

DIREITO DO TRABALHO II

Prof. Márcio Túlio Viana

Bibliografia: Godinho; Sussekind; Souto Maior; Russomano; Orlando Gomes; Cesarino Jr.;

evanista justas causas

1ª (múltipla escolha mais aberta); 2ª (aberta); 3ª (fechada)

Contratos de atletas (matéria solta que a orientanda deu)

as normas aplicáveis são da lei Pelé. Há condicionamento da vida privada do atleta, até que ponto é permitido?

PODER EMPREGATÍCIO

Poder: capacidade de alterar realidades. História da riqueza do homem. Léon Huberman. Poder-dever.

Poder empregatício: poder e direito do empregador de comandar. Existe diferença entre poder e direito? O direito é feito por quem tem poder.

Reunião dos trabalhadores nas fábricas: possibilitou melhores laços de solidariedade entre os trabalhadores, fortalecendo lutas por interesses comuns.

Empregado significa a pessoa que é utilizada, empregada.

Celebração do trabalho ("o trabalho enobrece"). É enaltecido o trabalho assalariado, para criar a massa de trabalhadores.

Ao mesmo tempo, há subvalorização do direito do trabalho, com internalização, pelo trabalhador, do sentimento de subordinação.

O poder empregatício (fruto do contrato de trabalho, na visão mais aceita) concentra um conjunto de prerrogativas (diretivas, regulamentares, fiscalizatórias e disciplinares), previstas em lei, de grande relevo socioeconômico, permitindo ao empregador (parte mais forte) grande influência no contrato e até da sociedade. (Godinho)

1. ASPECTOS DO PODER EMPREGATÍCIO

Divisões do poder empregatício; como ele se mostra.

1.1. Poder organizacional

Decisão de como funcionará o empreendimento. Esse poder afeta cada pessoa envolvida com a fábrica.

1.2. *Poder diretivo (organizativo p/ Godinho)*

Dirigir os trabalhadores para o fim almejado.

1.3. *Poder disciplinar (regulamentar)*

Poder de punir. Existe este poder? Alguns dizem que nem implicitamente o empregado aceita (no contrato) ser punido.

1-A. *ASPECTOS DO PODER EMPREGATÍCIO (GODINHO)*

1-A.1. *Poder Diretivo (ou organizativo ou de comando)*

Conjunto de prerrogativas dirigidas à organização da estrutura e espaço internos. (escolha de como se dará a produção etc). Dentro deste poder, estão (para Godinho e a maioria):

1-A.1.1. *Poder Regulamentar*

Prerrogativa de fixar regras internas. Externaliza o poder regulamentar não normas jurídicas, mas cláusulas contratuais obrigacionais.

1-A.1.2. *Poder Fiscalizatório (ou de controle)*

Voltado ao acompanhamento da prestação de trabalho e do funcionamento interno (controle de frequência, produtividade, segurança etc).

1-A.2. *Poder Disciplinar*

Prerrogativas que propiciam a imposição de sanções aos empregados pelo descumprimento das regras contratuais (poder regulamentar). Também pode ser visto como parte do poder diretivo.

2. *FUNDAMENTOS DO PODER EMPREGATÍCIO*

A busca pelos fundamentos do poder quer justificá-lo, mas acabe legitimando-o. As teorias são:

2.1. *Propriedade privada*

O fato de uma pessoa ter domínio sobre a propriedade, coisa, expande os efeitos para as pessoas. O proprietário passa a ter poder sobre seus empregados. O poder empregatício é tão natural como a propriedade; não depende de contrato. O poder organizacional poderia ser explicado pela propriedade.

2.2. *Delegação do poder público*

O empregador seria uma extensão do Estado. Forte no Brasil na época de Getúlio. Acredita que todo poder se concentra no Estado, e só ele pode delegá-lo. Teoria pouco utilizada

2.3. *Instituição*

Um grupo deve ser organizado com regras para alcançar determinados fins. As instituições (ex.: igrejas, clubes, família etc) repetem a organização do Estado (há criação e aplicação de regras). A empresa, que seria um organismo, uma instituição, quer objetivos que dizem respeito a todos.

Porém, o interesse do capitalista é antagônico ao dos empregados. *Suplanta os interesses individuais, criando uma imagem de coletividade, que nem sempre é real. Estilo corporativismo fascista.* O poder disciplinar é mais facilmente justificável pela teoria da instituição.

2.4. *Contratualista*

É o contrato que fundamenta o poder empregatício. *O pacto contratual (que origina a relação de emprego) cria uma série de direitos e deveres para ambas as partes e o poder empregatício é um exemplo. É a mais aceita. O poder diretivo é fruto do contrato.*

3. LIMITES DO PODER

3.1. *Externos*

a) *Estado (Direito)*

o direito estabelece limites para o exercício do poder empregatício. Exemplos: art. 1º, CF, dignidade da pessoa humana; art. 173-A, da CLT, proíbe revistas íntimas. O poder de comando é funcional, voltado aos fins da produção, fora isso há abuso de direito.

3.2. *Internos*

a) *Regulamento*

é norma interna (uma espécie de lei) ou cláusula contratual (uma parte do contrato)? Se é norma interna, poderia ser alterada sempre que o empregador tiver vontade; se é contratual, não poderia. Súmula 77, TST: se a empresa se obriga. Súmula 51, I, TST: cláusula que beneficia o trabalhador não pode ser alterada, próximos contratos poderão ser feitos sem os benefícios. Regulamento tem caráter contratual, pois não pode ser alterado em detrimento do empregado, normalmente.

Ato de indisciplina (empregado fere regra genérica) e ato de insubordinação (regra específica) são alguns dos atos que caracterizam a justa causa.

4. NATUREZA JURÍDICA DO PODER EMPREGATÍCIO

Teorias:

4.1. *Status jurídico*

O poder empregatício é fenômeno de natureza hierárquica. A estrutura institucional demandaria a hierarquia e, com ela, o poder empregatício.

4.2. *Direito potestativo*

É poder de influir sobre situações jurídicas de forma automática e unilateral. Leva ao "despotismo de fábrica".

4.3. *Direito-função*

Só haverá direito se tiver um objetivo. "Constitui o poder atribuído ao empregador para agir em

tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio". O poder não é só para favorecer o titular, pois não pode ignorar os interesses coletivos. Entretanto, é o empregador que escolhe os interesses obreiros a serem tutelados. Ligado à teoria institucionalista

4.4. *Relação jurídica contratual complexa (Godinho)*

O poder empregatício não é unilateral, não é poder do empregado ou do empregador. A relação entre patrão e empregado faz nascer o poder, que normalmente é exercido pelo primeiro. Entretanto o poder é variável entre as partes, conforme a conjuntura da época e lugar. Formas de participação dos empregados, que amenizam a hegemonia do poder nas mãos do empregador:

- a) *divisão dos lucros, que é obrigatória nas empresas até no Brasil (ainda mais presente na Alemanha);*
- b) *Poder de informação: os empregados devem ser informados das decisões da empresa.*
- c) *Consulta: os empregados deverão participar, ainda que sem poder de voto, e. g., mudança de endereço da fábrica; é mais presente na Alemanha.*

5. *ASPECTOS DO PODER EMPREGATÍCIO/DIRETIVO*

5.1. *Subordinação x Sujeição*

A subordinação decorre do contrato de trabalho: o empregador se compromete a acolher o poder diretivo do empregador, que guiará a prestação do serviço por parte do trabalhador. É objetiva; recai sobre o modo de produção. Sujeição recai sobre a pessoa; subordinação é sobre a força de trabalho. Será? É uma explicação válida? Há mesmo diferença substancial entre ser escravo e operário em termos de comando? A força de trabalho é indissociável da fonte. A subordinação não deve ser percebida apenas no recebimento de ordens, mas na integração do trabalhador ao sistema produtivo. O trabalhador recebe sobre ele carga de poder tal qual se estivesse em família, o que toma o ambiente conflituoso.

5.2. *Lacunas no contrato de trabalho (jus variandi empresarial)*

O jus variandi está diretamente ligado ao poder diretivo: o empregador pode, em regra, ajustar, adequar ou alterar circunstâncias ou critérios da prestação; quando há permissão normativa, pode até alterar o próprio contrato. Entre as cláusulas de um contrato de emprego, assim como entre as normas de um código, o que não está previsto é permitido, como no Código Penal, e.g. Já no contrato de trabalho, o que não está previsto é preenchido por determinações do empregador, normalmente. Ex.: não se combina a receita do almoço no contrato de trabalho de uma empregada doméstica, mas o empregador pode determinar como a comida será feita. Faz parte da natureza do contrato de trabalho preencher essas lacunas. Nesse caso há jus variandi ordinário, que significa a modificação unilateral de aspectos não essenciais do contrato. O extraordinário é a definitiva ou provisória alteração unilateral das cláusulas; é excecional e deve

ser autorizado por norma. As determinações do empregador encontram limites nas necessidades funcionais do emprego (não pode abusar do direito) etc, o que remete à lei.

O poder disciplinar é pouco tratado na legislação trabalhista brasileira. Ex.: o art. 474 da CLT limita o período de suspensão como pena imposta ao trabalhador.

[1] Comentário: Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

DISCRIMINAÇÃO E ASSÉDIO NO TRABALHO

1. EFEITOS CONEXOS: TUTELA JURÍDICA TRABALHISTA

1.1. Discriminação

Discriminação é qualquer distinção que afete oportunidades de trabalho. Afronta a dignidade da pessoa humana. É diferenciação por fator injustamente desqualificante. Distinções só podem ser feitas tendo em vista fatores essenciais ou relevantes à prestação, ou em virtude de lei. A discriminação não precisa ser dolosa. Exemplos de fatores injustos: gênero, etnia, origem, idade, estado civil, opção sexual e nacionalidade. Discriminação indireta: parte de regras igualitárias, que acabam por discriminar (exigir curso superior para qualquer vaga).

A condição dos deficientes no trabalho melhorou significativamente desde a antiguidade. Inicialmente eram vistos com repulsa, depois com curiosidade, até começarem a ser incluídos, aos poucos, como iguais.

Imigrantes também são discriminados, pessoas que não se encaixam nos padrões de beleza; a linguagem também é meio de oprimir.

- OIT e a discriminação

Convenções 111 e outra da OIT. Oito convenções fundamentais, entre elas sobre o trabalho infantil e da mulher, tentando limitar as discriminações. Entendimento da OIT: todo país que entra na OIT adere a sua Constituição; algumas convenções são desdobramentos da constituição da OIT; logo, os países membros da OIT se obrigam a elas, mesmo sem processo legislativo interno de recepção, ao menos os princípios dessas convenções.

Reintegração significa a volta ao emprego com todos os salários e vantagens que teria se não tivesse sido demitido.

Readmissão é a volta do trabalhador sem os salários e benefícios que deixou de receber durante o desligamento.

1.2. Assédio moral

“É a conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves”.

Geralmente ocorre na vertical descendente (do chefe para subordinado), mas pode ser ascendente ou horizontal (entre colegas no mesmo nível hierárquico).

a) *Assédio moral x Administração por estresse*

Assédio moral é para destruir psicologicamente a pessoa; administração por estresse é para “construir” o trabalhador nos padrões da empresa. Mas a jurisprudência entende as duas coisas como assédio moral.

