

MAURO SCHIAVI

MANUAL DIDÁTICO DE
**DIREITO DO
TRABALHO**

3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2022

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



TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

1. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS DO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho é toda atividade humana dirigida à um determinado fim. Normalmente é destinado à produção, com o objetivo de promover o sustento do trabalhador.

A origem da expressão trabalho deriva do latim *tripalium*, que é espécie de instrumento de tortura, sofrimento, castigo.

Há diversas formas de trabalho, mas o que interessa ao Direito do Trabalho e à legislação trabalhista é o chamado trabalho por *conta alheia*, onde há um prestador de serviços que executa o trabalho de um lado, e um tomador, que será destinatário do trabalho humano, do outro lado da relação jurídica.

Na antiguidade, o trabalho era visto como um *castigo dos Deuses*. Nesta época, o trabalho ficava a cargo dos escravos.

Na Idade Média, no período da servidão, o trabalho era realizado pelos servos, que também não eram livres, pois entregavam grande parte de sua produção ao senhor feudal em troca de proteção.

Conforme Jorge Luiz Souto Maior¹, a sociedade medieval não se direcionava à produção como forma de obtenção de lucro. Seu vínculo básico era a proteção. Não tinha objetivos maiores, tanto que a produtividade era baixa, com utilização de técnicas rudimentares, e as condições de vida eram precárias, mesmo para os senhores, sendo, pior, é claro,

1 Curso de Direito do Trabalho. Volume I – Parte I. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 59.

para os servos. A situação perdura por vários séculos, até que no século XI, período conhecido como Baixa Idade Média, quando terminam as investidas de conquistas dos povos germânicos, inicia-se um período de comercialização dos excedentes dos feudos nas feiras locais, favorecido pelo crescimento da população e o aumento da circulação de mercadorias, o que marca o renascimento do comércio da Europa.

No sistema das corporações de ofício, começou a surgir o trabalho livre nas oficinas em que havia os artesãos, companheiros e aprendizes.

Somente após a Revolução Industrial, houve o surgimento do Direito do Trabalho com o trabalho assalariado.

Como destacou Jorge Luiz Souto Maior², o trabalho assalariado, como dado característico de uma sociedade, dá-se no modelo capitalista de produção sendo este, precisamente, o objeto de incidência do Direito do Trabalho, tendo sido tratado, tecnicamente, quando da formação teórica deste ramo do direito, como trabalho prestado sob a dependência de outrem ou, simplesmente, trabalho subordinado, inserido em uma atividade organizada (a empresa moderna), voltada para o lucro e para modulação de todos os arranjos sociais.

O direito civil e o direito comum não eram suficientes para regular a relação entre trabalhadores dependentes e tomadores de serviços (empresas), havendo necessidade de criação de leis protetivas que dessem supremacia jurídica ao trabalhador para compensar as desigualdades que este apresentava em face do tomador de serviços, principalmente as desigualdades econômicas e técnicas.

Como destaca a doutrina, o Direito do Trabalho é fruto do regime capitalista. Surge, segundo a doutrina, na segunda metade do Século XVIII, na Europa e foi impulsionado por diversos fatores, quais sejam:

- a) **Revolução Industrial**, que provocou a substituição da energia motriz pela energia à vapor e a criação das indústrias: Como nos traz Jorge Luiz Souto Maior³, a Revolução Industrial tem como traço distintivo a criação da máquina a vapor, que possibilitou a produção em grande escala, com propósitos de enriquecimento, mas, no geral, confunde-se com a própria história do capitalismo,

2 Curso de Direito do Trabalho. Volume I – Parte I. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 66.

3 Op. cit. p. 107.

sendo mais próprio falar-se em capitalismo industrial e só foi possível graças ao acúmulo das experiências históricas vividas no longo período de superação dos vínculos do feudalismo: o desenvolvimento intelectual (filosófico – humanismo – iluminismo), vindo desde o Renascimento, dando origem aos estudos econômicos (economia); a acumulação primitiva de capitais (Revolução Comercial); a formação dos trabalhadores livres, desprovidos de meios de sobrevivência, em quantidade necessária para que lutassem entre si pelos postos de trabalho oferecidos; a nova organização política (Estado Moderno).

