

DIREITO DO TRABALHO I

PROF. DANIELA MURADAS REIS

danielamuradas@gmail.com

05-03-2013

BIBLIOGRAFIA

Curso de Direito do Trabalho – Maurício Godinho Delgado (clássico)

Curso de Direito do Trabalho – Alice Monteiro de Barros (completíssimo)

Curso de Direito do Trabalho – Messias Pereira Donato (simplificado)

DISTRIBUIÇÃO DE PONTOS

1ª prova → dissertativa → 09-05-2013

2ª prova → mais conceitual (apenas objetiva ou mista)

3ª prova → objetiva

RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Relação de trabalho e relação de emprego são expressões que não se confundem, pois são figuras distintas. Na verdade, o Direito do Trabalho deveria se chamar Direito de Emprego.

Relação de trabalho

Gênero → forma juridicamente aceitável que tem como objeto obrigação de fazer executada por pessoa natural. Atividade em que há esforço humano para transformação da natureza. Obrigações de fazer executada sempre pela pessoa natural (humana) e não pela pessoa jurídica.

Relação de emprego

Atividade executada por pessoa natural, com pessoalidade, onerosidade (intenção onerosa), não eventualidade e subordinação.

Obs.: pejetização → para se furtar da aplicação das normas trabalhistas, os empregadores utilizam a artimanha de contratar pessoa jurídica em detrimento da

natural. Antigamente, tal prática era utilizada apenas para altos empregos. Hoje, os empregadores impingem trabalhadores vulneráveis a constituírem pessoa jurídica para serem contratados. A Justiça do Trabalho rechaça tal prática através da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC).

1. Pessoalidade

O empregado não poder atribuir a outrem a execução do serviço.

Substituição de empregos

Quando um empregado se afasta e a sua função fica em vacância, o empregador tem a opção de determinar a sua substituição (art. 450 da CLT) → aqui, não há quebra da pessoalidade, pois o empregado não se substitui. A substituição ocorreu por determinação do empregador, a fim de que a atividade realizada pelo afastado não cessasse.

Substituição eventual vs. substituição temporária

Eventual → excepcionalidade (por exemplo, impedimento do empregado não causado pela empresa).

Temporária → regularidade (por exemplo, férias, atestado médico e licença maternidade).

Obs.: Súmula 159 do TST: I – Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. II – Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor.

O art. 450 da CLT estabelece algumas garantias para a substituição: a) direito do substituído retornar ao cargo que ocupava anteriormente; b) vedação do prejuízo salarial em decorrência da substituição.

Trabalho rural

Corriqueiramente, os empregados rurais recebem a colaboração episódica de familiares. Aqui, também não há quebra da pessoalidade, pois é o próprio empregado rural quem ainda exerce a atividade.

Advocacia

Quando o substabelecimento ocorre por deliberação do escritório-empregador (e não pela vontade do advogado), não há quebra da personalidade.

Revendedores/consultores

A jurisprudência entende não haver relação de emprego nesses casos por falta de personalidade. Já a professora entende haver personalidade, porquanto as características e qualidades pessoais são levadas em contas para se tornar um revendedor/consultor. Aceitar a ausência de relação de emprego nessas hipóteses seria abraçar a institucionalização (no sentido fascista) destas estruturas (piramidais) de distribuição de mercadorias, nas quais os revendedores/consultores são tratados como meras engrenagens, faltando-lhes qualquer tipo de garantia.

2. Onerosidade

A relação de emprego é caracterizada pela intenção onerosa → as partes (empregador e empregado) se vinculam com intenção onerosa.

Nem sempre haverá onerosidade real. Há situações em que o empregado não recebe o pagamento real do empregador, seja pelo não cumprimento das obrigações por parte deste (mau pagador) ou pela existência de servidão por dívida. Em tais hipóteses, ainda assim haverá relação de emprego, pois basta a intenção onerosa.

Obs.: Lei 9.608/98 → regulamentação dos serviços voluntários (graciosos).

07-03-2013

3. Não eventualidade

O conceito de não eventualidade é obtido por exclusão. Em outras palavras, para se compreender a ideia de trabalho não eventual, deve-se entender primeiro o que é trabalho eventual.

Teorias do trabalho eventual

I – Descontinuidade

Fragmentação no tempo → teoria a muito abandonada no Direito do Trabalho, já que a simples fragmentação não significa eventualidade (descontinuidade).

Não eventualidade → continuidade; intermitência (ocorrência episódica, mas consistente).

Exemplo: o porteiro de cinema de interior que só exerce suas atividades sábados e domingos possui relação de emprego urbano.

Não há fixação jurisprudencial da quantidade de dias por semana caracterizadora da continuidade. Registre-se que a jurisprudência afirma haver continuidade quando o empregado exerce suas atividades três dias por semana (intervalos maiores que o padrão celetista).

Obs.: o *home office* é extremamente vantajoso para o empregador, porquanto transfere gastos para o empregado (manutenção do espaço físico), além de dar fluidez ao tempo de trabalho (não há distinção entre tempo de trabalho e tempo de lazer, sendo que, inobstante o empregado sair do espaço físico do empregador, as metas estabelecidas tomam todo o seu tempo) → falsa impressão de flexibilidade.

Uma das primeiras reivindicações do movimento trabalhista foi a delimitação do tempo de trabalho (oito horas diárias para dormir, oito horas diárias para trabalhar e oito horas diárias de lazer)

II – Evento certo e determinado

Eventualidade → atividade não regular para o tomador de serviços.

A presente teoria parece explicar a maioria das atividades eventuais de nossa sociedade (como, por exemplo, as do eletricitista e as do encanador).

Entretanto, além da falta de concretude desta teoria, ela não explica alguns casos em que há relação de emprego, inobstante o exercício da atividade ser eventual. Exemplos: a) eletricitista contratado para atender eventuais problemas elétricos em uma fábrica; b) contratação de brigadistas que ficam a disposição do tomador de serviço para atenderem determinadas eventualidades.

III – Não inserido nos fins normais do empreendedor (fins do empreendimento)

Eventualidade → o trabalho realizado não está inserido nos fins normais do empreendedor.

Não eventualidade → o trabalho realizado tem fim essencial para o exercício da atividade do tomador de serviços.

Esta teoria é a mais prestigiada na doutrina e na jurisprudência pátria, inobstante possuir grandes problemas, a saber: a) a Constituição dispõe que toda forma de trabalho tem valor, ou seja, interesse (problema axiológico); b) a teoria não explica alguns casos práticos (por exemplo, há relação de emprego quando o brigadista é contratado para atender eventualidades, inobstante sua atividade não estar inserida nos fins do tomador de serviços).

IV – Sem fixação jurídica

Eventualidade → em virtude da falta de fixação jurídica, o empregado tende a exercer suas atividades em favor de diversos tomadores de serviços, isto é, para quem o contratar. Em outras palavras, trabalhador eventual é aquele que se vincula ao seu empregador sem vinculação jurídica, exercendo suas atividades para vários empregadores ao mesmo tempo.

Não eventualidade → empregado que se fixa ao empregador com fixação jurídica.

Entretanto, tal teoria também é falha, pois ignora os trabalhos precaríssimos, de curtíssima duração, nos quais os empregados se veem obrigados a exercerem suas atividades para diversos tomadores de serviços. Registre-se que a legislação trabalhista permite a existência de plúrimos contratos trabalhistas, sendo que a exclusividade não é requisito do contrato de trabalho.

Expostas as teorias e suas problemáticas, conclui-se que a eventualidade não deve ser conceituada isoladamente, levando em conta apenas as ideias de determinada teoria. Deve-se interpretar harmonicamente as concepções das referidas teorias, caso a caso, a fim de se identificar a eventualidade da atividade e, por conseguinte, a não eventualidade. Os indícios da atividade apontarão para necessidade de se recorrer às ideias de uma ou mais teorias, a fim de elucidar sua eventualidade.

4. Subordinação

Elemento central do conceito de relação de emprego.

Utiliza-se a expressão subordinação em detrimento do termo dependência, legalmente adotado, pois este último reflete ideia axiologicamente negativa.

A ideia de subordinação não se confunde necessariamente com a de dependência econômica, e muito menos com a de dependência técnica. Ausentes a dependência econômica ou a dependência técnica, ainda assim poderá existir subordinação.

Subordinação significa que o empregado se abstém de dirigir a própria atividade, recebendo ordens de controle do tomador de serviços → estado jurídico no qual o prestador se abstém da liberdade de dirigir a própria atividade, recebendo ordens de direcionamento de sua prestação emanadas do tomador.

12-03-2013

PROF. GRIJALDO COUTINHO

1. A importância da relação de emprego e do Direito do Trabalho

2. Relação de trabalho e relação de emprego

3. Elementos da relação de emprego

I – Trabalho prestado por pessoa física

II – Pessoaalidade (intuitu personae)

Em regra, o trabalho é desenvolvido de forma pessoal pelo empregado. Entretanto, pode haver substituição sem quebra da pessoalidade.

III – Não eventualidade (correntes: teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento, teoria da descontinuidade e teoria da fixação jurídica)

É possível o empregado possuir mais de um contrato de trabalho com o mesmo empregador?

Em regra, é a jornada de trabalho que fixa a quantidade de contratos de trabalho existentes entre o empregado e um mesmo tomador. Contudo, os trabalhadores de comunicação (por exemplo, radialistas) normalmente se vinculam ao tomador através de plúrimos contratos de trabalho, não obstante a jornada ser a mesma.

IV – Onerosidade

Aqui, onerosidade não se relaciona necessariamente com o pagamento real. Na maioria das vezes sim, mas a intenção onerosa basta para caracterizar a onerosidade.

Obs.: ajuda de custo → os pagamentos realizados para ressarcir os gastos provenientes da realização da atividade não caracteriza onerosidade. Não é salário, mas ajuda de custo (muito comum nos trabalhos voluntários). Entretanto, por vezes, há pagamento de verdadeiros salários na forma de ajuda de custo, a fim de afastar a relação de emprego, burlando a aplicação das normas trabalhistas.

Obs.: pagamento *in natura* → a onerosidade não necessariamente tem caráter pecuniário. A remuneração *in natura*, apesar de rechaçada pela legislação trabalhista, não descaracteriza a onerosidade.

V – Subordinação jurídica

Elemento central da relação de emprego (em evidência), no qual residem as maiores controvérsias.

Teorias da subordinação

I – Subjetiva

A subordinação subjetiva refere-se tão somente às atividades nas quais o empregado encontra-se obrigado a prestar a atividade, olvidando-se da subordinação por vezes existente nas atividades realizadas pelos trabalhadores autônomos.

Conceito equivocado, pois parte da premissa que a submissão do empregado às ordens do empregador é total (o corpo e a alma do empregado pertencem ao empregador) → conceito já a muito superado.

II – Objetiva

A subordinação objetiva significa que o empregado respeita os limites fixados pelo empregador, referindo-se ao conjunto de tarefas desenvolvidas por aquele.

Inobstante ser o conceito de subordinação adotado pela doutrina brasileira, ele se tornou insuficiente para explicar determinadas relações de emprego do mundo contemporâneo. Apesar disso, o conceito de subordinação objetiva não deve ser abandonado (a exemplo do que ocorre com as teorias da eventualidade) porquanto elucida a subordinação existente na maioria das relações de emprego.

Considerando que no mundo contemporâneo a subordinação não mais pressupõe a rigidez do controle (o empregado pode até mesmo realizar seu trabalho em casa), elaborou-se novas teorias a respeito desse elemento da relação de emprego.

A falta de rigidez do controle não engendra o fim da subordinação.

III – Estrutural

A subordinação estrutural pressupõe que a atividade desenvolvida pelo empregado esteja contida na estrutura empresarial. Assim, mesmo que inexistente qualquer tipo de ordem ou rigidez de controle, haverá subordinação, sob a ótica estrutural, se a atividade realizada pelo empregado estiver contida na dinâmica empresarial.

Em suma, estrutural é a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

IV – Integrativa

Para o professor, os conceitos de subordinação integrativa e estrutural se complementam (subordinação estrutural-integrativa).

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade (Lorena Vasconcelos) → a subordinação integrativa tem um plus em relação à estrutural.

Obs.: os conceitos estrutural e integrativo da subordinação são trabalhados pela doutrina, e não pela lei, o que demonstra certo amadurecimento jurídico.

V – Reticular

A subordinação, em sua dimensão reticular pressupõe a existência de um conjunto (rede) de empresas secundárias controladas por uma pessoa jurídica principal.

A concepção de subordinação reticular surgiu com a missão de fazer frente à fraude da terceirização.

14-03-2013 (PEGAR ESSA AULA COM ALGUÉM)

PROF. GRIJALDO COUTINHO

1. Subordinação. Emprego. Terceirização e crise econômica.

2. Relação de emprego. Natureza jurídica. Teorias contratualistas e acontratualistas

3. Teorias contratualistas tradicionais. Viés civilista do séc. XIX

Arrendamento ou locação de serviços (locatio operatum). Locação de obra ou empreitada (locatio operis)

Compra e venda da força de trabalho (mercadoria)

Mandato

Sociedade

Obs.: teorias já a muito superadas, estudadas apenas para efeitos didáticos.

4. Teoria contratualista moderna

A relação de emprego como fenômeno da sociedade capitalista

Refuta as conclusões das teorias tradicionais contratualistas/civilistas

A vontade essencial e a liberdade

Peculiaridades do contrato de trabalho e a subordinação como elemento distintivo.

Obs.: segundo o professor, é a teoria mais ponderada.

5. Teorias acontratualistas. Primeira metade do séc XX. Ausência de relevância do papel da liberdade e da vontade

Relação de trabalho: a prestação de trabalho como elemento essencial gerador de direitos e obrigações

Institucionalista: o caráter estatutário da relação de emprego

O art. 442 da CLT

6. Relação de trabalho com a Administração Pública direta

O regime jurídico adotado pode ser estatutário ou celetista (servidores públicos estatutários ou celetistas). Entretanto, o regime deve ser único para o ente federado (por exemplo, se a União se decidir pelo regime estatutário, todos os seus servidores serão regidos pela Lei 8.112/90; se o Estado decidir pelo regime celetista, todos os seus servidores serão regidos pela CLT).

19-03-2013

PROF. GRIJALBO COUTINHO

RELAÇÕES DE EMPREGO ESPECIAIS

Tendo em vista que as relações de emprego rural e doméstica possuem regulamentações legais próprias, ambas recebem a denominação de relações de emprego especiais.

RELAÇÃO DOMÉSTICA

1. Pressupostos especiais e direitos da categoria

A relação doméstica possui os seguintes elementos, além daqueles referentes à relação ordinária (já estudados):

a) continuidade: ao invés de não eventualidade, a lei que regula a relação doméstica de emprego optou pelo termo continuidade. Há quem interprete continuidade como prestação de serviços diária. Contudo, o entendimento mais ponderado entende que continuidade traduz a mesma ideia de não eventualidade.

Obs.: segundo a jurisprudência, a prestação de serviços por três ou mais dias configura a relação de emprego doméstica, enquanto a diarista que exerce suas atividades por dois ou menos dias não tem vínculo empregatício.

b) finalidade não lucrativa: para configurar relação doméstica, a atividade realizada deve ter fim não lucrativo.

Não há relação doméstica quando, por exemplo, a doméstica, durante a jornada de trabalho doméstico, realiza atividade voltada à produção de quitutes para abastecer a lanchonete da patroa, hipótese na qual, observado os outros requisitos, configurada estaria a relação ordinária.

c) trabalho prestado à pessoa ou à família no âmbito familiar: a atividade realizada pela doméstica deve ser prestada à pessoa ou à família em âmbito residencial.

