

SUMÁRIO

1. FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. HERMENÊUTICA	2
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	6
3. RELAÇÃO DE EMPREGO	9
4. EMPREGADO	16
5. EMPREGADOR	26
6. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	29
7. NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER	36
8. TRABALHO DO ADOLESCENTE.....	39
9. DURAÇÃO DO TRABALHO	43
10. INTERMITÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	52
11. FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS	54
12. SALÁRIO E REMUNERAÇÃO.....	57
13. SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	69
14. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	79
15. ESTABILIDADE E GARANTIAS PROVISÓRIAS DE EMPREGO.....	94
16. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS	100
17. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO	103
18. SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO	108
19. NOÇÕES GERAIS DE DIREITO COLETIVO DO TRABALHO	123



FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. HERMENÊUTICA

1.1. FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E HIERARQUIA. CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES

O estudo das fontes de direito admite diversas classificações, conforme o critério de distinção utilizado. Mas, como é natural neste tipo de exercício científico, as diversas classificações consagradas apresentam controvérsias quanto ao enquadramento de algumas fontes jurídicas, pois os fenômenos estudados pela ciência (qualquer que seja a área do conhecimento) são muito mais complexos do que os métodos consagrados para os seus estudos. Isso, aliás, ajuda a explicar o porquê da existência de distintas classificações, bem como o fato de que nenhuma delas é imune a críticas.

Se o critério utilizado for a autonomia das partes para a sua estipulação, as fontes podem ser classificadas em *heterônomas* (Constituição, Lei etc.), ou seja, elaboradas por outros centros decisórios que não os sujeitos da relação jurídica, e *autônomas* (contrato individual de trabalho), ou seja, agrupando as normas estipuladas pelos próprios sujeitos da relação de emprego. Este critério pode trazer alguma controvérsia no que diz respeito à classificação das normas coletivas: se entendermos por “partes” apenas os sujeitos individuais, convenções e acordos coletivos poderiam ser classificados como heterônomos; se os sujeitos de direito coletivo forem considerados “partes” para fins da classificação, as normas coletivas poderiam ser classificadas como autônomas.

Já quanto ao seu reconhecimento vinculativo por parte do Estado, sendo este o critério mais tradicionalmente utilizado, as fontes podem ser classificadas em *formais e materiais*. As formais são “os modos de manifestação do direito mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico”; já fontes materiais seriam “não só os fatores sociais, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (...), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (...), mas também os valores de cada época (...), dos quais fluem as normas jurídico-positivas”¹. Enquanto as fontes materiais indicam o conteúdo da norma, as formais lhe modelam a forma². No entanto, parte significativa da doutrina de teoria geral de direito questiona esta divisão clássica, pela imprecisão de seus contornos, reportando-se, simplesmente, à ideia de *fontes de direito*³.

As fontes de direito do trabalho podem ser classificadas, segundo a sua origem em: fontes de produção estatal, de produção internacional, de produção profissional, de produção mista, de produção empresarial e de produção voluntária. Vejamos cada uma delas:

As **fontes de produção estatal** são a Constituição, a lei (*lato sensu*) e os atos normativos secundários (portarias, instruções normativas e decretos regulamentadores).

As **fontes de produção internacional**, do ponto de vista formal, se resumem aos tratados, em especial, às convenções da OIT ratificadas pelo país.

As **fontes de produção profissional** são basicamente os acordos e convenções coletivos de trabalho. Estas espécies de fontes se caracterizam pelo fato de sua elaboração ser impulsionada ou delineada pelos próprios atores laborais coletivos.

1 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 256/258.

2 MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria geral do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986, p. 215.

3 Assim, REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 139-141.

As **fontes de produção mista** são assim denominadas por terem seu impulso elaborativo pelos atores laborais, mas o procedimento de produção apenas se encerra, vinculativamente, com a participação de um terceiro. Enquadram-se aqui as *sentenças normativas* (pronunciadas pela Justiça do Trabalho em meio a um processo denominado dissídio coletivo, ajuizado de comum acordo entre os atores envolvidos no conflito coletivo) e *arbitrais* (elaborados em meio a um procedimento arbitral privado, também definido de comum acordo pelas partes).

As **fontes de produção empresarial** são os *regulamentos empresariais*, normas voltadas a disciplinar aspectos específicos da prestação de serviços, ou dela decorrentes, no contexto organizativo da empresa. Sua criação, regra geral, é unilateral, por intermédio da prerrogativa regulamentar que integra o poder patronal, caso em que os empregados *simplesmente aderem* ao seu conteúdo.

As **fontes de produção voluntária** são os *contratos individuais de trabalho*.

FONTES DE DIREITO DO TRABALHO	De produção estatal (Constituição, lei, outros atos normativos)
	De produção internacional (convenções internacionais do trabalho)
	De produção profissional (convenções e acordos coletivos)
	De produção mista (sentença normativa, laudos arbitrais)
	De produção empresarial (regulamentos de empresa)
	De produção voluntária (contratos individuais de trabalho)

Além destas, merecem referência, quando do estudo das fontes, *os princípios, a doutrina, a jurisprudência e os costumes*.