- b) **grande concentração de operários nas cidades onde estavam localizadas as fábricas:** o trabalho livre das corporações de ofício foi substituído pelo trabalho assalariado e por conta alheia, que era destinado a um tomador⁴.
- c) **doutrina social da Igreja e valorização do trabalho humano:** A Igreja também teve um papel importante no surgimento do Direito do Trabalho por meio de suas Encíclicas, as quais defendiam a proteção do trabalho humano, como forma de garantia da dignidade e emancipação do ser humano. Em 1891, surge a encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII. Conforme Maurício Godinho Delgado⁵, o documento traduz manifestação oficial da Igreja Católica, de notável influência na época, com respeito à *questão social*, exigindo do Estado e das classes dirigentes postura mais compreensiva sobre a necessidade de regulação das relações trabalhistas.
- d) **desenvolvimento da teoria da dignidade da pessoa humana, impulsionada pelo cristianismo:** O ser humano passa ser visto como um fim em si mesmo, como sujeito de direitos e um *imperativo categórico* (Kant). Desse modo, o trabalho humano não pode ser visto como mercadoria.

4 Como destaca Amauri Mascaro Nascimento: “Com a fábrica está correspondentemente formada a aglomeração maior das massas operárias. Ela não é só o local onde se assentar. É mais ainda: o ponto de convergência dessa mesma pluralidade de indivíduos, unidos por um mesmo processo de ideais, sujeitos a um mesmo ordenamento, subordinados a um mesmo homem, com as mesmas obrigações e os mesmos direitos” (Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42).

5 Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 109.

- e) **condições de trabalho precárias:** com jornadas de trabalho extenuantes, baixos salários, trabalho de mulheres e crianças e grande número de acidentes de trabalho: As primeiras Leis Trabalhistas foram idealizadas para a prevenção de acidentes de trabalho⁶.
- f) **reconhecimento do direito de união e as primeiras greves:** O Direito do Trabalho surgiu, segundo a doutrina, para garantir a melhoria da condição social do trabalhador, nivelando as desigualdades entre o capital e o trabalho e, acima de tudo, consagrar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como ressaltar os valores sociais do trabalho como fundamentos para uma sociedade justa e solidária.

Como nos ensina Maurício Godinho Delgado⁷, o Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

O Direito do Trabalho despenha importantes funções na sociedade contemporâneas, principalmente no regime capitalista, quais sejam:

- a) **distribuição mais justa da renda:** O direito do Trabalho desempenha importante função de distribuição de renda no sistema capitalista, pois com a existência de garantias mínimas trabalhistas, os trabalhadores podem ter acesso aos bens de consumo, lazer, saúde, educação e à previdência social.
- b) **convivência pacífica entre trabalhadores e os donos dos meios de produção:** O Direito do Trabalho também exerce a função de pacificação social, sendo um importante instrumento de convivência harmônica entre trabalhadores e dos proprietários dos meios de produção.

6 Segundo Amauri Mascaro Nascimento: “O trabalho das mulheres e menores foi bastante utilizado sem maiores precauções. Na Inglaterra, os menores eram oferecidos aos distritos industrializados, em troca de alimentação, fato muito comum nas atividades algodoeiras de Lancashire. Aliás, as próprias paróquias – unidade administrativa civil inglesa, subdivisão territorial do condado criada pela denominada Lei dos Pobres – encarregavam-se, oficialmente, de organizar esse tráfico, de tal modo que os menores se tornaram fonte de riqueza nacional” (Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43).

7 Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 95.

- c) **manutenção do direito de propriedade e do regime capitalista:** O Direito do Trabalho é essencial à manutenção da propriedade privada e manutenção do regime capitalista.
- d) **proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador, com a fixação de um rol de direitos mínimos ao trabalhador:** Sem dúvida, os direitos trabalhistas garantem a existência um piso vital essencial de direitos destinados à proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Atualmente, o Direito do Trabalho sofre impactos contundentes decorrentes da crise econômica, modificações das estruturas das empresas, desenvolvimento de novas tecnologias, mudanças no comportamento da sociedade, e novas formas de prestação de serviços, sendo o seu maior desafio continuar protegendo trabalhador, assegurando um mínimo de garantias para proteger a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Mesmo diante do crescente desenvolvimento da tecnologia, da mudança dos sistemas de produção e da necessidade de se garantir trabalho para sustento das pessoas, o trabalho humano sempre necessitará de regulamentação e proteção, com a garantia de um núcleo essencial de direitos.

2. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Durante três séculos e meio, o trabalho no Brasil ficava a cargo dos escravos, que eram de propriedade dos senhores das terras. Muitas vezes, os escravos eram comercializados no chamado “mercado de trabalho” e quem os adquiria passava a ter a propriedade sobre eles.

Como sustentou Jorge Luiz Souto Maior⁸, a possibilidade de exploração do trabalho escravo foi o ponto de equilíbrio entre a classe dominante nacional e o Estado colonial e imperial. Outro aspecto relevante para a compreensão dessa formação cultural é o dado de que a história do Brasil teve três séculos e meio de regime escravocrata, contra apenas um de trabalho livre, gerando a concepção de que trabalho é algo que se obriga outro a fazer e pessoas humanas são mercadorias, mas não uma mercadoria qualquer, uma mercadoria especial porque tão logo comete algum delito torna-se gente. No dizer de Jacob Goreneder: O primeiro ato

8 Curso de Direito do Trabalho. Volume I – Parte II: História do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 51.

humano do escravo é o crime. Pelo ato criminoso, o escravo se tornava gente, de pleno direito. A escravidão era tanto uma instituição que mesmo alguns ex-escravos possuíam escravos.

Destaca Alice Monteiro de Barros⁹: “no Brasil, de 1500 até 1888, o quadro legislativo referente ao trabalho registra, em 1830, uma lei que regulou o contrato sobre prestação de serviços dirigida a brasileiros e estrangeiros. Em 1837, há uma normativa sobre contratos de prestação de serviços entre colonos dispondo sobre justas causas de ambas as partes. De 1850 é o Código Comercial, contendo preceitos alusivos ao aviso prévio.”

Com o fim da escravidão, o trabalho passou a ser livre.

Mesmo após o término da escravidão, houve um longo período até que o direito do trabalho passasse a disciplinar as relações do Trabalho no Brasil. Não havia mão de obra suficiente com os homens livres. Houve recurso à imigração, com a chegada de grande número de imigrantes a partir de 1840.

Os imigrantes, principalmente os europeus, trabalhavam em regime de parceria ou mediante contratos de locação de serviços nas fazendas, em condições precárias.

Conforme Jorge Luiz Souto Maior,¹⁰ “mesmo com o advento da República e, posteriormente, com a Revolução de 30, da qual advieram várias regras de proteção ao trabalhador, a situação no meio rural, no Brasil, permaneceu inalterada, pois, no ajuste político de poder de Vargas houve uma espécie de incentivo à industrialização, favorecendo a classe burguesa em ascensão, mas sem contrariar, frontalmente, os donos do poder até então, os fazendeiros. Foi assim que a legislação trabalhista considerada essencial para o desenvolvimento da produção capitalista, restringiu-se ao setor urbano, mantendo para o campo o sistema de ‘parcerias’.”

A fase de desenvolvimento e fixação do Direito do Trabalho no Brasil ocorre a partir de 1930, com a chamada *Era Vargas*, onde houve grande desenvolvimento da indústria e do capitalismo.

Relevante no desenvolvimento da Legislação Trabalho foi a criação do Ministério do Trabalho e Emprego, pelo governo Getúlio Vargas, o qual passou a desenvolver políticas para implementação de uma legislação mais efetiva para proteção dos trabalhadores.

9 Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 65.

10 Op. cit. p. 75.

O Ministério do Trabalho fora extinto pela Lei 13.844/2019, tendo suas competências incorporadas ao Ministério da Economia. Em 27/06/2021, o Ministério do Trabalho foi recriado pela Medida Provisória n. 1.058, com o nome de Ministério do Trabalho e Previdência, que acrescentou os arts. 48-A e 48-B à lei 13.844/19, que assim dispõem:

Art. 48-A: “Constituem áreas de competência do Ministério do Trabalho e Previdência: I - previdência; II - previdência complementar; III - política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; IV - política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho; V - fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; VI - política salarial; VII - intermediação de mão de obra, formação e desenvolvimento profissional; VIII - segurança e saúde no trabalho; IX - regulação profissional; e X - registro sindical.”

