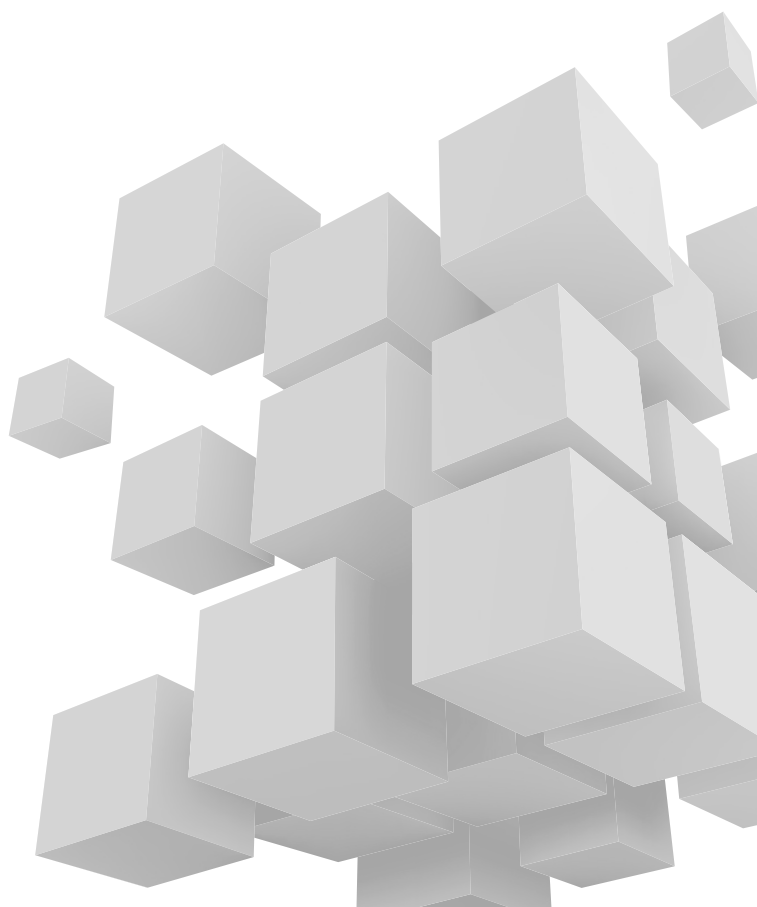


MAURO SCHIAVI

MANUAL
DIDÁTICO DE
DIREITO
DO TRABALHO

2021

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





V

DO CONTRATO DE TRABALHO

1. DO CONTRATO. DEFINIÇÃO E PRINCÍPIOS

Ensinam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano¹, “contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.”

O contrato é instrumento por meio do qual, por acordo de vontades, são criados direitos e obrigações, dentro dos limites legais, entre as duas ou mais partes.

O contrato exige: a) ao menos duas partes; b) um vínculo jurídico entre elas; c) objeto.

Valendo-nos da principiologia do Código Civil e da doutrina civilista podemos destacar os seguintes princípios que norteiam os contratos:

a) autonomia da vontade: Todo contrato tem por fundamento a vontade humana que deve ser manifestada, de forma expressa ou tácita. A liberdade contratual tem fundamento na autonomia da vontade. De acordo com a lei e os princípios dos contratos, as partes são livres para estipular as cláusulas contratuais.

Como bem adverte Orlando Gomes², manifesta-se a liberdade de contratar sob três facetas, quais sejam: a) liberdade de contratar propriamente

1 Manual de Direito Civil. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 331.

2 Contratos. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22.

dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Além disso, as partes têm liberdade para exigir ou não o cumprimento das cláusulas contratuais.

b) supremacia da ordem pública: A liberdade de contratar encontra limites no princípio da supremacia da ordem pública. Desse modo, as partes do contrato não podem contrariar normas de natureza cogente que visam proteger o interesse social.