Já foi bem controvertida a classificação dos **princípios** como fonte de direito. O papel secundário que o positivismo jurídico tradicionalmente concedeu aos princípios, quando muito lhes atribuindo o papel subsidiário de supressão de lacunas (art. 8º, CLT), alimentava a discussão. No entanto, a literatura contemporânea vem inegavelmente atribuindo aos princípios um novo papel no ordenamento jurídico.

É controversa a inclusão da **doutrina** como fonte de direito do trabalho. Os posicionamentos doutrinários não são vinculativos aos operadores jurídicos, mas formam os conceitos e as premissas a serem utilizados pela comunidade jurídica por ocasião da aplicação do direito. Independente de como a classificamos, não se pode olvidar que a doutrina é um importantíssimo recurso auxiliar na construção e aplicação do direito, em especial, do direito do trabalho.

A **jurisprudência** igualmente apresenta-se como fonte de direito, embora não vincule os operadores jurídicos com a mesma intensidade das regras estatais (a exceção das súmulas vinculantes do STF).

Já o **costume**, igualmente arrolado pelo art. 8º da CLT, deve ser referido como importante fonte de direito do trabalho, especialmente em função da incidência do princípio da primazia da realidade. Para assumir o *status* de fonte de direito, o costume deve se consubstanciar em uma prática reiterada, de abrangência não individual (ou seja, pertinente a todo um grupo de trabalhadores), capaz de ser visualizada e reconhecida externamente a este grupo de pessoas⁴.

4 No que o costume se diferencia da mera prática habitual ("habitualidade"), que até pode, conforme as circunstâncias, repercutir em um contrato individual como uma cláusula tácita (observado, entre outros, o princípio da condição mais benéfica), mas não se revestir do caráter de fonte autônoma.

Ainda, um costume somente será reconhecido como fonte de direito do trabalho se for compatível com as demais fontes formais deste ramo especializado.

1.2. CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES. INTERAÇÃO ENTRE AS FONTES DE DIREITO DO TRABALHO

Algumas palavras, devem ser referidas sobre a interação das fontes de direito do trabalho e a sua aplicação, pois este ramo jurídico, como em qualquer área do direito, deve guardar unidade, coerência e completude em seu ordenamento⁵, sob pena de perda de legitimidade.

O principal critério consagrado pela Ciência Jurídica para manter a coerência de suas normas é o hierárquico: nem todas as fontes estão situadas em um mesmo patamar, e a norma hierarquicamente superior deve ser aplicada em detrimento da hierarquicamente inferior no caso de uma real incompatibilidade (antinomia). Assim, pode-se dizer que as normas de direito do trabalho guardam, em linhas gerais, a seguinte hierarquia: 1) Constituição e convenções e tratados internacionais versando sobre direitos fundamentais (aprovadas nos termos do art. 5º, §3º, CRFB); 2) Convenções e tratados internacionais versando sobre direitos fundamentais (não enquadrados no art. 5º, §3º, CRFB)⁶; 3) Leis e convenções ou tratados internacionais que não versem sobre direitos fundamentais; 4) Outros atos normativos regulamentadores (observados os limites de sua competência); 5) Fontes de produção profissional (acordos e convenções coletivos) e de produção mista; 6) Costume e 7) Contrato individual, regulamentos empresariais.

No entanto, devemos sempre lembrar que o direito do trabalho é amplamente informado pelo princípio da norma mais favorável, e em função disso em muitas situações a aplicação da norma a uma situação concreta pode não observar esta ordem hierárquica. Presumidamente, as normas juslaborais estipulam direitos básicos (mínimos) admitindo sua ampliação por outras espécies normativas, mesmo que hierarquicamente inferiores. Assim, por exemplo, uma lei, um acordo coletivo ou mesmo um contrato individual que estipulem direitos menos vantajosos ao trabalhador, quando em comparação com a Constituição, deverão ser afastados pelo critério hierárquico. No entanto, quando estas mesmas normas estabelecem condições mais vantajosas deverão ser aplicadas (pois o mínimo previsto na Constituição foi preservado e ampliado, no que a antinomia revela-se tão somente aparente).

Quando o conflito (antinomia real) se estabelecer entre normas situadas em um mesmo patamar hierárquico (entre duas leis ordinárias, por exemplo) os demais critérios consagrados pela ciência do direito, em regra, deverão ser aplicados: o da especialidade (norma especial afasta a incidência da norma geral) e o cronológico (norma posterior afasta norma anterior), nesta ordem. Excepcionalmente, o princípio da norma mais favorável afasta os critérios clássicos: é o caso da situação descrita no art. 620 da CLT⁷.

Por fim, a Lei nº 13.467, de 2017 estabeleceu expressamente que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

1.3. HERMENÊUTICA: INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO. MÉTODOS BÁSICOS DE EXEGESE

5 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: UnB, 1996, p. 37-160.

6 Conforme STF, Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo.

7 **Art. 620.** As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

Hermenêutica diz respeito à interpretação das normas, e no direito do trabalho, usa-se os métodos de interpretação tradicionais da Teoria Geral do Direito, que são os seguintes: gramatical ou literal, lógico, teleológico, histórico, sistemático.