“Art. 48-B: “Integram a estrutura básica do Ministério do Trabalho e Previdência: I - o Conselho de Recursos da Previdência Social; II - o Conselho Nacional de Previdência Social; III - o Conselho Nacional de Previdência Complementar; IV - a Câmara de Recursos da Previdência Complementar; V - o Conselho Nacional do Trabalho; VI - o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; VII - o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador; e VIII - até 4 (quatro) Secretarias. Parágrafo único. Os Conselhos a que se referem os incisos V a VII do **caput** são órgãos colegiados de composição tripartite, com paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregadores, na forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal.” (NR)”

Segundo Maurício Godinho Delgado¹¹, “construindo-se essa institucionalização/oficialização ao longo de um demorado período político centralizador e autoritário (de 1930 a 1945), o ramo justralhista veio a se institucionalizar, conseqüentemente, sob uma matriz corporativa e intensamente autoritária. A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma fase de *sistematização e consolidação*, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil,

11 Curso de direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 132.

democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. Afirmando-se uma intensa e longa ação autoritária oficial (pós-1930) sobre um segmento sociojurídico ainda sem uma estrutura e experiência largamente consolidadas (como o sistema anterior a 1930), disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo.”

A legislação trabalhista durante os anos 30, até 1945, inserida no projeto de industrialização, segundo Souto Maior¹², teve como objetivos: a) conter o sindicalismo revolucionário, por meio, sobretudo da criação dos sindicatos oficiais, vinculando a aquisição de direitos aos trabalhadores ligados a estes sindicatos; b) criar uma classe operária dócil, reforçando a lógica da gratidão, já impregnada na cultura escravagista; c) difundir o espírito da conciliação, quebrando, assim, a eficácia da própria legislação apresentada; d) obter por meio da ausência de fiscalização e da conciliação a concordância dos industriais para edição das leis trabalhistas; e) não desagradar aos agricultores, deixando de levar a legislação trabalhista ao campo; e f) apagar da história as lutas e o poder de organização dos trabalhadores.

Como observa Alice Monteiro de Barros¹³, de 1888 à Revolução de 1930, os diplomas legislativos de maior relevância são: em 1903, lei sobre sindicalização dos profissionais da agricultura; de 1907, lei sobre sindicalização dos trabalhadores urbanos; de 1916, o Código Civil, com um capítulo sobre locação de serviços, regulamentando a prestação de serviços de trabalhadores; de 1919, temos uma lei sobre acidente de trabalho; de 1923 é a Lei Elói Chaves, disciplinando a estabilidade no emprego conferida aos ferroviários que contassem 10 ou mais anos de serviço junto ao mesmo empregador, instituto, mais tarde, estendido a outras categorias; em 1930 cria-se o Ministério do Trabalho. Esse é o marco do aparecimento do Direito do Trabalho no Brasil apresentado pela doutrina, embora anteriormente já existisse um ambiente propício ao seu surgimento, em face da legislação que o antecedeu.”

Em 1943, é editada a Consolidação das Leis do Trabalho, que teve por objetivo reunir as leis, decretos-leis, normas disciplinadas em acordos coletivos e disposições de convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, mas também de sistematizar e facilitar a compreensão e aplicação da legislação trabalhista no país.

12 História do Direito do Trabalho no Brasil. Volume I – Parte II. São Paulo: LTr, 2017, p. 255.

13 Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 65.

Uma grande referência para a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho foram os debates realizados no 1º Congresso Nacional de Direito Social, em maio de 1941, liderado pelo jurista Antonio Ferreira Cesarino Júnior, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considerado, por muitos, o propulsor do estudo do Direito do Trabalho nas faculdades brasileiras.

Também houve grande impacto das Convenções da Organização Internacional do Trabalho na elaboração da CLT, que foram utilizadas para descartar as legislações nacionais contrárias às referidas Convenções.

Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho impulsionou maior publicidade e compreensão da legislação trabalhista.

Ao contrário do que muitos sustentam, apesar de não ter passado pelo parlamento, a elaboração da CLT foi precedida de muitas discussões, com a participação dos mais diversos segmentos do setor trabalhista, quais sejam: representantes das empresas, dos empregados, sociedade civil, etc., sendo muitas das sugestões apresentadas incorporadas ao texto da Consolidação.

Destaca Augusto César Leite de Carvalho¹⁴, “as indústrias de base, especialmente a siderurgia e a petroquímica surgiram com a legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho, tudo em um pacote de intervenção estatal que auspiciava a definitiva modernização do Brasil. A um só tempo, Vargas introduzia a fonte do problema – mediante o estímulo à industrialização de bens de capital e de consumo – e os métodos de solução, tentando queimar etapas do processo de industrialização vivido pelos países que compunham a economia central.”