Como bem adverte Orlando Gomes³, a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais fora ilimitada. Duas limitações de caráter geral confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes.

c) força vinculante: O princípio da força vinculante significa dizer que o contrato faz lei entre as partes, ou seja: tem força obrigatória. Firmado o contrato, com observância do ordenamento jurídico, ele vincula as partes ao cumprimento do que foi contratado.

d) princípio da função social do contrato: Dispõem os art. 421 do Código Civil:

No aspecto, destacam-se os arts. 421 e 2035 do Código Civil, “in verbis”:

Art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”

Art. 2035: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no [art. 2.045](#), mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

3 Op. cit. p. 24.

A função social é norma de ordem pública. Portanto, pode ser aplicada de ofício pelo Juiz. Além disso, trata-se de importante regra limitadora da autonomia da vontade para que seja observado o princípio da socialidade, visando à justiça contratual.

Não diz a lei o que é função social do contrato. Desse modo, se trata de um conceito aberto, ou uma cláusula geral, que deverá ser interpretada pelo Juiz no caso concreto, à luz de critérios de justiça, razoabilidade e equidade, sopesando as circunstâncias do conflito.

Dizia Miguel Reale que a função social do contrato é atingida quando o contrato observa sobretudo a proteção à dignidade da pessoa humana.

Na visão de Maria Helena Diniz⁴, “consagrado está o princípio da socialidade. Repelido está o individualismo, e os contratantes deverão sujeitar sua vontade às normas de ordem pública que fixam os interesses da coletividade e as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade e os bons costumes, relativos à moralidade social”.

Nos termos do parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil, *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Conforme o presente dispositivo, o Juiz poderá declarar a nulidade da cláusula contratual que não cumpra a função social do contrato e, de ofício, substituí-la por outra, de modo que o contrato cumpra a função social, sem a necessidade de decretar a nulidade de todo o contrato.

Embora o parágrafo único do art. 421 do CC disponha que nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, é possível modificar cláusulas contratuais que não cumpram a função social do contrato.

Como bem adverte Anderson Schreiber⁵, “não há um ‘princípio da intervenção mínima’, a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à Leis da Liberdade Econômica.”

4 Código Civil Anotado. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 404.

5 Manual de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 438.

e) **boa-fé objetiva:** Dispõe o artigo 422, do Código Civil Brasileiro:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A boa-fé objetiva é um padrão de comportamento leal, honesto, transparente e justo, que as partes devem observar tanto durante a contratação como na execução do contrato.

Conforme Anderson Schreiber⁶, a boa-fé objetiva consiste em cláusula geral que impõe a doção de comportamento compatível com a mútua lealdade e confiança nas relações jurídicas. Do ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (a) função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (b) função restritiva do exercício de direitos; e (c) função criadora de deveres anexos à prestação principal.

f) **equilíbrio contratual:** O contrato deve prever obrigações equivalentes entre os contratantes. Esse princípio não está expressamente previsto na Lei, mas é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, como forma de evitar que um contratante tenha vantagens excessivas no contrato em detrimento da parte contrária.

2. DO CONTRATO DE TRABALHO

A CLT utiliza a expressão contrato individual de trabalho, que, na verdade, é o *contrato de emprego*, ou seja, o vínculo jurídico que une empregado e empregador, tendo por objetivo a prestação pessoal, subordinada, não eventual e onerosa de serviços. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência consagraram a expressão *contrato de trabalho*.

Na definição de Orlando Gomes e Élson Gottschalk⁷:

“Contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não-eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador.”

6 Manual de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 427.

7 Curso de Direito do Trabalho. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121.

Nos clássicos ensinamentos de *Délio Maranhão*, o contrato de trabalho *stricto sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

Dispõe o art. 442, “caput” da CLT:

“Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.

Na definição do artigo 442, da CLT, há um misto de contratualidade e institucionalismo. Esse misto se explica porque quando da confecção da CLT, alguns membros integrantes da comissão que elaboraram seu projeto, entendiam que a natureza jurídica do contrato de trabalho era institucional e alguns entendiam que era contratual. De outro lado, o dispositivo menciona *contrato de trabalho* e após *relação de emprego*, o que denota esse misto de contrato e instituição.