Gramatical ou literal: é a interpretação que busca o sentido da norma através do seu próprio texto, através da análise lingüística.

Lógica: esta modalidade de interpretação procura avaliar qual a vontade da própria norma, o que a norma pretende.

Teleológica: analisa a norma através do escopo a que ela se destina, quais as finalidades que ela pretende alcançar.

Histórica: busca a análise dos fatos e do momento histórico em que a norma foi realizada.

Sistemática: visa a verificação da norma no contexto em que está inserida, visualiza o sistema como um todo.

A **interpretação**, quando analisada sob o prisma de quem efetua, desdobra-se em três modalidades: autêntica, jurisprudencial e doutrinária.

A **autêntica**, conforme indica a doutrina majoritária, é a interpretação realizada por aquele que produziu a norma.

A **jurisprudencial** é a interpretação realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes e tribunais.

A **interpretação doutrinária** é a desenvolvida pelos estudiosos do direito.

1.4. EFICÁCIA DAS NORMAS TRABALHISTAS NO TEMPO E NO ESPAÇO

As regras gerais sobre o tema estão presentes na Lei de Introdução ao Código Civil e são aplicáveis ao Direito do Trabalho.

A eficácia das leis no espaço estuda, em relação ao território no qual o labor está sendo prestado, qual o direito aplicável.

Como regra geral, o Brasil adotava o critério da territorialidade (*lex loci executionis*), presente no Código de Bustamante, o qual foi ratificado e promulgado pelo nosso país pelo Decreto 18.871/1929. O critério da territorialidade estava presente na jurisprudência sumulada do TST, em seu verbete 207, hoje cancelado.

Existiam situações especiais, como as regidas originalmente pela Lei 7.064/1982, que não aplicavam a *lex loci executionis*, determinando a aplicação da legislação brasileira quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria. A mencionada norma, conforme indicava seu primitivo art. 1º, regia a situação de trabalhadores contratados no Brasil, ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no exterior; e para estes trabalhadores não valia o critério da territorialidade, como determinava o art. 3º da mesma norma.

Todavia, o que representava uma exceção hoje é a regra, tendo em vista a alteração perpetrada pela Lei 11.962/2009, que modificou o art. 1º da Lei 7.064. Hoje a lei se aplica a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, com exceção dos empregados designados para prestarem serviços de natureza

transitória no exterior, por período não superior a 90 dias, desde que tenham ciência expressa dessa transitoriedade e recebam, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior.

Desta forma, o critério hoje aplicável é o presente no art. 3º da Lei 7.064/1982, que determina:

Art. 3º. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

1.5. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO MEDIANTE A REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467/17, que instituiu a Reforma Trabalhista, instituiu novas diretrizes para a interpretação das disposições atinentes à matéria. Nesse sentido, o art. 8º, § 2º da CLT determina que, ao revés do que vinha acontecendo na *praxe*, súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Houve também importante inovação relativa à interpretação de normas coletivas. No aspecto, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho deverá analisar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil (A validade do negócio jurídico requer: *(i)* agente capaz; *(ii)* objeto lícito, possível, determinado ou determinável; *(iii)* forma prescrita ou não defesa em lei), e balizará sua atuação pelo **princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva**.



PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1. PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

Princípios são normas jurídicas (não necessariamente positivadas) de caráter extremamente abstrato que traduzem os valores sociais fundamentais refletidos no ordenamento jurídico.

Costuma-se referir aos princípios, em homenagem às tradicionais lições de Plá Rodríguez⁸, uma **tríplice função**: informadora, integradora (ou normativa) e interpretativa.

Pela **função informadora**, temos que os princípios informam os legisladores por ocasião da produção legislativa. Afinal, os princípios são, em última análise, valores consagrados socialmente

⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 18.

e, portanto, deles o legislador não pode se afastar, sob pena de comprometer a legitimidade de suas decisões.

Pela **função integradora ou normativa**, conforme a teoria mais tradicional, condizente com as concepções positivistas mais clássicas, os princípios basicamente seriam capazes de determinar diretamente direitos e deveres obrigatórios apenas nos casos de omissão legal (supressão de lacunas)⁹.

Por fim se atribui aos princípios a **função interpretativa**, como um importante instrumento para que o juiz extraia da lei o sentido, então obscuro, mais adequado para a resolução do conflito. Aqui não se trata de aplicar o princípio no lugar da regra. Há uma regra que reconhecidamente é aplicável ao caso sob análise; no entanto, esta norma apresenta-se obscura, confusa ou mesmo inadequada e, para lhe extrair o sentido mais coerente com o ordenamento jurídico em vigor, o intérprete utiliza-se dos princípios.