2. Evolução histórica das normas de proteção aos domésticos

a) Decreto n. 3.078/41: anotação da CTPS → sem extensão de direitos trabalhistas;

Obs.: a CLT não se aplica aos empregados domésticos, excluindo-os (art. 7º, alínea a).

b) Lei n. 5.859/72: primeira lei efetiva dos domésticos → lei ainda em vigor, com algumas alterações. Diploma legal bastante econômico nos direitos assegurados aos domésticos.

c) Decreto n. 71.885/73: regulamentou a Lei n. 5.859/72.

d) *Lei n. 7.418/85 e Decreto n. 95.247/87*: vale transporte → quando se criou o vale transporte, o benefício abrangia todos os trabalhadores, incluindo o doméstico.

e) *CRFB/88, parágrafo único do art. 7º*: a Constituição estendeu os direitos trabalhistas aos domésticos, mas não de forma ampla, ainda diferenciando a relação de emprego da relação doméstica.

f) *Lei n. 10.208/01*: FGTS opcional e respectivo seguro desemprego → ao seu arbítrio, o empregador pode recolher FGTS, garantindo o devido seguro desemprego o doméstico. Contudo, se recolher uma vez, não poderá deixar de fazê-lo mais.

g) *Lei 11.324/06*: estabilidade provisória da gestante; repouso em feriados oficiais; proibição de descontos com alimentação, vestuário, higiene e habitação; e férias de 30 dias.

h) *Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 24*: limitação da jornada.

3. Novidades

a) *Convenção n. 189 da OIT/2011*: regulamentação do trabalho doméstico (princípios gerais). Contudo, tal convenção precisa ser ratificada para ter eficácia no Brasil, sendo a Itália e o Uruguai os únicos países que assim procederam.

Obs.: a OIT é tripartite, ou seja, tem representação dos empregados, empregadores e governos.

b) *PEC n. 66/12*: extensão de todos os direitos trabalhistas, incluindo horas extras, FGTS, seguro desemprego e adicionais (ratificação da Convenção da OIT).

Não necessariamente a Convenção tinha que ser ratificada pela via da Emenda Constitucional, já que o art. 5º, §3º da CF assim dispõe: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Entretanto, o Brasil assim optou para que não restem discussões.

Obs.: é pacífico que as Convenções da OIT dispõem sobre direitos humanos (trabalho).

Se aprovada, referida PEC alterará o parágrafo único do art. 7º, estendendo os direitos previstos noutros incisos aos domésticos. Entretanto, o projeto prescreve que alguns direitos trabalhistas necessitam de condições estabelecidas em lei para se aplicarem aos domésticos.

4. Questões jurídicas e políticas controvertidas

Ler o material enviado por e-mail.

21-03-2013 (PEGAR ESSA AULA COM ALGUÉM)

RELAÇÃO RURAL

Como dito, é relação de emprego especial, pois possui regulamentação legal própria.

No passado a legislação trabalhista alcançava apenas o trabalho urbano. Hoje o trabalho rural é praticamente equiparado ao urbano. Entretanto, o fato daquele ser regulado por lei especial indica que ainda existem diferenças cabais entre ambos.

Lei 5.889/73: estatui normas reguladoras do trabalho rural

O trabalho rural possui os seguintes elementos, além daqueles que também caracterizam o trabalho urbano (especificidades do trabalho rural):

a) empregador 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.

Em suma, é essencialmente empregador rural quem exerce atividade agro-econômica. Contudo, há a figura do *empregador rural por equiparação* prevista no art. 4º.

Art. 4º. Equipara-se ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

É empregador rural por equiparação o prestador de serviços no meio rural, ou seja, o intermediador de mão-de-obra. O empregador rural por equiparação não explora atividade agro-econômica diretamente, ao contrário do empregado rural propriamente dito.

Art. 3º, §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.

Decreto 73.626/74: disciplina a aplicação das normas concernente às relações individuais e coletivas de trabalho rural.

São atividades típicas de agroindústria: o preparo; o beneficiamento; o aproveitamento de subprodutos; e a primeira transformação da matéria-prima sem que esta perca a sua qualidade de substância essencial.

As transformações subsequentes que se valem de incrementos tecnológicos proeminentes, distanciando o produto final da matéria prima, impedem que a atividade seja classificada como agro-econômica (trabalho industrial urbano).

Para o empregador ser classificado como rural, a atividade agro-econômica por ele explorada deverá ser preponderante.

Exemplo: Nos hotéis fazenda a atividade preponderante é a hoteleira, sendo que os produtos agrícolas que ali são produzidos constituem atividade secundária; por outro lado, no projeto rapa-pé a atividade agro-econômica é a preponderante, sendo a recepção de hóspedes atividade secundária voltada à valorização do trabalho rural.

Obs.: independente de sua natureza, a atividade de reflorestamento voltada aos fins da Receita Federal é classificada como urbana. Contudo, a Orientação jurisprudencial 38, Seção de dissídios individuais-1, do TST dispõe:

“EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE RURAL. EMPRESA DE REFLORESTAMENTO. PRESCRIÇÃO PRÓPRIA DO RURÍCOLA. (LEI Nº 5.889/73, ART. 10 E DECRETO Nº 73.626/74, ART. 2º, § 4º). O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industriário, nos termos do Decreto n. 73.626, de 12.02.1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria. Assim, aplica-se a prescrição própria dos rurícolas aos direitos desses empregados.”

b) imóvel rural ou prédio rústico como local do trabalho

Imóvel rural é aquele situado em sítio rural. Já prédio rústico é o imóvel situado em local urbano, mas destinado ao exercício de atividades tipicamente rurais. Independente dos métodos empregados, as atividades realizadas em prédio rústico podem ser qualificadas como tipicamente rurais.

Obs.: segundo Maurício Godinho, o Decreto 73.626/74 é ilegal, porquanto ultrapassa os comandos da Lei 5.889/73, a qual visa regular. Por outro lado, a professora Daniela advoga a legalidade daquele diploma normativo.

Prescrição em matéria trabalhista

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

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de **cinco anos** para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de **dois anos após a extinção do contrato de trabalho**;

A Lei 4.214/63 estabelecia que a prescrição dos créditos trabalhistas rurais apenas começava a correr após a extinção do contrato (imprescritibilidade na vigência do contrato de trabalho rural), sendo o art. 7º, XXIX da CF aplicado apenas em relação aos trabalhadores urbanos. Entretanto, a EC 28/00 alterou sua redação para incluir os trabalhadores rurais, unificando os prazos prescricionais.

A professora Daniela entende que a EC 28/00 é inconstitucional, porquanto deixa de reconhecer o maior grau de hipossuficiência do trabalhador rural em relação ao urbano. Ademais, segundo ela, a regra deveria ser a imprescritibilidade na vigência do contrato de trabalho, já que cediço o fato de os trabalhadores sofrerem pressão dos empregadores para não reclamarem em juízo seus direitos trabalhistas.

A EC 28/00, segundo a professora, afrontou o princípio (implícito) constitucional da proibição do retrocesso, já que suprimiu garantia fundamental.

Jornada de trabalho rural (tempo de trabalho)

Art. 5º. Em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo na duração do trabalho. Entre

duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de onze horas consecutivas para descanso.

Os serviços rurais são naturalmente intermitentes (duas ou mais etapas).

Para que o intervalo não integre a jornada de trabalho, deverá haver anotação na CTPS.

Obs.: ordenhador que realiza suas atividades das 5h às 9h e de 15h às 18h

Jornada de trabalho noturna

Jornada noturna de trabalho urbano: das 22 horas às 5 horas. Determina o art. 73, §1º da CLT que a hora de trabalho noturno seja computada como de 52 minutos e 30 segundos (trata-se da chamada hora ficta). Em outras palavras: após as 22 horas, cada 52 minutos e 50 segundos configura uma hora jurídica ficta, sendo que as 7 horas fáticas não correspondem às 7 horas jurídicas.

Esse trabalho deve ser remunerado com acréscimo de, pelo menos, 20% sobre a hora diurna.

Jornada noturna de trabalho rural: Lei 5.889/73, 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.

Aqui, o intervalo da jornada noturna depende da natureza da atividade agro-econômica (das 21 horas às 5 horas para a lavoura e das 20 horas às 4 horas para a pecuária).

Na jornada noturna de trabalho rural não há hora ficta jurídica (as 8 horas fáticas correspondem às 8 horas jurídicas) e o adicional é de 25% da hora diária.

Assim, além da distinção do período da jornada noturna entre os trabalhos urbanos e rurais, e além da subdivisão entre atividades de lavoura e pecuária para estes últimos, de notar que a hora noturna para os rurais não é reduzida; que o lapso de tempo configurado como jornada noturna é maior para os trabalhadores rurais; e que o acréscimo de remuneração é superior para os trabalhadores rurais.

26-03-2013

PROF. GRIJALBO COUTINHO

NOTAS SOBRE O TRABALHO RURAL

Se o empregador explorar predominantemente atividades de natureza rural, o seu empregado também será qualificado como rural (GODINHO).

O empregado rural é aquele que se vincula ao empregador rural ou exerce suas atividades em prédio rústico.

Para fins de aferição da categoria do empregado, deve-se verificar a atividade preponderante do empregador, ou seja, a atividade econômica preponderante do empregador determina a categoria profissional a que vai pertencer o empregado.

Crítica: no Brasil, o enquadramento sindical depende tão somente da atividade preponderante do empregador, não havendo liberdade de escolha do empregado. Em outros países, o empregado tem o arbítrio de determinar seu enquadramento sindical.

A CLT prescreve que a atividade preponderante do empregador não determina o enquadramento sindical de determinados profissionais (vigilantes, contadores, médicos, entre outros). Isso porque, a profissão desses profissionais já configura categoria própria.

O enquadramento sindical determina quais direitos serão aplicados ao sindicalizado.

TERCEIRIZAÇÃO

1. Terceirização, ação de intermediário ou interveniente

Conceito

“É o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação juslaboratista que lhe seria correspondente” (GODINHO).

Relação trilateral

A relação clássica de trabalho é bilateral, porquanto vincula empregado e empregador, não havendo intervenção de terceiro. Já na terceirização, um terceiro (aliciador de mão-de-obra) separa o trabalhador do seu tomador de seus serviços, o que enseja verdadeira relação trilateral.

O surgimento da terceirização

A terceirização surgiu como resposta ao modelo rígido de produção (medida pensada para se alterar o contrato de trabalho clássico).

Mudanças no modo de produção capitalista (toyotismo)

Em suma, o *toyotismo* tem como características básicas: a) a produção vinculada à demanda, ao contrário da produção em massa do fordismo; b) trabalho operário em equipe (variedade de funções) e processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; c) melhor aproveitamento do tempo de produção; d) estoques mínimos; e) senhas de comando para a reposição de peças e estoque; f) estrutura horizontalizada (apenas parte da produção é realizada pela própria empresa, sendo o restante realizado por empresas terceirizadas); g) organização de círculos de controle de qualidade, compostos de empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho.

2. Tipos de terceirização

Externa (empresas com funcionamento em rede)

É a terceirização na qual a grande fábrica contrata pequenas prestadoras de serviços para fabricar o seu produto.

Espécie de terceirização mais difícil de ser combatida, porquanto disfarçada.

A empresa controladora, inobstante ser detentora de capital volumoso, tem poucos empregados, o que lhe retira grandes responsabilidades, ficando as mesmas a cargo das pequenas empresas contratadas, que geralmente não têm condições de suporta-las.

Interna (empresas de locação de mão-de-obra)

Fraude grosseira ao Direito do Trabalho. Contudo, diferentemente da terceirização interna, é mais fácil de ser combatida.

Verdadeira venda de mão-de-obra.

Obs.: por que se fala em fraude? Porque a empresa se beneficia da prestação de serviços sem se tornar responsável pelos direitos trabalhistas do empregado. As responsabilidades trabalhistas cabem, em tese, às empresas que disponibilizam a mão-de-obra. Assim, o capital volumoso da empresa principal fica imune aos créditos trabalhistas, ensejando o calote ao empregado, que frequentemente não tem garantias em razão da fragilidade estrutural das intermediadoras de mão-de-obra.

02-04-2013

PROF. GRIJALBO COUTINHO

1. Terceirização na CLT de 1943. Propósitos e efeitos mais evidentes.

Subcontratação de mão-de-obra – empreitada e subempreitada (art. 455);

Exemplo: uma construtora que está edificando um prédio e necessita de serviço elétrico superespecializado pode, em tese, contratar uma empresa de serviços elétricos, que tem os seus empregados, para realiza-lo → subcontratação, subempreitada.

Tal subcontratação, com previsão na CLT, pressupõe a responsabilidade da empreiteira principal pelos débitos trabalhistas. Alguns entendem que essa responsabilidade é solidária, enquanto outros advogam ser ela subsidiária.

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.

Por vezes, fraudam-se o art. 455 ao contratar subempreiteiros que não têm o mínimo de capital para responder pelos créditos trabalhistas (contratação de mestres de obras aliciadores de mão-de-obra).

Não se deve subcontratar quem não tem o mínimo de estrutura empresarial.

Nesses casos, a jurisprudência tem reconhecido o vínculo trabalhista com a empreiteira principal.

Pequena empreitada (art. 652, a, III)

Art. 652. Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

a) conciliar e julgar:

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice;

2. Terceirização e Lei.

Decreto-lei n. 200/67: descentralização administrativa federal (art. 10 e Lei n. 5.645/70) → terceirização de atividades meramente executivas e operacionais (transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas);

Lei n. 6.019/74: trabalho temporário (falta de caráter de permanência) → atendimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de serviços.

No trabalho temporário, há responsabilidade solidária quando a prestadora de serviços estiver em processo de falência. Não se tratando de falência da fornecedora de mão-de-obra, tem-se reconhecido que a responsabilidade é subsidiária.

Características:

a) *necessidade de registro da empresa fornecedora de mão-de-obra* → ausente o registro, haverá, na verdade, vínculo trabalhista direto com a tomadora de serviços.

b) *justificativa do contrato* → justificativa da necessidade passageira, da temporariedade.

c) *formalidade*

d) *três meses de duração*

A doutrina e a jurisprudência flexibilizam a regra da CLT a respeito da subordinação, no sentido em que, mesmo havendo subordinação entre a tomadora de serviços e o empregado da fornecedora de mão-de-obra, não há vínculo trabalhista entre ambos (subordinação indireta).

Lei n. 7.102/83: possibilidade de terceirizar o trabalho de vigilância bancária (terceirização permanente);

Lei n. 8.863/94: possibilidade de terceirizar vigilância patrimonial de qualquer pessoa jurídica ou física (incluindo serviços de segurança) → alterou o diploma legal imediatamente acima (ampliação);

Parágrafo único do art. 442 da CLT: cooperativas de trabalho;

Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Tal presunção é relativa (não absoluta).

Mesmo com nobre intenção, tal alteração na CLT teve consequências drásticas, pois se passou a contratar falsas cooperativas para rechaçar o vínculo trabalhista.

Dispositivo inútil (pois a cooperativa não é relação de emprego), a não ser para quem tem o propósito de utiliza-lo para fraudes. Incentivou a fraude a partir da informação explícita de que a cooperativa não caracterizava relação de emprego.