Nos termos da definição acima, são requisitos para configuração de um contrato de trabalho:

- a) **partes:** prestador pessoa física; tomador: pessoa física ou jurídica;
- b) **continuidade** na prestação de serviço: os serviços prestados pelo trabalhador devem ser realizados com repetição sistemática em prol do tomador;
- c) **subordinação:** o trabalhador deve estar sujeito aos comandos do tomador;
- d) **onerosidade:** o contrato de trabalho envolve benefícios e sacrifícios para ambas as partes. O empregado recebe o salário em troca da mão de obra, e o tomador paga os salários em troca de receber o trabalho;
- e) **pessoalidade:** o prestador de serviços, salvo situações excepcionais, não pode ser substituído por outro prestador;
- f) **alteridade:** o empregado não corre os riscos da atividade e sim o tomador dos serviços.

Prevalece na doutrina e jurisprudência que a natureza jurídica do contrato de trabalho é contratual, já que ninguém será empregado de outrem senão por sua própria vontade. De outro lado, ninguém terá outrem como seu empregado senão também quando for da sua vontade. Assim,

mesmo se uma pessoa começar a trabalhar para outra sem que expressamente nada tenha sido combinado entre ambas, isso só será possível pela vontade ou pelo interesse das duas.

Não obstante ser um negócio de natureza privada, a doutrina trabalhista costuma se referir ao *dirigismo contratual* para restringir a autonomia da vontade das partes no contrato de trabalho a fim de submetê-lo às normas de ordem pública como forma de intervenção do Estado para tutelar o trabalhador que é a parte mais vulnerável neste tipo de contrato.

No aspecto, são expressivos os arts. 9º e 444, da CLT, “caput”:

Art. 9º, da CLT:

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

Art. 444, da CLT:

“As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Além disso, o contrato de trabalho é um negócio jurídico de direito privado que segue os princípios do direito contratual previstos no Código Civil e também as singularidades do Direito do Trabalho.

Por ser um contrato bilateral, oneroso, e comutativo, o contrato de trabalho gera direitos e obrigações recíprocas entre as partes.

Como classifica com maestria Maurício Godinho Delgado⁸, o contrato de trabalho é um contrato: a) de natureza privada, pois regulamentado pela CLT, além disso os sujeitos do contrato são de natureza privada (mesmo o Estado quando contrata pela CLT comporta-se como empregador privado pelo despe-se do seu poder de império); b) sinalagmático, pois disciplina obrigações contrapostas, mas equilibradas e onerosas; c) consensual, pois para o seu aperfeiçoamento, como regras, basta a manifestação da vontade, sem mais formalidade, salvo os contratos que exige a forma escrita, a exemplo do aprendiz; d) *intuitu personae*: o contrato de trabalho é personalíssimo em face do empregado; e) trato sucessivo: o contrato de

trabalho se prolonga no tempo, não se exaure numa única prestação, como regra é prazo indeterminado; f) contrato de atividade: pois envolve uma prestação humana de fazer; g) oneroso, pois cada parte tem obrigações e benefícios; h) alteridade: o contrato de trabalho é por conta alheia. O risco da atividade é do empregador; i) complexo: o contrato de trabalho por vir acompanhado de outros contratos.

3. DAS TRATATIVAS PRELIMINARES DO CONTRATO DE TRABALHO. MANIFESTAÇÃO DA VONTADE E PRÉ-CONTRATO

As fases preliminares de discussão da contratação, ou fase de pontuação, como regra, não obrigam as partes. No entanto, se há uma proposta formal de condições de trabalho, caso ela seja aceita pela parte contrária, obrigará o proponente caso o contrato de trabalho seja efetivado. Assim, por exemplo, tendo um executivo recebido a proposta de um determinado valor de salário, e aceitado tal condição, quando da efetiva contratação, o salário não poderá ser alterado em razão do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as tratativas preliminares de contratação.