1.3. *Privacidade x Intimidade*

Privado é o contrário de público. Intimidade é esfera ainda mais reservada. Três etapas (crescentes) de privacidade: comportamentos que não se quer serem públicos; ideias compartilhadas com apenas um círculo próximo; ideias secretas que não são compartilhadas com ninguém.

a) *Revistas íntimas*

Art. 373-A, VI. *Revistas íntimas são expressamente proibidas em mulheres, mas jurisprudencialmente a proteção se estende aos homens. Jurisprudência também diz que revista íntima feita por pessoa do mesmo sexo não é lícita, em regra. Não há uma definição do que é revista íntima. Como ela poderia ser regulamentada: deve ser impessoal, justificada, prevista em norma da empresa.*

[2] Comentário: VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

b) *Correspondência eletrônica*

TST decidiu que as empresas podem vigiar os e-mails corporativos. Os e-mails particulares, mesmo quando acessados da empresa, são absolutamente invioláveis.

CONTRATO DE TRABALHO

1. ALTERAÇÕES OBJETIVAS NO CONTRATO DE TRABALHO

1.1. *Alterações contratuais subjetivas x objetivas*

O contrato de trabalho se altera ao longo do tempo, até pelo exercício regular do poder diretivo. Alterações subjetivas atingem os sujeitos (empregador) contratuais, substituindo-os ao longo do contrato. Sucessão de empregador é uma alteração subjetiva. Alterações contratuais objetivas atingem as cláusulas (conteúdo) do contrato.

1.2. *Classificações*

Alterações objetivas podem ser classificadas pela i) origem (se advindas de norma jurídica; ou vontade unilateral/bilateral das partes); ii) obrigatoriedade (imperativas, quando obrigatoriamente geram efeitos; ou voluntárias, se decorrentes da vontade das partes); iii) efeitos (se favoráveis; ou desfavoráveis ao empregado); ou iv) objeto (qualitativas, que alteram a natureza, estrutura, da prestação [ex.: alterar a função do

trabalhador]; quantitativas, são as que alteram a frequência das obrigações; circunstanciais, quando alteram o ambiente ou a organização das prestações contratuais).

1.3. Princípios aplicáveis

Art. 468 não trata do poder diretivo, mas de alterações de cláusulas do contrato de trabalho. As alterações contratuais objetivas devem observar os princípios da inalterabilidade contratual lesiva, do direito de resistência e os limites do jus variandi.

a) Inalterabilidade lesiva

Salvo determinadas hipóteses, o contrato não pode ser alterado em malefício do empregado. Alguns atos de jus variandi extraordinário que causam prejuízo são excepcionados, bem como situações autorizadas por lei (implícita ou explicitamente) ou se resultantes de acordo/convenção coletiva.

b) Direito de resistência

O empregado pode opor-se validamente ao cumprimento de determinações (no caso, alterações contratuais) que resultem em afronta à lei. Convenção 155 OIT: o empregado pode se recusar a obedecer ordem que lhe traga riscos. Há duas espécies de resistência na ordem trabalhista: a resistência individual a ordens ilícitas e a greve, que é sempre coletiva. A primeira defende um direito, a outra busca novos direitos.

Art. 9º. Quando há alteração que viole a lei, são nulos os atos. (VERIFICAR COLOCAÇÃO DESSA FRASE)

c) Jus variandi

i) O exercício do jus variandi ordinário é permitido uma vez que não acarreta alteração contratual objetiva, pois não há modificação de cláusula.

ii) Já o jus variandi extraordinário, se favorável ao empregado, é permitido (ex.: aumento espontâneo de salário). Quando a alteração é inteiramente benéfica, ainda que unilateral, é permitida.

iii) Mas se a alteração resultar em prejuízo ao trabalhador, só será permitida se for temporária e em decorrência fatores excepcionais que estejam afetando a empresa independentemente da vontade do empregador. Há alterações unilaterais não previstas na lei, motivadas por emergência e temporárias. Tem amparo na jurisprudência.

iv) Nas hipóteses legalmente permitidas, em que a modificação contratual, permanente ou temporária, seja própria ao empreendimento, é permitido o jus variandi extraordinário lesivo. Alteração unilateral é ilícita por violar o contrato, mas há exceções. Ex.: reversão (art. 468, § único).

v) Quando há convenção ou acordo coletivo para alteração, temporária ou não, desde que respeitados os mínimos legais.

1.4. Extensão do prejuízo ao trabalhador

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

[4] Comentário: 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.

O prejuízo de que fala o art. 468 é variável; nem sempre é econômico, dependendo da situação fática. O que pode ser prejuízo para um, pode não ser para outro e vice-versa. Pode ser direto ou indireto. Ex.: o único garçom do estabelecimento (logo, o que recebe todas as gorjetas) passa a ter a “concorrência” de mais 5 garçons nas gorjetas. Pode ser atual ou futuro. Ex.: empregado que recebe comissão e passa a receber valor fixo pouco maior do que a média que ganhava até então, só que o empregador sabia que dentro de poucos meses o movimento aumentaria e a comissão média iria aumentar muito mais.

1.5. Alterações de função

É alteração qualitativa. “Função é um conjunto coordenado e integrado de tarefas”; distingue os funcionários dentro da empresa: tal funcionário exerce tal função. Para se aferir a alteração, é necessário definir a função original do empregado. Como? 1º. Pelo contrato; 2º. Pela realidade cotidiana; 3º. Pela qualificação do trabalhador. O empregado exerce a função que está no contrato? Se não, qual é a função de fato? Se ainda há dúvidas, para que o trabalhador é qualificado?

a) Alterações funcionais lícitas

Se a alteração funcional é favorável (decorrentes de atos unilaterais, bilaterais ou por força de norma), bem como se a nova função está dentro da qualificação profissional fundamental à contratação e não causa prejuízos ao empregado, será lícita.

Em casos excepcionais ou emergenciais (logo, temporária) a alteração é lícita, via de regra. Também será se a alteração for para substituir temporariamente outro empregado (por férias, licenças etc), vedada a redução salarial.

Readaptação funcional por causa previdenciária é alteração de função, ainda que inferior, motivada por deficiência física ou mental do empregado superveniente ao contrato. Há divergência sobre a possibilidade de redução salarial nesse caso.

Reversão

Significa a destituição de cargo ou função de confiança, com a conseqüente perda das gratificações e demais prerrogativas inerentes a ela. Provoca o retomo ao cargo efetivo anterior. É modificação feita pelo jus variandi extraordinário (e prejudicial) permitido em lei (art. 468, § único). Obs.: se a pessoa ficou por 10 anos ou mais no cargo de confiança, poderá ser destituído, mas sem redução salarial (Súm. TST n. 372, I).

b) Alterações funcionais ilícitas

Retrocessão e rebaixamento

Retrocessão é o retomo a cargo efetivo mais baixo, depois de ocupar cargo efetivo mais alto (e não de confiança). Rebaixamento é alteração para cargo efetivo inferior, com intuito punitivo. Ambas são ilícitas.

1.6. Alterações de horário de trabalho

É alteração quantitativa do contrato. Podem ampliar ou reduzir a duração do trabalho ou ainda

deslocar o período de trabalho. A ampliação mediante pagamento de hora extra e a redução do horário sem redução salarial são lícitas, e.g. A alteração dentro do mesmo padrão horário (de manhã para tarde, v.g.) são lícitas, em princípio. Troca de turno (principalmente do dia para a noite) é uma alteração que só pode ser feita bilateralmente (outros autores dizem que nem assim pode ser alterado). Súm. 265, TST: é permitida a transferência do turno noturno para o diurno, mesmo com a supressão das vantagens financeiras.

1.7. Alterações no local de trabalho

É alteração circunstancial no contrato de trabalho. Art. 469. (Transferência relevante) é a que importa em mudança de residência do empregado por necessidade do empregador. Jurisprudencialmente se reconhece que toda transferência lícita pressupõe essa necessidade.

a) Transferências lícitas

I) Em tese, são lícitas as transferências não relevantes (não acarretam mudança de endereço do empregado). II) Também são lícitas transferências relevantes aceitas e favoráveis ao trabalhador. III) As relevantes, mesmo sem anuência do empregado, em razão de i) extinção do estabelecimento comercial; ii) exercício de cargo de confiança; iii) existência de cláusula contratual de transferibilidade implícita ou explícita (pode estar implícito no contrato que é possível, mas deve estar prevista a transferência definitiva); iv) real necessidade do serviço e provisoriamente (provisoriamente e por necessidade, mesmo sem previsão, pode ser transferido).

b) Efeitos da transferência

- I) Ajuda de custo pela transferência: os gastos com mudança serão pagos pelo empregador (natureza indenizatória).
- II) Adicional de transferência: deve ser pago o adicional enquanto durar a transferência provisória. A jurisprudência majoritária diz que o adicional deve ser pago exclusivamente em razão de transferências provisórias.

1.8. Efeitos da alteração ilícita

Alteração bilateral ilícita que causa prejuízo: em juízo o empregado pode demandar os prejuízos, mesmo que tenha concordado.

Se é unilateral ilícita o empregado pode romper o contrato, se quiser, podendo ir à justiça requerer as verbas como se tivesse sido demitido.

2. FÉRIAS (arts. 129 a 153)

2.1. Conceito

É lapso de tempo remunerado, anual e de dias consecutivos, no qual o empregado deixa de prestar serviços e ficar à disposição do empregador, para recomposição física, mental, social etc.

2.2. Objetivos

[5] Comentário: 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.

Efetivar o direito à desconexão. Para recuperar a saúde (consequentemente a segurança do trabalho), ter tempo para a família, comunidade, lazer etc. É direito inerente ao contrato.

2.3. Características (princípios básicos informativos)

a) imperatividade

São indisponíveis. O trabalhador deve gozá-las. Não pode renunciar ou transacionar a menor.

b) composição temporal complexa

Em regra, devem ser fruídas continuamente por 30 dias corridos. Não podem ser pulverizadas. Continuidade e proporcionalidade. É proporcional à frequência do trabalhador durante o período aquisitivo, de acordo com os parâmetros do arts. 130 e 130-A.

c) anualidade

Ocorrência periódica das férias: anual. Pensada no ano contratual; a cada ano de contrato.

d) composição obrigacional múltipla

Comporta várias obrigações de natureza diversa. Exemplos de obrigações do empregador: fixar o período de férias; avisar o funcionário disso; pagar antecipadamente o salário mais 1/3, não requisitar o funcionário. Obrigação do empregado: não trabalhar para outro, em regra.

e) interrupção contratual

Durante as férias o funcionário não presta serviço, mas aquele tempo conta para todos os efeitos. Praticamente todos os direitos trabalhistas são mantidos (vale-transporte pode ser descontado, v.g.). Não há suspensão do contrato, quando o tempo afastado não conta.

2.4. Normatização e jurisprudência

Férias são previstas na Constituição (art. 7º, XVII). Convenção 132 da OIT (ratificada pelo Brasil), que é, em geral, menos favorável do que a CLT. Nesta, arts. 129 a 153. Súmulas do TST nº. s 7, 46, 81, 89, 138, 149, 171, 261 e 328. OJ-386.

