

**RENATO SARAIVA
RAFAEL TONASSI
ARYANNA LINHARES**

DIREITO E PROCESSO DO
TRABALHO

TEORIA



1ª e 2ª FASES

20^a revista
atualizada
edição

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO – INTRODUÇÃO

1.1 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

A expressão “fontes do direito”, no sentido mais amplo, genérico, significa o manancial, o início ou o princípio de onde surge o direito.

Portanto, fonte seria a expressão utilizada para designar a origem das normas jurídicas.

1.1.1 Classificação

A) Fontes materiais – No âmbito laboral, representam o momento pré-jurídico, a pressão exercida pelos operários em face do Estado Capitalista em busca de melhores e novas condições de trabalho, como, por exemplo, a greve exercida pelos trabalhadores em busca de novas e melhores condições de trabalho.

B) Fontes formais – Representam o momento eminentemente jurídico, com a regra já plenamente materializada e exteriorizada. É a norma já construída.

Por sua vez, as fontes formais se dividem em:

- **Fontes Formais Heterônomas** – cuja formação é materializada por um agente externo, um terceiro, em geral o Estado, sem a participação imediata dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas.

São fontes formais heterônomas: a CLT, a CF/1988, a lei complementar e a lei ordinária, a medida provisória, o decreto, a sentença normativa, a sentença arbitral e de acordo com o art. 927 do CPC, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Impende destacar que os Tratados e Convenções Internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio como lei infraconstitucional, sendo considerada a partir de sua ratificação como fonte formal heterônoma.

- **Fontes Formais Autônomas** – cuja formação caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários das regras produzidas, sem a interferência do agente externo, do terceiro.

São fontes formais autônomas a Convenção Coletiva de Trabalho, o Acordo Coletivo de trabalho e o costume (art. 8º, CLT).

Quanto ao regulamento empresarial, embora o tema seja polêmico, as bancas de concursos têm considerado o regulamento empresarial como fonte formal autônoma do direito.

Importante destacar, que de acordo com a nova redação do art. 8º § 2º da CLT, as 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.

1.1.2 Hierarquia entre as fontes justralhistas

Em relação à hierarquia das fontes no direito comum, no vértice da pirâmide temos a Constituição, a partir da qual, em grau decrescente, as demais fontes vão se escalonando, obedecendo à seguinte ordem:

- a) Constituição;
- b) emendas à Constituição;
- c) lei complementar e ordinária;
- d) decretos;
- e) sentenças normativas e sentenças arbitrais em dissídios coletivos;
- f) convenção coletiva;
- g) acordos coletivos;
- h) costumes.

Não obstante, no âmbito do direito do trabalho, o critério informador da pirâmide hierárquica é distinto do rígido e inflexível adotado no Direito Comum.

A pirâmide normativa trabalhista é estabelecida de modo flexível e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma jurídica mais favorável ao trabalhador, salvo no caso em que o negociado sobrepõe o legislado e que acordo coletivo prevalece sobre a convenção coletiva, arts. 611-A e 620 da CLT.

1.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Podemos destacar os seguintes princípios do Direito do Trabalho:

1.2.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção, sem dúvida o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, consiste em conferir ao polo mais fraco da relação laboral,

o empregado, uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente.

O princípio protetivo desmembra-se em outros três, a saber:

• **Princípio do *in dubio pro operario*** – induz o intérprete, ao analisar um preceito que disponha regra trabalhista, a optar, dentre duas ou mais interpretações possíveis, pela mais favorável ao empregado.

Cumpra ressaltar que, no campo probatório, não se aplica o princípio do *in dubio pro operario*, pois o direito processual (arts. 818, CLT e 373, CPC) impõe ao autor a prova do fato constitutivo do direito e ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito.

• **Princípio da utilização da norma mais favorável** – aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala hierárquica, mitigado pelo fato que, de acordo com o art. 611-A da CLT, o negociado sobrepõe o legislado e que como prevê o art. 620 do mesmo diploma legal, acordo coletivo prevalece sobre a convenção coletiva.

Nesse diapasão, sendo as condições estabelecidas em um novo regulamento de empresa mais vantajosas que as dispostas no regulamento antigo, surgem para o aplicador do Direito duas teorias que objetivam solucionar a celeuma: a teoria do conglobamento e a teoria da acumulação.

Pela teoria do *conglobamento*, que prevaleceu em nossa doutrina, aplicar-se-ia o instrumento jurídico que, no conjunto de normas, fosse mais favorável ao obreiro, sem fracionar os institutos jurídicos.