No aspecto, dispõe o art. 427 do CC, “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

Nos termos do art. 428 do CC, “deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Conforme o art. 433 do CC, considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Havendo justa expectativa de que o contrato de trabalho será concretizado após negociações, entrevistas, e processos seletivos, caso ele não se realize por vontade de uma das partes, o prejudicado poderá pedir reparação de danos, nos termos dos arts. 186 e 927 do CC, aplicáveis à esfera trabalhista por força do art. 8º, da CLT.

Como destaca Vólia Bomfim Cassar⁹, “a partir das negociações preliminares as partes podem passar à minuta, reduzindo por escrito algumas cláusulas ou condições do contrato sobre as quais já consentiram, para que sirva de modelo para futuro contrato. Mesmo assim, ainda não há vínculo jurídico entre as partes (...)Apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o contrato será realizado, a ponto de induzi-lo a praticar despesas, a não contratar ou aceitar outros negócio, a alterar seus planos futuros, a praticar ou deixar de praticar algo e, sem causa justa, desistir do negócio, causando danos e prejuízos ao adversário, deverá ressarcir-lo, ante a responsabilidade pré-contratual (...)”

4. CONTRATO DE TRABALHO TÁCITO

Dispõe o art. 443, da CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.”

Tácito é o contrato que não é expresso. É conhecida a frase popular: “quem cala consente”. O vínculo jurídico se forma pelo comportamento das partes diante da prestação pessoal de serviços do trabalhador. O tomador dos serviços, diante de uma prestação pessoal nos moldes do artigo 3º, da CLT, não toma atitude compatível com a vontade de não aceitar o trabalho, o contrato estará configurado.

5. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho por ser um negócio jurídico deve observar os requisitos de validade previstos na Lei Civil.

Nos termos do 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.”

A capacidade, segundo a doutrina civil, é a aptidão para adquirir direitos e obrigações. Adquirida a personalidade com o nascimento com vida, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações.

9 Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 500.

Segundo a classificação da doutrina, a capacidade, se subdivide em:

a) capacidade de direito: toda pessoa, desde que tenha adquirido a personalidade, tem capacidade para ser sujeito de direito e obrigações.

Nesse sentido, dispõem os arts. 1º a 4º do CCb, *in verbis*:

Art. 1º do CC. “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Art. 2º do CC. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Art. 3º, do CC: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.”

Art. 4º do CC: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

Os absolutamente incapazes (art. 3º do CC) devem ser representados por seus pais, tutores ou curadores para a prática de atos jurídicos. Já os relativamente incapazes (art. 4º do CC) devem ser assistidos por seus pais, tutores ou curadores para a prática de atos jurídicos.

b) capacidade de fato ou de exercício: é a capacidade de exercer pessoalmente os direitos e praticar todos os atos da vida civil, sem necessidade de representação ou assistência. Esta capacidade é adquirida aos 18 anos de idade (art. 5º do CC).

Os menores emancipados também têm a capacidade de fato ou de exercício, nos termos do art. 5º do CCb que resta aplicável ao Direito Material e Processual do Trabalho (arts. 8º e 769 da CLT).

Dispõe o art. 5º do CCb: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento

público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

Quanto ao inciso V do art. 5º do CC que prevê a emancipação do menor em razão da relação de emprego e desde que, em razão dela, o menor tenha economia própria, pensamos que a menoridade cessará pela existência do vínculo de emprego, caso o menor receba um salário mínimo por mês. Embora se possa dizer que o menor que recebe apenas um salário mínimo não tem economia própria, acreditamos que a finalidade da lei ao conceder a emancipação legal foi no sentido de deferir a emancipação ao menor que apresenta maior maturidade em razão das responsabilidades inerentes ao contrato de emprego.

Portanto, desde que receba um salário mínimo e exista a relação de emprego, o menor de 18 anos e maior de 16 anos estará emancipado de pleno direito, inclusive para firmar contrato de trabalho e postular em juízo sem necessidade de representação ou assistência, independentemente de declaração judicial de emancipação.