2.2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO DO TRABALHO

Os princípios basilares ou fundamentais de direito do trabalho são os seguintes:

a) Princípio da proteção do trabalhador, *aquele em virtude do qual o direito do trabalho, reconhecendo a desigualdade existente de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação do conjunto de inferioridades que tornam o trabalhador vulnerável, sejam elas, conforme as circunstâncias, “econômica, hierárquica, intelectual”¹⁰, técnica social e negocial.*

b) Princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador, *aquele em virtude do qual o direito do trabalho, baseado em critérios de solidariedade e justiça social, busca o constante estímulo à ampliação dos contornos protetivos que lhe são característicos (art. 7º, caput, parte final, CRFB). Essa ampliação pode dar-se (b.1) pela gradativa inclusão de trabalhadores (não empregados típicos, mas igualmente vulneráveis) nos contornos protetivos próprios do direito laboral, ou ainda, (b.2) pela consagração da ideia de progressividade não regressa deste conjunto normativo protetivo. Os princípios da proteção e da promoção da melhoria da condição social do trabalhador são aspectos indissociáveis da lógica normativa juslaboral, ou seja, são “faces da mesma moeda”: a distinção entre ambos, portanto, é mais didática, para fins classificatórios, do que instrumental propriamente dita.*

Como princípios basilares do direito do trabalho, manifestam-se sob lógicas distintas, mas com o mesmo propósito de resguardo da dignidade do trabalhador – nos planos da relação individual, da relação coletiva e da hermenêutica juslaboral. Veremos, a seguir, dentro dos limites do nosso estudo, os planos individuais e hermenêuticos.

A.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO INDIVIDUAL

No plano individual, o princípio da proteção tem por pressuposto a hipossuficiência ou vulnerabilidade do trabalhador e, conseqüentemente, a garantia de direitos mínimos, nunca máximos. É como se o direito do trabalho operasse a partir da seguinte linguagem: o trabalhador é vulnerável e, portanto, demanda proteção. Mas bem, podemos perguntar, o que é proteção ao

9 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Os princípios do direito do trabalho constituem fonte do direito? In PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 24.

10 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 29.

trabalhador? A dificuldade em encontrar uma resposta clara a essa pergunta demonstra o alto grau de abstração do princípio da proteção. Daí o seu desdobramento em outros princípios, que dão os contornos à essência protetiva, sendo os mais consagrados os seguintes:

Princípio da irrenunciabilidade, segundo o qual as regras trabalhistas legais, em sua grande maioria, revestem-se do caráter de indisponibilidade, ou seja, são irrenunciáveis aos sujeitos da relação de emprego, embora possam ser afastadas por condições mais vantajosas ao empregado (art. 9º, CLT);

Princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual o direito do trabalho desenvolve mecanismos visando a máxima perpetuação possível da relação de emprego (art. 7º, I, CRFB), o que se revela, por exemplo, nas situações de estabilidade, nas indenizações aplicáveis às rupturas contratuais imotivadas e na própria restrição às hipóteses de contratação por prazo determinado;

Princípio da primazia da realidade, segundo o qual sempre que houver confronto entre aquilo que estiver documentado e a realidade fática da prestação de serviços, esta, se mais favorável ao trabalhador, deverá prevalecer;

Princípio da igualdade, segundo o qual, como regra, não são admitidos no direito do trabalho critérios subjetivos e estranhos à aptidão profissional e/ou funcional para estabelecer diferenciações entre os empregados em um determinado local de trabalho (art. 7º, XXX, CRFB); ainda, pelo princípio da igualdade, grupos desiguais de trabalhadores, mais suscetíveis a atos discriminatórios, ou dotados de maior grau de vulnerabilidade, demandam proteção ou regras especiais (“ações afirmativas”), tal como se apreende a partir da leitura do art. 7º, XX, da Constituição Federal;

Princípio da proteção ao salário, segundo o qual o direito do trabalho visa preservar a expectativa econômica e a fonte de subsistência dos empregados, o que se revela, por exemplo, nas regras da irredutibilidade (art. 7º, VI, CRFB), da intangibilidade (art. 462, CLT), entre outras.

B.1. O PRINCÍPIO DA PROMOÇÃO DA MELHORIA DA CONDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR NO DIREITO INDIVIDUAL

O princípio fundamental da promoção da melhoria da condição social do trabalhador, no direito individual, manifesta-se basicamente através do **princípio da condição mais benéfica**. Segundo este, em regra, o contrato de trabalho não admite alterações nas condições de trabalho que consagrem prejuízos ao trabalhador, o que se apreende, por exemplo, do art. 468 da CLT e da Súmula 51 do TST.

A.2. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO PLANO DA HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO

No que diz respeito à aplicação e interpretação do direito do trabalho, os princípios fundamentais se manifestam através dos seguintes princípios:

Princípio do *in dubio pro operario*, segundo o qual, sempre que uma norma aplicável a um fato concreto der margem a mais de uma interpretação, deve-se optar por aquela (interpretação) mais vantajosa ao trabalhador; ainda, decorre deste princípio a máxima *juslaboral* segundo a qual regras que eventualmente limitem direitos trabalhistas devem ser restritivamente interpretadas;

Princípio da norma mais favorável, segundo o qual sempre que duas normas forem aplicáveis a um mesmo fato concreto, deve-se optar por aquela norma que conduza à conclusão mais benéfica ao trabalhador.