Lei n. 7.290/84: transporte rodoviário

3. Súmulas do TST

Súmula 256 (cancelada): com a ampliação da terceirização o TST editou referida súmula, vedando esse fenômeno nos casos não previstos em lei → as leis acima expostas regulam atividades específicas, não havendo uma terceirização geral legal.

Súmula 331: na década de 90, com o estouro da terceirização, o TST se curvou ao mercado e editou a súmula 331, segundo a qual a terceirização se dá nos casos previstos em lei e em qualquer tipo de atividade meio (aquilo que não for da essência da empresa) → chancela da terceirização

4. Terceirização lícita e ilícita: efeitos jurídicos e responsabilidade

Lícita: trabalho temporário, serviços de vigilância, qualquer atividade meio (serviço especializado) e asseio, conservação e limpeza → não se forma o vínculo com o tomador de serviços, mas apenas com a terceirizante → responsabilidade objetiva subsidiária, mas alguns entendem ser ela solidária.

Ilícita: terceirização feita fora das hipóteses legalmente previstas, ou, quando nelas inseridas, houver pessoalidade e subordinação → vínculo direto com a tomadora.

Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços advinda de interpretação de normas (art. 455 da CLT, Lei n. 6.019/74).

5. Terceirização na Administração Pública e responsabilidade

Responsabilidade subsidiária da AP nos casos de culpa in eligendo e culpa in vigilando (subjetiva).

Sem vínculo por não haver concurso público (mesmo havendo subordinação com a AP) → direito apenas a FGTS e salário.

Art. 71 da Lei de licitações

Ver decisão ADC 10

04-04-2013

TERCEIRIZAÇÃO (continuação)

A terceirização no setor público se dá por dois principais motivos: aumento da população (com o conseqüente aumento da demanda pelos serviços públicos) e recomendações de organismos internacionais (ex: Banco Mundial) para a redução da burocracia estatal.

O serviço público contrata para a atividade fim (?) para contenção de gastos (as garantias dos servidores públicos são muito maiores).

Súmula 331 do TST:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Súmula 363 do TST. Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e p. 2, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada,

em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Responsabilidade subsidiária do Estado.

Lei n. 8.666/1993, art. 71. Isenta a Administração Pública de responsabilidade trabalhista no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado. Esse artigo foi declarado constitucional pelo STF (a responsabilidade civil da administração pública se aplica nos casos de responsabilidade extracontratual ou patrimonial).

Art. 71, § 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.

Hoje em dia, o Estado criou um novo modelo de terceirização, agora dentro do próprio Estado (ex: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares).

Art. 62 da Lei n. 9.472/97. Na jurisprudência trabalhista, há a tendência de não admitir a terceirização dentro do mesmo grupo (ex: Oi e Contax, estes para operadores de telemarketing).

Uma doutrina mais progressista, pelo princípio da aptidão para a prova, entende que é ônus do Estado demonstrar que não foi negligente na fiscalização para não haver a responsabilização, que é subjetiva (?).

09-04-2013

SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Empregado

O conceito legal de empregado está insculpido no art. 3º da CLT:

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

São cinco os requisitos essenciais para a caracterização da figura do empregado, a saber: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, intenção onerosa e subordinação.

A CF/88 veda o tratamento diferenciado entre os trabalhadores em virtude do sexo, idade, cor ou estado civil. Vejamos:

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

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Por sua vez, o art. 6º da CLT dispõe: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

Não distinção entre os trabalhos realizados no estabelecimento, no domicílio e à distância.

Altos empregos

Cargo de confiança

1. Geral (CLT, art. 62, inciso II e parágrafo único)

a) amplos poderes de gestão;

b) patamar salarial diferenciado → 40% do salário (cargo efetivo);

Gratificação de função: salário condição, isto é, o seu pagamento está condicionado ao exercício de cargo de confiança, com a exceção do entendimento contido na súmula 372 do TST.

Súmula 372 do 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.

Art. 62, 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).

Efeitos da ocupação de cargo de confiança geral

Reversibilidade (CLT, art. 468, 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.”

Transferibilidade (CLT, art. 469)

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.

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

Ver a interpretação absurda da OJ 53 do TST.

Estabilidade

Até a promulgação da Constituição de 1988 havia estabilidade no cargo de confiança (e ainda há para relações matusaléns – não supressão de direitos adquiridos).

Com o advento da atual Lei Maior, quanto à estabilidade, aplica-se o art. 499 da CLT, segundo o qual “não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais” (cômputo do tempo de serviço em cargo de confiança para estabilidade no cargo efetivo).

O art. 62 é interpretado como presunção legal de ausência de controle da jornada de trabalho, razão pela qual os trabalhadores arrolados no referido dispositivo não fazem jus ao recebimento de adicional por hora extra.

2. Bancário (CLT, art. 224, §2º)

Art. 224, §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.

a) gerência, direção, chefia, fiscalização e equivalentes

O juiz, na análise do caso concreto, verifica a existência do cargo de confiança.

b) patamar salarial diferenciado → 1/3 do salário (cargo efetivo)

Mesmas considerações do cargo de confiança geral.

Mesmos efeitos da ocupação do cargo de confiança geral

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

Normalmente, a jornada de trabalho do bancário é 6 horas. Contudo, no caso de cargo de confiança a jornada é de 8 horas. Assim, há falso aumento de salário (trabalha-se mais e se ganha apenas um pouco mais).

11-04-2013

3. Diretor de sociedade

Princípio da primazia da realidade sobre a forma: na execução das atividades do diretor de sociedade, para fins de análise da existência da relação de emprego, deve-se observar a presença dos elementos que a integram (não eventualidade, onerosidade, subordinação e pessoalidade).

Recrutamento externo → não era empregado e assume cargo de diretor

Autonomia → conceito que se reporta à liberdade de alguma forma limitada, contrário à ideia de subordinação jurídica → diretor não empregado

Obs.: art. 15 da Lei 8.036/90 → FGTS facultativo para o diretor não empregado

Subordinação jurídica → diretor empregado, sujeito de direitos trabalhistas → provavelmente, ocupará cargo de confiança, aplicando-se-lhe as disposições e os efeitos legais já mencionados.

Empregado eleito diretor → já era empregado da sociedade e é eleito diretor

Subordinação → diretor empregado; aplicam-se-lhe os efeitos da ocupação de cargo de confiança já mencionados.

Autonomia → assumindo a diretoria, presume-se a perda de um dos elementos da relação de emprego (subordinação jurídica). Contudo, tal perda é temporária, de caráter transitório (mandato de 4 anos no máximo, nos termos da legislação empresarial). Assim, o TST tem entendimento sumulado (269) segundo o qual, nessa hipótese, há suspensão do contrato de trabalho, pelo que nem o empregado e nem o empregador não são obrigados a executar as obrigações decorrentes do contrato de trabalho (sustação do cumprimento das obrigações trabalhistas). Contudo, o vínculo é preservado. Registre-se que a suspensão do contrato não impede a demissão por justa causa.

4. Sócio/empregado → *stock options*

Dupla qualidade → a um só tempo, tem-se qualidade de sócio e de empregado.

Pessoa jurídica em desvio de finalidade → art. 50 do CC → sócio que na verdade é verdadeiro empregado → desconsideração da qualidade de sócio para se reconhecer apenas a de empregado → pejetização → na verdade, não há dupla personalidade.

Para que haja dupla personalidade, a sociedade deve ser personificada (pessoalidade autônoma da pessoa jurídica em face dos sócios). Ademais, a responsabilidade deve ser limitada, porquanto, se ilimitada, o sócio não poderia assumir a qualidade de empregado (não tem como se submeter a ele mesmo). Assim, só cabe dupla personalidade nas sociedades limitadas, anônimas e comandita por ações.

Anônima → dupla qualidade até mesmo natural, que não caracteriza fraude. A um só tempo o indivíduo é sujeito e sócio, pois titular das ações de seu empregador.

Comandita por ações → comanditário → responsabilidade limitada → pode ser sócio e empregado

Limitada → também é possível a dupla qualidade desde que não seja o sócio diretor (faltando-lhe subordinação jurídica).

Obs.: sócio → participação no capital social, *affectio societatis*, e participação nos lucros e prejuízos.

Stock options → cláusulas que estimulam a aderência do empregado à sociedade (aquisições de cotas ou subscrição de ações) → há fraude quando há pagamento de parte do salário a título de *pro labore*, sendo que o empregado nem sequer subscreveu ou adquiriu verdadeiramente ações ou cotas, respectivamente (não recolhimento das obrigações trabalhistas).

16-04-2013

EMPREGADOR

Definição

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 serviços.

§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.

Críticas aos dispositivos

1. Cediço que a empresa é a atividade explorada pelo empresário (falta de técnica legislativa). Atenta a isso, a doutrina define empregador como a pessoa física ou jurídica integrante do polo passivo da relação de serviços executados por pessoa física subordinada em caráter eventual, pessoal e oneroso.

2. “Equiparam-se ao empregador (...) outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados”. Mais uma vez houve falta de técnica, porquanto, para a incidência das normas trabalhistas, pouco importa se a atividade exercida pelo empregador tem ou não fins lucrativos.

Caracterização

1. *Alteridade* → riscos da atividade ao empregador; execução do contrato de trabalho.

2. *Impessoalidade*

Sucessão trabalhista: reflexo da impessoalidade do empregador

CLT, art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

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

Clássica (interpretação literal dos dispositivos acima)

A sucessão trabalhista ocorre: **ou** com a transferência a qualquer título (ato inter vivos, sucessão hereditária, a título definitivo ou precário) da empresa/estabelecimento; **ou**

com a alteração na estrutura jurídica do empregador; e com a continuidade da relação de emprego.

Efeitos: caracterizada a relação trabalhista, ocorre: a intangibilidade do contrato de trabalho, sob uma perspectiva objetiva (altera-se o empregador, havendo manutenção do contrato de trabalho); e a responsabilização do novo empregador pelas obrigações trabalhistas (passadas, presentes e futuras).

Inocorrência da sucessão trabalhista

a) alienação judicial

As alienações judiciais perpetradas no plano de recuperação de empresa obsta a sucessão trabalhista, razão pela qual os adquirentes não se responsabilizam pelas obrigações trabalhistas (Lei de Falência, 11.101) → preponderância dos interesses da empresa em detrimento das obrigações trabalhistas.

b) mera sucessão dos títulos de direito administrativo que habilitam as prestações de serviços públicos (concessionárias)

Simple transferência da concessão, autorização, ou permissão, sem transferência patrimonial, não enseja a sucessão trabalhista.

c) criação de nova entidade da federação

A autonomia administrativo-financeira dos entes da federação impossibilita a transferência de qualquer tipo de dívida (art. 18 da CF).

Obs.: distinção entre os ativos e os passivos: transferência apenas dos ativos, isto é, dos direitos patrimoniais com liquidez, não se transferindo a empresa/estabelecimento → ardil para obstar a sucessão trabalhista.

Moderna

Concepção de sucessão trabalhista que não pressupõe os requisitos da sucessão trabalhista clássica.

A sucessão trabalhista moderna tem a ideia de preservar as garantias do contrato de trabalho, tendo como requisito a *transferência patrimonial vultosa* capaz de *abalar significativamente* as garantias de crédito trabalhista (quem adquire esse vultoso patrimônio torna-se responsável pelas obrigações trabalhistas).

Transferência patrimonial vultosa e abalo significativo → conceitos jurídicos indeterminados que devem ser analisados concretamente (caso a caso).

18-04-2013

Nota: a professora defende a inconstitucionalidade do art. 578 da CLT, porquanto a contribuição deveria ser recolhida de todos os empregados que se beneficiassem da negociação coletiva ajustada pelo sindicato de sua categoria, mesmo que não sendo associado (custeio da atividade sindical).

GRUPO ECONÔMICO

Não se confunde com o conceito de grupo econômico adotado pelo Direito Concorrencial e pelo Direito Empresarial.

Grupo econômico no regime celetista: CLT, art. 2º, §2º; Lei 5.889/73, art. 3º, §2º

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 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, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Requisitos:

a) duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de **cunho econômico**

O cunho econômico impede que os empregadores por equiparação se enquadrem no conceito de grupo econômico.

A princípio, não há grupo econômico quando há conjunção de entes estatais com entidades particulares. Contudo, alguns entes estatais se organizam em forma de verdadeiros grupos econômicos para realização de determinados fins (art. 173 da CF).

Estando a entidade estatal regida pelas normas particulares, ela pode se organizar através de grupos econômicos. Situação distinta ocorre quando o ente público intervém no domínio econômico relacionando-se com entes particulares (não formação de grupo econômico).

b) que mantêm relações empresariais que estabelecem controle, direção e/ou administração

O dispositivo da lei de trabalho rural complementa o artigo 2º, §2º da CLT → considerando que houve evolução de práticas comerciais (joint adventures), 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 adventures – 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).

Efeitos da caracterização do grupo econômico

a) responsabilidade solidária

Quem participa do grupo econômico é solidariamente responsável pelas obrigações decorrentes da relação trabalhista. O empregado pode exigir o cumprimento do todo ou de parte do crédito trabalhista em face de qualquer partícipe do grupo econômico.

b) súmula 129, TST → empregador único; solidariedade ativa do empregado (prestação de serviços a plúrimos empregadores)

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 polo 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; numa mesma jornada de trabalho o empregado pode prestar serviço para qualquer partícipe do grupo econômico, sem que isso enseje a pluralidade de relações trabalhistas, **salvo ajuste expresso em contrário.**

Segunda a professora, o entendimento sumulado contribui para o desgaste do trabalhador, a quebra do seu bem-estar psicológico, provocando desequilíbrio (o empregado recebe 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

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 como 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

a) duas ou mais pessoas físicas (produtores)

b) 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 determinada 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

a) responsabilidade solidária pelos créditos trabalhistas entre os partícipes do consórcio

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

23-04-2013

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

Ideia principal: quem se beneficia pelos frutos do trabalho deve se responsabilizar pelas obrigações trabalhistas.

1. Empreiteiro principal frente às obrigações do subempreiteiro

A empreitada é contrato pessoal, razão pela qual pode o empreiteiro principal delegar a realização das atividades a um subempreiteiro.

Os empregados do subempreiteiro podem acionar diretamente o empreiteiro principal, no caso de inadimplemento daquele (art. 455 da CLT) → responsabilidade subsidiária

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.

A responsabilidade principal é do empregador, enquanto a subsidiária, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, é da empreiteira principal. Contudo, há entendimento jurisprudencial no sentido da responsabilidade solidária entre a empreiteira e a subempreiteira. Essa não é o melhor entendimento, já que o próprio texto do dispositivo acima pressupõe o inadimplemento das obrigações.

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

Direito de regresso do empreiteiro principal frente ao subempreiteiro. Nesse caso, não cabe denúncia da lide, já que a relação existente (empreiteira principal e subempreiteira) é integrada por duas pessoas jurídicas, faltando competência à Justiça do Trabalho para dirimir tal questão.

2. Dono da obra face às obrigações do empreiteiro

Sistemática

Dono da obra → empreitada → subempreitada

Não há responsabilidade quando a obra é realizada em benefício do próprio dono da obra, não visando lucro mercantil.

O dono da obra não responde pelos créditos trabalhistas, salvo se for o construtor ou incorporador. Nesse sentido:

OJ 191, SDI1, TST – Dono da obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

3. Terceirização

Entre empresa de terceirização e trabalhador submetido à terceirização existe um contrato de emprego indeterminado regulado pelo Direito do Trabalho.