2.5. Período aquisitivo

É o lapso temporal de 12 meses, a partir do primeiro dia de contrato, para se adquirir o direito às férias. Conta-se o primeiro dia e exclui-se o último. É critério objetivo: está ligado à assiduidade do empregado (proporcionalidade). É cíclico: depois de findo um período aquisitivo, abre-se imediatamente outro. O período de gozo de férias conta como período aquisitivo. Art. 146, § único. Cada período acima de 14 dias é contado como uma mês para concessão de férias proporcional. Ex.: o último período aquisitivo foi de 3 meses e 15 dias. Conta-se como se fossem 4 meses trabalhados. O período de aviso-prévio, mesmo remunerado, é contado como período aquisitivo.

2.6. Duração das férias (arts. 130 e 130-A)

Art. 130: regime padrão (mais de 25h até 44h semanais). Férias são de 30 dias corridos, em bloco. Poderão ser minorados conforme o número de faltas injustificadas do trabalhador (o que são faltas justificadas: art. 473). Dispositivo infralegal pode ampliar os dias de férias.

[6] Comentário: Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não o haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

[7] Comentário: Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não o houver faltado ao serviço o mais de 5 (cinco) vezes;

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

Nº FALTAS INJUSTIFICADAS	DIAS TOTAIS DE FÉRIAS
Até 5 dias	30 (normal)
De 6 a 14	24
De 15 a 23	18
De 24 a 32	12

Mais de 32 faltas a CLT não diz nada. **Godinho: trabalhador perde o direito às férias.**

Art. 130-A: regime de tempo parcial (até 25h de trabalho semanais).

HORAS TRABALHADAS SEMANAIS	DIAS TOTAIS DE FÉRIAS
Mais de 22h até 25h	18
Mais de 20h até 22h	16
Mais de 15h até 20h	14
Mais de 10h até 15h	12
Mais de 5h até 10h	10
Até 5h	2

Faltas injustificadas: se o empregado em tempo parcial faltar mais de 7 dias sem justificativa, suas férias serão reduzidas pela metade. Até 7 faltas não há alteração nas férias.

Trabalhadores em tempo parcial não podem ter abono pecuniário ("venda" de férias) de até 1/3 das férias. Devem gozá-las por inteiro, portanto.

2.7. Perda do direito às férias (fatores prejudiciais)

Art. 133. Traz quatro hipóteses: I – deixar o emprego e não for readmitido em 60 dias. Não tem sentido prático.

II - ficar sob licença remunerada do empregador por mais de 30 dias. E o terço constitucional? Se não teve férias oficialmente, não terá direito ao terço? A corrente majoritária defende esse direito;

III – quando houver paralisação da empresa por mais de 30 dias (quebra de maquinário, e.g.) e o trabalhador continuar recebendo o salário;

IV – trabalhador percebe, do INSS, auxílio-doença ou benefício por acidente de trabalho por mais de 6 meses, contínuos ou não, dentro do período aquisitivo.

Art. 130, IV. Mais de 32 dias de ausência injustificada: o trabalhador perde as férias inteiras. Art. 130-A, § único. Se trabalho em tempo parcial, mais de 7 faltas apenas corta pela metade as férias.

[8] Comentário: Art. 130-A. Na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas;

II - dezesesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;

III - quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

IV - doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;

V - dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas;

VI - oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

Parágrafo único. O empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá o seu

[9] Comentário: Art. 133 - Não o terá direito a férias o empregado que, no curso do período aquisitivo:

I - deixar o emprego e não for readmitido dentro de 60 (sessenta) dias subsequentes à sua saída;

II - permanecer em gozo de licença, com percepção de salários, por mais de 30 (trinta) dias;

III - deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de 30 (trinta) dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa; e

IV - tiver percebido da Previdência Social prestações de auxílio-doença por mais de 6 (seis) meses, embora descontínuos.

Após a perda, um novo período aquisitivo se inicia quando o trabalhador retorna ao serviço.

2.8. Período concessivo (de fruição ou gozo)

É o período regular de concessão das férias. Art. 134. São os 12 meses imediatamente seguintes ao término do período aquisitivo. Em regra, serão fruídas em 30 dias seguidos.

Art. 138: durante as férias, o empregado não pode realizar serviço para outro empregador, a não ser que tenha vínculo anterior com este outro. Uma corrente diz que se o trabalhador arrumar um novo emprego nas férias ele pode ser dispensado por justa causa (por mau procedimento); outra corrente diz que a CLT não exige exclusividade no trabalho, logo, não veda essa possibilidade e não o penaliza (é corrente mais aceita).

- fracionamento de férias

Há hipóteses de fracionamento, desde que divididas em até dois blocos anuais. Nas férias individuais, um dos blocos não pode ser menor do que 10 dias (logo, o outro pode, como será o caso do trabalhador que falta bastante e tem as férias reduzidas para menos de 20 dias). Nas férias coletivas, nenhum pode ser menor do que 10 dias. Art. 134, §2º. Menores de 18 e maiores de 50 não podem ter as férias fracionadas.

- Concessão das férias

É o empregador que escolhe o mês de concessão (jus variandi). 1ª jornada do TST, enunciado 21: embora a CLT preveja que é do empregador o direito de determinar o período de concessão, o empregado deve ser ouvido.

Exceções absolutas ao poder do empregador de fixar as férias: i) Art. 136, § 2º: estudante menor de 18 anos tem o direito de gozar as férias durante o período de férias escolares; ii) o mês de fruição deve estar dentro do período concessivo.

Exceção relativa: Art. 136, § 1º. Membros de uma mesma família que trabalhem juntos podem solicitar as férias ao mesmo tempo, desde que não haja prejuízo ao trabalho. É o empregador quem decidirá.

- Procedimento de concessão

Procedimentos a serem cumpridos pelo empregador: i) Art. 135: as férias devem ser comunicadas por escrito com antecedência mínima de 30 dias. A doutrina diz que se o empregador não comunicar em 30 dias poderá ser multado pelo MTE e, se acarretar prejuízo ao empregado, este terá direito a danos morais e materiais. ii) anotar o período das férias na CTPS e nos registros da empresa. iii) pagar a remuneração devida (abaixo).

2.9. Remuneração das férias

É a soma do valor do salário mais um terço. Valor igual ao que o empregado receberia se tivesse trabalhando naquele período. O terço é direito constitucional (art. 7º, XVII); súm. TST n. 328.

Art. 145: O pagamento da remuneração das férias (salário antecipado, terço constitucional, abono

[10] Comentário: Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

[11] Comentário: Art. 138 - Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele.

[12] Comentário: § 2º - Aos menores de 18 (dezoito) anos e aos maiores de 50 (cinquenta) anos de idade, as férias serão o sempre concedidas de uma só vez.

[13] Comentário: § 2º - O empregado estudante, menor de 18 (dezoito) anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares.

[14] Comentário: § 1º - Os membros de uma família, que trabalhem no mesmo estabelecimento ou empresa, terão o direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não o resultar prejuízo para o serviço.

[15] Comentário: Art. 135 - A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo.

[16] Comentário: Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período.

pecuniário, se for o caso, e metade do 13º, se requerido) deve ser feito até dois dias antes do início das férias. *Jurisprudência*: se atrasar, deve ser pago em dobro (como nas férias concedidas fora do prazo; art. 137).

- Cálculo salarial

Quando a modalidade for salário-hora com jornadas variáveis, será feita a média mensal das horas trabalhadas no período aquisitivo. Art. 142, § 1º. Sobre essa média, aplica-se o nível salarial da data da fruição (o valor da hora é o atualizado, possivelmente maior). Quando for salário tarefa ou por peça, o procedimento é semelhante: calcula-se a média das tarefas realizadas e aplica-se o valor na época da fruição (art. 142, § 2º).

[17] Comentário: § 1º - Quando o salário for pago por hora com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

Havendo salário-utilidade (alimentação no local de trabalho, e.g.), somam-se os benefícios anotados em carteira (cesta-básica, se não recebida nas férias, e.g.) para integrar a remuneração de férias. E as utilidades não anotadas? Súm. 258, TST: será feita estimativa. Durante as férias, o trabalhador pode receber a utilidade (ganhar a cesta-básica de fato) ou o valor referente.

[18] Comentário: § 2º - Quando o salário for pago por tarefa tomar-se-á por base a média da produção no período aquisitivo do direito a férias, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa na data da concessão das férias.

Os adicionais legais ou convencionais (hora-extra, noturna, insalubridade, periculosidade etc) se integram ao salário referencial para férias (art. 142, § 5º). Se os adicionais não forem regulares durante o período aquisitivo, serão calculados pela média e atualizados monetariamente (art. 146, § 6º). Não integram as férias parcelas não salariais (indenizatórias, como vale-transporte), bem como gratificações anuais, semestrais e trimestrais.

[19] Comentário: § 5º - Os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias.

O terço constitucional, que é parcela suplementar, acessória às férias, é calculado sobre todos esses valores.

[20] Comentário:

2.10. Abono pecuniário de férias

Art. 143. Abono de férias ou "venda de férias". É um direito do empregado de ter convertido um terço das férias em pecúnia, no máximo. É parcela indenizatória (art. 144). Representa o salário devido pelas férias, mais o terço constitucional, dividido por 3 (no máximo). O empregado deve pedir a conversão até 15 dias antes do término do período aquisitivo. Depois disso o empregador não é obrigado a converter. O abono deve ser pago até dois dias antes do início das férias. Nas férias coletivas, o abono só pode ser resultante de acordo coletivo; não é direito do trabalhador.

[21] Comentário: Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

2.11. Férias concedidas após o período concessivo (art. 137)

Se as férias não forem concedidas no respectivo período concessivo, há quatro efeitos: i) o obrigação de conceder as férias continua; ii) o trabalhador mantém o direito às férias, podendo pleiteá-las via ação trabalhista (art. 137, § 1º); iii) a remuneração das férias concedidas fora do prazo será dobrada, inclusive o terço constitucional (art. 137); e iv) aplicação de multa administrativa do MTE (art. 137, § 3º).

[22] Comentário: Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

Súm. TST n. 81. Se o período de fruição foi concedido a menos de 15 dias para terminar o período concessivo, a remuneração (salário mais um terço) deverá ser paga em dobro. Nesse caso, apenas a remuneração pelos dias de férias fruídos fora do prazo concessivo será dobrada.

[23] Comentário: Os dias de férias, gozadas após o período legal de concessão, deverá ser remunerados em dobro.