Ainda, quanto a este último princípio, merecem referência as três técnicas consagradas pela literatura para a determinação da norma mais favorável:

1) conglobamento, segundo a qual, dentre as normas aplicáveis à situação concreta, deve-se avaliar aquela que, no geral, revelar-se mais benéfica ao trabalhador, aplicando-a integralmente, com a exclusão total da outra; trata-se da técnica majoritariamente aplicada;

2) conglobamento orgânico ou eclético, segundo a qual a verificação das regras mais benéficas deve ser feita por institutos ou matérias (remuneração, jornada de trabalho, férias etc.), aplicando-se ao caso concreto, em sua integralidade, aqueles que se revelarem mais benéficos ao trabalhador em sua generalidade, independente da norma originária (podendo ser parcialmente aplicada uma ou outra norma, conforme os respectivos institutos ou matérias revelem-se mais vantajosos);

3) acumulação (também denominada de cúmulo ou soma), segundo a qual, para a solução da situação concreta, aplicam-se, item por item, cláusula por cláusula, artigo por artigo, os dispositivos mais benéficos ao trabalhador; desta forma, aproveita-se de cada norma aquilo que cada uma consagra de mais vantajoso ao empregado.

3

RELAÇÃO DE EMPREGO

3.1. RELAÇÕES DE TRABALHO

O direito do trabalho não regula todas as relações de trabalho, mas uma de suas espécies, qual seja, a *relação de emprego*. Esta tem seu traço de distinção fundamental determinado por certas especificidades de seus sujeitos (empregado e empregador), atribuindo-lhe características próprias. Para que seja caracterizada a relação de emprego, esta peculiar situação jurídica sobre a qual incide toda a gama de proteção do direito do trabalho, é necessária a presença concomitante de certos elementos. Para se distinguir entre as diversas relações de trabalho, a relação de emprego deverá apresentar as seguintes características: *pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação*. Reiteramos que esta distinção deve ser fática e não necessariamente formal.

3.1.1. PESSOALIDADE

No contexto da pessoalidade, a prestação do trabalho, com relação ao empregado, é sempre efetuada pela sua pessoa diretamente contratada. É, portanto, uma obrigação infungível,

personalíssima e intransferível, *intuitu personae*. Por outro lado, a contrapartida não é verdadeira: se um empregador é substituído por outro (sucessão empresarial, por exemplo), os contratos individuais de trabalho anteriores não sofrem, apenas por esse motivo, qualquer alteração ou solução de continuidade (arts. 10 e 448, CLT). Isso porque, *em relação ao empregador, a personalidade não é elemento chave*.

3.1.2. ONEROSIDADE

Como segunda característica da relação de emprego, tem-se a onerosidade, pois ambas as partes constituem, presumidamente, a relação com intuito patrimonial (mesmo que não exclusivamente, mas preponderantemente): o empregador ao se beneficiar de trabalho produtivo e o empregado ao ter a expectativa de recebimento de salários.

3.1.3. NÃO EVENTUALIDADE

Como terceiro elemento essencial da relação de emprego, tem-se a não eventualidade. Embora tenhamos um impulso natural em identificar a não eventualidade com a continuidade, relacionando-a exclusivamente ao fator temporal, na verdade, o seu significado é um pouco mais abrangente. A prestação ininterrupta de serviços pode indicar a não eventualidade, mas há serviços intermitentes não eventuais, como, por exemplo, o bilheteiro no estádio de futebol que apenas trabalha nos dias em que há jogos. A não eventualidade manifesta-se pela *interrelação do serviço prestado pelo trabalhador e a atividade empreendida pelo tomador dos serviços*. Se o serviço prestado for de tal maneira relacionado à atividade empresarial de forma que esta não poderia se desenvolver sem aquele, identificamos a não eventualidade. No entanto, a não eventualidade do serviço não diz respeito apenas a sua essencialidade no contexto da atividade produtiva (as chamadas atividades-fim da empresa). Há serviços prestados que não são necessariamente essenciais, mas são realizados por empregados (ou seja, no contexto de uma relação de emprego). É o caso, por exemplo, da faxina nas escolas: a escola não precisa de uma faxineira para desenvolver sua atividade-fim – o ensino; mas, embora a faxina não seja essencial, é, pelo menos, permanentemente necessária à escola. É, portanto, também um trabalho não eventual.

3.1.4. SUBORDINAÇÃO

Por último, tem-se o elemento subordinação, que se consubstancia, conforme a doutrina predominante, no elemento principal de caracterização da relação empregatícia. Pelo elemento subordinação, tem-se que o empregador possui o poder de determinar o que, como, quando e onde produzir, restando ao trabalhador, apenas, acatar suas ordens, salvo se manifestamente abusivas ou ilícitas.

3.2. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Há várias posições teóricas a respeito da natureza jurídica da relação de emprego, que podem ser resumidas nas teorias civilistas, anti-contratualistas, acontratualistas, contratualistas e do contrato-realidade¹¹.