Entre o tomador de serviços e a empresa de terceirização existe um contrato civil/administrativo.

Na terceirização lícita inexistente vínculo jurídico entre o tomador de serviços e o prestador de serviços.

Súmula 331, TST → aplicação para a iniciativa privada → responsabilidade trabalhista subsidiária do tomador de serviços em caso de mero inadimplemento das obrigações que decorrem do contrato de trabalho por parte do empregador.

ADI 16/DF → Administração Pública → entendimento pela constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 → inexistência de responsabilidade trabalhista ou tributária nos contratos firmados pela Administração Pública nos moldes dos contratos regulados por essa lei. Não aplicação da responsabilidade objetiva do art. 37, VIII, da CF → responsabilidade subjetiva da Administração Pública pela culpa in vigilando. Há discussão nos tribunais de quem tem o ônus de provar a culpa nesse caso. Diante da lacuna do art. 818 da CLT (que objetiva distribuir o ônus da prova, mas assim não fez), a jurisprudência realiza a sua integração com o art. 333 do CPC. No caso concreto o juiz pode inverter o ônus da prova nos casos de difícil produção do elemento probatório, nos termos do art. 852-D da CLT.

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir

as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Excesso pode significar a impossibilidade fática de se produzir a prova, trazendo-a para o plano processual.

Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

O impulso de ofício no processo do trabalho é bem mais amplo do que no processo civil.

Professora entende que a Administração Pública deve se responsabilizar pelos créditos trabalhistas, porquanto se vale das atividades realizadas pelo empregado da empresa de terceirização, e essa é a ideia central da responsabilidade trabalhista → aplicação da inversão do ônus da prova (responsabilidade subjetiva)

Princípio da justiça social → instrumento de proteção ao vulnerável nos casos de assimetria.

Premissa da inversão quando um sujeito está mais apto a produzir a prova em relação a outra parte, havendo desoneração desta.

Na terceirização ilícita, na iniciativa privada, reconhece-se o vínculo de emprego direto entre o prestador de serviços e o tomador de serviços. Contudo, a responsabilidade será solidária entre o tomador de serviços e a empresa de terceirização, já que esta se valeu do trabalho realizado pelo prestador de serviços.

Já no caso da Administração Pública, a figura também tem efeitos distintos. Não se reconhece o vínculo de emprego entre o prestador de serviço e a Administração Pública. O indivíduo foi inserido nos quadros do funcionalismo, mas de forma irregular, pois seria necessário concurso público (art. 37, II, da CF).

De acordo com a teoria das nulidades, se cassado o contrato irregular, o prestador de serviços deveria restituir ao erário os valores recebidos indevidamente. Mas a Administração não poderia restituir o trabalho por ele prestado, havendo enriquecimento sem causa do ente público (se vale do trabalho alheio sem pagar por ele). Assim, não se pode negar os efeitos desse contrato, bem como não se pode reconhecer todos os efeitos (já que estaria se abraçando contrato contrário à Constituição). Assim, aplica-se a súmula 363 do TST, reconhecendo alguns direitos do prestador de serviços → não reconhece o vínculo de emprego, mas reconhece alguns

direitos → salário proporcional à jornada de trabalho executada → Lei 8.036/90 → art. 19 (assegura o recolhimento do FTGS). Professora entende que essa súmula suprime alguns direitos e garantias fundamentais. Ora, há presunção de legalidade dos atos públicos, dos atos praticados pelo gestor público na administração dos contratos de terceirização, pelo que o trabalhador não deveria ficar a mercê dos erros da Administração, perdendo grande parte de seus direitos trabalhistas. Na contra mão, essa súmula garante direitos ao trabalhador que sequer prestou serviços, mas que apenas fora contratado pela Administração. A lógica, nesse caso, seria a restituição do que fora pago indevidamente pela Administração Pública.

25-04-2013

4. Responsabilidade dos sócios

Responsabilização pessoal e solidária do sócio pelas obrigações da pessoa jurídica quando a lei assim determinar.

Ademais, há hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios.

Art. 28, caput e §2º CDC e art. 134 e 135 do CTN → desconsideração da personalidade jurídica. Com o advento do CC de 2002, o seu art. 50 passou a regular de forma genérica a matéria. Teoria maior da desconsideração para o CDC e CTN, mas menor para o CC.

Tratamento mais rigoroso para relações tributárias e consumeristas. E as trabalhistas que não possuem previsão neste sentido? Segue o CC? Paradoxo causado pela técnica tradicional de resolução das antinomias (especial revoga geral, atual revoga anterior, etc.). Solução dada pela teoria do diálogo das fontes. O próprio sistema dispõe a primazia dos créditos trabalhistas e ele mesmo não dá tratamento mais rigoroso à desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho? Norma geral pretere a norma especial? Não. Além da previsão do art. 50, deve-se integrá-lo com os requisitos da lei especial (CTN e CDC). Desconsideração quando advém insuficiência patrimonial da pessoa jurídica.

Art. 186, III → direito de propriedade de empreender → limitado pela realização das garantias do trabalho.

O Direito, e suas construções jurídicas, fazem a dissociação entre a PJ e os sócios que a acompanham. No entanto, o CC estabelece a responsabilidade pessoal do sócio nas hipóteses previstas em lei.

A primeira, dessas situações, deflui da própria legislação societária – na utilização irregular da PJ, a própria lei já prevê a responsabilidade pessoal do sócio. Mesmo nos modelos, onde há a responsabilidade limitada, ainda sim, o sócio tem responsabilidades. Tanto é assim, que na sociedade limitada, quando há uma subcapitalização, o sócio responde pessoalmente, de modo solidário e ilimitado. A legislação societária, assim, já prevê, dentro de seu arquétipo legal, a possibilidade de responsabilização social dos sócios.

Para além dessa responsabilidade prevista na legislação social, há situações que vão gerar a desconsideração da personalidade jurídica, para alcançar seus sócios. Fazendo-se uma análise histórica do instituto, que vem de precedentes americanos, no Brasil, a primeira norma que veio tratar dela é o art.28, do CDC. Da mesma forma, o art.134/135, do CTN. Até que fosse aprovado o CC/2002, não existia o preceito geral de desconsideração da personalidade jurídica. Nessas hipóteses, a atribuição de responsabilidade pessoal do sócio.

Art.134 e 135, CTN: quando a PJ não tem patrimônio suficiente ao cumprimento das obrigações tributárias, em sendo sociedade de pessoas, respondem seus sócios. Quando se tratar de descumprimento e infração de lei, ou seja, de gestão fraudulenta, utilização da PJ para fraudes, haverá a responsabilidade pessoal dos sócios.

Art. 28, CDC: quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, infração da lei, uso da personalidade jurídica fora dos fins sociais, ou em transgressão aos estatutos sociais, será desconsiderada a pessoa jurídica. Da mesma forma, sempre que a PJ for obstáculo ao ressarcimento dos consumidores.

Tais são normas especiais, que se aplicam ao direito tributário e consumeristas, sendo que não havia norma geral sobre a matéria. Neste liame, o direito do trabalho precisava, também, realizar aplicação analógica desses dispositivos.

Então, na inexistência de preceito geral regulamentador, e sendo a PJ usada na transgressão do ordenamento em desvio de finalidade, ou para fraudes, tais dispositivos estavam sendo usados como mecanismos de, na via analógica, permitir a desconsideração da personalidade jurídica.

No direito do trabalho, quando existia uma impossibilidade de prosseguir com a execução do crédito trabalhista, quer porque houve fraude, insuficiência patrimonial,

infração dos seus estatutos, vinha a Justiça do Trabalho desconsiderando a personalidade jurídica, inclusive de ofício, para satisfazer o crédito trabalhista.

Mas, em 2002, foi editado o art.50, do CC: tal dispositivo estabelece só duas possibilidades para fins de desconsideração da PJ – o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Não acolheu, assim, as hipóteses outras previstas no CTN e no CDC, que reconhece a insuficiência patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Começou-se a rascunhar, assim, a teoria da desconsideração da PJ, afirmando que o CC adotou uma teoria menor, sendo que o CDC e o CTN adotaram uma teoria maior, ampliando as hipóteses.

No caso da legislação do trabalho, como não existe um preceito geral, da CLT, o juiz do trabalho há de enfrentar essas situações com base nos patrimônios legais existentes no ordenamento.

Os preceitos gerais revogam os específicos anteriores. Norma superior revoga inferior, mas não é o caso (são ambas leis ordinárias). A princípio, porém, ao aplicarem-se os padrões de solução de antinomias, dever-se-ia aplicar a teoria menor.

No entanto, se assim fossemos tender, ocorreria uma absurda incoerência do sistema. E esses critérios que vêm desde o direito romano, só se prestam a resgatar a unidade, coerência do ordenamento jurídico. E se esses mesmos critérios, ao serem aplicados, gerarem paradoxo no sistema, devem ser abandonados.

O ordenamento tende a ser cada vez mais fragmentário, em detrimento da unidade. Para não se prejudicar a unidade, porém, deve-se primar por aplicar a coerência. Mas quando surgem segmentos especiais para tratar aspectos específicos da sociedade, nem sempre esses critérios vão servir.

Hoje em dia, há um paradoxo no direito – maiores garantias ao suprimento de consumidores e obrigações tributárias, do que para o empregado. Porém, na lei de falências, é estabelecida a prioridade da satisfação do crédito trabalhista, sobre os demais. Em segundo lugar, as dívidas de garantia real e, apenas em terceiro lugar, os créditos tributários.

Assim, não é razoável, que na execução fora da falência, se desconsidere isso. Não se pode dar ao fisco uma garantia mais robusta do que é dada ao trabalhador. Isso criou uma incoerência no sistema. O CC fez um nariz de cera que resolve boa parte das situações particulares. Mas nas relações trabalhistas, cria um paradoxo no sistema.

Se adotarmos a teoria do diálogo das fontes (critério da coerência, e não mero fetichismo técnico, proveniente do direito romano), teremos que abandonar o critério de

que a norma geral deve preterir a aplicação da especial. Apoia-se o art.50, pela desconsideração da PJ, quando há confusão patrimonial, ou desvio de finalidade, mas, também, apesar da omissão do artigo, quando houver insuficiência patrimonial. Ora, o crédito trabalhista tem natureza alimentar, essencial – ao contrário do direito consumerista e do fisco – merecendo, também, garantias robustas.

Não é por outra razão que a Justiça do Trabalho vem, mesmo sem o requerimento das partes ou do MP, desconsiderando a PJ.

E o direito de propriedade do sócio que não praticou ato fraudulento, nem houve confusão patrimonial? Para que serve a sociedade personificada? De fato, temos uma mentalidade de que o direito de propriedade é sagrado. Tal mentalidade vem do próprio curso. Somos moldados para pensar que o homem existe para as coisas e não o contrário. Esquecemos que o direito de propriedade foi originalmente concebido como um direito fundamental humano, no entanto sumiu nas declarações subsequentes. Nas CF modernas, o direito é apenas contemplado NA SUA FUNÇÃO SOCIAL (art.186, III e IV, CF). Ou seja, constitucionalmente, a função social da propriedade é o cumprimento das relações de trabalho e a garantia do bem estar do trabalhador.

Se não há patrimônio suficiente, deve-se, portanto, responsabilizar quem empreendeu. Os riscos do negócio correm por conta do empresário. Se na gestão prova se deu mal, o problema é do empregador. O ordenamento deve ter origem e fim na pessoa e não do bem.

Hegel – o direito de propriedade é algo aleatório, acidental. Tem uma origem não baseada em algo controlado pelo homem. Só o trabalho seria um critério meritório de distribuição de riquezas.

Direito ao trabalho é o direito ao trabalho digno. Não é qualquer trabalho que realiza a função social da propriedade. Inclusive, o dano moral* tem natureza alimentar, na Justiça do Trabalho. Entre o capital e o trabalho, tem que ser o trabalho protegido.

Indenização por transgressão aos direitos de personalidade.

30-04-2103

PRESSUPOSTOS DO DIREITO DO TRABALHO

Jurídico

Universalização do trabalho: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Consagração jurídica do trabalho livre → a pessoa humana (e, por conseguinte, o sujeito passivo da relação do trabalho), passou a ser entendida como sujeito de direitos.

Econômico

Massificação da produção através da grande indústria: Revolução Industrial

Social

Questão agrária: a concentração da propriedade agrária e do trabalho juridicamente livre originou um fluxo migratório das áreas rurais para o meio urbano. Assim, considerando o aumento da oferta de mão-de-obra nas cidades urbanas, os trabalhadores se viram obrigados a se sujeitarem a condições indignas de trabalho. Para a própria sobrevivência, os trabalhadores passaram a se subjugar às condições de trabalho degradantes oferecidas pelas grandes indústrias → aumento da desigualdade social.

Tal cenário ensejou no âmago dos trabalhadores a consciência de classe, isto é, a necessidade de se criar laços com quem se submete às mesmas condições degradantes. Apenas assim seria possível reivindicar direitos em face da estrutura imponente da indústria → sindicatos.

Inicialmente, o Estado buscou penalizar quem participasse das organizações sindicais. Contudo, não logrou êxito, vez que os trabalhadores estavam fortemente inclinados a alterar o cenário fático degradante, mesmo com risco de serem penalizados.

Por meio da percepção da consciência de classe, criaram-se ideologias referentes à estrutura do Estado. Contudo, dentro dos próprios sindicatos havia divergência de ideias (exemplo, anarquistas e socialistas), ensejando a fragmentação ideológica.

Político

Igreja

Diante do fortalecimento das manifestações trabalhistas, a Igreja se viu obrigada a se manifestar acerca das reivindicações sindicalistas.

Obs.: súmulas papais que criticavam o modelo de Estado defendido pelos sindicalistas.

A Igreja adotou posição equidistante dos liberais e dos socialistas. Contudo, defendeu a necessidade de se assegurar alguns direitos aos trabalhadores.

Convenção internacional

Apesar de ser paradoxal, a ideia de se ter uma regulamentação geral do trabalho foi veiculada por um banqueiro, que na verdade tinha em vista objetivos egoísticos.

02-05-2013

PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO

A guerra e os impactos no movimento operário

A debilitação da Associação Internacional dos Trabalhadores e a intensificação do sindicalismo internacional – o papel da AFL

Revolução Russa

O Tratado de Versalhes e a criação da OIT

Consagração universal de alguns direitos dos trabalhadores, isto é, estabelecimento de um nível mínimo de proteção aos trabalhadores.

Primeiras normas de proteção ao trabalho

Regulação do trabalho feminino e infantil;

Restrição ao emprego de substancias tóxicas tais como fósforo branco;

Regência da vida contratual pela via da negociação coletiva: caráter indutor da generalização das condições mínimas de trabalho pelo Estado.

O Estado Social

Constitucionalização dos direitos dos trabalhadores: Constituição do México de 1917 (primeira Constituição a abarcar os direitos dos trabalhadores) e de Weimar de 1919.

Nesse momento, o trabalho passou a ser objeto de regulação pela lei de máxima eficácia (Constituição), pelo que fora interpretado como preocupação política central do Estado.

Consolidação histórica do Estado de Bem Estar Social

Padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação → direitos políticos.

O trabalho como elemento central indutor da economia.

Círculo virtuoso (trabalho, renda e produção): o trabalho é estimulado, já que dá acesso à renda. Auferir renda insere o trabalhador no mercado consumidor. Essa inserção, por sua vez, estimula a produção e a criação de mais postos de trabalho (trabalho como valor social, político, jurídico e econômico).