2.12. Término do contrato de trabalho e férias proporcionais

a) Férias vencidas

Tanto o período de aquisição, quanto o de fruição das respectivas férias já se completaram. O empregador está inadimplente e deve pagá-las em dobro quando da rescisão contratual (mesmo que por justa causa). Ex.: no terceiro ano na empresa, Zé, que nunca tirou férias, é demitido. As férias referentes ao primeiro período aquisitivo estão vencidas.

b) Férias simples

O período de aquisição já se completou, mas ainda está em curso o período concessivo da aquisição anterior. Se rescindido o contrato (ainda que por justa causa), devem ser pagas pelo valor simples. Ex.: o mesmo Zé: as férias referentes ao segundo período aquisitivo são simples (as do primeiro, vencidas).

c) Férias proporcionais

Férias proporcionais são aquelas cujo período de aquisição ainda não se completou, logo, não se iniciou período concessivo. Ex.: ainda o Zé: como foi demitido no curso do 3º ano de contrato, tem direito às férias proporcionais por esse período (além das vencidas e simples). **Art. 146, § único:** Férias proporcionais todo trabalhador tem direito, a não ser nos casos de demissão por justa causa. **Súm. 14, TST:** se há culpa recíproca, há direito às férias proporcionais pela metade.

Cálculo das férias proporcionais: cada mês trabalhado é 1/12 das férias devidas (30 dias para trabalhadores assíduos em regime de 44h semanais). Mais de 14 dias trabalhados considera-se um mês inteiro. Considera-se o salário da época da rescisão e aplica-se o terço constitucional.

O crédito trabalhista tem preferência e deve ser pago, no caso de falência, até o limite de 150 salários mínimos. Férias indenizadas não são computadas como tempo de serviço. Dentro das férias, não têm natureza salarial: pagamento em dobro de férias vencidas, férias indenizadas mais adicional de 1/3 na extinção do contrato, abono pecuniário ("venda de férias") e parcelas suplementares pagas em razão do contrato, regulamento ou norma coletiva.

2.13. Prescrição

Perda do direito de se exigir judicialmente as férias, por não exercê-lo dentro do prazo. **Art. 149.** Conta-se 5 anos a partir do término do período concessivo (caracteriza mora do empregador).

No caso de término do contrato de trabalho, a prescrição das férias simples e das proporcionais (que ainda não terminaram o período concessivo, portanto) será contada a partir do fim do contrato. Se houver férias vencidas, o prazo prescricional destas já estará correndo.

2.14. Férias coletivas (arts. 139 e ss.)

• Concessão

São concedidas unilateralmente ou em virtude de negociação coletiva e abrangem um setor, um estabelecimento ou toda a empresa.

[24] Comentário: Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não o haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

[25] Comentário: Art. 149 - A prescrição do direito de reclamar a concessão das férias ou o pagamento da respectiva remuneração é contada do término do prazo mencionado no art. 134 ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho.

[26] Comentário: Art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.

Art. 139, §§ 2º e 3º. A empresa deve comunicar (não pedir autorização) as datas de início e fim, bem como a abrangência das férias coletivas, ao MTE local e ao sindicato respectivo pelo menos 15 dias de antecedência. No mesmo prazo, afixar avisos nos locais de trabalho.

Nas férias coletivas, não é direito do trabalhador menor de 18 anos a coincidência com as férias escolares; também não há prerrogativa relativa de férias de familiares em conjunto; *não pode exigir a conversão de 1/3 das férias em abono (a não ser que haja acordo coletivo).*

O pagamento da remuneração referente às férias coletivas segue as regras das individuais.

- **Fracionamento**

Art. 139, § 1º. O fracionamento das férias coletivas é permitido, desde que nenhuma das frações seja menor do que 10 dias.

Art. 134, § 2º: a vedação do fracionamento para menores de 18 e maiores de 50 vale para férias coletivas? A maioria diz que sim (pois o dispositivo diz que “sempre” e visa a objetivos sociais, físicos etc), outros (Godinho, e.g.) dizem que não (ao argumento de que a vedação é apenas para férias individuais). *Ocorrendo o fracionamento de férias coletivas, considera-se que os menores de 18 e maiores de 50 estariam em licença remunerada.*

- **Férias coletivas proporcionais**

Art. 140: se o empregado foi contratado a menos de 12 meses, gozará as férias coletivas proporcionalmente. Se as férias coletivas forem maiores do que a proporção, o empregado não fica devendo o período aquisitivo, mas considera-se que está em licença remunerada. Quando começa o novo período aquisitivo? Desde o início das férias coletivas (para uma corrente)? Ou inicia-se após o fim das férias coletivas (para outra corrente. Godinho, inclusive)?

[27] Comentário: § 2º - Para os fins previstos neste artigo, o empregador comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, as datas de início e fim das férias, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida.

§ 3º - Em igual prazo, o empregador enviará cópia da aludida comunicação aos sindicatos representativos da respectiva categoria profissional, e providenciará a afixação do aviso nos locais de trabalho.

[28] Comentário: § 1º - As férias poderão ser gozadas em 2 (dois) períodos anuais desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos.

[29] Comentário: Art. 140 - Os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se, então, o novo período aquisitivo.

3. TRABALHO DA MULHER E DO MENOR

4. SALÁRIO

4.1. Conceito

“É o que o homem recebe em troca do seu trabalho” não é boa definição de salário. É possível haver trabalho sem salário. Em cada bem há um valor de uso (é subjetivo) e um valor de troca (objetivo). O valor de troca é determinado pelo trabalho que é gasto, que pode ser mais ou menos qualificado. O que faz uma pessoa ganhar mais do que outra? A força de trabalho é uma mercadoria (Marx), como as demais mercadorias. O que faz um óculos custar R\$X é a quantidade de trabalho para transformar a areia naquele vidro; o que faz determinada força de trabalho custar R\$X mensais é a soma do que precisa uma pessoa, mais os estudos dela etc. É a quantidade de dinheiro necessário para que a mercadoria “trabalho” exista. O salário oculta a extração da mais-valia (Marx): o trabalhador não trabalha só o que é necessário para viver, mas além. Poderia até

haver salário sem trabalho: o salário é aquilo que o empregado recebe por estar disponível ao empregador (não importa se está trabalhando efetivamente). Porém, nas férias o empregador deve pagar o salário, mas não há disponibilidade do empregado. Godinho: salário é o que o empregado recebe em função do contrato de trabalho. Também serve como mecanismo do próprio poder de comando, quando se vincula à produtividade do trabalhador. Art. 457. o salário abrange parcelas variáveis (gorjetas).

4.2. Denominações próprias

Quando o termo “salário” é utilizado no sentido de contraprestação devida e paga pelo empregador ao empregado em função do contrato.

a) Salário mínimo, profissional, normativo e convencional

É o mínimo que o trabalhador deveria receber para ter uma vida digna. Valor assegurado em lei. Certas profissões tem salários profissionais: é o salário mínimo que o empregado nessa profissão pode ganhar. Há o salário-normativo, fixado por sentença normativa decorrente de um dissídio coletivo. Se não há acordo entre empregados e empregadores sobre certa demanda, pode haver um dissídio coletivo na Justiça do Trabalho: o judiciário “legislará” quando não há lei que resolva o impasse. Só pode haver um dissídio se houver comum acordo das partes para entrarem na justiça ou em casos graves de greve.

Salário convencional: fixado por convenções e acordos coletivos (contratos/normas). A convenção/acordo coletivo pode fixar o mínimo convencional.

b) Salário-base (salário básico)

O núcleo do salário é o salário-base, no qual todas as demais parcelas, também de natureza salarial, se apoiam (adicional noturno, insalubridade etc). É contraprestação salarial fixa principal paga pelo empregador, sem qualquer outra parcela.

c) Salário isonômico e salário supletivo

Salário isonômico. É o salário devido ao empregado que exerce função idêntica ao do colega na mesma empresa. Trabalhadores que exerçam mesma função dentro da empresa devem receber o mesmo tanto.

Art. 460: salário supletivo. Fixado judicialmente a determinado empregado quando não há prévia estipulação do contrato ou não se tenha provas sobre o ajuste. Para a fixação, os parâmetros são o salário de um empregado da mesma empresa que realiza serviço equivalente, ou o que seria pago por trabalho análogo em outra empresa.

d) Salário condição

Ou salário condicionado. Conjunto de parcelas pagas em razão de circunstâncias incertas e/ou variáveis ao longo do contrato. Ex.: adicionais de insalubridade e periculosidade, adicional noturno, hora extra e adicional de transferência. O empregado ganhará hora extra se (e quando) trabalhar além das horas contratadas.

[30] Comentário: Art. 460 - Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

e) *Salário utilidade*

Salário utilidade: outros bens, que não o dinheiro, que retribuem o trabalho.

4.3. *Denominações impróprias*

Quando o termo “salário” não está no sentido da legislação trabalhista. Não é empregado o termo no sentido justralhista: “salário de contribuição”, “salário de benefício”, “salário-família”, “salário-maternidade”, “salário-educação”, “salário mínimo de referência”. Vale-transporte nunca é salário.

a) *Salário-alimentação*

Este pode ou não ter natureza salarial. No caso das empregadas domésticas, não é salário.

b) *Salário social*

Salário social é tudo o que o empregado recebe, inclusive da previdência; conjunto de prestações genéricas pagas ao trabalhador (não há conceito legal sobre o salário-social).

c) *Salário complessivo*

a prática de algumas empresas de oferecer determinado valor para englobar tudo; cabido pelo dia, que dispõe que todas as parcelas salariais devem ser destacadas na folha de pagamento.

4.4. *Características do salário*

a) *À forfait*

O salário é obrigação absoluta do empregador, pois os riscos do empreendimento correm por conta deste. O salário não pode ser totalmente incerto, dependente do risco do empreendimento. Mesmo nos casos de trabalho comissionado deve haver um salário mínimo.

b) *Alimentar*

O salário tem caráter alimentar, ou seja serve às necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e sua família, não importando tamanho do salário. Antes da lei de férias, o salário era sempre alimentar: sempre protegido, independentemente do valor recebido. Hoje a intangibilidade do salário tem limites.

c) *Irredutibilidade*

Art. 7º, IV, CF. O salário é irredutível, salvo convenção coletiva. É irredutível pois é indisponível, irrenunciável, em regra. Lei n. 4.923 (anterior à CF): em época de crise, a empresa pode reduzir salário em até 25% (mas não abaixo do salário mínimo) por três meses, desde que haja consenso entre sindicatos dos trabalhadores e patronais; se não houver, o juiz decidirá. Essa norma foi revogada pela CF88? O juiz pode decidir diminuir o salário, mesmo sem a convenção? Parte da doutrina entende que a lei regulamenta o art. 7º, IV.

Entende-se que a redução salarial deve vir acompanhada de algum benefício ao trabalhador.

d) *Periodicidade*

Advém da natureza do contrato de trabalho, que estabelece obrigação de trato sucessivo. Art. 459. Por ter caráter alimentar, o período máximo é de um mês (salário-base), adicionais (gratificações,

comissões e percentagens) podem ter outras periodicidades, como o 13º.

e) *Pós-numeração (postnumeratio)*

O salário será devido e pago após a respectiva prestação do empregado. O salário vem após o trabalho. Serve como pressão do empregador sobre o empregado. Alguns dizem que o salário deveria ser depositado no primeiro dia.

4.5. *Efeitos do salário*

Trabalho por conta alheia ou trabalho por contra própria. O domínio da coisa produzida é do empregado em razão do pagamento de salário.

O salário dita a condição de vida do empregado e também o reconhecimento social da pessoa.