Com a Constituição Federal de 1988, muitas garantias trabalhistas foram destacadas com direitos essenciais, valendo destacar a importância do valor social do trabalho (art. 1º, IV), os direitos sociais de segunda dimensão (art. 6º), os direitos trabalhistas mínimos e essenciais (art. 7º), bem como o regramento da atividade sindical (arts. 8º a 11).

Advertem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁵, “na perspectiva do direito constitucional brasileiro, que normas constitucionais dispendo sobre o direito ao trabalho e à proteção do trabalhador já podem ser encontradas no âmbito da evolução constitucional anterior, pelo menos desde a Constituição de 1934 muito embora

14 Direito do Trabalho. Curso e Discurso. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 47. 15
Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 675.

em termos quantitativos e qualitativos, ou seja, no que diz com o número de posições fundamentais atribuídas ao trabalhador e no concernente à intensidade da proteção constitucional, a Constituição Federal de 1988, até mesmo por ter incluído os direitos dos trabalhadores no título dos direitos fundamentais, inovou e avançou significativamente, ainda que aos olhos de muitos o constituinte tenha aqui também pecado pelo excesso.”

Os postulados fundamentais do Direito do Trabalho, hoje, estão na Constituição Federal. Por isso há um chamado *direito constitucional do trabalho* formado pelo conjunto de princípios, institutos e regras disciplinados no texto constitucional, principalmente nos arts. 7º e 8º.

Atualmente, a Legislação Trabalhista sofre muitas críticas por diversos segmentos da classe empresarial, inclusive tem sido apontada como um dos entraves à criação de novos empregos e também responsável por grande parte do desemprego. Entretanto, deve ser destacado que não é função do Direito do Trabalho gerar emprego, também não é sua responsabilidade o aumento do desemprego, pois essas funções não jurídicas e sim econômicas. É o crescimento econômico que gera empregos e não a redução de direitos trabalhistas.

3. A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO COMO PRINCIPAL LEGISLAÇÃO TRABALHISTA DO BRASIL

A Consolidação das Leis do Trabalho é a legislação trabalhista básica do Direito do Trabalho. Aprovada pelo Decreto-Lei 5.452¹⁶ em 1º de maio de 1943, entrou em vigor em 10 de novembro de 1943. Compuseram a comissão que elaborou o anteprojeto Luiz Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Süssekind, Dorval Lacerda, Segadas Vianna e Oscar Saraiva, comandados pelo Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Filho.

Destaca Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich¹⁷: “o termo *Consolidação*, teoricamente, deveria distinguir-se do termo Código, porque este implicaria a elaboração de um sistema jurídico em certa medida inovador, novo não apenas no aspecto orgânico, formal, mas, sobretudo,

16 A Consolidação das Leis do Trabalho por ser um Decreto-Lei, não passou pelo Parlamento, tendo sido o trabalho da Comissão de Juristas aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas e publicado, adquirindo, com isso, o “status” de Lei Ordinária. Atualmente, o Decreto-Lei já não existe mais, sendo necessário que toda Lei passe pelo Parlamento.

17 Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.



V

DO CONTRATO DE TRABALHO

1. DO CONTRATO. DEFINIÇÃO E PRINCÍPIOS

Nos ensina Sílvia Rodrigues¹:

“Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os *contratos*. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero *negócio jurídico*. E a diferença específica entre ambos consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes.”

Conforme Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano², “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.

1 Direito Civil. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

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

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 Gomes³, manifesta-se a liberdade de contratar sob três facetas, quais sejam: a) liberdade de contratar propriamente 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 Gomes⁴, 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”:

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

4 Op. cit. p. 24.

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.”

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 Diniz⁵, “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.*

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

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 Schreiber⁶, “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.”

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 Schreiber⁷, 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

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

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

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 Gottschalk⁸:

“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.”

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 expresso, 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:

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

- 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 Delgado⁹, 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

9 Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 615-618.

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 Cassar¹⁰, “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 negócios, 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 (...)”

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

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.

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 (dezesseis) 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 Garcia¹¹, “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.

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

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 invalidade 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 pública¹². 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; 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

12 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.