Movimentos Sindicais e o Ordenamento jurídico brasileiro

(Re)Leitura histórica do papel dos movimentos sociais e Sindicato na construção da ordem jurídica trabalhista.

Movimentos abolicionistas: pressupostos jurídicos do Direito do Trabalho.

O Sindicalismo nos primeiros anos da República – estrutura jurídica

Constituição Republicana de 1891 e o direito de associação (art. 72);

Em 1903, a Lei 979 autoriza a criação dos sindicatos rurais;

Em 1907, o Decreto 1.637 autoriza a criação dos sindicatos nas atividades urbanas.

Movimentos sociais anteriores à década de 1903

Liga Operária (1870)

União Operária (1880)

Liga da Resistência dos trabalhadores em madeira (1901)

Liga dos Operários em couro (1901)

União dos Estivadores (1903)

Liga da Resistência das costureiras (1906)

Ações sindicais

Greves setoriais e conquistas contratuais (Amauri Mascaro Nascimento, 1998);

A guerra e o crescimento fabril – intensificação das greves;

A Greve Geral de 1917;

Fluxos imigratórios – manancial político revolucionário;

Criação do PCB

Ações sindicais e resultados políticos

Lei de Acidentes de Trabalho (1918);

Criação dos Tribunais Rurais em São Paulo (1922);

Lei Eloi Chaves – assistência e outras garantias para os ferroviários (1923);

Projeto de Código do Trabalho (1923);

Criação do Conselho Nacional do Trabalho (1923);

Lei 4.982 instituiu férias anuais remuneradas (1925);

Decreto 17.934 – fixação da idade mínima para o trabalho (12 anos), proibição do trabalho noturno em minas de subsolo para os menores de 18 anos e em praça pública para menores de 14 anos (1927);

Decreto 5.484 – garantia de seguros contra acidentes e morte nas atividades telegráficas;
Decreto 5.492 – regulava a locação de atividades teatrais (1928)

Obs.: na realidade, a CLT apenas reuniu direitos já existentes, não sendo uma verdadeira consolidação de direitos dos trabalhadores, mas sim compilação.

O mito e a meta

O mito dos direitos trabalhistas como dádivas do Estado como meta política:

Estratégia concertada com a elite burguesa para o salto de industrialização nacional com atração das massas para os centros urbanos;

Tática de sustentáculo político do Getulismo

O controle de massa operária seria ainda assegurado pelo controle político do sindicalismo pré 30:

Repressão aos partidos políticos de esquerda;

Repressão, controle e cooptação das lideranças sindicais

Desfiguração sindical:

Negação do natural conflito entre capital e trabalho

A ingerência do Estado na estrutura e ações sindicais

Crise do Estado de Bem Estar Social

A chamada fase de ouro do Direito do Trabalho entra em crise em meados de 1970 com a força adquirida pelos discursos abolicionistas do Estado de Bem Estar Social.

Fatores econômicos

Crise do petróleo:

Aumento da dívida interna e externa dos países;

Deflagração do processo inflacionário;

Baixo crescimento econômico → à luz da estrutura do ciclo virtuoso, o aumento do valor dos produtos lesa de modo quantitativo a renda e a produção;

Ampliação dos gastos sociais

Ampliação do capital especulativo (não aplicado diretamente na produção dos bens, o que implica efeitos negativos no círculo virtuoso):

Desestímulo ao capital produtivo;

Relativização da taxa de ociosidade;

Transformação do capitalismo;

Serviços, transferência de dados e informações no centro econômico;

Intensificação da robótica → supressão de empregos e aumento da produção;

Surgimento da informática;

Incremento de informação, expansão da telefonia móvel, por satélite e internet e difusão do transporte aéreo → quebra da relação entre espaço e tempo;

Expansão do capitalismo: globalização econômica → viabilização das multinacionais

As novas formas de produção e os impactos no Direito do Trabalho:

Do fordismo ao toyotismo

Fordismo: produção em massa (estoque); antecipação do desejo do consumidor; verdadeiras fábricas;

Toyotismo: produção no exato momento do consumo (*just in time*); necessidade de força de trabalho flexível (polivalência do trabalhador e falta de especialização, engendrando deficiência produtiva); verdadeiras montadoras;

Intensificação da mecanização;

Produção transnacional;

Incremento de fórmulas laborativas atípicas;

Incremento da competitividade intra-empresarial

07-05-2013

Fatores políticos

Surgimento do neoliberalismo:

Inglaterra – Margareth Thatcher (1979)

EUA – Ronald Reagan (1980)

Alemanha – Helmut Kohl (1982)

Crise do socialismo

Fragilização sindical:

Financeira;

Ideológica – sindicalismo pragmático: sindicalismo sem compromisso de lutar por mudanças; apenas legitima perdas sociais;

Estrutural – fórmulas laborativas atípicas, fragmentação sindical → ausência de unidade de identificação;

Obs.: crítica ao *home office* (fórmula laboral atípica): os trabalhadores, isolados em seus recintos, não compartilham uns com os outros os problemas vivenciados no exercício de suas atividades laborativas.

Desadequação à globalização econômica e à produção transnacional

A flexibilização como corrente de pensamento (momento histórico contemporâneo):

O Direito do Trabalho e os sindicatos passaram a se curvar aos interesses do capital;

Desregulamentação – rebaixamento dos padrões sociais assegurado pela **ordem jurídica** estatal;

Flexibilização – rebaixamento dos padrões sociais assegurado pela via da **negociação coletiva** do trabalho;

O futuro do trabalho

Fim do emprego? A professora assim não crê, porquanto o emprego é o modelo pilar da estruturação econômica mundial.

Modernização do Direito do Trabalho?

14-05-2013

ORDENAMENTO TRABALHISTA

Fontes

Materiais

Políticas, filosóficas, sociais (exemplo, greve), econômicas, entre outros.

Um viés positivista afirma serem as fontes materiais não obrigatórias, porquanto precedem as próprias normas. Contudo, numa perspectiva pós-positivista, a norma positiva é apenas um dos aspectos da vida social. Assim, certo é que os valores emergentes da convivência social vincula o Legislativo, o qual, ao exercer suas atividades, não pode olvidar-se da realidade social.

Formais

Normas jurídicas efetivamente criadas em nosso sistema. Considerando que as normas podem surgir ou pela via estatal, ou através da sociedade civil, as fontes formais são divididas em heterônomas e autônomas. Essa distinção leva em conta a origem da norma da jurídica, ou seja, preocupa-se com a identidade do legislador da norma.

a) heterônomas: normas baseadas na vontade de terceiro, isto é, outro que não os seus destinatários. Exemplo: normas estatais;

b) autônomas: normas criadas pelo próprio destinatário da norma. Em outras palavras, as normas autônomas contam com a participação direta dos atores sociais (destinatários) em suas criações.

Fontes formais heterônomas

1. Constituição

Fundamento das demais normas. A Lei Maior está em constante diálogo com as demais normas, sendo que estas são interpretadas à luz daquela. Faz-se a distinção entre Constituição formal e Constituição material. Aquela é o documento político-jurídico estabelecido pelo poder constituinte com os valores, princípios e regras consideradas fundamentais para o Estado em um determinado momento histórico. O conceito formal não se preocupa com o conteúdo ou matéria inserida no corpo da Constituição, mas somente com a forma da norma. Já a Constituição em sentido material é o conjunto de normas, escritas ou costumeiras, inseridas ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais (normas elementares de um Estado).

Assim, é possível captar a Constituição de qualquer Estado pelo seu modo de existir, sua essência. Mesmo que as normas que definam esta forma e estrutura básica não estejam escritas, é possível dizer que o Estado possui uma Constituição.

2. Emendas Constitucionais

A Emenda Constituição é a via pela qual se realiza a revisão das normas constitucionais. Registre-se que essa revisão não pode ser feita para suprimir cláusulas pétreas ou reduzir a sua aplicação. A cláusula pétrea apenas pode ser modificada para ampliar o seu sentido e alcance (exemplo, Emenda Constitucional das domésticas, 72/2013).

Obs.: inconstitucionalidade da EC 28/2000: unificação da prescritibilidade dos créditos trabalhistas; supressão de direitos do trabalhador rural; unificação que afrontou as diferenças existentes entre o trabalho urbano e o rural.

3. Tratados internacionais

Documentos firmados por sujeitos de direito internacional, regulados pelo Direito Internacional Público.

O tratado internacional pode ser fechado ou aberto, quanto à possibilidade de adesão de entes não participantes de sua criação.

Podem, ainda, serem, contratados ou normativos. Os tratados contratados são aqueles que se vinculam ao interesse das partes convencionadas, estabelecendo obrigações recíprocas entre elas. Já os normativos são aqueles tratados nos quais há regulação de interesses convergentes, estabelecendo normas programáticas ou de aplicação imediata (não geram obrigações, salvo se o costume dispuser em contrário).

Obs.: a Organização Internacional do Trabalho pode adotar várias medidas para sancionar a afronta aos tratados internacionais nos quais é parte (exemplo, permissão de embargos econômicos ao país afrontador). A publicidade da reclamação da afronta é a primeira medida sancionatória adotada.

21-05-2013

Tratados internacionais de direitos humanos

CF, art. 5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Adoção do bloco de constitucionalidade? Normas que, apesar de não estarem expressas na Constituição, a ela se agregam (materialidade constitucional).

Art. 5º, §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos gozam da mesma preponderância valorativa que as normas constitucionais.

Para uma corrente, os tratados internacionais de direitos humanos tem caráter até mesmo supraconstitucional. STF rechaçou essa ideia, porquanto o que estaria acima da Constituição não poderia ser submetido ao controle de constitucionalidade.

Para outra corrente, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser equiparados à legislação ordinária federal.

A supraconstitucionalidade e a constitucionalidade material foram superadas pelo STF que adotou a corrente da legalidade ordinária. Foi o entendimento adotado até 2008. Tendo em vista as mudanças promovidas pela EC 45, excluiu-se a teoria da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos. Por outro lado, considerando o princípio da soberania, também se excluiu a teoria da supraconstitucionalidade. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado gozam da mesma supremacia valorativa do que as normas constitucionais (art. 5º, §3º c/c art. 102, ambos da CF). Já os tratados internacionais aprovados com o quórum simplificado ficam alocados em patamar intermediário, abaixo das normas constitucionais e acima da legislação ordinária (supralegalidade).

4. Lei material

Documento escrito, submetido a procedimento legislativo, que prescreve condutas com generalidade e abstração, de modo impessoal, com o atributo da obrigatoriedade. Exemplos: lei em sentido estrito, Medida Provisória e lei delegada.

5. Decretos

Regulamentação de preceito legal preexistente. Embora dotados de generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade, são diplomas normativos que não podem inovar no ordenamento jurídico (até mesmo na seara do Direito do Trabalho).

6. Portarias, circulares, instruções normativas, normas regulamentares e outros diplomas normativos

Procedimentos a serem observados pelos administrados e demais interessados na Administração Pública. Também integram o ordenamento trabalhista.

Ver art. 200 da CLT.

7. Sentenças normativas

É a decisão proferida em um dissídio coletivo (decorrente da infrutífera conciliação entre trabalhadores e empregadores), em que são criadas, modificadas ou extintas condições de trabalho.

Verdadeiro corpo de sentença, mas com alma de lei. Do ponto de vista formal são atos judiciais. Contudo, sob a ótica material são fontes jurídicas que ampliam as constituições trabalhistas em caráter geral, abstrato, obrigatório e impessoal (atributos da lei).

23-05-2013 (PEGAR ESSA AULA COM ALGUÉM)

PROF. GRIJALBO

Fontes formais autônomas

No Direito do Trabalho, as partes têm a faculdade de editar normas que regulam a relação de emprego. Essa edição de normas em conjunto ocorre através de negociação entre os empregadores e os trabalhadores, devidamente representados (sindicatos dos empregadores e dos trabalhadores).

Os acordos coletivos e as convenções trabalhistas são exemplos de fontes autônomas normativas.

Considerando serem fontes autônomas, não há obrigação de se celebrar acordos ou convenções.

As negociações coletivas surgem da necessidade de se ampliar direitos sociais, sempre partindo do exame das circunstâncias das relações de emprego de determinado segmento (adequação dos direitos à realidade). Criam regras jurídicas para o futuro.

As cláusulas de um **acordo coletivo** serão resultado de uma conciliação frutífera sobre condições de trabalho entre o sindicato dos trabalhadores (categoria profissional) e uma ou mais empresas, ao passo que as de uma **convenção coletiva** serão fruto de uma composição bem-sucedida entre o sindicato dos trabalhadores (categoria profissional) e o sindicato dos empregadores (categoria econômica), também acerca de condições de trabalho.

O art. 611 da CLT define a Convenção Coletiva de Trabalho:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Em suma, a convenção trabalhista estabelece as condições de trabalho para determinado segmento.

Nas convenções, os sujeitos são entes coletivos, quais sejam, sindicatos de empregados e de empregadores. Contudo, inexistentes os sindicatos ou havendo recusa por parte destes, as federações ou confederações que representam o segmento podem celebra-las (CLT, art. 611, §2º).

28-05-2013

Arbitragem

O laudo de arbitragem é fonte do Direito de Trabalho, porquanto estabelece direitos e deveres aplicáveis às relações individuais de trabalho.

Contudo, considerando que a quase totalidade dos direitos trabalhistas são indisponíveis, a arbitragem só se aplica no âmbito de conflitos coletivos de trabalho.

HIERARQUIA

Geralmente, há um escalonamento prévio de fontes normativas na ciência jurídica. As fontes de eficácia superior são verdadeiros fundamentos das fontes hierarquicamente inferiores (pirâmide normativa de Kelsen). No Direito do Trabalho essa hierarquia prévia é descartada, primando-se pela hierarquia normativa.

No Direito do Trabalho, a primeira especificidade de hierarquia prévia que se faz é a supremacia da norma mais favorável ao trabalhador.

Norma mais favorável ao trabalhador

Teoria da acumulação

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

Em suma, é teoria que adota uma fragmentação do diploma jurídico, através do destaque dos preceitos mais benéficos, somando-os.

Crítica: teoria que afronta o princípio da sistematização e da separação dos poderes.

Teoria do conglobamento

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

Em outras palavras, a análise do favorecimento se faz através do exame do conjunto normativo (e não de suas partes).

Teoria que se divide em duas subvertentes:

a) teoria do conglobamento orgânico (por fonte)

A análise do conjunto normativo se faz através da análise das fontes. Cotejo de um conjunto normativo com todo o conjunto que com ele colide. Nesse confronto deve prevalecer o mais favorável.

É teoria muito acolhida na Espanha (apego ao formalismo). Contudo, não encontra muitos adeptos no Brasil, recebendo como crítica o fato de favorecer a hierarquia de fontes (e não de normas).

b) teoria do conglobamento mitigado (por instituto)

O maior favorecimento deve ser aferido através da adoção de um critério no cotejo dos conjuntos normativos.

Considerando-se cada tema ou instituto, aplica-se o conjunto normativo mais favorável. Exemplo: aplica-se esse conglobamento ao trabalhador transferido para o exterior em exceção ao princípio da territorialidade.

Considera-se o trabalhador em abstrato (e não inserido no caso concreto).

Não se pode aplicar norma mais benéfica que confronta normas proibitivas constitucionais.

PRINCÍPIOS

Norma é gênero, sendo as regras e os princípios suas espécies.