Já a *Teoria da Acumulação* prevê a aplicação dos dois instrumentos jurídicos (Convenção Coletiva e Acordo Coletivo), extraindo-se de cada norma as cláusulas mais favoráveis ao trabalhador, aplicando-as, isoladamente, aos contratos de trabalho.

Parte da doutrina elenca uma terceira teoria intermediária, chamada de *Teoria do Conglobamento Mitigado*, defendendo que a norma mais favorável deve ser buscada mediante a comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério da especialização.

A Lei 7.064/1982, que dispôs sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, acolheu a Teoria do Conglobamento Mitigado, ao mencionar no art. 3.º, II, que:

“Art. 3.º (...)

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 em relação a cada matéria”.

• **Princípio da aplicação da condição mais benéfica** – determina que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho do obreiro ou mesmo as constantes no regulamento da empresa prevalecerão, independentemente da edição de norma superveniente dispondo sobre a mesma matéria, estabelecendo nível protetivo menor.

A nova regra jurídica criada somente produzirá efeitos para os novos contratos de trabalho a serem firmados.

1.2.2 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

O princípio da irrenunciabilidade de direitos, também chamado de princípio da indisponibilidade de direitos ou princípio da inderrogabilidade, foi consagrado pelo art. 9.º da CLT, ao mencionar que:

“Art. 9.º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Tal princípio torna os direitos dos trabalhadores irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis, conferindo importante mecanismo de proteção ao obreiro em face da pressão exercida pelo empregador, o qual, muitas vezes, utilizando-se de mecanismos de coação, induz, obriga o trabalhador a dispor contra a vontade de direitos conquistados a suor e trabalho.

Exceção a esta regra é o aviso-prévio, que pode ser renunciado desde que o empregado tenha comprovadamente obtido um novo emprego.

O tratamento diferenciado em questão se faz necessário, pois, caso contrário, o aviso-prévio que tem o escopo de proteger o empregado acabaria lhe prejudicando, na hipótese de um empregado que, no curso do aviso-prévio cumprido, consegue um novo emprego para início imediato.

Nesse caso, se não fosse possível sua dispensa, o empregado deveria pedir demissão do antigo emprego ou perder a nova oportunidade.

Para que não haja prejuízo, deve ele renunciar ao cumprimento do término do aviso-prévio, rescindir o contrato naquele momento e receber os dias trabalhados até aquela data e suas verbas rescisórias.

Este entendimento já se encontra pacificado pelo E. Tribunal Superior do Trabalho por meio da edição da Súmula 276 desse órgão.

“SÚMULA 276, TST. O direito ao aviso-prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exige o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”.

É importante destacar que a renúncia acima citada só será possível quando o aviso-prévio for concedido pelo empregador, tendo o empregado que cumprir o aviso ou indenizá-lo quando pedir demissão.

1.2.3 Princípio da continuidade da relação de emprego

A regra presumida é que os contratos sejam pactuados por prazo indeterminado, passando o obreiro a integrar a estrutura da empresa de forma permanente, somente por exceção admitindo-se o contrato por prazo determinado ou a termo.

Diante disso, não pode o empregador, dentro de sua mera liberalidade, realizar contratações por prazo determinado, sob pena de tal predeterminação de prazo não possuir validade jurídica.

Ainda sob esta ótica, tendo em vista a presunção de que todo contrato de trabalho é por prazo indeterminado, havendo a ruptura do pacto laboral, será ônus do empregador a prova do despedimento, como prevê a Súmula 212 do TST.

“SÚMULA 212, TST. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

1.2.4 Princípio da primazia da realidade

Estabelece o princípio da primazia da realidade que a verdade real prevalecerá sobre a verdade formal, predominando, portanto, a realidade sobre a forma.

Esse princípio é muito aplicado no âmbito laboral, principalmente para impedir procedimentos fraudatórios praticados pelo empregador no sentido de tentar mascarar o vínculo de emprego existente ou mesmo conferir direitos menores dos que os realmente devidos.

Tal aplicação pode ser facilmente visualizada por meio da inteligência da Súmula 338, III, do TST, que presume como inidôneo o controle de frequência conhecido como britânico por não refletir a verdade dos fatos, já que não é crível que todos os empregados da empresa entrem invariavelmente no mesmo minuto e saiam no mesmo minuto todos os dias.

“SÚMULA 338, TST. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2.º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”.