11 Ressalte-se que esta classificação não é pacífica. Catharino, por exemplo, apresenta a seguinte classificação: teorias anticontratualista (que se subdivide em factual, pessoalista antipatrimonial e institucional pura ou imoderada), acontratualista ou paracontratualista, contratualista, eclética ou sincrética (que se subdivide em institucional impura ou moderada e contratual realista). Vide CATHARINO, J. M. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. V. 1, p.181-192. Optou-se por uma classificação mais geral por não ser o objetivo deste trabalho uma abordagem exaustiva do assunto.

Pelas **teorias civilistas**, tem-se a tentativa de enquadrar a relação de emprego em outras relações tradicionais de direito civil, tais como a locação de serviços, a compra e venda, ou ainda, a constituição de uma sociedade. No entanto, essas teorias foram duramente criticadas por não levarem em conta as especificidades de uma relação de emprego. Nesta, há uma prestação de energia (força de trabalho) inseparável da figura do trabalhador (pessoalidade), daí a impossibilidade de comparação com a locação (que pressupõe a restituição da coisa em sua forma e substância ao término do contrato, fato impossível quando o objeto da relação jurídica é a energia do trabalhador), ou com a compra e venda (que pressupõe a transferência do direito de propriedade de uma coisa, o que não ocorre em uma relação de trabalho em que a pessoa do trabalhador é inseparável de sua força de trabalho).

Tentou-se igualmente, ainda na concepção civilista, explicar a relação de emprego a partir de um contrato de constituição de sociedade, partindo-se do pressuposto de que uma empresa consistia em uma unidade de empreendimento no qual convergem várias forças, inclusive capital e trabalho. A primeira grande crítica feita a essa construção reside em sua negativa aos conflitos de classe, pois uma sociedade funda-se na chamada *affectio societatis* – em que há a comunhão de ganhos e perdas. No plano estritamente jurídico, as críticas a essa teoria residiram no fato de que um contrato de sociedade cria uma nova pessoa jurídica, o que não ocorre em uma relação de trabalho.

Pelas **teorias anticontratuálistas**, de cunho publicista, tem-se que a vontade das partes pouco importa para que uma relação de emprego surta efeitos jurídicos, negando a sua natureza contratual. Esta teoria toma como ideia central que “(...) há um princípio de participação do trabalhador em uma comunidade organizada hierarquicamente”, esta sim, geradora de efeitos jurídicos, “negando-se a noção de contrato”¹². Essa teoria é criticada por negar os conflitos de classe ao conferir à categoria trabalhador a condição de *status* social estratificado em função de uma suposta vontade da coletividade traduzida pelo Estado.

Pelas **teorias acontratuálistas**, também denominadas **para-contratuálistas**, tem-se que a voluntariedade ou a subjetividade da relação de emprego é um elemento importante para a irradiação de efeitos jurídicos – uma vez que oriunda de um ato jurídico bilateral – mas não o elemento principal. No paracontratuálistismo, a relação de emprego advém da simples consciência de integrar-se na empresa, independentemente do contrato de trabalho. Uma vez manifestada a vontade de se constituir uma relação de emprego, não há espaço para a negociação das condições de trabalho, pois toda a regulamentação da relação de emprego já estaria predeterminada pela lei ou pelo estatuto interno da empresa, descon-siderando, a partir de então, a autonomia de vontade das partes. Nesse tópico reside uma das grandes críticas destinadas a esta teoria, uma vez que o direito do trabalho apenas garante direitos mínimos que podem perfeitamente, no plano do direito individual do trabalho, ser ampliados pela negociação das partes.

Pelas **teorias contratuálistas**, tem-se que o elemento vontade das partes é essencial para que a relação de emprego produza efeitos jurídicos, bem como para que possa ser tutelada pelo direito do trabalho¹³. Uma vez manifestada essa vontade, seja tácita ou expressamente, a relação de emprego torna-se jurídica, ou seja, absorve o conteúdo normativo-jurídico do direito do trabalho.

12 ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 120-121.

13 Daí a importância dos elementos essenciais para a constituição do contrato válido e para o reconhecimento de uma relação de emprego juridicamente plena, uma vez que tais elementos buscam justamente preservar a vontade das partes, seja quanto a sua consciência (elemento capacidade das partes), seja quanto a sua manifestação (elemento forma prescrita ou não vedada por lei), seja quanto o seu objeto (elemento objeto lícito).

Na teoria contratualista, toma importância a autonomia da vontade das partes, para que as mesmas possam, mesmo que apenas tacitamente, manifestar intenção para estabelecer uma relação. A formulação tradicional da autonomia de vontade consiste em um conjunto de premissas segundo as quais (1) todo sujeito de direito deve ser simultaneamente um sujeito de vontade; (2) todo ato de vontade de um sujeito de direito é socialmente protegido; (3) para que haja esta proteção, deve ser lícito o ato de vontade; (4) toda situação jurídica é uma relação entre dois sujeitos de direito (e conseqüentemente de vontade), dos quais um é o sujeito ativo e outro é o sujeito passivo. A partir destas premissas, uma vez havendo sujeitos com vontades validamente reconhecidas pelo direito, as suas declarações expressas obrigam-nos e, a partir daí, o ordenamento jurídico opera a regulamentação do ato naquilo que (1) não for expressamente declarado pelo sujeito, (2) for objeto de dúvida por parte do intérprete, ou ainda, (3) for considerado socialmente relevante e, portanto, além da esfera de autonomia do sujeito individual¹⁴.

