responsabilidade solidária da empresa tomadora pelo cumprimento das obrigações relativas a remuneração, contribuição previdenciária e indenização especial (1/12) desde que haja falência da empresa terceirizadora. Quase não é aplicada porque o TST tem súmula que determina responsabilidade subsidiária desde que não haja o pagamento das obrigações trabalhistas.

26/09/13

Lei 8102/83: terceirização da vigilância bancária.

Lei 8663/94: permite a terceirização da vigilância em qualquer local, geral.

Vigilância não é igual vigia. Vigilância pressupõe curso preparatório, fiscalização da Polícia Federal, sem antecedentes, direito a porte de armas, e uma série de restrições.

De início, a professora entendia que era tolerável essa forma de terceirização, porque facilitaria a fiscalização da PF.

Quando, porém, veio a lei de 94, alguns entendiam que a terceirização da vigilância teria caráter compulsório e, logo, a PF só fiscalizaria aquelas empresas de vigilância. Entre

tanto, não foi essa ideia que prevaleceu, pode-se contratar vigilantes por terceirização ou não. Para a professora, isso vai contra princípios constitucionais, já que diferencia os trabalhadores.

Lei 9472/97: Telecomunicações: inerentes, acessórias, complementares.

Terceirização ampla e, praticamente, irrestrita, na medida que pode-se terceirizar, inclusive, a atividade inerente. Vai contra a dignidade da pessoa humana e a função social do trabalho, porque esvazia a empresa.

Algumas turmas de tribunais do trabalho entenderam que esse preceito dessa lei era inconstitucional, entretanto, as empresas entraram com reclamação no STF por quebra da súmula vinculante 10, que reserva ao plenário a declaração de inconstitucionalidade de lei. A questão de fundo ainda não foi analisada pelo STF.

Excepcionalidade (ausência de regulamentação genérica)

Setorialidade (autorizada setorialmente)

São essas as características que se impõem ao modelo hoje.

Antes, entendia-se que a falta de uma regulamentação geral era vista como um silêncio ideológico. O direito não regulava porque não aceitava a figura e privilegiava a relação tradicional de emprego.

Tratamento jurisprudencial:

Súmula 256, TST: só permitia a terceirização para vigilância bancária (nos termos da Lei 8102/83) e para acréscimo extraordinário de produção e substituição temporária de pessoal permanente (nos termos da Lei 6019/74). **Vigorou até 1994.** Qualquer terceirização fora disso era vista como ilegal.

Governo Collor: abertura e modernização de mercado. A mudança da realidade do mercado de trabalho brasileiro que começou a pressionar o TST, na época com uma formação mais conservadora, para mudar o tratamento a terceirização. Daí, em 1994, a súmula 256 é revogada.

Súmula 331, TST: Atividade fim - Lei 6019/74 (trabalho temporário).

Atividade meio - limpeza/conservação, vigilância (Lei 8102/83), outras, desde que ausentes a personalidade e subordinação direta.

Atividade fim = se relaciona aos fins essenciais do empreendimento.

Atividade meio = dão suporte à realização dos fins essenciais do empreendimento.

Mas, para saber se a atividade é fim ou meio, faz-se necessária uma análise casuística.

Ex. Operadora de telefone que atende o cliente é atividade meio na montadora de carro,

mas atividade fim na empresa de telemarketing.

Só é cabível terceirização da atividade fim nos termos da lei 6019 (trabalho temporário).

Já nas atividades meio há ampliação das possibilidades. É possível a terceirização das atividades meio de limpeza/conservação, vigilância (Lei 8102) e outras, desde que ausentes personalidade e subordinação direta.

O TST, assim, desrespeitou a ideia de que a terceirização deveria ser setorializada de acordo com o permitido em lei, permitiu a terceirização de trabalho não prevista em lei.

Para a professora, essa súmula ainda vai contra o art. 7º da Constituição que veda a diferenciação do tratamento jurídico entre o trabalho manual, técnico e intelectual. Com essa súmula há um tratamento diferenciado para os trabalhos manuais. O trabalho da faxineira é tão importante quanto o do engenheiro.

Outro problema dessa súmula é que ela amplia para situações não previstas em lei.

Além disso, ao dizer que não podem estar presentes a personalidade e a subordinação direta, o tribunal instigou algo muito perverso.

Ao tirar a ideia de personalidade, o que se tem em vista é o trabalho e não a pessoa. O mercado de trabalho terceirizado é cruel nesse sentido, a pessoa é descartável e, consequentemente, há maior rotatividade do trabalho. Fora que o terceirizado pode ser dispensado pela empresa terceirizadora sem que a tomadora possa opinar nisso.

Taxa de rotatividade superior em 2,4x. Por quê? Porque o que interessa não é o sujeito, mas o seu trabalho. O ser humano, aqui, é tratado como coisa.

Ao exigir a ausência da subordinação direta, o TST fez ampliar os mecanismos de subordinação estrutural. Também há a necessidade de se transferirem ao trabalhador terceirizado toda a cultura da empresa, todos os valores dela, de forma que ele possa agir como a empresa quer sem necessidade de ordem direta. Não se conforma seu agir, mas seu ser, ele passa a ser um autômato da empresa.

Para alguns poucos trabalhistas, como a professora, a terceirização é degradante e não é possível retificar as iniquidades desse sistema, que é inconstitucional. A professora não vê possibilidade do controle civilizatório da terceirização. Ela atinge a construção da identidade e o senso de pertença social. Nós só podemos falar em sociedade quando o sujeito pode criar sua identidade (que está intimamente ligada ao trabalho), participar e pertencer a sociedade. Teoria democrática.

A identificação do trabalhador é necessária para a formação da identidade.

Ex. Na década de 70, tudo o que uma mãe queria era casar a filha com um funcionário do BB. Hoje, o BB tem várias empresas prestadoras de serviço, como a Cobra, que tem a ver com TI. Se esse cara fosse apresentado à mãe na década de 70, a mãe não iria gostar, não iria entender, iria dizer "filha, pedi pra você casar com um funcionário do BB, que lugar é esse? Cobra?".

A terceirização também afeta na questão de pertença social, de formação de identidade social. **Sindicato dos terceirizados junta pessoas com realidades diferentes, não há identificação** de um com o outro, não se conhecem.

Por fim, **a terceirização é grande fator de aumento de acidentes de trabalho (+800%) e de mortes em trabalho (+550%)**. Por que isso acontece? É óbvio, **esse trabalhador está recebendo ordens de pessoas que não conhecem seu local de trabalho**. O mapeamento de riscos está relacionado com o controle do local de trabalho. Como não há controle, não há mecanismos de prevenção de riscos eficientes, criação de equipamentos, etc. Como há maior rotatividade, os empregados não tem treinamento adequado de prevenção de riscos e acidentes. Além disso, as normas do Ministério do Trabalho e Emprego não estão preparadas para a terceirização, (perdi o motivo)

01/10/13 (*aula copiada do caderno da Júlia*)

Revisão

Quadro legislativo:

Dec. 200/67 – No poder público

Lei 5645/70

Lei 6019 – Para:

Substituição temporária

Acréscimos extraordinários de produção

Lei 7202/83 – Vigilante, no setor bancário

Lei 8863/94 – Setor de vigilância, ampliado para o mercado de trabalho em geral. A atividade é regulamentada em lei, sendo exigidos determinados requisitos: formação técnica, análise de condições psicotécnicas, ausência de certidão positiva criminal, participação em concurso.

Está sob fiscalização da polícia federal e tem direito a porte de armas. Não se confunde com a condição de vigia.

Lei 9472 – As agências de telecomunicações, nos limites impostos pela legislação regulatória poderiam contratar com outras empresas o desenvolvimento de atividades

: inerentes, acessórias ou complementares. **O TST tem feito resistência a ampliação desmedida da terceirização no setor de telecomunicação.** O trinunal tem entendido que, a medida que nesse caso pode-se terceirizar tudo, seria esvaziada a função social do serviço, o que iria de encontro a dignidade humana e organização social do trabalho. A terceirização de serviço inerente não seria compatível com o regime constitucional. – STF tem concedido várias liminares baseadas no descumprimento, pelo TST da súmula vinculante no 10 (deve ser apreciada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade em plenário). O STF ainda não se manifestou acerca da matéria de fundo.

Há duas linhas mestras no tratamento da terceirização: é modelo **excepcional**, não há regulamentação genérica do instituto; **esta situação é setorialmente autorizada**

•
Percebida pelo tratamento jurisprudencial: **Súmula 356** só permitia a terceirização na iniciativa privada na forma da lei 6019 ou ainda da lei 7202. (As posteriores não eram ainda vigentes).

Contudo, a terceirização ganha impulso na década de 90; governo Collor, que fez da abertura econômica brasileira um mecanismo para modernização do parque industrial. Na medida em que há abertura para economia global, passam a ser aplicados os postulados do modelo japonês de produzir (reestruturação produtiva). Expansão jurisprudencial além da lei e interpretação doutrinária. Há pressão do patronato para que ela seja tolerada jurisprudencialmente; a cúpula do judiciário, formada por legatários do período militar, editou a Súmula 338 com outros parâmetros para a terceirização. Abandona a idéia da excepcionalidade permitindo sua expansão. Isso foi feito pela distinção das atividades fim e atividades meio. As primeiras são aquelas inerentes essenciais, nucleares, ao desenvolvimento da atividade da tomadora final do serviço. As últimas são secundárias, acessórias, complementares, de suporte ao desenvolvimento da atividade fim. Conceitos jurídicos indeterminados só ganham determinação no caso concreto, garantindo plasticidade, flexibilidade e maleabilidade que permitem a expansão. Ademais, a dignidade humana, igualmente distribuída entre todos os seres humanos, e o valor social do trabalho - dela decorrente -, independem do tipo de atividade, sendo vinculados à valorização ínsita da pessoa humana. Nesse sentido o art. 7º, XXXII da CR. Todos os trabalhadores devem ter igualdade de tratamento. Quando a terceirização faz a distinção, esse artigo, bem como o art. 3º, seriam feridos.

Há resistência histórica à terceirização nas atividades fim. No caso de atividades meio, foram admitidas no caso de limpeza, conservação, vigilância, nos termos da lei, e outras atividades meios, desde que ausentes subordinação direta e pessoalidade.

O modelo é condenável pois:

- 1) O trabalho humano nunca pode ser objeto de mercancia; o objetivo da empresa de terceirizadora é vender força de trabalho.
- 2) Condiciona a licitude da terceirização à ausência de pessoalidade perante o tomador de serviço. Assim, torna os trabalhadores temporários descartáveis para o sistema. O tomador de serviço, ademais, tem em vista não a pessoa humana, mas o resultado do trabalho.
- 3) Ao exigir a inexistência de subordinação direta, a empresa de terceirização fica encarregada de orientar o empregado. Contudo, para que o trabalho seja útil para o tomador de serviço são criados mecanismos de ocultação de ordens; subordinação virtual, ou criação de programas de treinamento, qualificação, código de condutas, etc, conformando o ser do trabalhador terceirizado à cultura, desejo e interesse do tomador do trabalho – subordinação estrutural.

Seria um processo de desumanização sem solução. A teoria do controle civilizatório da terceirização tem duas linhas mestras: responsabilização em maior ou menor grau e isonomia de direitos de expressão econômica. Ela busca o desestímulo econômico a adoção da terceirização. Contudo, ela está fadada ao fracasso; 30% do mercado de trabalho brasileiro já é terceirizado. Ademais, existem aspectos do fenômeno que extrapolam o âmbito econômico, como acima exposto: construção da identidade humana impactada pela figura (na sociedade contemporânea essa construção se dá em relação a sua posição no mercado de trabalho). Ela pulveriza os sindicatos criando novos, sem a noção de coletivo. É inerente a ela uma expansão enorme dos índices de acidentados e de mortes no trabalho; não há controle e mapeamento dos riscos; a rotatividade impede a devida adequação as normas de segurança, os programas de treinamento se dirigem apenas aos trabalhadores diretamente vinculados.