1.2.5 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

Tem origem no direito civil, especificamente na cláusula *pacta sunt servanda*, segundo a qual os contratos devem ser cumpridos.

O art. 468 da CLT somente permite a alteração das cláusulas e condições fixadas no contrato do trabalho em caso de mútuo consentimento (concordância do empregado) e desde que não cause, direta ou indiretamente, prejuízo ao mesmo, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A alteração proibida nas relações de emprego é a prejudicial, lesiva aos interesses do empregado, visto que as modificações que venham a trazer maiores benefícios ao empregado serão sempre válidas e estimuladas.

1.2.6 Princípio da intangibilidade salarial

O salário tem caráter alimentar, visando prover os alimentos do trabalhador e de sua família.

O princípio da intangibilidade salarial inspirou a criação de diversos dispositivos normativos objetivando defender, especificamente, o salário do obreiro em face:

- a) das condutas abusivas do próprio empregador, por meio de regras jurídicas que previnam a retenção, atraso, sonegação ou descontos indevidos de salário (exemplos: arts. 459, 462, 463, 464 e 465, todos da CLT);
- b) dos credores do empregado, estipulando, por exemplo, o art. 833, IV, do CPC, a impenhorabilidade dos salários;
- c) dos credores do empregador, estabelecendo o art. 83, inc. I, da Lei 11.101/2005 em caso de falência da empresa a preferência dos créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor;

Derivado do princípio da intangibilidade salarial, surge o **princípio da irredutibilidade salarial**, descrito na Constituição Federal de 1988, no art. 7.º, VI, determinando, como regra, a impossibilidade de redução de salários.

No entanto, a própria Carta Maior acabou por flexibilizar o princípio da irredutibilidade salarial, pois possibilitou, por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a redução temporária de salários, passando o princípio da irredutibilidade salarial a ser relativo e não mais absoluto.

Não obstante, frise-se que a regra geral continua sendo a da irredutibilidade salarial, somente sendo permitida, por exceção, a redução temporária de salários mediante a assinatura de acordo ou convenção coletiva de trabalho, não podendo haver redução salarial por imposição unilateral do empregador, ou mesmo mediante acordo individual escrito entre empregado e empregador.

1.3 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO – DIFERENCIAÇÃO

Relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação.

Podemos afirmar que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é uma espécie.

Em outras palavras, podemos afirmar que toda relação de emprego corresponde a uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho corresponde a uma relação de emprego.

Após a modificação do art. 114 da CF/1988 imposta pela EC 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para processar e julgar qualquer demanda envolvendo relação de trabalho onde o prestador de serviços seja a pessoa física ou natural. Logo, além das demandas oriundas da relação de emprego, passou a Justiça Laboral a ter competência para dirimir conflitos envolvendo trabalho autônomo, eventual, estágio, voluntário etc.

Diversas são as formas de estabelecimento de relação de trabalho, cumprindo destacar as espécies a seguir:

1.3.1 Relação de trabalho autônomo

Nesta espécie de relação de trabalho não existe dependência ou subordinação jurídica entre o prestador de serviços e o respectivo tomador, como dispõe o art. 442-B da CLT.

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou

não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

No trabalho autônomo, o prestador de serviços desenvolve o serviço ou obra contratada a uma ou mais pessoas, de forma autônoma, com profissionalidade e habitualidade, atuando por conta e risco próprio, assumindo o risco da atividade desenvolvida.

1.3.2 Relação de trabalho avulso

É a relação de trabalho que possui duas espécies: a do trabalhador avulso portuário e a do trabalhador avulso em atividades de movimentação de mercadorias em geral, disciplinada pela Lei 12.815/2013.

A relação de trabalho avulso exercido em porto possui três atores sociais envolvidos: o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), o operador portuário (representante do armador no porto) e o trabalhador portuário avulso (estivadores, conferentes, vigias portuários, arrumadores, trabalhadores de bloco etc.).

Nessa relação não existe vínculo permanente entre o trabalhador portuário avulso e o tomador de serviço, mas apenas uma relação de trabalho autônoma na qual o OGMO atua na escalação dos avulsos devidamente registrados e treinados na carga e descarga dos navios que chegam aos portos nacionais e que são representados pelos operadores portuários credenciados.

O trabalhador avulso, embora mantenha uma relação de trabalho no porto organizado, não mantém vínculo de emprego com o OGMO ou mesmo com o armador ou o operador portuário. Não obstante, o art. 7.º, XXXIV, da CF/1988 assegurou igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, e os arts. 643, § 3.º, e 652, V, ambos da CLT, fixaram a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o OGMO.