De nossa parte, apesar de o salário mínimo ser muito baixo no Brasil, segundo disposição constitucional, ele atende às necessidades do trabalhador (art. 7º, IV, da CF). De outro lado, o menor empregado estará emancipado a partir de 16 anos completos, pois o trabalho é proibido antes dessa idade (art. 7º, XXIII, da CF).

Por força do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, é proibido o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Quanto à forma, conforme a regra geral do art. 442, da CLT, o contrato de trabalho não exige formalidade escrita, pode ser pactuado de forma expressa ou tácita. No entanto, alguns contratos exigem formalidade especial, devendo ser escritos e observar os requisitos previstos em lei especial a exemplo do contrato de aprendizagem (at. 428 da CLT), contrato de trabalho temporário (Lei 6019/74), e contrato do atleta profissional de futebol (Lei 9.615/98).

Quanto à licitude do objeto do contrato de trabalho, temos que a prestação pessoal de serviços não deve ser dirigida às atividades ilícitas ou imorais.

Como bem adverte Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁰, “o trabalho imoral, em afronta aos bons costumes, quando a imoralidade representa violação de normas, regras e princípios que regem a sociedade, também será considerado nulo, tendo em vista as mesmas consequências do trabalho ilegal.”

Com relação ao trabalho proibido, mas não ilícito, a jurisprudência trabalhista vem reconhecimento a possibilidade de configuração do vínculo de emprego, pela aplicação do princípio protetivo.

6. NULIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO

Nulidade, segundo a melhor doutrina, é a privação dos efeitos de um ato jurídico. Na esfera do direito do trabalho, a nulidade acarreta a perda do efeito de ato jurídico na esfera trabalhista.

Pensamos ser invalidez gênero, do qual as nulidades absolutas e relativas são espécies.

É consenso na doutrina que as nulidades podem ser absolutas, relativas, ou até mesmo o ato processual pode ser inexistente.

São nulos os atos jurídicos quando violem normas de ordem pública e interesse social. O ato nulo não está sujeito à preclusão e pode ser declarado de ofício pelo Juiz (art. 168, do CC). São relativas as nulidades quando não violem normas de ordem pública¹¹. Dependem da iniciativa da parte não podendo ser conhecidas de ofício (art. 177 do CC). As nulidades relativas podem ser saneadas.

Dispõe o art. 166, do CC:

“É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei;

10 Manual de Direito do Trabalho. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 154.

11 Art. 171, do CC: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

No Direito Civil, declarada a nulidade do ato jurídico, serão restituídas às partes o estado anterior. No aspecto, destaca-se o art. 182 do CC:

“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

Na esfera trabalhista, em razão do caráter pessoal da prestação de serviços, quando se declara a nulidade, não há como se restituir as partes ao estado anterior. Por isso, as nulidades são declaradas com efeitos “ex nunc”, ou seja, a partir de então, sem efeitos retroativos. Por isso, mesmo tendo sido nulo o contrato de trabalho, o empregado não terá que devolver os salários recebidos, pois o empregador não terá como restituir a força de trabalho. Além disso, na seara trabalhista, sempre que possível, procura-se conservar o contrato, declarando-se a nulidade apenas da cláusula que viola norma de ordem pública.

No aspecto, a redação da Súmula 363 do TST, “in verbis”:

“Contrato nulo. Efeitos (Res. 97/2000, DJ 18.09.2000 – Rep. DJ 13.10.2000 e DJ 10.11.2000. Redação alterada pela Res. 111/2002, DJ 11.04.2002. Nova redação – Res. nº 121/2003 – DJ 19.11.2003)
A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

De nossa parte, embora a referida Súmula do TST tenha aplicado a teoria da irretroatividade das nulidades, na ausência de concurso público, todas as verbas trabalhistas do período trabalhado devem ser pagas como forma de indenização.

Mesmo diante do princípio da proteção ao trabalho humano, se a atividade realizada pelo trabalhador for ilícita ou contrária à moral, não se formará o vínculo de emprego.