4.6. *O que tem (ou não) tem natureza salarial*

Salário, como conjunto complexo de parcelas contraprestativas paga pelo empregado ao empregado em função do contrato de trabalho. Tecnicamente, é salário se a origem da parcela é o empregador diretamente (é o que a CLT diz; arts. 457 e 76). Remuneração é contraprestação paga por terceiros (mas a média de gorjetas se integra ao salário do trabalhador para todos os fins, menos para o salário mínimo).

I) só é salário aquilo que sai das mãos do empregador; é uma parcela da remuneração.

Quando a lei fala em remuneração é remuneração, quando trata de salário é salário. Exceção jurisprudencial: repouso remunerado aos domingos. Embora a lei fale em remuneração, não há repercussão de gorjetas nesse dia; é parcela paga pelo empregador, portanto, salário.

II) salário é aquilo que é pago em função do contrato de trabalho. Além do salário-base, também são salário comissões, percentagens, gratificações, abonos, 13º salários, adicionais e prêmios.

III) salário é aquilo que decorre de uma obrigação expressa ou tácita.

IV) recebimento de algo pelo trabalho, em troca (contraprestação) do trabalho, é salário. Recebimento de algo para o trabalho, com a finalidade de permitir o desempenho do trabalho, não é salário (uniforme). Só é salário aquilo que é pago pelo trabalho. Parcelas ressarcitórias ou feitas em função do estrito cumprimento do trabalho não são salariais (ajudas de custo e diárias de viagem, e.g.).

V) nem sempre a periodicidade determina o caráter salarial. Ex.: 13º salário. O tempo é importante enquanto elemento probatório quando a obrigação é tácita, mas em geral é uma obrigação continuada.

Tendência à dessalarização: redução do número de trabalhadores assalariados; estrategicamente, a lei, a jurisprudência e os sindicatos têm diminuído o espectro do salário, como acontece com a participação nos lucros, que é parcela não salarial. Com isso, o empregado fica menos garantido, mas se reduz a carga tributária sobre o pagamento e recebimento do salário. Diminui-se, pois, o objeto da proteção e o sujeito da proteção.

4.7. *Classificação*

Diferentes classificações salariais podem ser feitas de acordo com o parâmetro que se tem por base. Podem ser quanto à natureza da parcela; origem da fixação da parcela; modo de aferição do salário; e forma de pagamento da parcela.

a) *Natureza da estipulação salarial*

- *Parcelas típicas do Direito do Trabalho*

São aquelas próprias ao contrato de trabalho. É o salário básico, adicionais, gratificações, dentre outras.

- *Parcelas compatíveis com o Direito do Trabalho*

Vem de outros ramos do direito. Comissões e participação nos lucros, do Direito Empresarial, e.g.

b) *Origem de fixação da parcela*

- *Espontânea*

Parcelas instituídas pela vontade unilateral do empregador ou bilateral. Fixado pelas partes

- *Imperativa*

Ajustado pela lei (normas heterônimas) ou por convenção coletiva (normas autônomas). Vontade externa às partes. Ex.: salário convencional, salário normativo.

c) *Modo de aferição*

São os tipos de salário.

- *salário por unidade de tempo*

O parâmetro é o tempo de trabalho do funcionário. Não importa a produção, mas o tempo trabalhado (ou que o empregado ficou à disposição). Cada unidade de tempo (hora, dia ou mês) corresponde a uma parcela do salário base (outras parcelas salariais podem corresponder a unidades de tempo maiores, como as gratificações).

- *salário por unidade de obra*

É considerado o resultado obtido pelo trabalho. O critério para se calcular o salário é quanto o empregado produziu, independentemente do tempo que gastou para tanto. Mas dentro de uma mês (que é a maior unidade temporal para o salário básico) o empregado deve receber ao menos um salário mínimo legal. Percentagens e comissões têm caráter de salário por unidade de obra.

- *salário-tarefa*

Mescla do tempo e o resultado. O empregado tem um tempo (hora, dia, semana ou mês) em que deve cumprir uma produção mínima. Cumprindo o objetivo dentro do prazo, recebe a parcela salarial equivalente. Se terminar antes, o empregador escolhe entre liberar o funcionário pelo restante do tempo ou dar-lhe novo objetivo, pagando a mais por isso. Se não atingir a meta dentro do tempo, fará jus a hora extra. De qualquer maneira, o salário mínimo deve ser respeitado.

d) *Meios de pagamento*

[31] Comentário: Anotei como "natureza", o que diverge com a classificação do Godinho.

- simples: dinheiro
- composto: dinheiro (sempre tem que estar presente) mais utilidade.

4.8. Salário utilidade

a) Conceito

Além de dinheiro, o salário também pode ser dado em bens ou serviços (utilidades). Mas nem toda utilidade tem natureza salarial. Para ser considerado salário utilidade deve cumprir dois requisitos: i) fornecimento habitual (repetição diária, semanal, mensal, até anual); e ii) caráter contraprestativo (deve ser um acréscimo à retribuição pelo contrato; em benefício exclusivo do trabalhador; em função do trabalho e não para o trabalho).

Lado negativo do salário utilidade: cerceia a liberdade.

Lado positivo: mantém o poder de compra das pessoas, especialmente em uma economia inflacionária.

Normalmente o salário utilidade vem antes ou durante o trabalho, ao contrário do salário em dinheiro, o que dá mais garantias ao empregado.

b) O que descaracteriza a natureza salarial da utilidade

i) As utilidades impostas pela lei não serão salário utilidade (ex.: serviços educacionais ao empregado e sua família; vale-transporte; EPI's; previdência privada). Art. 458, § 2º, CLT. Elenca utilidades não salariais. ii) Se o bem ou serviço for para viabilizar a própria prestação (ex.: fornecimento de almoço em plataforma marítima). lii) Se servir para aperfeiçoar a prestação (ex.: cursos; veículo a ser utilizado no trabalho).

Vale-transporte: por política legislativa, descaracterizou-se enquanto salário, não é considerado salário.

Em regra, os meios utilizados no trabalho são pagos pelo empregador e não são salário utilidade.

Lei n. 5.859 (lei do emprego doméstico), art. 2º-A, § 1º. Desde que convenicionado, utilidades que são salário podem ser "dessalarizadas".

A utilidade salarial pode deixar de ser por força de lei, convenção ou acordo coletivo e sentença normativa. Ex.: alimentação, que normalmente é utilidade salarial (salvo se for para viabilizar a prestação), não é considerada salarial se for ofertada de acordo com o PAT.

Empregador que oferece transporte para os trabalhadores, sem que fosse necessário (há transporte público urbano, e.g.). Lei n. 7.418. Vale transporte. O empregador deve bancar a maior parte dos custos, não tem natureza salarial. Se o empregador oferece um veículo para utilização particular do empregado, será utilidade. Se o patrão oferece um carro que pode ser utilizado para o trabalho e para lazer, não será salário utilidade. Súm. 367, TST. Uniforme não pode ser cobrado dos empregados: vendedores de shopping. Se a roupa não é para ser utilizada no trabalho, será utilidade.

[32] Comentário: § 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

V – seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI – previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VII – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VIII – o valor correspondente ao vale-cultura. (Incluído pela Lei nº 12.761, de 2012)

[33] Comentário: Art. 2º-A. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia. (Incluído pela Lei nº 11.324, de 2006)

§ 1º Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o caput deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes. (Incluído pela Lei nº 11.324, de 2006)

c) Utilidades

Art. 458: rol exemplificativo de utilidades salariais. Proíbe certos bens e serviços. As utilidades salariais dos trabalhadores rurais estão estabelecidas taxativamente na Lei n. 5.889/73, especial em relação à CLT aos trabalhadores rurais. Exemplos:

- **Alimentação**

Se “dada de qualquer forma” (como vale-transporte) é salário. Se inscrita no Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT não é salário.

Doméstica: alimentação para que ela trabalhe não tem natureza salarial, conforme previsão legal.

Operário é diferente: como ele pode escolher onde se alimentar (OJ-132), considera-se salário.

- **Moradia**

Se é vantajosa para o patrão, independente se é ou não vantajosa para o empregado, a moradia é utilidade não salarial. Não pode ser descontada (*não conta para salário mínimo etc*). Se a moradia não é útil ao empregador, será salário utilidade.

A casa, para ser considerada utilidade, deve ser habitada por pessoas da mesma família. Se mais de um membro da família trabalha para o empregador, a utilidade será dividida, *conforme art. 9º, § 2º, da Lei n. 5.889, Lei do Trabalho Rural* (cada um participa com uma parte dos 20% a serem descontados, no caso de trabalhador rural, e 25%, para urbano. *Explicando: a casa custa \$200 por mês e nela moram um casal de trabalhadores, do salário de cada um \$100 serão considerados pagos em utilidade, respeitando o máximo de 20% ou 25%*). Se o empregador não pagar as parcelas devidas pela rescisão, o empregado pode ficar na casa até o pagamento. É a retenção do direito civil.

Zona rural, exemplo: \$1.000 = \$800 + moradia, expressamente documentado para o trabalhador rural. Sobre o valor total se calcula as demais vantagens. Agora: \$1.000 + moradia > \$1.000 – moradia.

d) Implicações e efeitos

O salário não pode ser pago totalmente em utilidades. Ao menos 30% do salário mínimo vigente deve ser pago em dinheiro, estendendo-se a interpretação destinada ao salário mínimo (art. 82, § único, CLT). Se o trabalhador recebe \$4.000, em 2013, ele deve receber aproximadamente \$200 reais em dinheiro, todo o resto pode ser em utilidades.

Pela CR'88, o salário mínimo foi feito para satisfazer nove necessidades previstas em lei, assim, até 70% delas podem ser satisfeitas por utilidade.

Além do limite total, há limites para cada utilidade, estabelecidos em leis federais e estaduais. Ex.: se o salário total do trabalhador não ultrapassa o mínimo legal, há o limite de 25% do salário para habitação de trabalho urbano e 20% para alimentação. Se o salário total ultrapassa o mínimo, os limites serão de acordo com o salário real.

Salário utilidade é salário para todos os efeitos, considera-se o dinheiro mais utilidade para

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

[35] Comentário: Art. 82 - Quando o empregador fornecer, in natura, uma ou mais das parcelas do salário mínimo, o salário em dinheiro será determinado pela fórmula $S_d = S_m - P$, em que S_d representa o salário em dinheiro, S_m o salário mínimo e P a soma dos valores daquelas parcelas na região, zona ou subzona.

Parágrafo único - O salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região, zona ou subzona.

incidência do FGTS (8% sobre tudo).

Se é fornecido almoço no local de trabalho, durante o mês de férias deve ser pago vale-alimentação referente àquele mês; no 13º salário também será acrescido o valor da alimentação (pois a lei estabelece que o 13º salário deve ser pago em dinheiro).

Se a utilidade salarial for ofertada com frequência mensal (ou diária ou semanal), fará parte do salário-base do empregado e terá repercussão no 13º salário, FGTS, férias e terço constitucional. Gera também efeitos previdenciários. Se a frequência da utilidade salarial é menor (semestral ou anual), será uma gratificação periódica, gerando efeitos próprios a esta.