Por fim, visualiza-se a **teoria do contrato-realidade** sustentada por Mario de La Cueva. Segundo esta teoria, a relação de emprego teria uma natureza contratual, mas de um contrato-realidade, “pois existe (...) não um acordo abstrato de vontades, mas a realidade da prestação de serviços, porque é o próprio trabalho e não o acordo de vontades que determina a existência do pacto”¹⁵. Segundo La Cueva, “(...) os efeitos fundamentais do direito do trabalho produzem-se, não pelo simples acordo de vontades entre o trabalhador e o empregador, mas sim quando o obreiro cumpre, efetivamente, sua obrigação de prestar um serviço. Expressado em outros termos: o direito do trabalho, que é um direito protetor da vida, da saúde e da condição econômica do trabalhador, parte do pressuposto fundamental da prestação de serviço, e é por causa desta que impõe ao patrono cargas e obrigações”¹⁶.

Segundo esta teoria, portanto, o elemento prestação real do serviço predomina sobre o elemento vontade das partes. “A essência do contrato, não é o consenso da juridicidade da relação, não é o acordo de vontades, não é a vontade e integração, não é o simples desejo de que a empresa seja uma organização comunitária, a essência do contrato é o próprio trabalho, ou melhor, é a própria venda da força de trabalho subordinada”¹⁷. A CLT, originariamente, adotou um posicionamento híbrido, com traços da teoria contratualista, “embora com fortes concessões à doutrina institucionalista que ainda se fazia sentir à época”¹⁸. Em que pese isso, o entendimento majoritário atual é pela concepção contratual, tido pela maioria como o mais compatível com o atual estágio de compreensão de direitos fundamentais (liberdade) e com a tendência moderna do direito do trabalho de redução de intervenção estatal e fortalecimento da autonomia privada.

3.3. TRABALHADOR AVULSO

Diz-se trabalhador avulso aquele que, apesar de presentes os demais elementos essenciais da relação de emprego, presta serviços sem a característica da pessoalidade. O avulso não é empregado e, portanto, não possui vínculo empregatício com o tomador dos serviços. No entanto, por força do art. 7º, inciso XXXIV da CRFB, o trabalhador avulso tem igualdade de direitos com o empregado, no que se lhe aplica, no que couber, a CLT e a legislação trabalhista complementar,

14 Vide ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 129.

15 GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho** – uma abordagem crítica. São Paulo: LTr, 1985, p. 74.

16 LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. 4. ed. México: Porrúa, 1954, p. 455.

17 GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho** – uma abordagem crítica. São Paulo: LTr, 1985, p. 74-75.

18 CAMINO, Carmen. Relação de emprego e seus efeitos: a delicada questão da eficácia do contrato de trabalho frente às nulidades. In OLIVEIRA, Cínthia M. de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, v. I, p. 80-81.

bem como outras disposições estabelecidas por negociação coletiva. Exemplos típicos de trabalhadores avulsos são o portuário (Lei nº 12.815/2013) e o “chapa” (este último, controvertido quanto a sua caracterização como avulso).

3.4. TRABALHADOR AUTÔNOMO

É trabalhador autônomo aquele que presta seus serviços sem subordinação, de forma autodeterminada. O trabalhador autônomo, como regra geral (embora possa haver exceções), dispõe de seus próprios instrumentos de trabalho, escolhe seus horários, assume os riscos de seu negócio e tem liberdade para decidir se irá ou não realizar seus serviços, desempenhando-os sem fiscalização direta e com autonomia técnica.

A Medida Provisória nº 808/2017, cuja vigência se encerrou em abril de 2018, havia proibido a cláusula de exclusividade em um contrato de autônomo. Assim, em tese, não haveria óbices à contratação de autônomo com exclusividade contratual.

3.4.1. TRABALHADOR COOPERADO

O cooperado é o trabalhador inserido em uma cooperativa. A Constituição Federal, no seu art. 174, § 2º, estimula o cooperativismo, a Lei nº 5.764/1971 define a Política Nacional de Cooperativismo e a Lei nº 12.690/2012 dispõe sobre a organização e funcionamento das cooperativas.

O termo “cooperativa” transmite a ideia de esforço comum (do latim *cum* e *operari*, ou seja, agir simultaneamente ou coletivamente para um mesmo fim). A sociedade cooperativa caracteriza-se pela reunião de trabalhadores com vistas à prestação de serviços em um determinado ramo de atividade. Nela, está presente a *affectio societatis*, ou seja, todos os sócios auferem tanto os ganhos quanto os prejuízos advindos.

Nos termos da Lei nº 12.690/2012, cooperativa de trabalho é a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

A autonomia deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei. Já autogestão é o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei (art. 2º).