08/10/13

Terceirização lícita: quando a terceirização tem por objeto aquelas atividades autorizadas pela súmula do TST, **não há vínculo de emprego entre o trabalhador submetido a terceirização e o tomador de serviço. O empregador e titular das obrigações trabalhistas é a empresa de terceirização.** Contudo, **em caso de inadimplemento** das obrigações trabalhistas, a súmula 331 do TST atribui ao tomador de serviço a **responsabilidade subsidiária**, uma vez que ele se favoreceu economicamente do trabalho alheio e, portanto, não pode se favorecer sem se responsabilizar socialmente por ele. Essa responsabilidade pode recair sobre todas as obrigações não adimplidas pelo empregador.

Terceirização ilícita: quando as atividades terceirizadas não são aceitas nem reconhecidas (limpeza, conservação, vigilância e outras atividades meio desde que ausentes pessoalidade e subordinação direta) pela jurisprudência, **existe o vínculo empregatício entre**

o trabalhador e a empresa tomadora. A empresa tomadora passa a vincular como em **pregadora e passa a ser responsável pelas obrigações trabalhistas.** Mas, não podemos esquecer da empresa terceirizadora, porque ela figura formalmente como empregadora e a sofreu lucro com isso. Nesses casos há, então, **responsabilidade solidária** entre as empresas.

Administração Pública:

- Terceirização Lícita:

Art. 71, §1º Lei 8666/93: inaplicabilidade da responsabilidade objetiva (regra geral: **art. 37, §8º CRFB**) da Administração Pública em contratos regidos pela lei de contratos e licitações públicas, como no caso dos contratos de terceirização.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

A **ADC 16/DF** declarou constitucional a não aplicabilidade da responsabilidade objetiva da Adm. Pública para fins trabalhistas.

Logo, **para haver responsabilização da Administração deve haver culpa ou dolo: responsabilidade subjetiva.**

A Lei 8666/93 estabelece deveres para a Adm. Pública, especialmente de fiscalização dos contratos, entre eles, fiscalizar a regularidade do cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim, **se a Administração não fiscalizar esses contratos, presente está a culpa in vigilando, e pode ser responsabilizada a Administração de forma subsidiária.**

Problema: quem deve provar a culpa *in vigilando*? Tem se aplicado o art. 333 do CPC para distribuição do ônus da prova no processo trabalhista. Em regra, deve provar quem alega: o autor a existência de seu direito (elementos constitutivos) e o réu fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. A princípio, se aplicarmos o critério estático de produção do ônus da prova, quem deveria provar seria o empregado terceirizado. Entretanto, a própria teoria da culpa *in vigilando* diz que aquele que tem o dever de fiscalizar deve comprovar a fiscalização. Além disso, há um princípio no processo civil que se chama aptidão para o ônus da prova, que significa uma distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando eventuais hipossuficiências (estará expresso como regra geral no novo CPC). No processo do trabalho, tal princípio é expresso: art. 552-D da CLT: juiz pode excluir provas impertinentes, protelatórias ou excessivas; assim, o magi

strado pode excluir o ônus da prova de uma das partes e transferi-lo para outra. Seria muito complicado e injusto pedir para a faxineira da faculdade provar que o Reitor não realizou a fiscalização do seu contrato. Entretanto, isso é muito fácil de ser comprovado pela Administração Pública.

Assim, na confluência dos dois fundamentos já expostos, entende-se que **o ônus da prova é da Administração.**

- Terceirização Ilícita:

Existe, no caso da Adm. Pública, um **obstáculo constitucional para o reconhecimento do vínculo empregatício** entre a Administração e o trabalhador terceirizado, porque a CRFB **exige o concurso público** e, em regra, os terceirizados não ingressam por concurso público. Assim, não há vínculo de emprego por **vício de formalidade (falta de elemento essencial do contrato)**. Contrato seria declarado nulo e deve-se cassar os efeitos do contrato. Entretanto, é possível exigir do trabalhador a restituição do erário público, mas não é possível que se devolva a ele o trabalho prestado. Daí o direito do trabalho tem como regra que todos os efeitos do contrato de trabalho são válidos até sua declaração de nulidade, mas aí será considerada válida, pelo menos por um tempo, algo inconstitucionalidade inválido. Então, para evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, o TST estabeleceu na **súmula 363 que, em caso de invalidade desse contrato, o trabalhador tem direitos mínimos: salário proporcional a jornada e FGTS.**

Súmula 363, TST: Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos
A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Essa súmula até parece boa, mas ela não se aplica bem quando o trabalhador deixa de concorrer para essa ilicitude e está de boa-fé.

Ex.: a faxineira que recebe ordens diretas do governador. Teoria da aparência, terceirização ilícita. Ela vai perder direitos mesmo estando de boa-fé, não concorrendo para a ilicitude?

Ex.: pessoa que é contratada para ser recepcionista da faculdade e tem a função desviada, vai trabalhar na seção de ensino.

Para a professora e até para o próprio TST, **nas situações em que o trabalhador não concorre para a ilicitude e está de boa-fé, a súmula 363 é afastada e todos os direitos são garantidos.**

Além disso, a OJ 383 do TST determina que, **no caso de desvio de função, o salário deve ser equiparado àquele que é concursado e exerce a mesma função.**

Problema: e quando não há função equivalente para se estabelecer isonomia? Juiz deve

arbitrar. Ex.: Cemig que terceiriza operador de telemarketing e não pode. Cemig não tem nenhum trabalhador que é operador de telemarketing.

Professora não acredita no controle civilizatório da terceirização.

Para a professora, ainda, a súmula 363 do TST é muito boa quando há má-fé e o trabalhador concorre para a ilicitude (ai deveria o trabalhador restituir o que ganhou ao erário) e ruim quando há boa-fé.

15/10/13 (aula copiada do caderno da Júlia)

Responsabilidade Trabalhista (continuação)

4) Responsabilidade do Sócio da Pessoa Jurídica:

A PJ não se confunde com a pessoa de seus sócios. O próprio artigo do CC prevê que o patrimônio dos sócios está sujeito a execução na forma da lei. É possível a responsabilização pessoal do sócio, pelas dívidas da sociedade, nos seguintes casos:

- (1) Responsabilidade de origem da legislação empresarial; decorrente do próprio modelo de responsabilização da sociedade. (Vide esquema que a prof. vai enviar)
- (2) Responsabilidade subsidiária limitada dos sócios;
- (3) Responsabilidade solidária na sociedade em conta de participação;
- (4) Comandita por ações: responsabilidade dos sócios comaditários pelo valor subscrito nas ações e responsabilidade solidária do comanditado;
- (5) S/A limitada ao valor subscrito nas ações;
- (6) LTDA: Limitada ao valor subscrito nas ações.

Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Inaugurada, com expressão social no CDC – art. 28, § 5º:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Os bens do sócio da pessoa jurídica fornecedora poderiam ser agravados no caso de infração legal, desvio de finalidade ou insuficiência patrimonial para o cumprimento das dívidas societárias. Acolheu a chamada "teoria maior" de desconsideração da PJ, estabelecendo várias hipóteses de aplicação da teoria para além das situações de abuso da const

ituição da PJ (desvio de finalidade).

Essa teoria passou a ser aplicada para outros setores da vida social, que não as relações de consumo. Não havia preceito geral de regulação da matéria, caracterizando-se uma lacuna legal. Considerando a teoria do abuso de direito (não pode ser usada para fraude à lei, não cumprimento regular das obrigações societárias etc.).

A justiça do trabalho, apoiada na analogia, avança sobre o patrimônio pessoal dos sócios. A teoria se alastrou e se consolidou nos diversos segmentos do direito.

Com o advento do novo CC a matéria foi regulada de maneira genérica pelo art. 50 que acolheu a "teoria menor" da desconsideração.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Nesta hipótese, de desvio de finalidade, que não inclui a insuficiência patrimonial, por requerimento das partes ou do MP pode ser desconsiderada a PJ.

Foram criadas, em decorrência, contradições no ordenamento:

O CDC adotou a teoria maior em proteção à vulnerabilidade da pessoa consumidora, na mesma lógica que orienta o direito do trabalho.

O CTN, arts. 134 e 135 adota também a teoria maior da desconsideração, reconhecendo a responsabilidade pessoal do sócio em caso de desvio de finalidade e mesmo nas situações de insuficiência patrimonial da pessoa jurídica titular da obrigação, no caso de descumprimento de obrigações tributárias ou atos *ultra vires*.

Art. 83 da Lei 8.101/2005 – Prevalência do crédito trabalhista sobre o crédito tributário

.

Paradoxo do sistema; fragilização pela criação da norma geral. Quer pela *ratio legis*, de vulnerabilidade típica do credor trabalhista, quer pela prevalência concedida ao crédito trabalhista.

TGD: a norma geral supre a lacuna que permitia a aplicação da analogia. Os critérios de resolução dos pseudo-conflitos normativos, em certos aspectos, podem quebrar suas próprias finalidades por não resgatar a unidade e coerência do sistema. A fragmentação si

sistêmica tem corroborado para formação de paradoxos, no caso, quebrando a idéia de coerência. **Deve-se abrir mão dos critérios tradicionais em favor do diálogo das fontes;** é necessário que normas especiais de diferentes fontes dialoguem. – Ver textos que a prof. vai enviar.

Assim, tendo em vista a coerência sistêmica, a justiça do trabalho tem reconhecido que embora o art. 50 tenha adotado a teoria menor - abordando meramente situações de desvio de finalidade e confusão patrimonial - pode-se desconsiderar a PJ também no caso de mera insuficiência patrimonial. (Vide material a esse respeito). Alargamento da teoria da desconsideração da PJ em matéria trabalhista.

Na jurisprudência da Justiça do Trabalho a fundamentação da desconsideração costuma se apoiar na autoridade de súmulas, precedentes jurisprudenciais etc. Processo autopoiético. Problemático; deve-se promover a liberdade do juiz, não a disciplina do processo.

17/10/13

Ordenamento trabalhista

1) Fontes materiais: sociais, políticos, econômicos, filosóficos, etc.

São fatores que impulsionam a produção legislativa, que inspiram o legislador. São fatos que fazem surgir a consciência de regulação de certo aspecto da vida social. Assim, são os fatos econômicos, sociais, mudanças filosóficas, e outros. Para muitos, é um momento pré-jurídico, anterior a norma, então questionam a validade de uma fonte material.

2) Fontes formais: heterônomas - Constituição e emendas; tratados internacionais; leis em sentido amplo; decretos; instruções normativas; sentença normativa.

autônomas

São instrumentos de criação das normas jurídicas. Distinguem-se entre fontes heterônomas e autônomas.

As heterônomas são aquelas cujas normas não contam com a participação direta de seus destinatários. Fontes estatais são consideradas heterônomas, pois não contam com a direta participação dos destinatários da norma.

As fontes autônomas são aquelas em que o centro produtor contempla os sujeitos interessados que serão regulados por aquela norma jurídica. Contam com a participação direta dos sujeitos que são o fim da própria norma. São, por exemplo, as convenções e acordos

os coletivos de trabalho. Pluralismo jurídico: reconhecimento que não há monopólio estatal para produção da norma jurídica.

O Estado, porém, tem preponderância na construção da norma jurídica.

- Fontes heterônomas:

A) Constituição

A constituição é fonte heterônoma. Houve um processo de **constitucionalização dos direitos do trabalhador**, a partir da Constituição de Weimar. Os direitos do trabalho, portanto, são **fundamentais** à pessoa humana, e também há um maior apreço pelo direito do trabalho, dotando os direitos trabalhistas de grau de importância superior. Assim, há maior consolidação dos valores do trabalho, e com a eficácia superior, as normas infraconstitucionais não podem modificar aqueles direitos consagrados na CF, validando de forma mais “potente” o direito adquirido.

Logo após a CF, as emendas constitucionais promovem a necessária adequação da CF, fazendo com que ela consiga refletir a sociedade de forma atual. O art. 60, §4º estabelece limites ao poder de reforma, proibindo a proposta de emenda que venha a abolir direitos fundamentais. **Princípio da vedação do retrocesso social: é mecanismo de proibição de retrocesso nos direitos fundamentais consagrados, sobretudo nos direitos sociais.** O STF também reconheceu que emenda não pode tirar direitos considerados fundamentais, não apenas aqueles do art. 5º, mas os espalhados pela CF também. O art. 60, §4º não intenta um engessamento dos direitos.

Art. 60, §4º: "Sem prejuízo de outros direitos que visem a ... Social": Constituição estimula a criação de novos direitos para garantir a progressividade social.