A primeira distinção que se faz entre regras e princípios é o *grau de abstração*. As regras possuem grau de abstração inferior ao dos princípios, que, por sua vez, têm alto grau de abstração.

Outra distinção: as regras se pautam pelo procedimento silogístico clássico (análise da norma para averiguação de sua adequação ao fato). Já os princípios pressupõe análise pormenorizada do fato (é o fato que exerce vis atrativa para aplicação do princípio ao caso concreto – ponderação).

Ademais, há verdadeira plasticidade na solução de conflitos entre princípios, o que não se observa no conflito entre regras. Ou seja, no conflito entre regras uma exclui a outra. Já no conflito entre princípios haverá verdadeira ponderação de valores (sopesamento axiológico).

Obs.: nos casos de conflitos entre princípios e regras, a prevalência das normas principiológica não deve ser um dogma. A adoção da regra ou do princípio deve ser pautar pela análise do caso concreto, podendo o princípio ser preponderante ou excluído.

Funções dos princípios

- a) fonte material;
- b) interpretação das normas trabalhistas → considerando o seu alto grau de abstração;
- c) normatividade concorrente no sistema → as normas principiológica não são meramente supletivas.

PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO DO TRABALHO EM ESPÉCIE

Princípio da proteção

É princípio basilar (fundamental) do Direito de Trabalho.

Propõe retificar as diferenças existentes na relação trabalhista. Busca o equilíbrio daquilo que é veementemente desnivelado (proteção ao hipossuficiente).

De modo mais direto, são desdobramentos deste princípio os princípios da *norma mais favorável*, da *condição mais benéfica* e do *in dubio pro misero*.

Princípio da norma mais favorável

Na omissão de proteção ao trabalhador, o Direito de Trabalho deve buscar um conjunto normativo mais favorável ao hipossuficiente.

11-06-2013 → prova dissertativa; matéria: história, ordenamento trabalhista, princípios e terceirização.

04-06-2013

Princípio da condição mais benéfica

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

oferecido ao empregado. Uma condição laborativa favorável irá aderir ao contrato, tornando-se parte integrante deste.

Princípio com função interpretativa das fontes materiais das obrigações (contratos).

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.

Em havendo cláusulas conflitantes, deve prevalecer a mais favorável ao trabalhador (validade).

Princípio in dubio pro misero

No plano material, esse brocardo propõe que, em caso de dúvida, as normas trabalhistas devem ser interpretadas de modo a favorecer o empregado (interpretação das normas).

Já no plano processual, esse princípio dispõe que, em havendo dúvida, o julgamento deve ser favorável ao trabalhador.

No plano processual, o princípio *in dubio pro misero* é colocado em xeque, porquanto reflete uma superproteção ao trabalhador, implicando em um desequilíbrio entre as partes. Ora, o próprio processo do trabalho já estabelece uma série de condições favoráveis ao trabalhador (por exemplo, a inversão pura do ônus da prova), razão pela qual não se justifica a aplicação do *princípio in dubio pro misero* nesses termos.

Princípio da continuidade da relação de emprego

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

Apenas para ilustrar, a denominação que se dá àqueles que vivem de relações precárias de trabalho (biscate) reflete o valor social atribuído à continuidade da relação de emprego (e o desvalor à precariedade), que propicia sentimento de pertence social.

Ademais, a manutenção do liame empregatício ao longo de muitos anos, além de ser admitida como meta fundamental para o trabalhador, que busca garantir estabilidade financeira e ascensão profissional, também o é para a empresa, que visa maximizar lucros com mão de obra qualificada e experiente. Assim, a ruptura da relação trabalhista

somente será interpretada como justa quando a falta praticada revele gravidade suficiente para tornar insustentável o vínculo jurídico entre as partes.

Em suma, esse princípio estimula o ordenamento jurídico a adotar medidas contra a dispensa do empregado

Exemplos de aplicação:

1. CLT, art. 492: o empregado com estabilidade (mais de 10 anos), apenas poderá ser dispensado por falta grave (apurada em ação de inquérito) ou força maior;
2. CLT, art. 478: no caso de dispensa do trabalhador sem estabilidade, fixou-se indenização com alto valor, a fim de desestimular a dispensa.

A dispensa regulada pelo diploma celetista fora modificado com o advento da Constituição de 1988 → fim da estabilidade

Lei 5.102/66: FGTS facultativo; opção pelo empregado (mais 10%)

CF/88: art. 7º, I → proteção contra a dispensa; art. 7º, III → FGTS obrigatório (inclusive para as domésticas, após a EC 72/2013); ADCT, art. 10 → elevação da multa para 40% no caso de dispensa arbitrária.

Discussão: proibição da dispensa arbitrária imotivada

Segunda a professora, a própria Constituição já veda a dispensa arbitrária. Ademais, há a problemática de uma norma supralegal (tratado internacional) ter sido vetada por ato unilateral de um Presidente da República. Essa norma proíbe a dispensa arbitrária, mas, como já dito, foi vetada por ato unilateral do Presidente. A discussão recai sobre a legitimidade desse veto unilateral, sendo que se entender por sua ilegalidade, a norma volta ao ordenamento jurídico pátrio.

Ver art. 158 da Convenção da OIT.

Outros reflexos da continuidade da relação de emprego: proteção do emprego contra a automação (CF/88, art. 27); contrato de trabalho com prazo indeterminado é a regra, havendo exceções.

Súmula 212 do TST: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado → o ônus de comprovar a dispensa incumbe ao empregador.

PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

É livre a elaboração do contrato de trabalho em tudo que venha favorecer o trabalhador. Esse princípio atua como fonte material das obrigações contratuais. Estimula que as partes do contrato estabeleçam condições para além daquelas já previstas na CLT.

Além disso, atua de modo importante na interpretação das cláusulas contratuais. Havendo múltiplos caminhos interpretativos, deve o intérprete acolher aquele que seja mais benéfico ao trabalhador.

Será o critério, também, de escolha de cláusulas válidas, quando o contrato tiver cláusulas conflitantes.

PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO MISERE

Por vezes é reverenciado como princípio do direito material do trabalho. A princípio, é um critério interpretativo de normas trabalhistas. Nessa perspectiva, propõe que, em caso de dúvida, as normas sejam aplicadas em favorecimento do empregado. É um desdobramento quase que inútil do princípio da norma mais favorável.

De vez em quando, porém, encontram-se propostas de sua aplicação no campo do processo do trabalho: in dubio pro reo, do direito penal. Na dúvida, dos fatos envolvidos na lide, que seja o julgamento favorável ao trabalhador.

Nessa perspectiva, tem sido o princípio posto em xeque, no campo do processo do trabalho. Inicialmente, este poderia até precisar de sua aplicação para mitigar desigualdades. No entanto, hoje em dia, tem gerado inversões do ônus da prova, presunções mais favoráveis ao trabalhador, etc. O processo do trabalho vem se sofisticando de forma que a restauração dos fatos no processo vem acompanhada de medidas de reequilíbrio das partes. O in dubio pro misere importaria, assim, uma superproteção ao hipossuficiente. O próprio direito do trabalho, por si só, já traz várias proteções ao trabalhador, pelo que prescinde a aplicação do princípio do in dubio pro misere. Sua aplicação seria, indubitavelmente, um excesso, que desequilibraria as relações processuais do trabalho.

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O direito do trabalho já percebeu que a melhor forma de proteção do empregado é estimular a persistência do vínculo. Estes vínculos, quando prolongados, trazem maiores

benefícios aos empregados. As garantias dos contratos não podem ser alteradas ou suprimidas em prejuízo do trabalhador.

Vínculos prolongados incorporam garantias jurídico-econômicas que não podem ser alteradas.

Além disso, vínculos prolongados constituem estímulo real ao empregador de investir na formação técnico-profissional dos empregados. E a educação para o trabalho é uma das formas mais importantes de emancipação da pessoa. Portanto, quando o empregador investe na educação do empregado, promove um bem constitucionalmente tutelado ao empregado.

Além disso, vínculos mais prolongados vão permitir que o empregado se eduque pelo trabalho. O empregado torna-se senhor da sua atividade.

In concreto, permitem que o trabalhador se enquadre melhor na sociedade. O trabalho é um elemento de identidade e de pertença social. E quanto mais prolongado o vínculo, maiores as condições de construção de identidade e projeção dessa identidade, no campo social. Isso não se dá em situações de precariedade. Quanto mais permanente for o trabalho, maior a forma como o trabalho projeta a honradez profissional.

Por isso o direito do trabalho toma para si o princípio da continuidade do vínculo de emprego.

Como esse princípio se aplica concretamente? Estimula o ordenamento a adotar medidas concretas contra a dispensa do empregado. A primeira eficácia do princípio é de proteção contra a dispensa. Na história do Direito do Trabalho brasileiro, já houve momentos de maior aplicação desse princípio. Antes mesmo das proteções trabalhistas da CLT, o brasileiro já conhecia o instituto da estabilidade. Com o início da CLT, era conferida a estabilidade a quem tinha mais de dez anos de emprego. Uma vez estável, o empregador não poderia dispensar o empregado, senão em situações de ocorrência de falta grave, apurada em ação judicial (ação de inquérito para apuração de falta grave). A extinção do contrato seria determinada, nesse caso, pela via judicial.

Além disso, também se permitia a extinção do contrato por motivo de força maior (art.492).

Para quem não era estável, a CLT ainda criava outro mecanismo de proteção ao emprego (art.478): indenizações pela dispensa promovida pelo empregador. Seu valor era o do maior salário percebido pelo empregado, multiplicado pelo número de anos da vigência do contrato. Fração de ano era contabilizada como ano completo, para fins de

indenização. Tal indenização, ainda, deveria ser paga, de uma só vez, no momento da dispensa.

Assim, se denota que a CLT trazia, de fato, mecanismos gerais de proteção do emprego. Em 1966, foi instituído, pela lei 5.102, o sistema do FGTS, que, a princípio, era facultativo, dependendo de opção expressa do trabalhador. Dependendo do emprego, o empregado sempre acabava optando pelo FGTS. Quem optava por esse regime, renunciava a CLT, na matéria de proteção contra a dispensa (não adquiria a estabilidade, nem teria direito à indenização). O FGTS foi a primeira grande flexibilização trabalhista.

O FGTS é um modelo de poupança de expediente. Os valores depositados pertenciam ao patrimônio do empregado, mas só poderiam ser movimentados nas hipóteses previstas. Em caso de dispensa, o acréscimo, ainda, seria de apenas 10%. Isso trouxe menores impactos à dispensa, ao empregador.

Permitia-se, ainda, a opção retroativa pelo FGTS. Por exemplo, o empregado, em 1975, opta por adotar o FGTS retroativamente, até 1966.

A CF/88 mudou o cenário da proteção contra a dispensa arbitrária: tornou o FGTS obrigatório (art.7º, III): direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais ao FGTS; EC/72: obrigatoriedade do FGTS aos trabalhadores domésticos (ainda será regulamentada); art.10, ADCT: elevou a multa, em caso de dispensa, para 40%, até que fosse regulamentado outro dispositivo, que enuncia como direito fundamental aos trabalhadores, a proteção contra dispensa arbitrária, na forma da lei; art.7º, I: proteção contra dispensa arbitrária: discute-se que é norma de eficácia limitada.

Quais seriam os motivos que autorizariam os empregadores a promover a dispensa do empregado? Norma infraconstitucional.

1996: primeira tentativa de legislar sobre isso: ratificação da convenção n.º 158, da OIT: autorizaria a dispensa, pelo empregador, a inaptidão pessoal do empregado, motivos de ordem técnica (mudanças de método do trabalho, por exemplo), motivos de ordem financeira, motivos de ordem econômica. A convenção 158, quando incorporada, gerou horror imediato nos empregadores, porque o Brasil é um país de capitalismo tardio. Naturalmente, repudiaram a convenção e a Confederação Nacional das Indústrias, entrou com ADI, discutindo a adoção da Convenção n.º 158, da OIT, dado que a CF teria destinado a matéria à LC (convenção n.º 158 foi deliberada por quórum simples). A medida cautelar da ADIN suspendeu a eficácia da convenção. E antes mesmo do

juízo, o Governo denunciou a convenção e a ADIN foi extinta por perda de objeto.

Preponderava na época, o entendimento de que tratados internacionais de qualquer matéria se equiparavam à Lei Ordinária Federal.

EC 45/2004: inseriu os §§3º e 4º no art.5º, da CF: se for o tratado aprovado por quórum qualificado, terá valor de EC.

Em 2005, o governo Lula pediu a nova votação da Convenção nº 158. Mas a tentativa foi frustrada.

ADI 1651: discutindo a constitucionalidade do decreto de denúncia da Convenção 158: esse Decreto foi feito sem prévia deliberação do CN. Seria necessária a confluência de vontades do presidente da República e do Congresso Nacional (art.49, I, CF). Apoiada no princípio do paralelismo das formas (se para o ingresso do tratado, será necessária a confluência de vontades, para sua retirada, também). Além do mais, pela interpretação da CF, compete ao CN deliberar acerca da denúncia de trabalhos (restringir a competência do presidente da república). Assim, quer numa exegese literal, quer sistemática e principiológica, o Decreto estava eivado de vício formal. E a ADI 1651 já tem dois votos (Nelson Jobim votou pela improcedência da ação; Joaquim Barbosa já entende pela inconstitucionalidade do decreto). A tendência é que o Decreto 2100 seja julgado inconstitucional, pelo que a Convenção 158 voltará ao sistema.

Atenção: quem tinha o regime da estabilidade, em 1988, e não optou pelo FGTS, não teve a supressão dos direitos já adquiridos! Portanto, continuou tendo o direito à indenização, pelo regime da CLT, de estabilidade.

Proteção do emprego contra a automação (art.7º, XXVII, CF).

O princípio da continuidade da relação de emprego tem outra aplicação importante: só permite a contratação precária dentro de hipóteses excepcionalíssimas. No mais, esse princípio tem também importância prática, do ponto de vista probatório, processual.

Súmula 212, TST: a prova da dispensa, quando negar a prestação de serviço e a ruptura do contrato, incumbe ao empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego cria uma presunção favorável ao empregado.

O princípio em questão, portanto, tem aplicação múltipla no direito do trabalho.

06-06-2013

Matéria da prova: história do direito do trabalho, princípios do direito do trabalho, terceirização, ordenamento jurídico trabalhista (3 questões valendo 10 pontos cada).

Funções dos princípios: informadora (inspira o aplicador do direito), normativa e interpretativa (mais importante)*.

*o interprete, ao analisar o caso concreto, pode se valer dos princípios, independentemente de estarem normatizados ou não. Têm função interpretativa grandiosa.

O Direito do Trabalho não existe sem princípios.

O direito do Trabalho existe justamente para criar uma superioridade jurídica do empregado. Não tem a mesma lógica do direito civil, ainda mais do direito civil na época do liberalismo clássico.

O direito do trabalho não cuida apenas dos direitos e obrigações dos empregados. Sua razão principal é amparar o trabalhador, garantindo seus direitos.

13-06-2013

CONTRATO DE TRABALHO

Definição

CLT, art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Definição legal criticada pela doutrina.

A melhor definição seria: contrato de trabalho é o acordo de vontades, expresso ou tácito, pelo qual se estabelece a relação de emprego, isto é, que tem como objeto a prestação de serviço por pessoa física subordinada, em caráter pessoal, oneroso e não eventual.