4.9. Complexo salarial

Algumas parcelas decorrem do salário, por si só; outras são fruto de características específicas. As principais parcelas salariais são:

a) Salário-base

É a parcela salarial fixa; mais relevante; deve ser, no máximo, mensal. É irredutível.

b) Abono

São adiantamentos salariais concedidos pelo empregador, para serem futuramente compensados. Não tem nada a ver com o abono de férias (que não é salarial).

Abono: regra geral, é salário; adiantamento individual ou, mais comumente, vinculado a convenções ou acordos coletivos (é preciso que fique claro que esse dinheiro será descontado depois, senão não poderá ser descontado).

c) Adicionais

Contraprestações devidas em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias típicas mais gravosas. São suplementares. Não têm caráter indenizatório; é um aumento na contraprestação pelo desconforto, desgaste ou risco do trabalho. Quando habituais, integram o salário para todos os efeitos. Ex.: adicional de insalubridade; de periculosidade; noturno; de fronteira; de campo.

O adicional paga um trabalho mais árduo, como hora extra (jornada excessiva), adicional noturno (noite), adicional de transferência (mudança), de insalubridade (risco à saúde), de periculosidade (risco à integridade física), de penosidade (ainda não foi regulamentado; situação de estresse, e.g)

Podem ser legais ou convencionais; amplos ou restritos.

É salário, havendo prova documental do pagamento, aplicando-se aos adicionais os princípios que regem o salário-base.

Por ser um trabalho sofrido, o adicional deveria ser precário, mas na prática não ocorre assim. O adicional pode ser suprimido a qualquer momento por ser condicionado ao gravame, não se incorporando ao salário.

É preciso que a parcela seja habitual para que seja computada no 13º salário e nas férias.

Em geral, os adicionais tem como base de cálculo o salário base, mas nem sempre é assim. Por

exemplo, o salário mínimo é a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Se recebe mais de um adicional, um se calcula sobre o outro, apesar de a lei estabelecer que nos casos de adicionais de insalubridade e periculosidade, só possa ser pago um.

Em geral, do ponto de vista da empresa, o valor desses adicionais é baixo, enquanto para o trabalhador é um montante considerável. Por isso há uma monetização do risco, ou seja, as empresas deixam de investir em higiene e segurança e preferem pagar os adicionais, porque é mais vantajoso economicamente.

A legislação brasileira protege mais o corpo em detrimento da psiquê.

Se não há como reduzir os riscos, como em minas, a solução é diminuir o tempo de exposição, conforme previsto nas Convenções 148, 155 e 165 da OIT.

A terceirização obstaculiza a fiscalização.

Traços comuns dos adicionais:

i) adicionam-se ao salário-base;

ii) paga o trabalho mais duro

iii) o trabalhador recebe não pelo uso, mas pelo abuso de seu corpo, razão pela qual deveriam ser precários (embora a lei priorize a prevenção do risco, na prática não é o que acontece).

iv) EPI's: se o uso de equipamentos neutraliza o problema, não será pago o adicional; se não, deve ser pago. Súmulas 80 e 289, TST.

v) as situações de risco e insalubridade que preveem são restritas, taxativas.

vi) em princípio, é preciso que no caso concreto se produza uma prova, não apenas que haja previsão → prova pericial feita pelo médico do trabalho ou engenheiro de segurança. Se o empregador paga o adicional, não é preciso perícia, pois há uma espécie de confissão.

vii) se há equipamentos de segurança, mas o empregado não os utiliza, pode ser penalizado por falta disciplinar e demitido por justa causa.

viii) incidem em outros cálculos se forem constantes; não eventuais → férias, 13º salário; súmulas 132 e 139, TST. Um ou outro, não acumulam.

ix) art. 7º, XXII e XXIII, CF → insalubridade, periculosidade, penosidade: a base de cálculo é menor do que o salário global do empregado; art. 193, 2º, CLT (não se somam os adicionais).

Periculosidade – insalubridade:

agentes nocivos que se destacam: agentes biológicos (vírus, bactérias) ou químicos (radiação) → é preciso que esteja previsto em lei e ultrapasse os limites de segurança (Portaria 3214 do MTE); ruídos; não se pode somar dois adicionais, embora ser o certo (prevalece o maior).

Atividade precisa ser enquadrada em lei, senão não é insalubre (coleta de lixo, trabalho a céu aberto). O MTE, muitas vezes, desclassifica algumas causas (não prevalece o direito adquirido, mesmo se o trabalhador tiver se submetido a ela).

Súmula 293, TST: 10, 20 ou 40% sobre o salário mínimo, depende.

Quanto à base de cálculo, entendia-se que era o salário mínimo, a não ser no caso dos salários profissionais. O STF firmou o entendimento na súmula vinculante n. 4 de que não poderia ser o salário mínimo, porque a CF proíbe a vinculação do salário mínimo a outros adicionais. O TST editou uma súmula dispondo que a base seria o salário profissional, mas o STF vetou dizendo que não havia previsão legal para tanto. Então, a súmula vinculante n. 4 está suspensa e, enquanto não sobrevier lei, continuará sendo usado como base o salário mínimo.

O trabalho intermitente enseja o pagamento intermitente do adicional.

Periculosidade – peculiaridades:

Inflamáveis, explosivos, energia elétrica (não importa se a empresa é produtora ou consumidora), substâncias radioativas (genérico, qualquer empregado que trabalha com isso). Expõem a própria vida dos trabalhadores; também se estende aos seguranças que trabalham com guarda de valores ou de pessoas.

Base de cálculo: 30% sobre o salário-base (o adicional de energia elétrica era 30% sobre toda a massa salarial, mas a lei com essa previsão foi revogada).

Súmula 364, TST: cuida da intermitência.

Penosidade – peculiaridades:

Previsto apenas na CF; não foi regulamentado.

O trabalho em si já traz um problema, é penoso. Exige grande paciência, muito metódico, submete a grande estresse.

Alguns juízes entendem que não é preciso regulamentação para que seja somado esse adicional.

d) Gratificações

Contraprestação decorrente de evento ou circunstâncias relevantes (assim consideradas pelo empregador ou pela lei). Não são diretamente ligadas à conduta do trabalhador. Corrente moderna (objetivista) diz que são gratificações salariais as parcelas habitualmente pagas ao trabalhador, mesmo se o empregador não tinha a intenção de considerá-las assim (passarão a integrar o contrato e serão obrigação do empregador). Podem ser de frequência bimestral até anual. Súmula 152, TST.

Se o trabalhador ocupa durante muitos anos (dez ou mais) cargo de confiança, pode retornar ao cargo efetivo, mas não perderá a gratificação em virtude da estabilidade financeira. Súmula 372, TST.

e) 13º salário

Contraprestação paga, em caráter de gratificação legal, em dezembro de cada ano ou na época da rescisão. É direito de todo trabalhador, até o temporário.

13º salário: gratificação legal prevista na Lei n. 4.090/62, alterada pela Lei n. 4.749/65; nasceu da prática das empresas e depois foi institucionalizado pelo legislador.

[36] Comentário: O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito.

[37] Comentário: I - Percebida a gratificação o 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 o tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.
II - Mantido o empregado no exercício da função o comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação o.

Tem por base de cálculo o mês de dezembro; quando o salário é variável, a base será a média anual mais o valor pago em dezembro.

Pode ser pago em dezembro (haverá descontos) ou entre fevereiro e novembro (parcela não sofrerá decotes); o empregado pode solicitar que seja pago em janeiro também; se nada for dito, será nos termos acima definidos.

A saída do empregado (salvo se por justa causa do trabalhador) enseja o pagamento de 13º salário proporcional.

f) Comissões

Contraprestações variáveis pagas pelo alcance de determinadas metas de produção. É lícito o comissionamento puro (toda a remuneração advém das comissões), podendo haver ou não um pagamento mínimo fixo. As comissões integram o salário e produzem todos os efeitos, inclusive os previdenciários.

Comissões: quem trabalha com vendas; pode ser só comissionista (atenuação do poder da alteridade, embora o patrão deva completar o salário se o comissionista receber menos que o salário mínimo). Comissões que podem ser pagas em intervalos de 3 meses (art. 459, CLT), sendo que o salário mínimo (mínimo essencial) deve ser pago todo mês; art. 466 (vendas a prestações).

Lei n. 3.207, aplicável aos comissionistas: é preciso que haja uma situação de insolvência do comprador, passível de ser conhecida e existente antes ou no momento da venda para que os riscos corram por conta do conta do comissionista.

g) Prêmios (ou bônus)

Decorrem de um evento ou circunstância relevante para o empregador, vinculada à conduta individual ou coletiva dos trabalhadores. Serão pagos enquanto o trabalhador cumprir as condições, mas os prêmios pagos integram o salário para os efeitos do FGTS, aviso-prévio, 13º salário, terço constitucional etc.

Gratificação e prêmios: parcelas ambivalentes que servem para pagar empregados e também não empregados (quantia paga ao surfista pela profissão).

Se no contrato estiver escrita a gratificação será salário. No caso do contrato tácito é preciso examinar as circunstâncias, como a frequência para saber se é uma obrigação salarial; se for expresso não é preciso verificar a habitualidade, porque será salário de qualquer forma.

O prêmio tem a ver com o desempenho, tende a ser mais individualizado, podendo ser também para uma equipe; já a gratificação tem causa mais objetiva, sendo menos ligada ao trabalho, como, por exemplo, em razão de uma função ocupada, do Natal.

4.10. Pagamento do salário

A lei protege o salário (todas as parcelas salariais e até as não salariais) contra os abusos do empregador, contra os credores do empregador, do empregado e contra terceiros.

[38] Comentário: Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

a) Tempo, lugar e meios do pagamento

Art. 459. O salário (salário-base e adicionais legais) não pode ser pago em frequência menor do que a mensal. Art. 495, § 1º. Art. 466. Comissões, gratificações e outras percentagens não serão obrigatoriamente pagas a cada mês.

O pagamento deve ser feito em dia útil, até o 5º dia (sábado é útil). Art. 465. Qualquer pagamento só será feito em dia útil laborado (sábado é útil, no qual pode ou não haver trabalho). Se o 5º dia cair em data não trabalhada, o empregador deve pagar no dia útil anterior.

Pagamento do comissionista

Uma pessoa pode ser contratada só por comissão (recebe as comissões, ao menos um salário mínimo; se não atingir o mínimo em comissões o patrão deve completar), nesse caso o pagamento pode ser trimestral. A lei não diz nada, mas o trabalhador comissionista poderia receber adiantamento mensal (no valor de um salário mínimo). Quando a venda de mercadoria for à vista, considera-se a venda feita no momento da conclusão do negócio. Lei n. 3.207: quando o comissionista faz uma venda à vista, efetuada por meio de cheque sem fundo e recebe a comissão, pode haver estorno desta. Se o comissionista foi diligente na venda (procurou saber se o comprador era solvente), não haverá estorno. Quando feita a prazo, o trabalhador acaba suportando os riscos do negócio.

Em regra, o pagamento deve ser feito no local de trabalho, durante o expediente ou logo após este. A efetivação do pagamento não pode onerar o trabalhador além do necessário. Se ele tiver que se deslocar, perder tempo etc. isso pode ensejar pagamento de adicionais, como hora-extra. É permitido o pagamento por crédito em conta ou cheque, desde que não tome dificultosa a efetivação do recebimento.