A Constituição, ao estabelecer tal parâmetro, impede o retrocesso social. Ele proíbe o retrocesso, apenas permitindo mudanças que não venham a retrain ou eliminar direitos fundamentais. Esse princípio se irradia por todo ordenamento trabalhista, proibindo retrocesso para todos os direitos sociais garantidos infraconstitucionalmente.

É assegurado para além da vedação do retrocesso em direitos humanos. **A lei infraconstitucional não pode precarizar os níveis sociais já alcançados.**

(parte acima copiada do caderno da Marina)

B) Tratados internacionais

Outra fonte formal relevante são os tratados.

Art 2º, §2º da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969. Tratados internacionais são os acordos firmados pelos estados, quer conste de documento único, quer conste de termos anexos, qualquer que seja sua denominação, e regulado pelo direito internacional.

Essa convenção não foi ratificada pelo Brasil, mas é considerada pela Corte Internacion

al como direito costumeiro. Tal convenção tem de ser atualizada, isso pois a Convenção de Viena de 1982 reconheceu as organizações internacionais como sujeitos de direito internacional, podendo firmar tratados.

Assim, tratados internacionais são todos os pactos firmados pelos sujeitos de direito internacionais, regulados por esse ramo do direito.

Fonte formal heterônoma de mais impacto no direito do trabalho.

Tais tratados podem ser multi ou bilaterais. Podem ser fechados (uma vez celebrados não se permite que outras partes entrem no acordo) ou abertos (permitem adesão de outras partes posteriormente). Por fim, podem ser tratados obrigacionais (regulam interesses contrapostos estabelecendo obrigações recíprocas) e tratados normativos (regulam interesses convergentes estabelecendo normas internacionais).

Convenções da OIT: tratados multilaterais, abertos, normativos, elaborados e ratificados pelas conferências da OIT que têm como função criar normas internacionais em direito do trabalho.

Recomendações: não imputam responsabilidade internacional pelo seu descumprimento. Há quem diga, por isso, que são fontes materiais, estimuladoras da produção normativa em âmbito local, mas são *soft law*, carecem de coercibilidade.

Resoluções: são normas procedimentais, regulam a estruturação e dinâmica da OIT.

Assim, as verdadeiras fontes são as convenções.

É secular a discussão entre direito internacional e direito nacional. São as teorias:

(i) Teoria Dualista: propõe que o ordenamento internacional e o ordenamento nacional são normas jurídicas distintas e, portanto, uma fonte de direito internacional só pode ser adotada internamente após trâmite legislativo devido. O direito internacional regula relação entre estados e o nacional entre estados e seus cidadãos. Então, a posição hierárquica do tratado dentro do Estado depende de seu próprio ordenamento.

(ii) Teoria Monista: há confluência de competências em certas temáticas, pontos de contato. Nesses espaços de convivência comum, ambos os ordenamentos são fontes.

Essa teoria se subdivide em duas:

- Vertente Hegeliana: primazia do direito nacional. Em caso de conflito legislativo nesse espaço comum, deve preponderar o direito nacional. Relaciona-se com a vontade do Estado.

- Vertente Kelseniana: preponderância da norma internacional. A norma fundamental que confere validade à constituição é exatamente a regra de soberania da ordem internaci

onal, logo, o ordenamento internacional dá validade ao nacional.

Nos tribunais internacionais prepondera a perspectiva Kelseniana. Usa-se a própria convenção de Viena de 1969 que afirma que não se pode arguir obstáculos internos para a não observância de tratados internacionais. Não se anula o direito interno, mas se responsabiliza o Estado.

Os horrores da segunda guerra mostraram aos estados que existem questões que não podem ser relativas exclusivamente ao direito interno, daí a criação de uma ordem jurídica internacional de proteção aos direitos da pessoa humana. **A ideia que perpassa o direito internacional público é que, em caso de conflito, deve preponderar a norma mais favorável à pessoa humana. Caráter complementar do conjunto normativo de proteção da pessoa humana.** Irrelevância da discussão exposta anteriormente.

No âmbito interno, temos percebido a tendência das constituições de se abrirem para o reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos. A CRFB, em seu art. 5º, §2º, afirmava, já em sua redação original, que os direitos nela estabelecidos não vedariam outros estabelecidos, inclusive, por meio de tratados internacionais. Bloco de constitucionalidade. Reconhecimento de outros direitos fundamentais quer pela aplicação de princípios, quer por ser o Brasil parte em tratados internacionais.

O STF sempre teve uma visão restritiva do bloco de constitucionalidade. O Supremo até 2008, entendia que os tratados internacionais, ainda que de direitos humanos, tinham posição hierárquica de lei ordinária. O Brasil adotaria a teoria dualista, necessidade de procedimento legislativo. Interpretação rasteira do art. 105 dizendo que "lei" e "tratado" estão no mesmo patamar. Isso inclusive foi afirmado em decisões pós 1988. Mas, em 2008, o STF mudou um pouco de ideia, entendendo que **os tratados internacionais de direitos humanos tem um status diferenciado no Brasil.** Redação original do art. 4º e do art. 5º, §2º. A EC 85 fez incluir o §3º no art. 5º determinando que os tratados, se deliberados naqueles termos, teriam status de emenda à constituição. Daí o STF entendeu que **os tratados internacionais de direitos humanos - não aprovados na forma do art. 5º, §3º, - tem status infraconstitucional mas supralegal.** Não reconheceram a materialidade constitucional nem a supraconstitucionalidade (art. 102, possibilidade de controle de constitucionalidade). Professora acredita que o mais correto seria considerá-los como constitucionais, o que o STF fez foi uma aberração jurídica.

C) Lei em sentido amplo:

Abarcando a lei em sentido estrito, as medidas provisórias e as leis delegadas. As leis em sentido amplo são escritas e, mediante processo legislativo válido, prescrevem condutas e são dotadas de **generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade.** Suas espécies se distinguem em razão do procedimento legislativo.

Leis em sentido estrito são aquelas oriundas do poder Legislativo e sancionadas pelo Executivo, dotadas de generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade.

MP: oriundas do poder Executivo e com caráter de urgência, dotadas de generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade. Direito do Trabalho pode ser regulado pelas MPs.

Leis delegadas: oriundas do poder Executivo mediante decreto do Legislativo delegando competência legislativa, dotadas de generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade. (instrumento quase inutilizado)

22/10/13 (aula copiada do caderno da Júlia)

D) Decretos:

Os decretos **regulamentam** de forma geral, abstrata e obrigatória aspectos dos preceitos legais. Não tem caráter inovador pós CC/88, vez que o art. 25-A dos ADCT proíbe a ação normativa inovadora do poder executivo.

E) Instruções normativas, portarias, circulares etc.:

Também se aplica a eles o art. 25-A.

Art. 200 da CLT, por ex., estabelece delegação legislativa para o Ministério do Trabalho em matéria de saúde, segurança e higiene no trabalho. Após a CF passou a ser discutida a possibilidade dessa delegação, tendo em vista o art. 25-A. Deve-se considerar que há previsão de exceções a esse artigo na própria CF; ex. das MPs. O art. 7º, XXII da CF tem sido interpretado no sentido de que a política normativa nela prevista tem que ser levada a cabo por qualquer poder que integre a ordem federativa brasileira. O STF entende, portanto, que é constitucional a competência do MTE.

F) Sentença normativa:

É, do ponto de vista formal, um ato jurisdicional pelo qual se põe termo ao processo. No caso, ao dissídio coletivo (DC), que dirime controvérsias coletivas de trabalho, envolvendo uma categoria de trabalhadores. **Quando prolatada nesses dissídios, a sentença vai se aplicar às demais relações individuais de trabalho no âmbito da categoria dissidente/daqueles representados pelo sindicato/daquele grupo. Estabelece prescrições de conduta referente às relações de trabalho com caráter geral, abstrato, obrigatório e inovador: é verdadeira fonte do direito do trabalho.**

Desde a CF 88, para que se tenha a propositura de um dissídio coletivo são necessários: a prévia tentativa de conciliação coletiva (favorecimento a solução mais democrática) e o comum acordo. Os sujeitos podem utilizar a via arbitral ou, em comum acordo, ajuizar o dissídio coletivo; para que ele seja instaurado e devidamente processado é necessário que as partes concordem com a sua instauração. Pode ser a concordância expressa ou tácita, se praticados atos processuais compatíveis com o acordo. O voluntarismo nesse ti

po de relação processual decorre, historicamente, do fato de que tramitaram em paralelo a reforma do judiciário e a reforma trabalhista, tendo apenas a primeira sido levada a cabo; buscava-se acabar com o regime judicilizado das relações de trabalho prevendo a utilização da via arbitral. O DC é um mecanismo típico de regime autoritário de regulamentação das relações de trabalho; regimes democráticos prevêm a solução de controvérsias pela via negocial coletiva. Deve-se afastar a solução de conflitos do mecanismo estatal.

A EC 45 limitou a utilização de DC à solução de conflitos de natureza econômica (ajuste salarial, participação nos lucros etc.) não abarcando os conflitos acerca da interpretação do direito.

Não pode a sentença normativa, ainda, estabelecer conteúdo aquém do que está previsto na legislação de trabalho, convenção coletiva de trabalho ou regulamentos empresariais e contrato de trabalho. **Limites legais ao seu conteúdo.**

Tem vigência fixada no próprio instrumento, não podendo ultrapassar **4 anos**. Contudo, entende-se que se aplicam às relações de trabalho até que nova sentença normativa seja prolatada ou convenção coletiva de trabalho regule a questão, ainda que se ultrapasse o prazo legal.

A sentença vai, portanto, estabelecer condições de trabalho a todos os empregados do sindicato, sendo aplicado o princípio da vedação do retrocesso. Se vir lei posterior regulando a matéria, a sentença sai de vigor.

- Fontes autônomas

O centro jurígeno de produção da norma conta com a direta participação do sujeito que irá ser regulado pela norma (destinatários).

A) Convenção e acordos coletivos de trabalho:

São pactos de natureza normativa pelos quais se estabelecem condições de trabalho que serão aplicáveis ao âmbito das relações individuais de trabalho. Do ponto de vista substancial, geram prescrições de conduta que serão aplicadas às relações individuais com caráter de generalidade, obrigatoriedade e abstração. Distinguem-se pelos os sujeitos que celebram os pactos:

Convenções – Pactos entre sindicatos (de trabalhadores e patronal).

Acordo – Pactos entre sindicatos e uma ou mais empresas.

A diferenciação de sujeitos afeta as conseqüências: **nas convenções, todos os representados terão a aplicação; no acordo coletivo, os empregados só serão atingidos na medida em que trabalhem nas empresas concordantes, seu âmbito de aplicação é, portanto, mais restrito.**

Legitimidade

Art. 8º, VI da CF: " Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI -

é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;"

É indispensável a participação do sindicato na negociação coletiva do trabalho. Tem-se interpretado que **somente se exige a participação do sindicato dos empregados**. A empresa quer do ponto de vista político, quer econômico, quer social, tem repercussão coletiva, pela qual é considerada um ser coletivo. Não se exige para fins de cumprimento do artigo, portanto, que a empresa se faça representar pelas entidades patronais, esta pode negociar diretamente. O acordo de trabalho teria sido, portanto, recepcionado.

Sindicato dos empregados

Sindicato patronal ou Empregadores (diretamente)

Não havendo sindicato organizado:

Federações; reunião de 5 ou mais sindicatos da mesma categoria.

Confederações; surgem da agremiação de 3 ou mais federações que representem a mesma categoria. Estas tem sede em Brasília.

Havendo sindicato, pelo princípio da imprescindibilidade da participação do mesmo na celebração, entende-se que há preferência pelo sindicato de base. Pode este delegar a federações ou confederações sua competência, não sendo possível, contudo, transferê-la automaticamente ou contra sua vontade.

Art. 617 da CLT

Art. 617 - Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)
§ 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

Não foi recepcionado pela CF/88. Deve-se priorizar a prerrogativa negociada coletiva para o sindicato de base. Não pode a federação ou confederação subjugar a vontade deste.

Centrais sindicais (Lei 11.648); surgem para coordenar a atividade sindical no Brasil e indicar representação de trabalhadores em órgãos. Participam do sistema de arrecadação sindical. Não tem prerrogativas de celebrar as convenções e acordos coletivos, ainda que possam negociá-las.