No aspecto, dispõe a OJ 199 da SDI-I do TST, “in verbis”:

“Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito.
(Inserida em 08.11.2000 – Inserção de ementa a sua redação – DeJT de 16/11/2010) É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

No entanto, têm a jurisprudência admitido que se a atividade do trabalhador não for considerada ilícita, mesmo dentro de um estabelecimento que realiza atividade ilícita, é possível o reconhecimento do vínculo de emprego, a exemplo de uma faxineira de um estabelecimento destinado ao comércio de produtos ilícitos.

Com relação ao trabalho proibido, mas não ilícito, a jurisprudência trabalhista vem reconhecer a possibilidade de configuração do vínculo de emprego, pela aplicação do princípio protetivo.

Em se tratando de trabalho proibido, a exemplo do menor de 16 anos, ou do próprio policial militar, a jurisprudência não tem declarado a nulidade do contrato. No aspecto, destaca-se a Súmula 386 do TST, “in verbis”:

“Reconhecimento de vínculo empregatício com empresa privada.
(Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 167 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005) Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.”

Na doutrina, há quem defenda a tese da imprescritibilidade do ato nulo, pois a nulidade acarreta a perda de efeito do ato jurídico. Entretanto, essa tese não está em compasso com o sistema da legislação trabalhista, principalmente a prescrição fixada no artigo 7º, XXIX, da CF, o qual não distingue entre ato nulo e anulável para efeitos de incidência da prescrição.

7. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR

7.1. Direitos inerentes ao poder diretivo

Conforme o art. 2º, da CLT, o empregador dirige a prestação pessoal de serviços. Por isso, o empregador tem o chamado *poder diretivo* ou *poder empregatício* na expressão de Maurício Godinho Delgado¹².

Esse poder diretivo dá a prerrogativa ao empregador de organizar sua atividade, realizando ajustes e alterações necessários ao exercício de sua atividade empresarial (*jus variandi*), elaborar o regulamento de empresa, controlar e fiscalizar as atividades dos seus empregados, e de aplicar punições às infrações funcionais a seus trabalhadores (poder disciplinar).

Como bem adverte Sérgio Pinto Martins¹³, “decorre o poder de direção da lei e do contrato. Os limites do poder de direção do empregador são: a Constituição, a Lei, a norma coletiva, a boa-fé, o exercício regular de um direito. O poder de direção não é um direito absoluto. Só por ser um direito, tem limites. Limites externos: Constituição, leis, norma coletiva, contrato. Limites internos: boa-fé objetiva e exercício regular do direito. Se for irregular, o negócio jurídico é ilícito (art. 188, I do Código Civil).”

Nos termos o art. 456-A, da CLT, “cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada. Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.”

Diante do referido dispositivo legal, é prerrogativa do empregador definir o padrão de vestimenta dos empregados no ambiente de trabalho, sendo permitida a obrigação do empregado utilizar o uniforme da empresa com a inclusão de logomarca da empresa ou de empresas parceiras.

De outro lado, segundo vem entendendo a doutrina, o padrão de vestimenta deve ser adequado, e propiciar conforto para o exercício de determinada atividade, e ainda respeitar a imagem do trabalhador.

12 Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 790.

13 Direito do Trabalho. 25ª ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 197.

Como bem adverte Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁴, “a vestimenta e o uniforme estabelecidos pelo empregador devem observar os direitos da personalidade do empregado, não podendo haver violação da intimidade, exposição indevida e constrangimentos ao trabalhador.”

A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum, a exemplo dos uniformes que exigem higienização especial, como os trabalhadores de hospitais.

7.2. Monitoramento do e-mail

Muito se discutiu sobre a possibilidade de monitoramento do *e-mail* corporativo em razão do poder diretivo do empregador (art. 2º, da CLT), e também, em última análise, por ser o *e-mail* corporativo equiparado a ferramenta de trabalho, máxime em razão da proteção da propriedade da empresa e também de sua imagem.