O pagamento deve ser feito em moeda nacional, na maioria das vezes. Pagamento em outra moeda é considerado não feito, em tese (é permitido ao trabalhador estrangeiro ou ao brasileiro que trabalha no exterior, e.g.). Mas a maioria diz que o pagamento em outra moeda deve ser devolvido.

Art. 464. Deve ser feito pessoalmente ao empregado, sob pena de ser considerado não feito. Mas em casos especiais, em benefício do trabalhador, não há que se falar nisso. A quitação das verbas será por recibo escrito.

Prejuízos causados pelo empregado: quando por dolo, sempre paga, acidentalmente, nunca paga, se por culpa, só se tiver previsão. O pagamento dos prejuízos, se o empregado sair da empresa, é limitado ao valor de um salário; se continuar, os descontos serão parcelados.

b) Quem deve pagar?

Quem paga? O empregador, o grupo de empresas (art. 2º, § 2º), o sucessor (quem assume o empreendimento assume os créditos e débitos, inclusive os trabalhistas. Corrente minoritária diz

[39] Comentário: Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

[40] Comentário: Art. 466 - O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem.

[41] Comentário: Art. 465. O pagamento dos salários será efetuado em dia útil e no local do trabalho, dentro do horário do serviço ou imediatamente após o encerramento deste, salvo quando efetuado por depósito em conta bancária, observado o disposto no artigo anterior.

[42] Comentário: Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

[43] Comentário: § 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.

que, mesmo se o trabalhador deixar de trabalhar no empreendimento que mudou de dono, o novo proprietário continuará sendo responsável pelo pagamento) ou o patrão dos terceirizados. O empregado pode adotar qualquer empresa do grupo, que são solidariamente responsáveis (há também solidariedade ativa, cfe. doutrina e jurisprudência: o empregador real, não só o formal, pode exigir seus serviços. Considerando que a solidariedade é, além de passiva, ativa, não haverá exceção à regra de quem paga é o empregador, pois várias empresas estão ligadas, tanto para dar ordens, quanto para pagar). Lei n. 10.820: lei do consignado. Podem ser feitos descontos diretos em folha de pagamento, desde que respeitados os limites.

Lei n. 10.820. Remuneração básica: salário-base menos os descontos voluntários. Ex.: previdência privada.

Decreto-lei n. 368: a empresa, enquanto não pagar os trabalhadores, não pode distribuir lucros e dividendos; o empregador pode rescindir o contrato por justa causa.

Provas serão documentais ou testemunhais, em último caso.

c) Antidiscriminação e equiparação de salários

Outras regras de proteção ao trabalhador, como o salário mínimo, partem da premissa da desigualdade entre as partes. Já a regra da igualdade salarial não considera o patrão em face do empregado e vice-versa, mas um empregado em face do outro.

Art. 5º, caput, CF: todos são iguais perante a lei; art. 7º, XXX e XXXI: proibição de desigualdade salarial. Arts. 358, 460, 461, CLT.

Equiparação salarial: trabalhadores que exerçam, simultaneamente, função idêntica para o mesmo empregador, na mesma localidade, devem receber salários iguais. Para que haja a equiparação, quatro requisitos devem ser cumpridos (Godinho). Identidade entre os trabalhadores comparados sob diferentes parâmetros: função, empregador, localidade e simultaneamente. Ainda, outros fatores podem impedir, modificar ou extinguir a equiparação: qualidade (perfeição técnica), produtividade e tempo de serviço.

Identities: função exercida, empregador, localidade, produtividade, qualidade, tempo de serviço (relativo). É preciso que todos estejam presentes, mas ainda assim pode haver excludentes.

- *Identidade de função exercida*

Conjunto de pequenas tarefas que se reúnem em um todo unitário, que podem variar. Embora o cargo indique a função, isso em si não faz diferença, exceto se houver plano de carreira. Portanto, não importa cargo ou tarefa. Em termos sociais, há uma hierarquia entre as funções. A função não tem que ser, necessariamente, idêntica, mas de igual valor, segundo orientação da OIT, a qual o Brasil não aderiu por completo, pois a lei não se alterou, somente houve influência em alguns julgados. Cargo é denominação formal da posição que o empregado ocupa dentro da empresa, se for diferente da função (o que ele faz), prevalece a função, pois deve ser analisada a efetiva identidade funcional.

[44] Comentário: Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

- **Identidade de empregador**

Os trabalhadores comparados devem laborar para o mesmo empregador. Dentro da mesma empresa ou do mesmo grupo econômico? Para a corrente que considera haver solidariedade ativa e passiva entre as empresas de um mesmo grupo, a identidade de empregador é ampliado para o grupo econômico. É corrente majoritária na doutrina e jurisprudência. Súmula 129, TST.

Art. 2º, § 2º, CLT: trata de grupo econômico justrabalhista, bastando para caracterizá-la o tráfico de influência, sendo dispensável as formalidades. Há uma tendência jurisprudencial e doutrinária em entender que não é imprescindível que haja uma empresa mãe, pois os grupos não mais se formam só de modo vertical, mas também horizontalmente, criando um controle recíproco; corroborando essa visão, a lei do trabalhador rural cuida da prescindibilidade da empresa mãe, em oposição ao que prevê a CLT. No que toca à solidariedade, a jurisprudência é mais firme em dizer que a solidariedade das empresas vai além do pagamento. Na hipótese de terceirização, a Lei n. 6.019 que diz respeito ao trabalho temporário, estabelece a equiparação, então a jurisprudência estende tal interpretação a outros casos de terceirização, em certas hipóteses, mas em outras não estende.

- **Identidade de localidade de exercício**

Os trabalhadores comparados devem realizar o trabalho para idêntico empregador dentro de uma mesma circunscrição geográfica. E qual seria essa circunscrição? Há grande divergência, mas não é só para trabalhadores dentro do mesmo estabelecimento, e.g.. Para Godinho, lugar idêntico é aquele em que as características socioeconômicas são iguais (exemplo: a cesta-básica custa o mesmo tanto). A jurisprudência (Súmula 6, inciso X, TST) entende que, em princípio, é o mesmo município ou região metropolitana.

- **Simultaneidade no exercício funcional**

É mais óbvia. Só serão comparados trabalhadores que exerçam a mesma função, para o mesmo empregador, na mesma localidade etc., que laborem na mesma, ou bem próxima, data (trabalhadores contemporâneos).

- **Identidade de produtividade**

Art. 461, § 1º. É quantitativa: intensidade laborativa do trabalhador em certo período. Pressupõe eficiência; mesmas condições, mesmos resultados. Assiduidade afeta a produtividade.

- **Identidade de qualidade (perfeição técnica)**

É critério qualitativo que tende a ser subjetivo. Trabalhador que exerce função com qualidade superior não será equiparado com outro inferior. Mais considerada em trabalhos intelectualizados, embora possa ser também analisada nos trabalhos manuais.

- **Tempo de serviço**

É relativa. A CLT determina que o tempo não pode ser superior a 2 anos para que haja equiparação. Súmula 6, II, TST: tempo na função, não na empresa. A sucessão permanente ou

[45] Comentário: 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.

[46] Comentário: § 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.

[47] Comentário: X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertencem à mesma região metropolitana.

[48] Comentário: § 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

[49] Comentário: II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não o no emprego.

eventual de empregados não pressupõe equiparação, desde que não haja cláusula em contrário em convenção coletiva (norma mais favorável). Se a substituição é constante (ex.: férias), jurisprudência diz que sim.

d) *Prescrição*

Prescrição: art. da CLT que trata de salário mínimo. Se for pago a menor repetidamente a prescrição será parcial, pois o prejuízo se renova a cada mês, de cada mês corre um prazo prescricional independente. A jurisprudência (súm. ?) quando a parcela é prevista em lei, é prescrição parcial (ex.: pagamento de hora extra em valor menor do que 50%; o empregado pode pedir a diferença dos últimos 5 anos; não prescreve do dia em que o empregador deixou de pagar corretamente, mas a cada mês que pagou a menor); se a parcela está prevista apenas no contrato, a prescrição é total (ex.: pagamento de prêmio que parou de ser pago; a prescrição ocorre 5 anos depois do dia em que o empregador decidiu parar de pagar, se passou esse tempo, o empregado não pode pedir mais). Nos casos de ação de enquadramento (para equiparação salarial) o empregado deve apontar o paradigma, o empregado que recebe mais, mesmo que não o chame como testemunha.

5. JORNADA DE TRABALHO

5.1. *Histórico*

A CF88 estabelece que os limites de trabalho são: 8 horas diárias e 44 horas semanais. Extrapolar qualquer desses limites caracteriza hora extra, pagas em 50% a mais do que a hora normal. Tudo isso está previsto na CF88, o que não ocorria na anterior.

Tumos ininterruptos de revezamento:

a jurisprudência conceitua como tumos sucessivos que completam 24 horas, que devem ser divididas em pelo menos 3 tumos.

5.2. *Hora extra*

art. 62. dependendo do trabalho externo, a fiscalização sobre as horas trabalhadas é difícil, fazendo com que os trabalhadores extrapolem os limites sem receber hora extra legalmente. Algumas posições de chefia (altos cargos de confiança) trabalham além dos limites, mas para isso devem receber pelo menos 40% a mais do salário. Art. 243.

5.3. *Contratação de horas extra*

é possível a contratação de horas extra? A CLT permite, mas a CF88 não faz essa ressalva. Portanto, a contratação de horas extra deveria ser esporádicas e não habituais, como são. A maior parte da jurisprudência entende pela legalidade do dispositivo da CLT e permitem a contratação de horas extra habitualmente (até previsto no contrato). O limite seria de 2 horas extra diárias, salvo no caso de força maior, quando não há limite estabelecido em lei (mesmo assim, há previsão de que entre um dia e outro deve haver uma interrupção de pelo menos 11 horas).

5.4. Quem não pode fazer hora extra

Menores não podem, a não ser no caso de compensação. Mas se trabalhar, deveria receber a hora extra, para não haver enriquecimento ilícito do empregador. Empregados com contrato parcial.

5.5. Cálculo das horas extra

se o empregado ganha por hora, cada hora além dos limites constitucionais (diário ou semanal), além do ganho normal da hora, há os 50% a mais. Súm. 264, TST. Todas as parcelas salariais (e não as eventuais) integrarão a base de cálculo para a hora extra. As horas extra se refletem no 13º salário, férias, repouso semanal remunerado etc. hora extra é salário. As horas extra e gratificações não podem ser calculadas uma sobre a outra.

5.6. Supressão de horas extra

o empregador pode suprimir as horas extra previstas no contrato. A jurisprudência entende que, quando o empregador para de contratar hora extra contratadas habitualmente por mais de um ano, o empregado faz jus a uma indenização (criada jurisprudencialmente). Como se calcula essa indenização? Súm. 291: faz uma média mensal de horas extra multiplicada pelos anos trabalhados com horas extra.

5.7. Obrigatoriedade

se houver um prejuízo grave e claro, força maior etc. o empregador pode exigir que o trabalhador faça horas extra. É o exercício do jus variandi extraordinário (altera temporariamente a cláusula contratual da jornada). O empregador deverá comunicar o fato que justificou a exigência às autoridades competentes.