Sindicato dos servidores públicos: segundo a OIT poderia negociar (Convenção 154 da OIT, ratificada pelo Brasil). Há, contudo, empecilhos constitucionais; subsídio deve ser fixado por lei específica (art. 37, X) e não se pode criar impactos orçamentários, os gastos devem estar previamente previstos na legislação orçamentária. Pode instituir ban

co de horas, etc.: tem aplicação, contudo, restrita.

Sociedade de economia mista e empresas públicas sempre tiveram essa prerrogativa.

Conteúdo: Art. 613 da CLT – requisitos necessários/obrigatórios:

descrição das partes convenientes ou acordantes;

a indicação da categoria ou classe de trabalhadores atingidos;

indicação dos direitos e deveres respectivos dos sindicatos, empresas e empregados e a s relações/condições de trabalho afetadas;

prazo de vigência (máximo de 2 anos);

mecanismos para revisão total ou parcial ou prorrogação de vigência;

mecanismos para solução de controvérsias que surgem de sua aplicação

indicação de multa por descumprimento de suas obrigações.

Se ausente algum desses requisitos, pode ser questionada a validade do pacto.

Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente: (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

I - Designação dos Sindicatos convenientes ou dos Sindicatos e empresas acordantes; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

II - Prazo de vigência; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

III - Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

IV - Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

V - Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

VI - Disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

VII - Direitos e deveres dos empregados e empresas; (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

VIII - Penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos. (Incluído pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

Parágrafo único. As convenções e os Acordos serão celebrados por escrito, sem emendas nem reservas, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro.

Formalidades

São diplomas normativos formais; **o art. 612** exige prévia deliberação da **assembléia sindical**, submetida a um quorum;

Art. 612 - Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos.

Para as convenções - de 2/3 dos associados (apenas estes votam e participam) em prime

ira convocação, reduzido para 1/3 em segunda convocação.

Para os acordos - de 2/3 dos interessados (quem trabalha na empresa) reduzido para 1/3 destes em segunda.

No caso de haver mais de 5 mil associados ao sindicato, o quorum é reduzido, em segunda convocação para 1/8 dos associados.

Para a professora esta matéria deveria estar prevista no estatuto do sindicato, não na lei.

A obrigatoriedade do quorum seria um atentado ao princípio da autonomia sindical. A OJ 38 da STC foi cancelada pelo TST parecendo refletir este entendimento (essa OJ exigia os quoruns). Mauricio Godinho entende pela constitucionalidade/recepção do dispositivo.

Deve ter forma escrita, em documento sem rasuras ou emendas.

Devem ser elaboradas tantas vias quanto foram os convenientes ou acordantes.

Uma via deve ser levada a depósito no MTE, meramente para fins de publicidade (não há interferência deste último). Art. 614 – estabelece o prazo de 8 dias contados da assinatura.

Além disso, para fins de uma devida publicidade, a CLT estabelece que em até 5 dias contados do depósito, cópias devem ser afixadas em local visível do estabelecimento e na sede sindical. (Não é essencial, não costuma ser realizado)

Se não cumpridas, as negociações são nulas. A formalidade é elemento essencial.

Vigência: Art. 614 da CLT

Termo inicial: 3 dias contados a partir do depósito no MTE.

Termo final: indicado no próprio documento. A CCT (Convenção coletiva de trabalho) e o ACT (acordo coletivo de trabalho) não podem vigorar por mais de dois anos. Contudo, se não for celebrado novo ACT ou CCT, o anterior continuará vigorando. Não poderia ele ser suprimido, sob pena de retrocesso jurídico e não progressividade nas negociações. - Súmula 277 do TST: *As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.*

Conflitos:

(i) CCT e ACT: Art. 620 da CLT – prepondera a convenção, salvo se o acordo for mais favorável (princípio da solidariedade social). Prepondera o mais amplo, e não o mais específico. Art. 620. *As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acôrdo.*

(ii) CCT ou ACT x contrato de trabalho (ou regulamento de empresa): Se o contrato foi celebrado anteriormente, suas cláusulas são nulas de pleno direito. Se este foi celebrado após o pacto, além das cláusulas serem nulas há a aplicação de multa por descumprimento da CCT/ACT. A multa aplicada ao empregado não pode ser superior a 50% do

valor que seria imposto ao empregador.

Art. 619. Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acôrdio Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito.

Art. 622. Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acôrdio que lhes fôr aplicável, serão passíveis da multa nêles fixada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Parágrafo único. A multa a ser imposta ao empregado não poderá exceder da metade daquela que, nas mesmas condições seja estipulada para a empresa.

(iii) CCT ou ACT x lei (ordenamento jurídico): Se houver favorecimento do empregado que prevalece a CCT, salvo se houver contrariedade a preceito de ordem pública que proibiu esse favorecimento (Ex. art. 623 da CLT).

Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acôrdio que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.

Ex.: aplicação de correção dos salários utilizando indexadores.

Limites

Podem haver negociações coletivas que reduzam garantias legais, desde que estas não contrariem/suplantem norma de interesse público, norma imperativa. Não se pode precarizar as prerrogativas da pessoa humana previstas nos tratados, normas constitucionais e normas outras do ordenamento que resguardam o interesse público. Ex.: cotas de contratação obrigatória de deficientes, ainda que seja para adequação setorial; formalização de carteira de trabalho; salário mínimo. Atualmente as convenções coletivas tem sido utilizadas para diminuir garantias, mas há um limite negocial coletivo.

Surgiram historicamente para regular aspectos de trabalho, havendo papel propulsor da legislação trabalhista. Após o auge do Estado de Bem Estar Social, o papel das CCT/ACT é complementar e mesmo na visão de alguns autores é o de adequação salarial. **A negociação CCT teria a aptidão de adequar esse modo normativo à realidade.** Nesse processo de adequação, as CCT/ACT podem inclusive modificar os padrões normativos. As modificações legislativas são estimuladas pelo direito do trabalho: princípio da progressividade social.

Por outro lado, deve ser olhado com cuidado para a existência de limites à transação comercial coletiva, sendo insuscetíveis de precarização as condições de trabalho asseguradas, ainda que exista a especificidade da categoria, não podendo ter prejuízo do disposto nos tratados internacionais e, além disso, disposições normativas outras que não estejam asseguradas mas que venham a focar o interesse público não podem ser prejudicadas pela via tradicional.

Interesses: Particular < Coletivo < Público.

Ex1: direito brasileiro temos uma insuficiente política de inclusão das pessoas com deficiência à trabalhador pode ser preterido em razão das regras de contratação obrigatória/compulsória. O próprio interesse da coletividade pode ser afetado, apesar disso, não tem em validade uma cláusula da CCT limitando o número de quota quando a esses.

Ex2: não existe CCT de categoria que limite a licença maternidade, porque esse conjunto normativo se faz no interesse da sociedade.

Outro conjunto normativo importante são as normas de saúde e segurança e também conectam interesses públicos em cadeia porque uma sociedade de inválidos. Essas questões estão para além do interesse do próprio trabalhador e da coletividade, são de interesse público. Pode ser uma causa de elevação da acidentalidade resvalando em interesses públicos.

Nem sempre o TST percebe a gravidade de flexibilizar as normas em relação à saúde e segurança do trabalho pela CCT/ACT.

As normas que promovem inclusão social, de saúde e segurança, de identificação profissional são de direito fundamental de identificação civil e da construção da pessoa humana na sociedade. O direito está para além do direito individual do trabalhador e da própria categoria. As normas de identificação social não podem ser eliminadas por CCT/ACT.

Os limites à aplicação do CCT/ACT, portanto, estão na CF, nos tratados internacionais e nas normas que tratam do interesse público.

24/10/13 (aula copiada do caderno da Júlia)

B) Laudo de Arbitragem (copiado de um caderno da B)

É uma fonte trabalhista autônoma.

A arbitragem tem cabimento apenas para **regulação de direitos patrimoniais disponíveis, razões pela qual a aplicabilidade se limita ao âmbito do direito coletivo do trabalho.**

É princípio do direito do trabalho a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Os direitos trabalhistas são indisponíveis, não estando passíveis de renúncia e nem transação.

No campo das relações coletivas de trabalho, o recurso por via arbitral é estimulado constitucionalmente. Art. 114, §2ª, CF. Frustrada a tentativa negociada coletiva a solução pode vir por via arbitral.

A via arbitral deve decorrer da vontade das partes, quer por estabelecimento de cláusulas iniciais de solução de conflitos (cláusula compromissória) ou decorrerá do compromisso arbitral.

Lei 1.307.

A arbitragem pode se dar pela indicação de um árbitro ou pela via colegiada, podendo

contar com o envolvimento dos próprios sujeitos na solução pacífica da controvérsia. O laudo arbitral, no campo do direito do trabalho, para além do mecanismo extrajudicial, constitui uma verdadeira fonte do direito do trabalho, a regular as relações individuais de trabalho, solucionando conflitos.

A legislação brasileira tentou implementar um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos individuais de trabalho que podem ser organizados na empresa, em nível sindical ou intersindical. Art. 625, alíneas "a" a "g" da CLT. Essas comissões de conciliação foram direcionadas como mecanismos de dirimir conflitos individuais nas empresas. É uma condição especial da legislação trabalhista segundo a lei.

O STF entendeu que esta previsão legal traduz uma ofensa à CF do princípio à inafastabilidade ao judiciário, considerando facultativo. Estaria limitado à solução de controvérsia limitando a sociedade brasileira. Sempre entendemos que essa tentativa de conciliação não poderia impedir os direitos do trabalho.

3) Regulamento de empresa

Não é fonte do direito do trabalho: são aqueles diplomas estabelecidos unilateralmente pelo empregador que irão estabelecer condições/ordens gerais de trabalho. São formados a partir da abordagem unilateral do empregador.

Muito se discutiu se era fonte de normas autônomas (fonte normativa) ou fonte de cláusulas contratuais. O entendimento pacificado na atualidade é que o regulamento de empresa é de **mera cláusula do contrato de trabalho**. O contrato de trabalho é de adesão, portanto há o pré-estabelecimento de seu modelo. Isso é importante porque se aplica o **princípio da inalterabilidade contratual lesiva** (art. 468, CLT), ou seja, não é possível fazer alterações no contrato de trabalho em prejuízo do trabalhador.

A alteração do RE não se aplica ao empregado contratado sob a égide de regulamento anterior, salvo para seu favorecimento. O novo regulamento de empresa só afeta os novos empregados, pois os antigos não podem ser afetados por reformas lesivas. **O empregado pode optar por um,** caso haja dois RE vigentes empresa (o mais novo, sem revogar o mais velho), realizando-se uma análise global (**renunciando-se as garantias do outro**).

Súmula 51, TST:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem e

feito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

A princípio, quem descumpra uma ordem/exigência geral de serviço comete indisciplina. Contudo, se a ordem for ilegal, o empregado pode resistir. Pode ser que o empregador esteja incorrendo em falta, tendo em vista que não pode emitir ordem contrária a lei.

4) Hierarquia normativa

Métodos/teorias:

- **Cumulação:** Em caso de conflito **devem ser extraídas de cada diploma as vantagens**, desprezando-se as desvantagens. **Fragmentação**. Críticas: Despreza aquilo que já foi objeto de esforço legislativo.

- **Conglobamento:** Análise de conjunto.

Na fonte (orgânica): Deve-se analisar no conjunto daquela fonte qual a mais benéfica como um todo, aplicando-a. Ela resgata a idéia de **hierarquia prévia** (CR > CLT) e não permite um ordenamento em que sejam feitas mudanças tópicas nos institutos. Esteriliza o potencial de leis esparsas de melhoramento dos institutos constantes na CLT. Tem prestígio na Espanha.

Por instituto ou tema trabalhista (mitigado): Deve-se olhar, para **cada tema trabalhista, qual o conjunto normativo que é mais favorável**, promovendo a aplicação deste. Ex.: férias mais favorável no A e aviso prévio mais favorável no B. Permite a fragmentação da fonte mas mantém a idéia de conjunto no sentido de conjunto de regulação do tema; não escolhe uma norma de cada. (Ex.: um prazo de A e um prazo de B)

Diferença em relação a cumulação: somam-se as vantagens sem fragmentar tanto o instituto.

5) Princípios

São normas dotadas do mais alto grau de abstração que regulam as relações sociais, concorrendo com as regras.