Inegável que a utilização do *e-mail* corporativo com desvio de finalidade pode acarretar danos à imagem da empresa, e muitas vezes, um prejuízo de grande monta. De outro lado, também é verdade que a monitoração do *e-mail* corporativo concedido ao empregado viola sua privacidade e intimidade. Pode-se afirmar que há um conflito de princípios (intimidade do empregado em confronto com o direito de proteção da propriedade e imagem da empresa). A nosso ver, não existe conflito entre princípios no plano abstrato, pois cada princípio tem a sua finalidade, entretanto, em determinada hipótese concreta, pode haver um choque entre princípios, que tem sido resolvido pela doutrina e jurisprudência à luz da regra da ponderação, ou princípio da proporcionalidade, prestigiando-se, no caso concreto, o direito que merece maior proteção. No conflito entre dois direitos fundamentais, ou seja, quando há possibilidade de sacrifício de um direito fundamental em prol de outro, o juiz deve preferir o mal menor, e, no caso concreto, escolher o princípio que se mostra mais justo e razoável. Desse modo, quando há monitoração, pelo empregador, do *e-mail* corporativo utilizado pelo empregado, devem ser tomadas algumas cautelas, pois o empregador não tem o direito irrestrito de monitoramento, ou melhor

14 CLT Comentado: artigo por artigo. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 479.

dizendo: o empregador não tem esse direito, já que a utilização é privativa do empregado. De outro lado, em algumas hipóteses, a nosso ver, é possível esse monitoramento desde que presentes alguns requisitos, que passamos a elencar:

- a) fundada suspeita de utilização indevida do *e-mail* pelo empregado;
- b) indícios suficientes de que o empregado está desvirtuando a utilização do *e-mail*;
- c) que seja extremamente necessário, não havendo possibilidade de se provar o fato por outros meios;
- d) razoabilidade e boa-fé por parte do empregador.

O Tribunal Superior do Trabalho enfrentou o tema, fixando entendimento no sentido da possibilidade de monitoramento do *e-mail* corporativo quando o empregado faz uso indevido. Relevante destacar as seguintes ementas:

“PROVA ILÍCITA. ‘E-MAIL’ CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (‘e-mail’ particular). Assim, apenas o ‘e-mail’ pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado ‘e-mail’ corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação

do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o 'e-mail' corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de 'e-mail' corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de 'e-mail' de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-613/2000-013-10-00.7" (TST, PROC: RR – 613/2000-013-10-00 PUBLICAÇÃO: DJ 10.6.2005 PROC. TST-RR-613/2000-013-10-00.7 ACÓRDÃO 1ª Turma JOD/rla/jc Rel Ministro João Oreste Dalazen).

PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA – PROVA ILÍCITA – ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE *E-MAIL* CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO – ÓBICE DA SÚMULA N. 126 DO TST. 1. Consoante a diretriz da Súmula n. 126 do TST, é incabível o recurso de revista para reexame de fatos e provas. 2. *In casu*, pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto

consubstanciada no acesso à sua conta de *e-mail* pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do *e-mail* corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os *e-mails* continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo. 3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações. 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. 6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de *e-mail* a seus empregados em suas dependências. A concessão, por parte do empregador, de caixa de *e-mail* a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do *e-mail* corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à *Internet*, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de *e-mail* corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento

e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido (TST Processo: AIRR 1542/2005-055-02-40.4, Data de Julgamento: 4.6.2008, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 6.6.2008).

7.3. Das revistas

Em situações peculiares, o empregador pode realizar revistas em seus empregados, no entanto, as revistas pessoais têm que observar a privacidade e intimidade do empregado, a razoabilidade, bem como só serem realizadas em atividades em que há risco de furtos de produtos da empresa. De outro lado, em compasso com o princípio da função social da empresa, deve o empregador investir em tecnologias para fiscalização de seu patrimônio sem precisar recorrer a revistas pessoais que causem grande constrangimento ao empregado.