Frise-se, portanto, que a prestação de serviços por um membro de uma sociedade cooperativa dá-se no contexto da autonomia. O trabalhador cooperado, perante a cooperativa, é sócio e, perante o tomador de serviços, é um prestador não subordinado. O art. 5º da Lei nº 12.690/2012, inclusive, estabelece que as cooperativas não podem ser utilizadas para intermediação de mão de obra subordinada. Por isso, determina o art. 442, parágrafo único da CLT, que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

No entanto, no caso de haver exercício de poder de comando por parte do tomador dos serviços, ou por um dos membros da sociedade cooperativa, presume-se a fraude, e o vínculo empregatício, quando presentes os demais elementos (pessoalidade, onerosidade e não

eventualidade), se impõe. O parágrafo único do art. 442 da CLT deve ser interpretado sistematicamente com a legislação trabalhista, especialmente os artigos 2º, 3º e 9º da CLT.

Presente a subordinação na prestação de serviços, ou descaracterizada a *affectio societatis*, o princípio da primazia da realidade se impõe, e o vínculo empregatício há de ser reconhecido. As cooperativas devem ser constituídas a partir de um número mínimo de 7 sócios (art. 6º, Lei nº 12.690/2012) e podem ser (a) *de produção*, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção, ou ainda, (b) *de serviço*, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego (art. 4º, Lei nº 12.690/2012).

Apesar da inexistência de vínculo empregatício, aos trabalhadores cooperados são assegurados os seguintes direitos, além de outros eventualmente estabelecidos em assembleia (art. 7º, Lei nº 12.690/2012):

- a) retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;
- b) duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;
- c) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- d) repouso anual remunerado;
- e) retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;
- f) adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;
- g) seguro de acidente de trabalho;
- h) observância das normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes, neste caso, com responsabilidade solidária do tomador ou contratante (art. 8º e 9º, Lei 12.690/2012).

3.5. TRABALHO ECONOMICAMENTE DESINTERESSADO. TRABALHO VOLUNTÁRIO

A prestação de serviços caracterizada pela ausência de onerosidade pode ser chamada de economicamente desinteressada. É o caso do **trabalho voluntário**, em que a motivação do trabalhador não é patrimonial, mas altruística, cívica ou qualquer outra de foro íntimo e conteúdo não econômico. Importa destacar que nos serviços economicamente desinteressados pode haver algum tipo de contraprestação econômica (bolsa, auxílios etc.), desde que esta não caracterize o intuito principal do contrato.

VOLUNTÁRIO (Lei 9.608/98; Lei 10.029/00)

- Prestado à entidade pública ou privada sem fins lucrativos e com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.

- Termo de adesão por escrito.
- Possibilidade de pagamento de auxílio financeiro (ajuda de custo).
- A Lei 10.029/2000 autoriza a contratação de voluntários nos serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares. Terá duração de um ano, prorrogável por, no máximo, igual período. Poderão ser contratados homens e mulheres, maiores de 18 e menores de 23 anos, que excederem às necessidades de incorporação das Forças Armadas. O auxílio mensal não poderá exceder dois salários mínimos. A lei, no entanto, é tida por alguns como inconstitucional.

3.6. TRABALHADOR EVENTUAL

O trabalhador eventual, como sua própria denominação indica, tem a sua principal característica na eventualidade em que presta seu labor, que deve ser compreendida como a falta de essencialidade ou necessidade permanente que o serviço prestado possui em relação à estrutura empresarial.

Importante mencionar que o trabalhador eventual, quando presta o seu labor, pode fazê-lo de forma subordinada (e muitas vezes assim o faz), pessoal e onerosa. A diferença em relação ao empregado é a eventualidade de seu labor, em contraponto à não eventualidade dos trabalhadores com vínculo empregatício. Muitas vezes, na prática, o trabalho eventual e o trabalho autônomo se confundem, como no caso de um prestador de serviços contratado por uma empresa para realizar um pequeno serviço na rede elétrica.

PRINCIPAIS ELEMENTOS DIFERENCIADORES	
Trabalhador Avulso X Empregado	<p>Pessoalidade</p> <p>A pessoalidade inexistente no trabalho avulso, enquanto o empregado sempre realiza labor com pessoalidade.</p>
Trabalhador Autônomo X Empregado	<p>Subordinação</p> <p>O autônomo trabalha sem subordinação, enquanto o empregado sempre realiza labor com subordinação.</p>
Trabalhador Eventual X Empregado	<p>Não eventualidade</p> <p>O empregado presta labor sem eventualidade, enquanto o trabalhador eventual, como sua própria denominação indica, trabalha de forma eventual.</p>
Trabalhador Cooperado X Empregado	<p>Affectio societatis</p> <p>Na relação de emprego, não há obrigação de distribuição de lucros ao obreiro e o empregador arca com os riscos do negócio.</p>

3.7. TRABALHADOR INTERMITENTE

A Lei nº 13.467/17, que instituiu a chamada “Reforma Trabalhista” trouxe, ainda, a figura do trabalhador intermitente. De acordo com o art. 443, § 3º, considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, **com subordinação, não é contínua**,