Compõem o gênero normativo:

Gênero: Normas; Espécies: Regras e Princípios

Distinção: Grau de abstração.

Aplicação: Regras são aplicadas com base no raciocínio silogístico; a premissa maior é a norma, em sua “abstratidade” e a premissa menor o fato que, quando subsumido forma a conclusão, pela aplicação da norma ao fato. Deve-se partir da análise do fato para aferir quais princípios a situação concreta evoca.

Conflitos entre regras se baseiam nos critérios da hierarquia, cronologia, especialidade (superior sobre inferior, posterior sobre anterior, especial sobre geral). Tem-se a esterilização

ação de uma regra no sistema; regra do tudo ou nada, ou vale ou não vale. Conflitos entre princípios: **sopesamento do fato concreto pode fazer preponderar um princípio sem excluir o outro do ordenamento**. Há a concordância prática: dois princípios teoricamente conflitantes regulam em conjunto a situação concreta.

Não são fontes supletivas, como afirma a LIDB, mas concorrem com as regras, estando inseridos no mesmo gênero destas.

Deve-se lembrar da preponderância dos princípios constitucionais. Contudo, não havendo tempo hábil para estudá-los, serão abordados apenas os princípios especiais.

- Princípios especiais:

(1) Princípio da Proteção: Foi criado para regular as desigualdades (inclusive jurídica) entre capital e trabalho. **Busca-se, do ponto de vista político, econômico e social equalizar a situação entre empregados e empregadores**. É o princípio basilar do direito do trabalho: irá originar os outros princípios e orientar a criação de regras.

(2) Princípio da norma mais favorável: Deve-se permanentemente buscar o aprimoramento das normas de modo a promover a melhoria das condições de celebração do contrato e de sua execução.

Primeiro corolário: a **progressividade social**, busca da melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Conseqüência lógica: **vedação do retrocesso**, não se pode simplesmente eliminar regras e princípios de modo a excluir garantias sociais.

Fonte material do direito do trabalho: Estimula permanentemente o **aperfeiçoamento de institutos trabalhistas**. – Art. 7º *caput* da CF. “*Sem prejuízo...*” – Marco para construção legislativa.

Interpretação das normas trabalhistas: **O aplicador deve sempre interpretar a norma da maneira mais benéfica ao empregado**.

Hierarquização normativa: Abandonada a prévia hierarquização de fontes; **deve preponderar a norma mais favorável ao trabalhador, em análise de conjunto de cada tema trabalhista**.

O conglobamento mitigado foi referenciado pelo art.3º, II da Lei 7064/82 que regula a transferência de brasileiros para prestar serviço no estrangeiro; este tem direito de ser aplicado o ordenamento brasileiro ou estrangeiro, conforme a regulação do instituto mais favorável.

(3) Princípio da condição (cláusula) mais favorável/benéfica: É a transposição do princípio da norma mais favorável em sua dinâmica, aplicação **dentro do contrato**.

Fonte material nas obrigações contratuais trabalhistas. As partes são estimuladas a esta

belecer cláusulas de **melhoria social do trabalhador**. – Art. 444 da CLT: "Art. 444 - 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, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes."

As partes podem, pela via do contrato, estabelecer tais condições sociais; a imperatividade do DT é mínima.

Inalterabilidade contratual lesiva - Progressividade social / Proibição de retrocessos. Corolário lógico do princípio.

Interpretação do contrato de trabalho – Prepondera a interpretação de maior favorecimento do empregado. Deflui da regra geral do sistema de que os contratos de adesão devem ser interpretados *pro aderente*. – Art. 424 do CC.

Solução de conflitos entre cláusulas contratuais: Havendo cláusulas contratuais conflitantes; incompatibilidade entre cláusulas, deve-se fazer preponderar a cláusula de maior benefício ao trabalhador.

(4) Princípio do *In dúbio pro misero*: Deve-se ter cuidado ao lidar com este princípio; teria aplicação no campo:

(i) do **direito material**: é um **princípio de interpretação das normas trabalhistas**. **Em caso de dúvida, deve-se prevalecer a mais favorável ao vulnerável/trabalhador**. Nada mais é do que um desdobramento do princípio da norma mais favorável em seu feitiço interpretativo. Quando criado o instituto, ainda não se tinha uma clareza das funções dos princípios no sistema, daí a necessidade em ressaltar a função de interpretação.

(ii) do **direito processual**: seria a transposição do *in dubio pro reo*, para a proteção do trabalhador em juízo. Deveria-se, **na dúvida, julgar em favor do trabalhador**. **Não tem mais cabimento no processo do trabalho**. O processo do trabalho foi se sofisticando, estabelecendo mecanismos de distribuição do ônus da prova de modo a exonerar o hipossuficiente do ônus probatório, quer estática quer dinamicamente. Na dúvida, deve o **juiz julgar contra aquele que tem o ônus de provar**. Portanto, com a aplicação do princípio, desequilibrar-se-ia a relação processual.

(5) Princípio da Imperatividade: Não adiantaria garantir direitos ao empregado se as normas fossem dispositivas e, em contrato de adesão, estas pudessem ser reduzida. Contudo a **imperatividade é mínima; o contrato pode estabelecer condições mais favoráveis do que as legais**.

(6) Princípio da Indisponibilidade dos direitos trabalhistas:

Irrenunciabilidade: não se pode, por ato unilateral, despojar-se dos direitos e garantias.

Decorre da idéia de que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, e nestes não se admite a disponibilidade de direitos.

Transação: Firmadas entre empregados e empregador; é um sistema de concessões recí

procas (disponibilidade bilateral de direitos) em caso de *res dubia*, dúvida em relação ao objeto controvertido. Estas só têm validade (na modificação do contrato de trabalho) para benefício do empregado. A transação lesiva é proibida.

Inalterabilidade contratual lesiva: flexibilização do *pacta sunt servanda*, para conformação com a proteção e progressividade social

(7) Princípio da continuidade da relação de emprego: A melhor forma de proteção do trabalhador é promover a existência e manutenção do vínculo de emprego. Vínculos não precários tem 3 aspectos de favorecimento ao empregado:

(i) Vínculos duradouros têm um conjunto de **vantagens econômicas ao empregado**. A tendência é que os pactos de longa duração promovam maior vantagem jurídico-econômica.

(ii) Estimula o empregador a promover **investimentos na formação técnico-profissional do empregado** (formação para o trabalho). Ademais, o empregado adquire mais experiência, habilidade no exercício da atividade (é senhor do que faz). Ocorre a formação pelo trabalho.

(iii) **Construção da identidade** de modo mais aprofundado, com melhor projeção /afirmação social.

Busca-se a permanência do empregado, portanto, construindo um mecanismo de prevenção a perda do emprego. Ele **já teve aplicação mais proeminente** no Brasil.

CLT 1943

Estabilidade – 492 da CLT; o empregado, após **10 anos de trabalho**, tinha o direito a ser estável, não podendo ser dispensado a não ser por motivo de força maior ou por falta grave apurada judicialmente.

Para aqueles que não tinham ainda 10 anos de serviço, a CLT promovia um **desestímulo à dispensa**. Ela previa indenizações, no artigo 478; maior valor do salário multiplicado pelo número de anos do vínculo de emprego, a ser pago no momento da dispensa.

Lei 5.102 de 1966/67 :

Previu o **FGTS** em caráter **facultativo**. Quando se optava pelo FGTS, abria-se mão do sistema de garantias do emprego da CLT: foi a **primeira grande flexibilização das relações trabalhistas**. Compõe um fundo, cujos valores são levantados em caso de dispensa.

CRFB 88:

Elevou-se o valor do **FGTS** para 10% e estabelece a **obrigatoriedade** deste (art. 7º, III): assegurada aos empregados urbanos, rurais (e hoje domésticos), vez que é um **direito fundamental**. Não recepcionou o regime da estabilidade ou indenizações celetistas. Contudo, ela não prejudicou direitos adquiridos dos não optantes; quem era estável, continua

estável.

No artigo 7º, I, ela estabeleceu ainda a proibição da dispensa arbitrária, na forma da Lei Complementar. Contudo, o artigo é considerado uma norma de eficácia limitada, que depende de regulamentação infraconstitucional. Tentou-se regulamentar a matéria com a ratificação da convenção 158 da OIT. Entretanto, quando esta foi ratificada, preponderava no STF o entendimento que a ratificação dos tratados internacionais atribuía a estes o valor de Lei Ordinária, o que não cabe no caso.- ADI 1480; não chegou-se a entrar no mérito desta.

Ademais, o Brasil denunciou a convenção na OIT e deu executoriedade a esta denúncia pelo Decreto Presidencial 2.100, cuja constitucionalidade está sendo questionada. – ADI 1557

CF: art. 21, 49, I, e 84, VIII – Para a negociação de um tratado é competente a União, o poder federal. Posteriormente, o presidente, por mensagem no diário oficial, informa o CN que delibera por quorum (5º §3º) qualificado ou quorum simples. Se deliberada a rejeição, este não pode ser ratificado. Contudo, se aceito, é publicado um decreto legislativo. Após este pode o Presidente ratificar o tratado, se obrigando internacionalmente e publicando, posteriormente, decreto presidencial. É necessária, portanto, a confluência do executivo e do legislativo. Pelo paralelismo das formas, seria esta também necessária na denúncia. Além disso, a interpretação literal dos artigos leva esta conclusão.

O entendimento atual do STF é que os tratados direitos humanos, não deliberados por quorum qualificado, tem hierarquia supralegal. Portanto, o julgamento de inconstitucionalidade do decreto do presidente provocaria uma reviravolta sistêmica. A convenção dispõe as razões pela qual se poderia dispensar empregados.

31/10/13

(8) Princípio da primazia da realidade: em situações onde há divergências entre a realidade fática esta deverá ser privilegiada frente a seus invólucros formais. É natural ao direito do trabalho na medida em que a vulnerabilidade do empregado forma situação documental que não reflete a realidade (este participa porque quer manter o emprego). **Ainda que não ocorra simulação, coação ou vício da vontade**, se a situação documental contrariar a realidade, esta prepondera.

O direito do trabalho tem desapego às formalidades; isto não significa que este não exija, em determinadas circunstâncias, formas específicas. Se a forma for essencial ao ato ou prova do ato, ocorrerá a nulidade.

Contrato de Trabalho

1) Definição: art. 442, CLT.

Sua definição legal está lançada no art. 442 da CLT: *“Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”*

Tem sido objeto de muita crítica pela doutrina; é um contrato tautológico, não explica nada; ao enunciar uma correspondência entre o contrato e a relação não evidencia que o contrato favorece, modifica ou extingue a relação obrigacional.

A doutrina busca retificar os defeitos técnicos, definindo o contrato de trabalho como o **acordo de vontades que estabelece uma relação jurídica obrigacional cujo objeto é a prestação de serviços executado por pessoa humana em caráter pessoal, não eventual, oneroso e subordinado.**

2) Características: (vide exercício feito em sala)

2.1) Bilateral

2.2) Privado

A primeira distinção entre os ramos do Direito foi feita por Ulpiano, que separou o Direito Público do Direito Privado. Os dois critérios tradicionais são: sujeitos e interesses. Direito Público: o sujeito é o Estado e os interesses são públicos. Direito Privado: os sujeitos são os particulares e os interesses são os privados.

Esses dois critérios foram postos em cheque, porque o Estado passou a firmar contratos, não visando o interesse público, mas tão somente o da Administração Pública. Daí passou-se a diferenciar os ramos em razão de ter ou não o Estado prerrogativas especiais e cláusulas exorbitantes. Assim, nos contratos de Direito Público, o Estado conta com prerrogativas especiais e cláusulas exorbitantes. Nos contratos de Direito Privado, o Estado não tem nada disso, se iguala aos particulares.

O contrato de trabalho foi pensado para regular interesses privados entre particulares. Óbvio que, em razão de interferência estatal, há garantias mínimas.

O Estado, quando contrata alguém em uma relação empregatícia, não tem prerrogativas especiais nem cláusulas exorbitantes, se igualando, assim, aos particulares.

Lembrar que, para a nossa corrente administrativista, a relação dos servidores públicos com a administração não tem caráter contratual, mas estatutária, professora discorda. Princípios de Direito do Trabalho não se aplicam ao servidor público.

2.3) Oneroso

2.4) Personalíssimo

2.5) Alteridade

A teoria da imprevisão não tem aplicação no Direito do Trabalho por conta do princípio da alteridade.