5.8. Compensação

o trabalhador pode trabalhar mais em um dia do que no outro; mais uma semana do que na outra; mais um mês do que no outro. Antigamente, o limite máximo para compensação era semanal. Hoje é possível compensação (banco de horas) anual. Entende-se que esse tipo de compensação impede o descanso adequado e dificulta a fiscalização das horas extra, dessa forma o permissivo legal para o banco de horas seria inconstitucional (doutrina e jurisprudência minoritária). O banco de horas diário, assim como as horas extra, se limitam a 2 horas.

entende o TST que os acordos podem ser entre empresa e trabalhador (sem presença de sindicato dos trabalhadores). Se houver um acordo entre as partes sobre compensação, será considerado e efetua a compensação sem pagar hora extra. Se o acordo não foi registrado, a jurisprudência diz que se há dúvida se houve hora extra ou compensação, o trabalhador só recebe os 50% do valor trabalhado (e não o próprio valor da hora). se houver uma banco de horas criados por acordo ou convenção coletiva não é esse cálculo.

5.9. Tempo de serviço

O transporte fornecido pela empresa ao trabalhador se considera hora trabalhada, como se

estivesse dentro da empresa. Desde que não haja transporte público regular, o tempo gasto no transporte é considerado hora trabalhada e o empregado faz jus a hora extra, se extrapolar as horas diárias. Súm. 90.

5.10. Intervalos

Interjornada: é o tempo entre uma jornada e outra. É de no mínimo 11 horas, mas há profissões em que esse período é maior. Há intervalo entre as semanas, que deve ser de 24 horas (normalmente aos domingos).

Intrajornada: dentro da jornada de 6 ou mais horas, deve haver um período de descanso de 1 a 2 horas, que não serão tempo de serviço. Mas há algumas categorias e situações em que esse período intrajornada é considerado tempo de serviço. Se a jornada diária é de 4 a 6 horas, o intervalo intrajornada é de 15 minutos. Se a empresa não permite o descanso (ilicitamente), o intervalo que deveria ter sido concedido será pago como hora extra, mesmo que a jornada não ultrapasse o limite diário de 8 horas.

Ainda é válida a norma que obriga o intervalo de 15 minutos antes de a mulher exercer horas extra.

5.11. Atraso

há cinco minutos de tolerância, antes ou depois do horário, para o trabalhador ou empregado. Mas se o empregador obriga o empregado a trabalhar mais de 10 minutos, deverá pagar hora extra.

5.12. Horas de sobreaviso

ferroviários e aeronautas podem ficar em casa, de sobreaviso, para serem chamados a qualquer tempo. A cada três horas se paga uma dessa forma. Súm. 428. Trabalhadores (médicos) que ficam de "plantão" em casa, desde que controlados de alguma forma pelo empregador, devem receber pelo sobreaviso.

5.13. fasdf

EMPREGO DOMÉSTICO

FGTS obrigatório (8% sobre o salário mensal); hora extra e adicional noturno (indicativo possível – arts. 223, 224, CLT, que tratam dos ferroviários e suas horas de sobreaviso, pode ser aplicado, por analogia, aos domésticos, principalmente os que moram na casa do patrão). Noite é das 22h às 5h, sendo que a hora noturna é menor do que a real.

Convenção 182, OIT: trabalho infantil. Menores de 18 anos não podem ser trabalhadores domésticos (dificuldade de fiscalização, maiores chances de que ocorra assédio, poder direto mais forte).

Convenção 189, OIT: equiparação dos empregados domésticos aos demais empregados.

Interpretação jurisprudencial: se a pessoa trabalha somente uma ou duas vezes por semana no

mesmo lugar, como faxineira, mas por 15, 10 anos, considera-se emprego doméstico, vínculo empregatício (entendimento não firmado).

Consórcio de empregadores: o trabalhador é empregado de todos que terão responsabilidade solidária.

30l = R\$260

50l = R\$500

800 reais máximo para moradia

PROTEÇÃO DO TRABALHO DO MENOR

1. Fundamentos para a proteção

1º fundamento é de ordem fisiológica: formação física e psíquica do menor; o trabalho pode prejudicá-las. Trabalho pode causar doenças. 2º cultural: o trabalho pode ser obstáculo a outras atividades do menor (escola, lazer etc.). 3º moral: o contato entre crianças e adultos pode trazer prejuízo moral (é cláusula aberta, depende da época). 4º segurança do trabalho: pela formação psíquica do menor, que tem menos facilidade para concentrar, o trabalho do menor pode ser perigoso. No plano normativo, o principal é o princípio da proteção integral do menor (está na Constituição e no ECA).

2. Conceito de menor para fins trabalhistas

a regra é dos 16 aos 18, mas no direito do trabalho é entre 14 ao 18 (art. 402, CLT). Não importa a emancipação civil. Há corrente minoritária que diz que a emancipação civil sote efeitos no direito do trabalho.

3. Idade para o trabalho e capacidade

art. 403, reitera o art. 7º, XXXIII. A idade trabalhista plena é aos 18 anos. A partir daí ele é capaz para todos os atos da vida laboral. Art. 301 proíbe trabalhos para menor de 21 anos (é coisa antiga da lei, mas continua valendo, por ausência de disposição em contrário). Se relativamente incapaz trabalhando ou aprendiz, deve ser representado. O menor e o representante assinam o contrato.

4. Trabalho vedado ao menor

404 e 405, CLT. Art. 7º, XXXIII, CF. algumas espécies podem ser autorizadas judicialmente, outras são totalmente vedadas. O menor de 16, se não estiver cumprindo os deveres de aprendiz, bem como o qualquer trabalho do menor de 14 anos é trabalho proibido. Deve ser barrado imediatamente, ressalvados os ganhos. Trabalho noturno é vedado; trabalho insalubre ou perigoso também. Perigosas são ?. Insalubres são aquelas que expõe o trabalhador a riscos de saúde (químico etc). Decreto 6481 traz lista de locais perigosos ou insalubres. Locais em que é

proibido o trabalho de menores: art. 405. alguns locais podem ser autorizados por juiz da infância e juventude, como trabalho no circo (desde que tenha fim educativa; a peça não pode acarretar prejuízo a sua formação moral; o trabalho deve ser fundamental à família, que depende da remuneração). Venda de bebidas alcoólicas é absolutamente vedada. Carregar peso: mulher e menor não podem carregar peso excessivo. Art. 390, § único.

5. Trabalho artístico

doutrina majoritária entende que é possível, pela liberdade de expressão garantida na constituição, o trabalho artístico do menor. Requisito: autorização judicial (art. 149, ECA), não pode gerar prejuízos ao menor e desde que seja preponderantemente artístico e não tenha caráter de trabalho (requisitos doutrinários).

6. Afastamento do menor por autoridade competente

art. 407, CLT. Autoridade normalmente é o auditor do trabalho, mas pode ser alguém da vara da infância e juventude ou até o juiz do trabalho. Primeiramente, o menor deve ser mudado de função, não apenas retirado. Se não for realocado, haverá rescisão indireta (art. 483). o menor deve sair do local de trabalho no momento de descanso, para não ter contato com adultos apenas (art. 409)

7. Rescisão pleiteada por representante legal

a regra é a assistência, assinam os dois. Art. 408. Mas para rescisão nos casos de trabalho inadequado, o representante pode pleitear sozinho. Não cumpre aviso prévio.

8. Duração do trabalho-limite

a regra é improrrogabilidade. Art. 413. os incisos não coincidem com a legislação atual. Não é permitido banco de horas; em caso de força maior tem limite. Art. 414.

9. Admissão e desligamento

para ser emitida CTPS a menor deve haver autorização expressa dos pais, não precisaria de consentimento dos pais na hora da admissão ou desligamento, segundo doutrina (pois já houve consentimento tácito anterior). No desligamento é preciso da assinatura de ambos.

10. Prescrição

art. 440. não corre prescrição para menor de 18 anos, nem quinquenal nem bienal. Quando fizer os 18 anos, começa.

material de estudo:

CLT arts. 134, § 2º; 136, § 2º; 420 a 441.

Decreto n. 6481/08 (lista TIP)

ECA

OJ 26, SDC, TST

CRFB'88, art. 7º, XXXIII

Direito internacional do trabalho

1. introdução

não é ramo autônomo, faz parte do Direito internacional público, tratando da proteção do trabalhador.

2. OIT

generalidades: universalização e uniformização da justiça social, reduzindo as desigualdades legislativas.

Diplomas jurídico-trabalhistas: OIT criada em 1919, no Tratado de Versalhes → instrumento de efetivação da paz social, possível partir da implementação da justiça social formulação e aplicação das NIT); Constituição da OIT; Declaração da Filadélfia; Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Funcionamento: 185 países membros

Objetivos: melhorar possibilidade de obtenção de trabalho decente; extensão da proteção social eficaz; aplicação das NIT.

Normas internacionais do trabalho (NIT): convenções ratificadas ou não pelos países, se ratificadas passam a vincular dentro do ordenamento pátrio (12 meses para efetivá-la e ao completar 10 anos pode "rerratificar" ou denunciar, o que será o fim da aplicação). A vinculação não é absoluta (é o que diz a própria constituição da CLT), pois não suplanta norma interna mais benéfica, como as férias da CLT que são melhores do que na OIT. As recomendações são como sugestões, não precisam ser ratificadas pelos países-membros.

Redamação (organização de trabalhadores ou empregadores) e queixa (Estados-membros) de descumprimento pelos países que ratificaram as convenções. As convenções da OIT e o direito brasileiro: congresso nacional que aprova ou não a ratificação → compete ao governo federal formalizar a ratificação.

3. AFASTAMENTOS

1. Suspensão disciplinar

Não pode ser por prazo indeterminado.

2. Licença maternidade

É pago o salário na totalidade pela previdência. É devido até para adoção. O pai fica 7 dias sem trabalhar

Lei n. 11.770. programa empresa cidadã. Empresas que dão 60 dias a mais de licença maternidade em troca de benefícios fiscais. Adoção de criança menor de 1 ano → 120 dias de licença; de 1 a 4 → 60 dias; 4 e 8 anos → 30 dias.

3. Aposentadoria por invalidez

Não extingue o contrato, apenas o suspende, pelo tempo que for.

4. Primeiros 15 dias o contrato é interrompido, depois passa a ficar suspenso.

5. fas

desde que haja convenção ou acordo, o empregado pode aceitar ficar de 2 a 5 meses recebendo uma bolsa prevista na convenção ou pega pelo FAT, para capacitação. Serve para melhorar a

mão de obra e evitar a demissão, pois a empresa não paga nada ou quase nada. Se na volta do trabalhador ela o demite (até meses), ele paga uma indenização de 1 salário, ou o valor previsto na convenção.

4. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

antes do direito do trabalho, os contratos a prazo eram a melhores para os trabalhadores. Os contratos indeterminados não davam certeza nenhum. Entretanto, havia contratos por toda a vida, que vinculavam o trabalhador eternamente, o que for proibido pelo código napoleônico. Com o passar do tempo, a situação se inverteu: os contratos sem prazo são melhores.