Características

1. *Bilateral*

2. *Nominado/típico*

3. *Direito privado*

4. *Comutativo* → obrigações certas e determinadas no momento da celebração do contrato

5. *Alteridade* → os riscos da execução do contrato de trabalho (do empreendimento) correm por conta do empregador

Assim, não é possível estabelecer a assunção de riscos da atividade pelo empregado.

6. *Sinalagmático (global)* → a cada prestação estabelecida, haverá uma contraprestação correspondente.

Interrupção contratual → manutenção do salário → sinalagma perfeito

Não há correspondência prestação obrigação, mas de titular de obrigação

7. *Adesão*

Os dispositivos do CC que tratam do contrato de adesão são aplicados ao contrato de trabalho.

8. *Execução sucessiva*

Obrigações solvidas periodicamente no tempo.

Teoria da imprevisão inaplicável ao contrato de trabalho, em razão do princípio da alteridade

9. *Atividade*

Obrigações de fazer por pessoa natural

10. *Personalíssimo*

11. *Informal*

12. *Oneroso* → intenção de obtenção de vantagem econômica

Distinção entre direito público e direito privado

	Direito público	Direito privado
Sujeitos	Estado	particulares
Interesse	interesse público	privado
Relação	Supremacia do Estado frente ao particular	o Estado assume a mesma posição do particular (tratamento equiparado)

CLT, art. 467. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento".

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as suas autarquias e fundações públicas.

Boa parte da jurisprudência tem entendido pela inconstitucionalidade do parágrafo único deste dispositivo → contrariedade ao princípio da igualdade jurídica aplicada às relações entre particulares.

ADC 16/DF → quebra do princípio da igualdade jurídica → terceirização na qual o tomador de serviços é a Administração Pública → prerrogativa especial para o Estado numa relação atípica mas regulada pelo Direito → exigência de culpa

Súmula 363 do TST

Sindicato dos restaurantes de fast-food/SP → celebrou acordo coletivo com o McDonald's estabelecendo jornada de trabalho variável (se o restaurante estive cheio ele trabalhava, se não ele ficava na sala de conforto ou era dispensado) → ora, integra a jornada de trabalho não só a prestação efetiva de serviço, mas o tempo de disponibilidade também → estabelecimento de cláusulas aleatórias de jornada de trabalho e assunção dos riscos do empreendimento pelo empregado.

As vezes o próprio Direito de Trabalho excetua o caráter comutativo do Direito do Trabalho → álea legitimada pelo Direito → banco de horas; comissionista (que recebe em comissões – assegurado pela CF no mínimo o salário mínimo). Outro exemplo: Lei do vendedor: proibição do empregador distribuir o risco de atividade ao vendedor (não pode haver desconto de cheque sem fundo do empregado)

Lei 10.820

Lei 3.207/57

Morfologia do contrato de trabalho (elementos)

Elementos essenciais

A ausência ou vício conduz à nulidade.

Estruturantes para existência e validade do negócio jurídico.

Capacidade, licitude/possibilidade do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei e causa e finalidade

Capacidade e licitude → pressupostos

Forma, causa e finalidade → requisitos

Capacidade → aptidão para agir

Do empregador → CC → capacidade 18 anos; incapacidade: a) relativa até os 16 anos – pode ser empregador mas quem praticará os atos é o responsável legal; b) absoluta

Do empregado → Direito do Trabalho só formulou de modo especial a capacidade do empregado

Elementos naturais

Aparecem no negócio quer pelo sistema jurídico ou pela prática social

Defeito em elemento natural não conduz a nulidade.

Elementos acidentais

Comparecem no negócio jurídico pela vontade das partes

CONTRATO DE TRABALHO

Definição: art. 442, CLT.

A definição legal possui algumas críticas, como a redação tautológica - não explica nem o que é RE nem contrato de trabalho. Por isso, adota-se a definição doutrinária, segundo a qual contrato de trabalho é o acordo de vontades expresso ou tácito pelo qual se estabelece a RE, isto é uma relação cujo objeto da prestação de serviços executados pela pessoa natural, contínuo, com pessoalidade, intenção onerosa e subordinação.

É um contrato bilateral nas formação e nos efeitos (atribui direitos e deveres a ambos os contratantes).

É um contrato nominado: embora o melhor fosse chamá-lo de contrato de emprego, porque não é abrangente de todas as relações de trabalho, mas só desta em específico.

É um contrato típico: a estrutura do contrato é dada por normas imperativas que estabelecem condições contratuais mínimas - podem ser acrescidas pelo princípio da norma mais favorável.

É um contrato de direito privado. Observe-se, entretanto, o fenômeno do dirigismo contratual. Hoje se admite a intervenção do Estado nos contratos que o exijam, para garantir, por exemplo, a observância dos fins sociais. Mudança da idéia de autonomia da vontade para autonomia privada.

Segundo Ulpiano, os ramos e institutos de direito público são aqueles que possuem a participação do Estado e que resguardam o interesse público, de toda coletividade (bem comum); já os ramos de direito privado são aqueles que possuem a participação apenas dos particulares, com vistas a interesses particulares.

Entretanto, ao longo do tempo, o Estado passou a atuar como particular, contratando no interesse da administração. Quando o Estado contrata tendo em vista o bem comum, há uma assimetria entre ele e o outro contratante (particular) - as normas incidem de forma diferente para um e para outro. Admitem-se as cláusulas exorbitantes. Entretanto, quando o Estado contrata tendo em vista o interesse diretamente da administração

O direito do trabalho foi pensado para regular interesses entre particulares. Ainda que o Estado venha a tomar parte em tal contrato, ele o faz como particular, porque tem em vista o interesse imediato da administração. Por isso, ele não contrará com prerrogativas especiais - deveria ter o mesmo tratamento dado aos particulares.

No DT, não raro se tem tentado estabelecer prerrogativas especiais para o Estado no momento de contratação de relação de emprego.

Ex: art. 467, CLT. As verbas trabalhistas incontroversas devem ser pagas na primeira audiência. A CLT atribui ao empregador que não o faz a multa de 50% das verbas rescisórias arbitradas. Natureza das verbas trabalhistas. Em 2001 se estabeleceu a inaplicabilidade dessa multa para a administração pública indireta, às autarquias (pu, art. 467) - não há correspondência com o tratamento dado aos particulares e, por isso, alguns defendem a inconstitucionalidade (violação ao princípio da igualdade).

Ex: tomador de serviço na terceirização. Atribui-se um tratamento diferenciado para a administração pública - o Estado deveria ter o mesmo tratamento dado ao particular no sentido de subsidiariedade pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas. Súmula 333, STJ.

O contrato de trabalho é um contrato de trabalho comutativo: as obrigações são certas e determinadas no momento de sua celebração. Contrapõem-se aos contratos aleatórios.

O contrato de trabalho é dotado de alteridade: os riscos do empreendimento e da sua execução correm por conta do empregador. Somando-se esta característica com a anterior se conclui que não é possível a assunção de riscos pelo contrato de trabalho pelo próprio trabalhador.

Ex: acordo coletivo com o Mc Donalds estabeleceu jornada flexível - o trabalhador poderia ficar em uma sala de lazer durante os períodos de menor movimento. Isso vai contrariar o fato de o contrato de trabalho ser comutativo, porque não haveria fixação da jornada. Integra a jornada de trabalho o tempo que ele estiver efetivamente trabalhando e o tempo que ele estiver a disposição do empregado.

A lei 3.207 estabelece normas para o empregado viajante ou praticista. Ela estabelece como regra geral a proibição do empregador transferir os riscos para o vendedor. Por exemplo: se o vendedor recebe um cheque sem fundo, em tese, não poderia ter o valor descontado de seu salário. A lei estabelece, no entanto, que no caso de falência ou insolvência civil do cliente, o empregador poderia descontar os valores pagos a título de comissão, sem atingir, no entanto, o salário.

Art. 462, CLT: hipóteses em que pode haver descontos nos salários.

É um contrato sinalagmático: a prestação impõe a contra-prestação; as obrigações recíprocas são correspondentes e equiparadas. A análise deve ser feita no conjunto: Entretanto Existem situações em que o trabalhador não labora e ainda assim recebe a remuneração (interrupção do contrato de trabalho

É um contrato de adesão: os trabalhadores, em regra, estabelecem as condições. Interpretação pro aderente e indisponibilidade dos direitos em contratos desse tipo.

É um contrato de execução sucessiva: as obrigações vão sendo implementadas ao longo do tempo. A teoria da imprevisão, aplicada no CC a esse tipo de contrato, não se aplica ao contrato individual do trabalho (nas negociações coletivas é possível). No CC, a teoria da imprevisão dá ao prejudicado o direito à resolução do negócio jurídico ou buscar, pela via judicial, o restabelecimento do equilíbrio.

A CR, 7, VI, assegurou a irredutibilidade salarial, salvo na negociação coletiva.

É um contrato de atividade: a obrigação do trabalho é um fazer executado por pessoa natural

É um contrato personalíssimo: tem uma cláusula que estabelece, com relação ao prestador do serviço, a infungibilidade.

É um contrato informal: basta o consenso para a sua existência. As partes podem manifestar a vontade da forma que melhor lhes convierem (existem exceções).

É um contrato oneroso: o empregador tem em vista os resultados úteis do trabalho; o empregado tem em vista receber salários. Basta a intenção onerosa, ainda que na prática o trabalhador não pague.

MORFOLOGIA DO CONTRATO DE TRABALHO

Compõe-se de elementos essenciais, naturais e acidentais.

Elementos essenciais: são aqueles cuja ausência ou vício conduzem à nulidade. São estruturantes para a existência e validade

Elementos naturais: são aqueles colocados no contrato de trabalho _____. Vício não conduz à nulidade, comportando retificações tópicas.

Comparecem de modo excepcional por vontade das partes, como o termo e _____.

Nos termos do artigo 104: capacidade das partes; licitude/ possibilidade; forma prescrita ou não defesa em lei; causa/ finalidades (higidez na manifestação de vontade).

Capacidade de direito: aptidão de ser titular de direitos e obrigações. O conceito se assemelha ao de personalidade, mas com ele não se confunde. A noção de capacidade do art 104 é a de capacidade de agir: aptidão de, validamente, por si só, praticar atos da vida jurídica.

As regras que regulam a capacidade do empregador são as regras previstas no CC. O empregador terá capacidade plena aos 18 anos. Antes, haverá a incapacidade absoluta (0 a 16 anos - o empregador deverá ser representado) e a incp. relativa (16 a 18 anos - o empregador deverá ser assistido pelo seu responsável).

Quem tem entre 16 e 18 anos ingressa em RE e tem economia própria irá adquirir a capacidade.

18-06-2013

PRESSUPOSTOS/ REQUISITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Capacidade

O menor pode ter o seu vínculo de emprego reconhecido. Contudo, após o reconhecimento deve-se obstar a permanência do vínculo.

Se o menor de 16 anos falsifica os documentos para ser contratado, a professora entende que o contrato deve ser extinto por justa causa.

Licitude do objeto

O objeto do contrato de trabalho deve ser lícito.

Se o objeto da prestação laboral for ilícito, o vínculo de emprego não será reconhecido. A doutrina faz distinção entre licitude e irregularidade. Parte considerável da doutrina entende que a prestação de serviços referente ao jogo de bicho caracteriza mera irregularidade (não é tipo penal), o que permite o reconhecimento do vínculo empregatício → entendimento não pacífico.

Trabalho ilícito é aquele que se relaciona com determinado crime ou contravenção. Contudo, o TST já atenuou esse entendimento em algumas situações. 1. Reconhece-se normalmente o vínculo empregatício quando a atividade do empregado em si não é crime/contravenção → por exemplo, faxineiras em prostíbulos, motoboys que prestam serviço para estabelecimento de jogo do bicho, etc. → efeito ex nunc → o vínculo empregatício produz efeitos até a extinção do contrato de trabalho determinada pelo Judiciário (fim da atividade ilícita) 2. Ausência de consciência de ilicitude → também efeito ex nunc → com o reconhecimento do vínculo, também se reconhecerá, por óbvio, a ilicitude da atividade.

Segundo a professora, a irregularidade do objeto da prestação laboral não implica em nulidade do contrato de trabalho.

Situação do imigrante não regulamentado: com a extinção do vínculo empregatício pelo reconhecimento da situação irregular, os direitos trabalhistas adquiridos até esse momento devem ser preservados, sob pena de se fomentar a mão-de-obra idocumentada.

Obs.: os refugiados tem direito a se documentarem.

Possibilidade do objeto contratual

O conceito de possibilidade é obtido por exclusão, devendo se aferir primeiramente a impossibilidade do objeto contratual.

Impossibilidade relativa: a realização do objeto contratual pelo contratado é impossível, isto é, aquele que figura como contrato não consegue realizar o objeto contratual. Contudo, se a impossibilidade de realização do objeto contratual é fruto de ardis ou fraude empregada pelo contratado, deve-se considerá-lo como faltoso, advindo extinção do contrato de trabalho por justa causa (Délío Maranhão). Por outro lado, se a

impossibilidade é consequência de erro na contratação, a extinção com a preservação dos direitos trabalhistas até esse momento é a medida que se impõe.

Impossibilidade absoluta: nenhuma pessoa que pudesse integrar a posição de contratado seria capaz de realizar o objeto contratual. Aqui, há verdadeira inexistência do vínculo contratual.

Utilização da forma prescrita ou da não defesa

O contrato de trabalho é o acordo de vontades expresso ou tácito pela qual se estabelece condições trabalhistas.

Alguns contratos de trabalhos especiais exigem algumas formalidades. De regra, existindo algumas irregularidades relativas à forma nesses contratados, aplica-se a teoria do ato inexistente. Contudo, há situações particulares em que isso não é possível. 1. No caso de irregularidade formal na contratação do aprendiz (que pode ser contratado a partir dos 14 até os 16 anos de idade), haverá reconhecimento do contrato de trabalho com superveniente extinção, sob pena de lhe negar o direito a prestação laboral. 2. Contratação trabalhista pela Administração Pública com inobservância do art. 37, II, da CF (sem concurso público) → não se pode aplicar a teoria clássica do reconhecimento do vínculo empregatício com a superveniente extinção, sob pena de se atribuir efeitos a conduta que afronta de morte preceitos constitucionais. Por outro lado, não se reconhecendo nenhum dos direitos, haveria enriquecimento sem causa por parte do ente público. Assim, adotou-se posicionamento intermediário, reconhecendo o direito ao salário proporcional à jornada de trabalho e o FGTS do período (TST, Súmula 363). A professora critica esse entendimento, por entender ser ele verdadeiro nariz de cera aplicado para acobertar qualquer fraude empregada pela Administração Pública, em detrimento dos direitos do contratado de boa-fé. Num raciocínio inverso, a aplicação da referida súmula implica em reconhecimento de direitos trabalhistas àquele que agiu de má-fé ao ser contratado irregularmente (contratação de parentes e amantes).

Ademais, a súmula em questão exclui direitos fundamentais dos empregados, como, por exemplo, o direito à aposentadoria no caso do sujeito contratado irregularmente pela Administração Pública por longo período sem recolhimento de contribuição previdenciária → extinção do contrato de trabalho, reconhecendo-se apenas o salário proporcional à jornada de trabalho e o FTGS do período.

Outra crítica à súmula é o fato de ela adotar interpretação desfavorável ao tutelado, o que afronta preceitos trabalhistas.