Assim, se ocorrer alguma coisa no mundo que faça com que aquele contrato gere uma o

nerosidade excessiva ao empregador, ele não pode extingui-lo com base na imprevisão, no máximo, pode procurar o sindicato para redução massiva dos salários.

2.6) Informal

2.7) Execução sucessiva

2.8) Comutativo

Os montantes das prestações devidas já estão previamente assegurados. Certeza.

Ex.: McDonald's tentou estabelecer jornada flexível (de 0h-44h) e isso foi barrado pela comutatividade.

2.9) Sinalagmático

Deve ser analisado o contrato como um todo, i.e., o conjunto de obrigações do empregador correspondem ao conjunto de obrigações do empregado. Há situações em que o empregado não cumpre suas obrigações, mas há manutenção do salário, ex.: férias.

2.10) Atividade

O contrato de trabalho envolve uma obrigação de fazer executada por uma pessoa natural.

2.11) Nominado

Tem nome jurídico, mas o nome é irrelevante para a caracterização do contrato. Princípio da primazia da realidade. Ex.: se o contrato tem nome de "parceria rural", mas se observa que o prestador na verdade tem vínculo de trabalho com o contratante, o nome não importa.

2.12) Típico

Minimamente estruturado no ordenamento.

05/11/13

3) Morfologia do Contrato

3.1) Elementos jurídico-formais:

Validade art. 104, CC/2002: mesmos requisitos do CC: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Porém, existem especificidades trabalhistas, expostas a seguir.

A) Capacidade trabalhista (arts. 402 a 405 CLT)

- Capacidade relativa: art. 7º, inciso XXXIII, CR

Direito Civil: 16 a 18 anos; Direito do Trabalho: 14 a 18 anos.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Dos 14 aos 18 anos: proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre.

Dos 14 aos 16 anos a limitação é ainda maior, somente pode **trabalhar na condição de aprendiz** (contrato de trabalho específico, típico, vinculado, etc). Art.

O contrato de aprendiz é aplicado aos jovens menores de 24 anos.

O **menor de 14 anos não pode trabalhar**. Vedação constitucional. **Nulidade absoluta do contrato de emprego**. Entretanto, **isso não significa que o contratante vai se eximir das obrigações** desse contrato.

E os menores de 14 anos trabalhando em **atividades artísticas**? Excepcional na nossa ordem jurídica. "Exploração" do trabalho infantil. Permite-se essa exceção. A construção argumentativa parte das seguintes premissas: (1) concorrência de princípios constitucionais a serem harmonizados: o princípio da vedação do trabalho dos menores de 14 anos e o princípio da livre expressão artística. (2) ECA trata da possibilidade da participação de crianças e adolescentes em manifestação artístico-culturais e concursos de beleza, art. 149, II, desde que autorizados pela justiça. Esse artigo do ECA não trata de um trabalho, mas de uma participação.

Essa questão do trabalho artístico de menores é controvertida no mundo todo, inclusive no Brasil.

O contrato de aprendiz e o contrato de trabalho de menores de 18 anos são assinados pelos representantes legais.

- Assistência e Representação: arts. 17, §1º, 439 e 793 da CLT.

Art. 17 - Na impossibilidade de apresentação, pelo interessado, de documento idôneo que o qualifique, a Carteira de Trabalho e Previdência Social será fornecida com base em declarações verbais confirmadas por 2 (duas) testemunhas, lavrando-se, na primeira folha de anotações gerais da carteira, termo assinado pelas mesmas testemunhas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 926, de 10.10.1969)

*§ 1º - Tratando-se de menor de 18 (dezoito) anos, as declarações previstas neste artigo serão prestadas por seu **responsável legal**. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 926, de 10.10.1969)*

*Art. 439 - É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de **rescisão do contrato de trabalho**, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, **quitação** ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.*

*Art. 793. **A reclamação trabalhista do menor de 18 anos será feita por seus representantes legais** e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo. (Redação dada pela Lei nº 10.288, de 2001)*

B) Objeto lícito (art. 166, II, CC/2002)

Contruiu-se doutrinariamente uma diferenciação entre **trabalho ilícito e trabalho irregular ou proibido**.

Para o professor, considerando o trabalho um valor, não existe a possibilidade de o trabalho ser ilícito.

Quando se contrata uma pessoa para ser aviãozinho de drogas, ou para matar alguém (que fique a sua disposição), trata-se de **contrato nulo, objeto ilícito, vício insanável**.

No trabalho irregular, a atividade não é ilícita, há uma irregularidade na forma como esse objeto deve se apresentar ao direito, como, por exemplo, o trabalho do imigrante. Esse vício não é sempre insanável.

Estatuto do estrangeiro: necessidade de um visto específico para que o sujeito trabalhe aqui, se não o tiver, não pode trabalhar aqui.

De todo modo, tem-se a distinção: **o trabalho ilícito é ilícito em si; o trabalho proibido se apresenta ao mundo com vícios, irregularidades**.

C) Forma regular (art, 443, CLT):

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

O contrato de emprego, regra geral, não tem uma forma específica, ele é consensual, alguns atos solenes são cumpridos (ex.: assinatura da carteira de trabalho), mas não há necessidade de forma específica.

Princípio da primazia da realidade.

Há **exceções a essa regra básica de uma consensualidade plena/pura: contrato de aprendiz; contrato temporário da lei 6.019; contrato de artista; etc.**

Alguns juristas também colocam a liberdade/higidez da manifestação da vontade como elemento jurídico-formal obrigatório dos contratos em geral, incluindo o contrato de emprego. Mas, vícios na manifestação da vontade no contrato de trabalho não podem prejudicar o trabalhador. Ademais, questiona-se essa vontade autônoma em direito do trabalho, as vezes os sujeitos trabalham com o que podem, com o que tem, mesmo que não lhes satisfaça. Enfim, essa questão sociológica impede, para o professor, que se fale em higidez da manifestação da vontade em contratos de emprego.

4) Teoria trabalhista das nulidades

Vícios que impedem ou restringem os efeitos do negócio jurídico (teoria civilidades).

No mundo do direito do trabalho não há efeitos práticos da diferença de nulidades absolutas e relativas.

Questão do retorno das coisas à forma como estavam. Art, 182, CC.

No direito do trabalho sempre é impossível retornar à situação anterior. Trabalho é irrevogável.

O direito do trabalho traz uma ideia de proteção do trabalhador e o reconhecimento da nulidade e eventual indenização não permitiria que o empregado tivesse seus direitos garantidos, porque a indenização não bastaria em âmbito de previdência, por ex.

Daí, surge no direito do trabalho uma teoria das nulidades própria. O reconhecimento da nulidade não retroage à data de celebração do contrato, os efeitos do contrato são mantidos pelo tempo em que existiu. Contrato é extinto. O que se quer é impedir que o reconhecimento de nulidade ocasione a simples indenização.

Via de regra, o vício de forma faz com que o contrato seja tido como um contrato comum de trabalho, aplicando-se todas as normas trabalhistas a ele.

Nos trabalhos ilícitos não há que se falar em efeitos do contrato, que dirá em aplicação da teoria das nulidades. (situação extrema)

Há, porém, zonas cinzentas, em que na cadeia há atividades lícitas e ilícitas. Ex.: faxineira da boca de fumo. Deve-se analisar se o sujeito sabia da ilicitude da atividade, se ele realiza atividade mediatamente relacionada a atividade ilícita. Se o sujeito não sabia, considera-se o trabalho, em princípio ilícito, trabalho irregular. A teoria das nulidades, então, não se aplica ao trabalho ilícito, mas se aplica ao trabalho irregular.

Prostituição: não é crime, o que se criminaliza são as formas de exploração. Maioria de trabalhadoras mulheres, em situação de extrema vulnerabilidade. Projeto de Lei Gabriela Leite visa regulamentar a profissão. Para além da questão se sexo deve ser objeto de trabalho, há determinados direitos fundamentais que devem ser protegidos, e que não são disponíveis. Para o professor, então, o certo seria aplicar a teoria nos casos de prostituição.

Quando trata-se de casas de *striptease*, as meninas são contratadas como dançarinas.

Funcionários públicos: aplica-se o salário mínimo e o FGTS.

12/11/13

O que se estuda quando se vê a relação de emprego é o plano da existência (personalidade, onerosidade, subordinação, etc.). Os elementos jurídico-formais, por sua vez, são re-

quisitos de validade da relação de emprego. Hoje, falaremos de elementos menos importantes, que não são nem requisitos de existência nem de validade.

5) Elementos naturais

São elementos que são próprios à dinâmica da relação de emprego, que aparecerão no contrato de trabalho.

Ex.: **Jornada de trabalho**, naturalmente, aparecerá no contrato. Elemento central das reivindicações trabalhistas. Deriva do fato que a prestação de trabalho, objeto do contrato de emprego, se expressa e se mede essencialmente pelo tempo.

Antes dizia-se que as domésticas não tinham esse elemento natural. Hoje isso não mais ocorre.

Esse elemento pode sofrer mitigação nos cargos de confiança e bancários (gerentes de agência).

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Esse parágrafo traz uma condição para que não se faça o controle de jornada.

Horas extras: efeito do controle da jornada.

Elemento natural, que aparecerá sempre (ou quase sempre). Mesmo que não seja pactuada, ela vai se expressar durante a execução do contrato.

Outro exemplo trazidos por alguns doutrinadores: **o salário**. Basta a intenção onerosa.

6) Elementos acidentais

Dos negócios jurídicos como um todo.

A) Termo: evento futuro e certo (art. 443, §1º, CLT);

Elemento que se implementa. Certo quanto à sua ocorrência, nem sempre quanto a seu momento.

O contrato de emprego não estará submetido a elementos que exauram sua eficácia no t

empo, não estará submetido a termos ou condições.

Indeterminação do termo final é central no contrato de emprego, desdobramento do princípio da proteção e do princípio da continuidade. Estabilidade, segurança.

Uma das principais formas de precarização do contrato de trabalho é justamente sua submissão a termo. Retira proteção ao trabalhador.

Mas, a própria legislação trabalhista determina quando se pode pensar no contrato de prazo determinado e dos termos.

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - 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. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

b) de atividades empresariais de caráter transitório; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

c) de contrato de experiência. (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

B) Condição: evento futuro e incerto (art. 475, §2º, CLT).

Não se sabe se esse elemento de fato ocorrerá na vida daquele negócio jurídico.

Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. (Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965)

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da intenção ao ser celebrado o contrato.

O §2º estabelece uma condição: se eu te contratei e te disse que você estava substituindo o alguém afastado, te contratando de forma interina, esse contrato tem uma condição: a volta da pessoa afastada. Se ela ocorre, o contrato é rescindido sem direito a indenização.

Alguns doutrinadores afirmam que esse artigo é inconstitucional, na medida em que injeta uma incerteza enorme no contrato de emprego. Na prática, ele não é aplicado.

7) Modalidades:

A) Expressos e tácitos:

Essa distinção já foi exaurida na discussão sobre a forma. Há uma tendência no Direito do Trabalho de se ater mais à manifestação da vontade do que à forma.

Primazia da realidade sobre a forma: faz com que contratos tácitos sejam amplamente admitidos.

Só se exige a forma escrita em situações específicas já estudadas. Vícios em relação à forma não importam, de modo algum, na supressão de efeitos. O que ocorre é a submissão do contrato às regras do regime geral dos contratos de trabalho. A forma é também uma maneira de se assegurar mais segurança e proteção ao trabalhador.

B) Individuais e plúrimos:

Distinção que talvez não diga tanto respeito assim ao direito brasileiro devido a forma como nosso direito do trabalho é organizado.

Direito do Trabalho tem duas grandes perspectivas: a primeira é a do direito individual (contrato individual de emprego e proteção individual do trabalhador, princípios relacionados aos indivíduos); a segunda é a do direito coletivo do trabalho (não diz respeito ao contrato individual de trabalho, mas, sim, às negociações coletivas, especialmente no que toca ao papel dos sindicatos, plano metaindividual, acordos e convenções coletivas de trabalho).

O âmbito coletivo não se confunde com os contratos plúrimos. **Os contratos plúrimos estão dentro do plano individual. São contratos celebrados com mais de um trabalhador ao mesmo tempo, trabalhadores esse que compõem uma equipe, uma unidade funcional.**

Ex.: orquestra.