A segunda espécie de relação de trabalho avulso se caracteriza nas atividades de movimentação de mercadorias em geral, desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme regulamentação dada pela Lei 12.023/2009, a qual sugerimos a leitura integral. É muito importante salientar que essa nova lei não se aplica aos avulsos portuários.

1.3.3 Relação de trabalho eventual

Trabalho eventual é aquele realizado em caráter esporádico, temporário, de curta duração, em regra, não relacionado com a atividade fim da empresa.

O trabalhador eventual não exerce o seu labor permanentemente, mas em caráter eventual, fazendo “bico”, atuando hoje como pintor, amanhã como ajudante de pedreiro, depois como eletricitista, enfim, não exerce a atividade com habitualidade e profissionalidade, mas apenas esporadicamente.

1.3.4 Relação de trabalho institucional

É a relação de trabalho de natureza estatutária existente entre servidores públicos e as pessoas jurídicas de direito público interno.

Os servidores estatutários não mantêm vínculo de emprego com a administração pública, e sim vínculo institucional, estatutário.

1.3.5 Relação de trabalho – Estágio

Em relação ao estágio, a Lei 11.788/2008, que revogou a Lei 6.494/1977, passou a estabelecer as seguintes regras:

- Estágio é o ato educativo escolar SUPERVISIONADO, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional de ensino médio, da educação especial e dos ANOS FINAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1.º);
- No estágio, temos os seguintes atores sociais envolvidos: o Estagiário (educando), a Instituição de ensino, a Parte concedente do estágio e os Agentes de integração públicos e privados (auxiliares no processo de aperfeiçoamento do instituto do estágio (art. 5.º);
- A parte concedente do estágio poderá ser: pessoa jurídica de direito privado, a Administração pública ou Profissionais liberais de nível superior;
- O estágio não cria vínculo de emprego com a parte que o concede, desde que atendidos os seguintes requisitos: matrícula e frequência regular ao curso de educação, celebração de termo de compromisso entre o educando, a instituição de ensino e a parte concedente do estágio, compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso (art. 3.º, *caput* e incisos I a III);
- A manutenção de estagiários em desconformidade com a Lei 11.788/2008 caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio (art. 15). A instituição privada ou pública que reincidir na irregularidade ficará impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo correspondente (art. 15, § 1.º);
- Segundo o art. 10, a jornada será definida em comum acordo entre o educando, a instituição de ensino e a parte concedente do estágio, não podendo ultrapassar:

- a) 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental; b) 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes de ensino superior e ensino médio regular;
- O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 (quarenta) horas semanais, desde que previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (art. 10, § 1.º);
 - A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, salvo no caso de portador de deficiência (art. 11);
 - O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como o auxílio transporte, na hipótese de estágio não obrigatório, não caracterizando tal concessão como vínculo de emprego (art. 12, § 1.º). Poderá o educando inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social (art. 12, § 2.º);
 - É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado, preferencialmente, durante suas férias. Quando o estagiário receber bolsa, o recesso deverá ser remunerado. Caso a duração do estágio seja inferior a 1 (um) ano, os dias de recesso serão concedidos de maneira proporcional (art. 13);
 - Aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio (art. 14);
 - O número máximo de estagiários em relação ao quadro de pessoal das entidades concedentes de estágio deverá atender às seguintes proporções (art. 17): a) de 1 (um) a 5 (cinco) empregados: 1 (um) estagiário; b) de 6 (seis) a 10 (dez) empregados: até 2 (dois) estagiários; c) de 11 (onze) a 25 (vinte e cinco) empregados: até 5 (cinco) estagiários; d) acima de 25 (vinte e cinco) empregados: até 20% (vinte por cento) de estagiários (a proporção acima não se aplica aos estágios de nível superior e de nível médio profissional, art. 17, § 4.º);
 - O art. 17, § 5.º, da Lei 11.788/2008 assegurou às pessoas portadoras de deficiência o percentual de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio.

1.3.6 Relação de trabalho – Trabalho voluntário

Regulado pela Lei 9.608/1998, o serviço voluntário é prestado, em regra, a título gratuito, sem o recebimento de qualquer remuneração, não sendo possível reconhecer-se o vínculo empregatício do trabalhador voluntário com o tomador de serviços (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 9.608/1998).