A professora é adepta do entendimento de Délio Maranhão, segundo o qual, na falta de pressuposto do contrato de trabalho, deve-se reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho, isto é, a rescisão por culpa do empregador (falta patronal), reconhecendo-se um amálgama de direitos trabalhistas, inclusive o aviso prévio e os 40% sobre o FGTS.

O contrato de trabalho é uma relação jurídica, e por isso, deve-se verificar sua validade diante dos requisitos exigidos pela lei.

Licitamente, pode haver vínculo de emprego a partir de 16 anos no Brasil.

Quando o menor de 16 anos firma um contrato de trabalho: se o trabalho foi prestado não há como devolvê-la - diante dessa impossibilidade de reversão e considerando todos os princípios que regem o DT, se determinará a extinção do vínculo pela autoridade pública (não necessariamente do Poder Judiciário), mas os efeitos jurídicos se processarão até a data da extinção, sem prejuízo das medidas administrativas e penais. Haverá, por exemplo, a assinatura da carteira de trabalho, o recolhimento do INSS, pagamento do salário e das horas extras, contagem do tempo de serviço para todos os fins, etc.

Nessa matéria, a prescrição tem tratamento diferenciado. Em regra, para a assinatura da Carteira de Trabalho, o prazo é de 48 horas a partir do início da prestação laboral (?).

Uma corrente minoritária, fundada no Direito Civil clássico, não reconhece o vínculo empregatício com o menor, dizendo, inclusive, que posicionamento contrário

LICITUDE DO OBJETO

O objeto da contratação deve ser lícito. Havendo um objeto ilícito, o vínculo empregatício não será reconhecido.

Jogo do Bicho: parte da doutrina diz que (OIJ 199, TST).

A ilicitude do objeto tem a ver com as infrações penais - é um crime ou uma contravenção. Não há na jurisprudência trabalhista distinção entre crime e contravenção - por isso, esta tem tratamento idêntico àquele, violando a equidade.

- Atividade do empregado não concorre diretamente para o ilícito penal: ex: faxineiras de prostíbulos. O trabalho não é um ilícito penal, embora dê suporte à ilicitude porque prestado no ambiente da infração: o tratamento é o mesmo dado para os casos de irregularidade. O reconhecimento produzirá efeitos ex nunc - são preservados todos os

efeitos contratuais até a extinção do contrato pela via judicial. O contrato não poderá ser mantido, sob pena de contradições no sistema (?).

- Ausência da consciência do ilícito por parte do empregado: não significa ignorância, porque o Direito brasileiro estabelece uma presunção absoluta de conhecimento da lei. Quando os elementos de fato não permitem ao trabalhador saber que está desenvolvendo atividade ilícita. São preservados todos os efeitos do contrato de trabalho até a extinção do contrato pela via judicial. Ex: motorista transporta pessoa que porta consigo drogas.

Se houver mera irregularidade, o contrato de trabalho será reconhecido.

Trabalho irregular: ilicitude de natureza não penal. É o trabalho caracterizado por violação de normas, porém normas que não dizem respeito a crimes e contravenções penais. Ex: emigrante não documentado - segundo o Direito brasileiro, é necessário visto para o estrangeiro trabalhar no Brasil. Todos os efeitos devem ser preservados nesse contrato de trabalho - expedida carteira de trabalho, promovido o recolhimento previdenciário, férias, décimo terceiro, etc. A se pensar de outro modo, se estaria estimulando o emprego de trabalhadores não documentados no Brasil.

Rescisão direta:

POSSIBILIDADE DO OBJETO CONTRATUAL

Se ocorrer uma impossibilidade do objeto, ela pode macular o contrato de trabalho.

A impossibilidade pode ser:

a) relativa: quando aquele que figura como contratado não é capaz de executar o objeto contratual. Os efeitos dependem das condições em que o contrato foi celebrado. Se houver culpa in eligendo ou culpa in contraendo, ele deve ser preservado com todos os seus efeitos - se o empregado quiser dispensar o trabalhador, poderá fazê-lo de maneira imotivada, desde que cumpridos todos os direitos. Se houver dolo por parte do contratado, valendo-se de ardil, o contrato existirá e o empregado será considerado faltoso (extinção por justa causa). Além disso, quando ambos, contratante e contratado estão de boa fé, a extinção se dá por nulidade, preservando-se, no entanto, todos os direitos trabalhistas (ônus da atividade empresarial).

b) absoluta: a prestação não pode ser executada por ninguém. Ex: varrer o chão de Marte. O contrato será considerado inexistente. Nunca foi executado e, por isso, não se geraram nenhum dos efeitos.

FORMA PRESCRITA OU NÃO DEFESA EM LEI

Em regra, o contrato de trabalho é informal - art. 442, CLT.

Entretanto, existem contratos que exigem formalidades, como o previsto pela lei _____. Se faltar alguma das

Em regra, existindo algum vício de forma, aplica-se a teoria do ato inexistente. O contrato de trabalho será tratado de forma genérica, nos termos do que dispõe a CLT.

O aprendiz pode ser contratado a partir dos 14 anos e até os 16 anos. Deve ser celebrado por escrito e a condição de aprendiz deve estar registrada na Carteira de Trabalho. Não se poderá dizer que o contrato é inexistente. Haverá preservação dos efeitos do contrato de trabalho, porém haverá sua extinção.

Prévia aprovação em concurso público: a CR (art. 37, II) estabeleceu a exigência prévia de concurso para o ingresso nos quadros da Adm. Pública. Princípio da Universalização de Acesso aos Cargos Públicos - o acesso deve ocorrer pelo mérito. Entretanto, em alguns casos a exigência constitucional não é respeitada. O TST se questionou como proceder:

a) durante o período em que houve a prestação de trabalho, deve-se reconhecer todos os efeitos trabalhistas. Nesse caso, emprestam-se efeitos válidos a uma situação que ofende frontalmente na CR.

b) deve-se determinar a cassação de todos efeitos do contrato de trabalho viciado. Entretanto, seria impossível a administração pública repetir o trabalho recebido e o trabalhador devolver a remuneração, gerando enriquecimento sem causa.

O TST quis mitigar os efeitos do enriquecimento sem causa (súmula 363 do TST), determinando o salário proporcional à jornada de trabalho e o FGTS do período (art. 15-A da lei do FGTS).

Segundo Daniela, essa súmula só aparentemente é boa, porque dá ensejo a iniquidades sociais. Em alguns casos favorece trabalhadores de má fé e prejudica trabalhadores de boa fé. Ex: se o Prefeito coloca a sua amante em uma secretaria, pagar àquela seria uma sanção premial (os valores recebidos deveriam ser, de fato, devolvidos).

Contratos temporários de interesse público desviados de sua finalidade. Não é mais competência da Justiça do Trabalho. Dependendo da situação, a aplicação da súmula poderá, inclusive, aniquilar o direito à aposentadoria.

CAUSAS E FINALIDADES LÍCITAS

Todo negócio jurídico deve pretender finalidades lícitas e causa lícita. Se o contrato de trabalho for celebrado tendo por objetivo finalidades ilícitas, não se reconhece sua existência nem a produção de efeitos válidos.

Extinção de ofício, independentemente de arguição? Para Daniela, deve haver participação do MPT.

Art. 883, CC. Reversão das verbas para atividades beneficentes.

Quais são as verbas devidas por causa da extinção do contrato de trabalho? Existem três correntes:

a) nenhum efeito deve ser preservado; nenhuma verba trabalhista deve ser paga no caso de nulidade do contrato de trabalho. É quantitativa e qualitativamente irrelevante diante dos princípios que devem nortear o DT.

b) devem ser asseguradas as verbas, com exceção de duas parcelas: multa de 40% sobre o FGTS e o aviso prévio. O empregado. A única situação de nulidade regulada pela lei do FGTS para o caso de nulidade não prevê a multa de 40%. Ademais, o aviso prévio é dever de comunicação da extinção do contrato - logo, é cabível quando a extinção é voluntária, e, in casu, a extinção ocorre por determinação judicial. Posição prestigiada nos Tribunais.

c) quando há um vício nos elementos do contrato de trabalho, haveria falta do empregador, porque haveria a exigência da. Rescisão indireta: extinção do contrato por culpa do empregador. Nesse caso, estariam assegurados todos os direitos trabalhistas, inclusive a multa de 40% sobre o FGTS (há previsão para esse caso na lei do FGTS) e o aviso prévio.

Para Daniela, a terceira teoria é a mais adequada, porque mais consentânea com os princípios do DT.

20-06-2013

MODALIDADES CONTRATUAIS

Expressos vs. tácitos

Expressos: celebração contratual expressa

Tácitos: celebração contratual inferida do comportamento das partes

CLT, Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Escritos vs. verbais

Indeterminado vs. determinado

Indeterminado: prazo indeterminado

Determinado: excepcionais (possibilidades com previsão legal) já que a contratação por período indeterminado é estimulada pelo Direito do Trabalho.

Hipóteses de contratação a prazo determinado

1. Geral

Transitoriedade → CLT, art. 443, §2º

Art. 443, § 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

a) serviços

Natureza: serviços transitórios por sua natureza. Exemplo: safra;

Transitoriedade: o serviço não é naturalmente transitório, mas no contexto do empregador a prestação laboral é especializada. Exemplo: obra certa (Lei 2.959/56)

b) atividades empresariais transitórias

Exemplo: amostra literária

c) experiência

2. Contratos especiais trabalhistas

Função social; especificidade profissional/categoria

Exemplos:

I – Lei 6.019/74 → trabalho temporário;

II – Aprendizagem → podem ser contratados como aprendiz pessoas entre 14 e 24 anos de idade que sejam egressos do serviço nacional de aprendizagem (SESC, SESI, SENAI, etc.) com prazo máximo de 2 anos. No caso de deficientes não se aplica o limite temporal nem o etário. Ademais, os aprendizes são contratados compulsoriamente, isto é, o empregador deve contratar no mínimo de 5% e no máximo de 15% de aprendizes;

III – Atleta profissional → Lei 9.615/98 → concretização da liberdade de trabalho → substituiu o modelo de passe → prazo máximo de 3 anos, salvo entidade de formação para a qual o prazo é de 5 anos;

IV – Artista profissional → Lei 6.533/78;

V – Radialistas → Lei 6.615/78;

VI – Jornalistas;

3. Lei 9.601/98

Hipóteses de contratação a prazo determinado fora das situações de transitoriedade previstas na CLT.

Essa lei é bastante criticada porquanto ela relativizou os preceitos trabalhistas fora de situações excepcionais (inconstitucionalidade).

Estabelecimento do termo final do contrato de trabalho prazo determinado

Termo final

1. Data certa → termo certo

2. Acontecimentos sujeitos a ocorrência aproximada → termo incerto (certeza de sua ocorrência, porém incerteza quanto à data)

Aqui, a amplitude do significado de aproximação depende da natureza do labor.

3. Serviços especificados → exaurimento das prestações laborais objeto do contrato → termo incerto (certeza de sua ocorrência, porém incerteza quanto à data)

CLT, art. 443, § 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.

Duração

CLT, art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

Assim, a duração máxima é de 2 anos, salvo contrato de experiência para o qual o prazo máximo é de 90 dias (que não são três meses).

Findo o prazo e perdurada a realização das atividades laborativas, o contrato de indetermina.

Possibilidade de prorrogação

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

Artigo que permite apenas uma única prorrogação, respeitada a duração máxima do contrato (1 ano + 1 ano). Contudo, essa regra não se aplica à Lei 9.601/98 (não limitação da prorrogação).

Obs.: abuso de direito nas sucessivas prorrogações nas hipóteses da Lei 9.601/98 → afronta à necessidade de segurança do empregado

A prorrogação, posto que possa ser tácita, deve estar prevista (como possibilidade) no contrato de trabalho. Se houve essa cláusula e as partes continuarem a execução do contrato, presume-se a vontade delas de prorrogarem o contrato.

Sucessão

CLT, art. 452. Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

Uma nova contratação determinada deve observar o intervalo mínimo de 6 meses contados a partir da extinção do contrato determinado anterior.

O termo “certos acontecimentos” é interpretado em consonância com art. 443, §1º (acontecimentos sujeitos à ocorrência aproximada ou execução dos serviços especificados).

Contagem de tempo de serviços (art. 453)

Aplicados a contratos a termo e a contratos indeterminados nas hipóteses de readmissão na mesma empresa → contratos anteriores (contínuos ou que não tenham extinções ou por falta grave, ou com recebimento de indenização legal, ou por aposentadoria espontânea).

Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

Somatório dos prazos para fins de direitos trabalhistas no caso de readmissão, desde que o anterior contrato não tenha sido extinto por ou falta grave, ou com o recebimento de indenização legal, ou por aposentadoria espontânea (?).

A aposentadoria não é mais considerada como extinção do vínculo empregatício (inconstitucionalidade dos dispositivos da CLT que assim dispõe). Tendo isso em vista, é possível discutir a inconstitucionalidade da parte final do art. 453.

De regra, o contrato a prazo determinado não segue exigência de formalidades para sua celebração. Contudo, alguns especiais se sujeitam a formalidades.

Prova do contrato de trabalho

Art. 447. Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

Presume-se a contratação por prazo indeterminado, já que é princípio basilar do Direito do Trabalho a continuidade.

25-06-2013

Término do contrato de trabalho precário

Contratos precários têm menores vantagens quando de sua extinção

Término

Normal: FGTS; 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; saldo de salário; férias vencidas + 1/3

Antecipada por ato do empregador: FGTS + 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; saldo de salário; férias vencidas + 1/3; multa art. 479 da CLT

Antecipada por ato do empregado: 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; saldo de salário; férias vencidas + 1/3; dever de indenizar o empregador na forma do art. 480 da CLT

Justa causa: saldo de salário; férias vencidas + 1/3; férias proporcionais + 1/3 (Convenção 132 da OIT)

O art. 481 da CLT prevê a possibilidade das partes ajustarem hipóteses de ruptura do contrato de trabalho.

Se o empregador acionar a cláusula: FGTS + 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; saldo de salário; férias vencidas + 1/3; aviso prévio

Se o empregado acionar a cláusula: FGTS + 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; saldo de salário; férias vencidas + 1/3; dever de aviso prévio

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prejudiciais de mérito que pertencem ao direito material.

Prescrição: perda do direito de ação pelo transcurso do prazo (extingue indiretamente os direitos, pela via reflexa da perda da ação) → direito que nasce após a ofensa

Decadência: perda do próprio direito (extinção direta do direito)

Fundamentos de existência desses institutos: necessidade de estabilização das relações sociais entre os indivíduos (estabilidade, segurança jurídica) → corrente majoritária; punição à inércia do credor → corrente minoritária

Requisitos: a) direito a ser tutelado; b) inércia durante determinado período; c) ausência de fato que provoque a interrupção ou suspensão.

Prescrição

Prazo para reclamar pretensões do direito trabalhista: 5 anos para reclamar as parcelas durante a vigência do contrato de trabalho (prescrição parcial) e 2 anos após a extinção do contrato.

Antes, tratamento para os trabalhadores rurais era diferenciado, havendo imprescritibilidade das pretensões trabalhistas durante a vigência do contrato de trabalho. Aplicava-se apenas a prescrição de 2 anos após a extinção do contrato. Contudo, com o advento da EC 28, houve unificação dos prazos (prazo de 5 anos durante a vigência do contrato de trabalho e de 2 anos após a sua extinção, tanto para trabalhadores urbanos como rurais).

Prova: relação de emprego, contrato de trabalho, contrato de trabalho a termo e por prazo indeterminado, prescrição e decadência.