O direito brasileiro é silente no que toca aos contratos plúrimos e a tendência doutrinária e jurisprudencial é de **rechaçá-los. Entende-se que há uma multiplicidade de contratos**, ainda que o documento seja, na realidade, único. O direito busca garantir, assim, cada uma das relações ali estabelecidas.

Súmula 129, TST + Art. 2º, §2º, CLT.

Só é possível se falar em contratos plúrimos quando há multiplicidade de empregados, não empregadores. Quando há vários empregadores, estamos falando de grupo econômico ou consórcio de empregadores.

Contrato coletivo de trabalho (Lei 8630/90, lei do trabalho portuário)

Contrato coletivo de trabalho, do ponto de vista material, sequer existe. Não é conceituada. Terceira figura, ao lado dos acordos e das convenções. Limbo jurídico.

C) Tempo determinado e indeterminado

Contrato de tempo determinado e indeterminado - estes prevalecem na ordem jurídica brasileira, pois asseguram mais garantias.

Condições excepcionais podem justificar trabalho temporário:

- (1) Art. 443, CLT.
- (2) Terceirização de trabalho temporário.
- (3) Trabalho provisório, precário.

14/11/13

A contratação a prazo determinado é excepcional no direito brasileiro.

Art. 443, §2º da CLT: transitoriedade.

Na CLT se regulamenta a situação de forma mais geral.

Art. 443, §2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Serviços: (i) que por sua natureza são transitórios, ex.: contrato de safra.

(ii) existem outros serviços que, não pela natureza, mas **pelo contexto do empregador, são transitórios**. Ex.: obra certa (lei 2959/56). Quando a obra a ser realizada é especializada, o que levará à contratação de profissionais específicos.

b) de atividades empresariais de caráter transitório; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

c) de contrato de experiência. (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Contrato de experiência: por 90 dias. Após esse período de prova, as partes avaliam se é conveniente firmar um contrato por tempo indeterminado.

As outras hipóteses são mais específicas, previstas em leis especiais.

Especialidade de categoria

Função social da CLT

(1) Trabalho temporário: Lei 6019/74. Para **substituir pessoal temporariamente ou por a** **crécimo excepcional de produção**. Função social desse contrato. **Prazo: 3 meses.**

(2) Aprendizagem: o contrato entre o aprendiz (de 14 a 24 anos ou pessoas com deficiência, egresso dos cursos de aprendizagem) e a empresa, tem caráter pedagógico. A orga

nização do trabalho do aprendiz deve ser metódica e deve haver um aumento gradual de sua complexidade. Art. 429, CLT estabelece **prazo máximo de 2 anos** (exceto para pessoas com deficiência). A função social desse contrato, permeada por elementos pedagógicos, exige o termo.

(3) Contrato de atleta profissional (Lei 9615/98, Lei Pelé): o contrato é a prazo determinado com cláusula penal, i.e, multa por rescisão. Deu aos jogadores direito a seu trabalho (antes das entidades esportivas). **Prazo mínimo de 90 dias e máximo de 5 anos.**

(4) Artistas profissionais (Lei 6533/78): pode ser ou por obra ou por prazo determinado estabelecido pelas partes, **prazo máximo de 5 dias.**

O rol aqui tratado é exemplificativo, há outros trabalhadores que podem ser contratados a prazo determinado.

Fora das situações de transitoriedade: Lei 9601/98

Essa lei veio em uma situação de crise e se eternizou no direito do trabalho.

O empregador poderia contratar novos empregados no **regime transitório**, mas somente **a partir do 1º levando-se em consideração a média de empregados contratados em regime indeterminado no semestre anterior** à vigência da lei. (a média serve para estabelecer o piso).

Dever-se-ia respeitar, **para o teto, o determinado nas CCT e nos ACT**, que também deveriam autorizar esse tipo contratação.

E, também, os **limites legais**. A lei estabelece que, se você tiver **até 50 empregados, somente 50%** deles podem ser contratados no regime transitório. Se você tiver **entre 50 a 199, somente 35%** deles podem ser contratados nesse regime. Por fim, se você tiver **mais de 200 empregados, somente 20%** deles podem ser contratados assim.

Além disso, a empresa não pode substituir empregados que tem contrato a prazo determinado para contratar empregados a prazo indeterminado.

Ex.: A média de empregados da empresa no semestre passado é de 20. A CCT estabelece que, no máximo, podem ser 100 empregados contratados no regime transitório. Daí, a partir do 21º empregado, a empresa pode contratar nesse regime. Só que, a empresa quer contratar mais 29 empregados, ela tem 21 hoje, totalizando 50. Segundo a lei, só 25 poderiam ser contratados nesse regime de tempo determinado, os outros devem ser por prazo indeterminado. Por fim, importa consignar que a empresa não pode demitir esse 21º empregado para contratar um por prazo determinado.

Flexibilização de direitos do trabalho para estimular a atividade empresarial.

Termo final (art. 443, §1º)

Termo final certo: data certa. Há a indicação de data precisa da terminação contratual, ex.: contrato de experiência.

Termo final incerto: por ser termo, é certo quanto a ocorrência, mas é incerto ou impreciso quanto ao momento/ data da ocorrência (quando ele acontece): *certusan* e *inartus quando* (?) (i) **evento sujeito a previsão aproximada**, ex.: contrato de safra; (ii) **execução de serviços especificados:** a extinção ocorre após a execução completa da atividade, que depende da agilidade do trabalhador, por exemplo.

Prazo (art. 445): máximo de 2 anos, salvo experiência: máximo de 90 dias (que é diferente de 3 meses). Se estabelecido prazo superior, automaticamente o contrato vira por prazo indeterminado.

A profa. Alice Monteiro de Barros entende que, se o prazo estabelecido em contrato de experiência for de 3 meses, pelo princípio da boa-fé objetiva, não se aplicaria o art. 445. Esse entendimento não prepondera na doutrina nem na jurisprudência, pelo princípio da imperatividade das normas trabalhistas que impedem o elasticamento da regra.

Prorrogação (art. 451, CLT):

Modo: expresso ou tácito.

Pode ser tácito só se estiver previsto no contrato original, com o prazo de prorrogação: "esse contrato tem prazo de 45 dias, prorrogáveis por mais 45 dias".

Limites: **prorrogação deve ser única e tem de respeitar o prazo máximo do contrato** (2 anos ou 90 dias, vide supra).

O limite da prorrogação única não se aplica à Lei 9601/98, daí as empresas estavam praticando abuso de direito, que foi vedado pela doutrina: contratavam por prazos curtos (ex.: 1 mês) e colocavam que ele poderia ser prorrogado por várias vezes até o prazo máximo (ex.: prorrogáveis por até 24x). Faltava segurança jurídica para o trabalhador.

Sucessão (art. 452): para contratar o mesmo empregado por novo prazo determinado deve-se respeitar um **intervalo mínimo de 6 meses, sob pena de se presumir a indeterminação do contrato.**

Exceções:

(i) **evento sujeito à previsão aproximada**, quando o contrato se findou juntamente ao evento que determinou a contratação. Ex.: contrato de safrista, a safra acaba e tals. Só que, antes de passados 6 meses, há uma nova safra excepcional, daí

posso contratar mesmo safrista de novo.

(ii) execução completa dos serviços especificados no contrato.

Forma:

Informalidade (art, 447): se o contrato é informal e há controvérsia acerca da determinação do contrato, presume-se sua indeterminação pelo princípio da continuidade da relação jurídica. Cabe ao empregador provar o contrário.

Contratos especiais formais.

(i) Lei 9601/98: deve estar previsto em CCT/ACT, contrato escrito, anotação na CTPS, depósito no MTE.

(ii) Contrato de trabalho temporário.

(iii) Aprendiz.

(iv) Atletismo profissional.

Etc.

Suspensão e interrupção do contrato de trabalho:

A suspensão ocorre quando nenhuma das partes cumpre as suas obrigações: nem o empregador paga salários e demais obrigações trabalhistas, nem o empregador presta serviços.

A interrupção ocorre quando o trabalhador não presta serviços, mas o empregador deve pagar os benefícios, ex.: repouso semanal remunerado.

No contrato a prazo determinado, a princípio, essas causas de suspensão e interrupção (períodos de afastamento) se incluem no prazo do contrato (art. 472). No entanto, as partes podem estabelecer cláusula contratual que exclui esses períodos da contagem de prazo do contrato (art, 472, §2º).

A CLT estabelece que os contratos indeterminados não podem ser rescindidos durante o período de interrupção ou suspensão (art, 471), porque o empregado tem direito ao retorno ao cargo.

A jurisprudência entende que isso não se aplica ao contrato de trabalho a prazo determinado. **Se, no período de interrupção ou suspensão advém o termo final, o contrato termina.**

Mas, no caso de **acidente de trabalho**, como isso é atribuído, em última instância, ao empregador, o contrato não pode ter fim durante essa causa suspensiva. Há quem determine, ainda, que o trabalhador tem direito a um ano de emprego após o retorno.

Outra situação é da **gestante**. Após confirmada a gravidez, a mulher tem direito ao emprego até 5 meses após o parto, ainda que seu contrato for por prazo determinado. Isso po

que a garantia à gestante é metatrabalhista, é também uma garantia ao nascituro.

Pode haver indenização substitutiva.

Súmula 244, TST: *GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012*

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

19/11/2013

Garantias de emprego:

As garantias de emprego impedem que o empregado dispense o trabalhador. O entendimento que prepondera é o de que isso não se estende aos contratos a prazo determinado.

Pode-se, assim, romper o contrato, antes do termo final, pagando as indenizações devidas.

Entretanto, se essa dispensa se der antes da hora por **questões discriminatórias** (ex.: o empregado é candidato a presidente sindical), **a dispensa é nula.**

Duas **exceções** tratadas supra: **gestante e acidente de trabalho** (não unânime, mas majoritária).

Além disso, a **Lei 9601/98** estabelece que **a gestante, o acidentado, os cipeiros** (que atuam na convenção interna de prevenção de acidentes) **e os dirigentes sindicais não podem ser dispensados antes do advento do termo final**, ainda que eles trabalhem em uma área técnica que foi suprimida, por exemplo.

Com relação à gestante e aos acidentados, cumpre ressaltar que as disposições dessa lei não mais se aplicam, uma vez que se garante sua permanência no emprego não somente até o termo final, mas, inclusive, após este (vide supra).

Terminação

- Terminação normal: implemento do termo final: FGTS, 13º proporcional, férias proporcionais + 1/3, saldo de salário (salário dos dias trabalhados que ainda não foram quitados), **férias vencidas + 1/3.**

- Terminação anormal: cláusula que assegura o direito recíproco de ruptura antecipada.

Essa cláusula deve ser acionada, deve-se notificar a outra parte de que você pretende romper o trabalho antes do termo. Nesses casos, o contrato é tido como contrato por prazo indeterminado e o empregado tem os mesmos direitos assegurados àqueles contratos nesse regime comum.

Se acionada:

Ato do empregador: seguro desemprego, aviso prévio, FGTS + 40% (multa), **13º proporcional, férias proporcionais + 1/3, saldo de salário, férias vencidas + 1/3.**

Ato do empregado: dever de conceder aviso prévio: 30 dias sob pena de ter o salário dos últimos 30 dias descontado das verbas indenizatórias. **Direitos: 13º proporcional, férias proporcionais + 1/3, saldo de salário, férias vencidas + 1/3.**

Se não acionada:

Ato do empregador: multa, art. 479, CLT (metade da remuneração do período remanescente); **FGTS + 40%** (vide súmula 125, TST, possibilidade de cumular multa do FGTS e do art. 479, CLT); **13º proporcional; férias proporcionais + 1/3, saldo de salário; férias vencidas + 1/3; seguro desemprego.**

Ato do empregado: (tanto no caso de não acionar como no caso de não haver a cláusula) **dever de indenizar** o empregador (**art. 480, CLT**), somente se houver prejuízo/danos, no valor máximo de 1/2 da remuneração do período frustrado do contrato.

- Terminação anormal: falta.

Também pode o contrato se extinguir devido ao cometimento de falta por uma das partes.

Ato do empregador: multa, art. 479, CLT; FGTS + 40%; 13º proporcional; férias proporcionais + 1/3, saldo de salário; férias vencidas + 1/3; seguro desemprego.