Caso seja necessária a revista, o empregador deve tomar cautelas nas revistas, quais sejam: a) não realizar revistas íntimas; b) não obrigar que o empregado tire peças de roupa; c) realizar a revista em locais reservados; d) não tocar no corpo do empregado; e) respeitar a intimidade e privacidade do trabalhador; f) investir em tecnologia.

A CLT, no art. 373-A, veda a revista íntima para as mulheres. Dispõe o referido dispositivo legal: “Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (...) VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

Embora o referido dispositivo se refira ao trabalho da mulher, pensamos, em razão do princípio da isonomia, que ele também se estende ao homem. Desse modo, são vedadas as revistas íntimas para os dois sexos.

Nesse sentido cumpre destacar o Enunciado n. 15, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA, *in verbis*:

REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador

ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

Relevante destacar ainda a seguinte ementa da mais alta corte trabalhista brasileira, “in verbis”:

Recurso de revista – Dano moral – Revista íntima – Quantificação – Princípio da proporcionalidade. Fixado montante indenizatório que não se mostra razoável, está obrigado o julgador, à luz do princípio da proporcionalidade (art. 5º, V, da Constituição da República), e observadas as particularidades do caso concreto, a adequar a indenização – aumentando ou reduzindo o seu valor –, a fim de torná-la consentânea com o dano moral provocado, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese, submetido o autor a revistas íntimas diárias, obrigado a despir-se na presença de outros trabalhadores, sem que houvesse qualquer “presunção de prática de conduta penal típica”, porquanto objetivava o empregador “o controle dos vales-refeições (como impeditivo de furto)”, não se mostra proporcional a redução do valor da indenização pelo Tribunal de origem. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – 3ª T – Relª. Minª. Rosa Maria Weber – DJe nº 260 – 25.06.09 – p. 808 – RR nº 1055/2004.041.02.00-3) (RDT nº 7 – julho de 2009).

8. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR

As obrigações do empregador, além do pagamento dos salários, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, são:

- a) proceder à documentação do contrato de trabalho, principalmente, realizar o registro em CTPS¹⁵;

15 Art. 29, da CLT: “O empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar na CTPS, em relação aos trabalhadores que admitir, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério da Economia. § 1º As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja

- b) fornecimento de meios para a execução do trabalho;
- c) urbanidade no tratamento do empregado;
- d) preservação do meio ambiente do trabalho, bem como tomar medidas para reduzir os riscos de acidente e doenças do trabalho¹⁶;
- e) cumprimento do contrato e da legislação trabalhista;
- f) exercício equilibrado do poder disciplinar;
- g) facilitar os meios de ascensão profissional e social para os empregados dentro da própria empresa;
- h) respeitar a intimidade, privacidade e imagem do trabalhador.

Dispõe o art. 442-A, da CLT:

“Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade.”

O presente dispositivo, acrescentado pela Lei 11.644/08, tem por objetivo impulsionar a inserção do trabalhador no mercado de trabalho, principalmente, o trabalhador jovem, evitando que a exigência de tempo de experiência superior a 06 meses possa evitar a contratação.

êle em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta. § 2º – As anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas: a) na data-base; b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador; c) no caso de rescisão contratual; ou d) necessidade de comprovação perante a Previdência Social. § 3º – A falta de cumprimento pelo empregador do disposto neste artigo acarretará a lavratura do auto de infração, pelo Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, comunicar a falta de anotação ao órgão competente, para o fim de instaurar o processo de anotação. § 4º É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. § 5º O descumprimento do disposto no § 4º deste artigo submeterá o empregador ao pagamento de multa prevista no [art. 52 deste Capítulo](#). § 6º A comunicação pelo trabalhador do número de inscrição no CPF ao empregador equivale à apresentação da CTPS em meio digital, dispensado o empregador da emissão de recibo. § 7º Os registros eletrônicos gerados pelo empregador nos sistemas informatizados da CTPS em meio digital equivalem às anotações a que se refere esta Lei. § 8º O trabalhador deverá ter acesso às informações da sua CTPS no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a partir de sua anotação.”

16 Art. 157, da CLT: “Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.”