Ato do empregado: saldo de salário; férias vencidas + 1/3; férias proporcionais + 1/3 (esse direito não está previsto na CLT, mas na Convenção 132, OIT)

Convenção 132, OIT: ratificada em 1999, posição de supralegalidade (tratado de direitos humanos), determina que o trabalhador sempre tem direito a férias proporcionais, daí, se houver o controle de convencionalidade do art. 146 da CLT e o juiz considerá-la incompatível com a convenção, o empregado deverá pagar as férias proporcionais acrescidas de 1/3.

Faltas recíprocas que justificam o término do contrato (culpa recíproca): todos os direitos adquiridos são pagos na integralidade e os direitos que decorrem do término são pagos pela metade: **multa do art. 479, CLT pela metade; FGTS + 20%, saldo de salário, férias vencidas + 1/3, férias proporcionais + 1/3 pela metade, 13º proporcional pela metade.**

Vale lembrar que, se for feito controle de convencionalidade, as férias proporcionais são devidas por completo.

O empregado não tem que pagar nada porque já deixa de ganhar muito.

Obs.: chama-se de dispensa por justa causa a rescisão contratual do empregador quando o empregado comete falta. Chama-se de rescisão indireta quando ocorre o contrário.

Efeitos comuns aos contratos por prazo determinado e por prazo indeterminado:

- **Contagem de tempo de serviço:** direitos relativos ao tempo: multa FGTS, indenização por tempo de serviço e gratificação por tempo de serviço.

Readmissão por mesmo empregador ou grupo econômico: o empregado terá computado o tempo anterior para fins de direitos trabalhistas, desde que o contrato anterior não tenha sido extinto: **(i) por justa causa obreira; (ii) com pagamento de indenização legal** (por tempo de serviço); ou **(iii) aposentadoria espontânea.**

No primeiro caso, porque, quando o empregado é dispensado por justa causa, a política legislativa é de retirada de direitos, inclusive indenização por tempo de trabalho. Seria contrassenso, portanto, considerar esse tempo agora.

No segundo caso, porque haveria *bis in idem*.

No terceiro caso, o STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ do art. 453, considerando que a aposentadoria espontânea não interfere no contrato de trabalho, não sendo, portanto, causa de extinção do contrato de trabalho. Logo, se o empregado se aposentou e parou de trabalhar, ele é equiparado a um demissionário e, portanto, não recebe a indenização legal. Se voltar, o tempo de serviço anterior deve ser considerado.

Ex.: Luis Carlos estagiou por 1 ano na empresa Beta. Depois de 5 anos, já formado, Luis Carlos é contratado em contrato de experiência pela empresa Beta. Após os 90 dias, com advento do termo final, Luis Carlos é dispensado. Depois de 3 anos, Luis Carlos é admitido na empresa Ômega, do mesmo grupo econômico da Beta, como engenheiro e lá trabalha por 7 anos e 8 meses, até se demitir devido a uma oportunidade de doutorado na Alemanha. Depois que volta, é admitido na

empresa Beta, trabalhando por 7 meses até ser dispensado sem justa causa. Nesse momento, ele tem direito ao FGTS + 40%. Para a consideração dos 40%, o tempo em que Luis Carlos trabalhou em contrato de experiência (porque, como o contrato terminou pelo advento do termo final, ele não recebeu a indenização legal) e o tempo em que ele trabalhou na empresa Ômega (da mesma forma, não recebeu indenização legal). O prazo prescricional começa a correr a partir do momento em que Luis Carlos adquire o direito de receber a indenização e é de 2 anos.

Prescrição e decadência

Prescrição:

Tempo e inércia.

Prescrição aquisitiva: usucapião.

Prescrição extintiva: perda da pretensão - atributo do direito subjetivo violado.

O ordenamento jurídico estabelece **prazo para o exercício da exigibilidade**.

Fundamento do instituto: prevenir a eternização dos conflitos/pretensão. Segurança jurídica.

Normas que disciplinam a prescrição, especialmente quanto aos prazos, são **imperativas**, não podem as partes no contrato dispor destas.

Porém, quando a **prescrição se opera, o prescritente (aquele que violou o direito subjetivo) pode renunciar à prescrição**. (art. 191, CC) Essa possibilidade de renúncia tem aplicação mitigada no Direito do Trabalho, pois, **se o prescritente for o empregado, ele não pode renunciar à prescrição**, isso devido ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

A **renúncia pode ser expressa ou tácita** (pelo comportamento do prescritente). A renúncia tácita tem gerado **importantes discussões** no Direito Civil e no Direito do Trabalho, isso porque o CPC determina que a **prescrição pode ser decretada de ofício**. Para a professora, isso é uma ingerência na vida privada, ademais, isso é inaplicável no Direito Processual do Trabalho, porque, se o empregador quer pagar, não cabe ao juiz negar isso, considerando que o Direito do Trabalho busca garantir a efetividade de direitos sociais. Fora que isso vai contra a previsão de renúncia tácita, se o empregador não argui a prescrição, o juiz não tem nada a ver com isso.

1) Legitimidade da arguição: partes e MP (se estiver atuando como parte, OJ 130 TST).

2) Momento máximo de arguição: instâncias ordinárias. Não cabe arguir a prescrição em recursos de revista ou extraordinário. E mais, **deve ser arguido nas razões de recurso ordinário**, nunca o pode ser nas contrarrazões, porque a outra parte não poderá se manifestar sobre isso.

21/11/13

3) Prazos: o art. 7º, XXIV, CRFB/88 estabelece prazo complexo.

O trabalhador tem **5 anos contados a partir da lesão para ajuizar a ação.**

Se extinto o contrato de trabalho, o trabalhador tem **2 anos da extinção do contrato para propor a ação reivindicando direitos lesionados nos últimos 5 anos**, a partir da propositura da ação.

A extinção pode se dar por aviso prévio indenizado, nesses casos, computa-se o tempo do aviso prévio para determinar o término do contrato. (pegar melhor)

487, §1º CLT

Trabalhadores rurais: a **Lei 4214/63** estabelecia que **a vigência do contrato de trabalho era fator impeditivo para a ocorrência da prescrição.** Após o término do contrato de trabalho, o empregador rural teria até **2 anos da extinção** para ajuizar a ação devida.

A **Lei 5889/73** e a **redação original do art. 7º, inciso XXIX, alínea "b"** também mantinham essa regra.

Entretanto, a **EC 28/2000** unificou os prazos prescricionais dos trabalhadores rurais e urbanos, estabelecendo prazo prescricional de **5 anos na vigência do contrato de trabalho.**

Para a professora, isso vai de encontro ao princípio de **vedação do retrocesso** e, portanto, essa EC seria inconstitucional. A maioria da doutrina entende que tal emenda somente reconheceu uma mudança de realidade no campo, com mais acesso à informação e justiça, que não mais justificavam a diferenciação.

Trabalhadores domésticos: o artigo da Constituição que fala dos direitos dos domésticos não engloba o inciso XXIX do art, 7º. Mas, a maioria da doutrina entende que, seja por interpretação extensiva, seja por interpretação analógica (os argumentos variam), **os prazos prescricionais também se aplicam aos empregados domésticos.**

FGTS: art. 23, §5º, Lei 8036/90.

30 anos.

Súmula 362, TST.

Em caso de extinção do contrato de trabalho, o empregado tem **até 2 anos dessa extinção**

o para reivindicar o FGTS de 30 anos.

Reflexo: Se, entretanto, o FGTS sofrer mudança em razão do reconhecimento de outra lesão (ex.: parcela salarial que não foi paga), o prazo para pleiteá-lo é de **5 anos da lesão**, juntamente com a lesão. Isso porque ele depende do reconhecimento da lesão, daí, o mais recomendável é pleitear a lesão e seus reflexos (FGTS, 13º, etc) juntos. Se em 5 anos o trabalhador não ajuizou a ação devida, não faz sentido depois pleitear só o FGTS, não tem como. Se o contrato de trabalho se extinguir, tem 2 anos da extinção para reivindicar as lesões dos últimos 5 anos.

Obs.: **Ações/Pedidos: declaratórias -> imprescritíveis**

constitutivas -> prazo decadencial

condenatória -> prazo prescricional

Contagem de prazo: Termo inicial (*dies a quo*): teoria da *actio nata*. Direito subjetivo (reconhecido) e exigível (não pode haver causa impeditiva ou suspensiva).

Ex.: Lei Complementar 110/01 reconheceu o direito de reconstituição do FGTS expurgado nos tempos de Collor e Sarney. O prazo prescricional passou a contar a partir da lei, a partir do momento em que houve o reconhecimento do direito pela lei.

Fatores impeditivos e suspensivos do fluxo prescricional: art. 198, CC/2002.

- **Incapacidade absoluta** (art. 198, I, CC): menor de 16 anos.

- **Incapacidade relativa** (art. 440, CLT): entre 16 e 18 anos.

Isso influencia na sucessão trabalhista. Ex.: o pai de A, trabalhador, falece, então os direitos trabalhistas passam para o seu filho, B, menor incapaz. O prazo prescricional, então, se suspende e só volta a correr quando o filho fizer 18 anos.

- **Serviço público no exterior** (art. 198, II, CC).

- **Serviço militar em tempo de guerra** (art. 198, III, CC).

Obstáculos legais ou judiciais além dos já tratados:

Conciliação prévia (prejudicial de mérito).

Falência.

Não funcionamento regular do judiciário.

Causas interruptivas: art. 202, CC/2002.

- **Propositura da ação trabalhista:** não é a partir da citação válida, porque isso é ato de secretaria. A interrupção ocorre **ainda que ocorra arquivamento (S 268, TST)**, que não haja julgamento de mérito.

A interrupção abarca somente os **pedidos** daquela ação.

- **Protesto judicial ou qualquer outro ato judicial que constitui o devedor em mora.**
- **Reconhecimento do direito violado** pelo violador.

Cabe lembrar que a interrupção do prazo prescricional só ocorre uma vez e é, via de regra, pessoal, não abarcando os codevedores. Só abarca os outros devedores se a obrigação for indivisível.

Sentença normativa -> recurso ordinário (só efeito devolutivo)

S 350, TST: permite a execução da sentença normativa.

Contudo, o prazo prescricional só se inicia após o **trânsito em julgado** (i.e., após o julgamento do RO, em caso de interposição).

Complementação da aposentadoria: S. 326, TST.

Não recebeu -> 2 anos da aposentadoria para reivindicar.

Diferença de valor -> 2 anos da lesão.

Maurício Godinho critica essa súmula, porque a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, então, o prazo pode ser o de 5 anos. Ademais, a lei de fundos de pensão estabelece o prazo de 5 anos.

>> matéria não mais afeta à Justiça do Trabalho.

4) Prescrição total × Prescrição parcial

Para a professora, isso é invenção do TST para tirar direito do trabalhador. **S 294, TST.**

Origem do direito violado:

Se a origem do direito for o **contrato de trabalho** ou o **regulamento de empresa**, aplica-se a **prescrição total** e o **prazo é contado a partir da primeira lesão, ainda que ela perpetue no tempo.**

Se a origem do direito for a **lei, CCT, ACT ou sentença normativa**, aplica-se a **prescrição parcial** e o **prazo é contado a partir de cada lesão que se configure no tempo.**

5) Prescrição intercorrente

Prescrição intercorrente: que ocorre no curso do processo.

S. 114 TST: entende pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente.

STF entende que se aplica.

Na prática, não se aplica, a não ser que a execução não esteja ocorrendo por inércia do empregado. Daí o prazo é de 2 anos (mesmo da extinção do contrato de trabalho).

Decadência

A decadência é a perda do próprio direito potestativo.

O ordenamento jurídico ou o próprio contrato podem estabelecer prazo para a manifesta

ção de vontade da parte para requerer o direito.

A decadência, ao contrário da prescrição, pode ser decretada de ofício desde que o prazo decadencial esteja no ordenamento jurídico.

Ex.: art, 848 CLT. Da suspensão preventiva do empregado por falta grave, o empregado tem 30 dias para entrar com a ação. Se não entrar, há decadência.

Ex.: ajuizamento de Ação Rescisória.

Prazos decadenciais previstos no contrato de trabalho ou no ordenamento de empresa devem ser arguidos.

Prazos decadenciais não correm só nas situações de incapacidade absoluta.

Vinculado a ações constitutivas.