

**MAURO SCHIAVI**

Curso de  
**DIREITO do**  
**TRABALHO**

**2ª EDIÇÃO**  
**REVISTA,**  
**ATUALIZADA**  
**E AMPLIADA**

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

(PROVISÓRIO)

## CAPÍTULO V

# DA RELAÇÃO DE TRABALHO

### 1. DOS CONCEITOS DE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Ensina-nos *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*<sup>1</sup> que é elementar em Teoria Geral do Direito que não emerge uma relação jurídica se na sua montagem não se configuram dois polos subjetivos: o credor (polo ativo) e o devedor (polo passivo), cujas posições se entrecruzam (credor-devedor *versus* devedor-credor), porque se trocam prestações (contraprestações), o que é importante, fique-se atento a isso, em qualquer situação jurídica que se queira examinar ou enfrentar.

A doutrina designa a expressão *contratos de atividade* para os contratos que tenham por objeto a atividade do homem. Para *Jean Vicent*<sup>2</sup>, essa expressão caracteriza todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui o objeto da convenção ou uma das obrigações que ele comporta. Destaca *Ribeiro de Vilhena*<sup>3</sup> que “os contratos de atividade preenchem-se com trabalho por conta alheia (representação, prestação livre de serviços, empreitada etc.).”

- 
1. RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de emprego, estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 400-401.
  2. “La dissolution du contrat de travail”, *apud* GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 117.
  3. RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Op. cit.*, p. 400.

Em outra obra, o professor *Ribeiro de Vilhena*<sup>4</sup> salienta que, para o trabalho ser objeto de uma relação jurídica, torna-se indispensável que ele seja por conta alheia, qual seja: aquele que se presta a outrem, a quem cabe os riscos e resultados. Assevera o referido mestre mineiro:

“Define-se o trabalho por conta alheia como aquele que se presta a outrem, a quem, em princípio, cabem os resultados e os riscos. A divisão trabalho por conta própria e trabalho por conta alheia esgotada as categorias de situações jurídicas. No trabalho por conta própria não se estabelece uma relação jurídica fundada no trabalho em si, mas uma situação de poder sobre a coisa, o objeto trabalhado, o resultado do trabalho, como relação de direito real-factual. No trabalho por conta alheia os nexos jurídicos nascem no próprio trabalho, ainda que se tenham em vista os resultados ou a atividade em si. No primeiro caso, a relação jurídica é ulterior ao trabalho e decorre de um ato de disposição ou outro qualquer de natureza modificadora dos bens ou da situação da coisa concernente à pessoa que a produziu ou de que resultou acabada (ato jurídico unilateral, como abandono; negócio jurídico unilateral, como a doação; ou bilateral, como o arrendamento, a troca ou a venda). Entendemos mais límpida e precisa a distinção elaborada por Alonso García, pois o elemento risco não é susceptível de isolamento perfeito, como característico de uma ou outra forma de trabalho, já que há prestações de trabalho por conta alheia, em que o prestador participa dos riscos e dos resultados. Mas a recíproca não é verdadeira: não há trabalho por conta própria, em que o prestador divida riscos ou resultados. Admiti-lo será caminhar para formas societárias de trabalho.”

O termo *relação de trabalho* pressupõe trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade. Desse modo, estão excluídas as modalidades de relação de trabalho em que o trabalho for prestado por pessoa jurídica, porquanto, nessas modalidades, embora haja relação de trabalho, o trabalho humano não é o objeto dessas relações jurídicas, e sim um contrato de natureza cível ou comercial.

---

4. RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Contrato de trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 26.

Conceituamos assim *relação de trabalho*: O trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca, em caráter preponderantemente pessoal, de forma eventual ou não eventual, gratuita ou onerosa, de maneira autônoma ou subordinada, sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica, de direito público ou de direito privado), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade que desempenhará.

A relação de trabalho é um gênero que engloba a relação de emprego, que é uma de suas espécies, assim como o trabalho autônomo, o eventual, o avulso etc.

Somente a relação de emprego que pressupõe o trabalho executado nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT, ou seja, realizado por pessoa natural, com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade, é objeto do Direito do Trabalho. As demais relações de trabalho são regidas pelo Código Civil ou por legislação específica.

## 2. DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Sempre foi polêmica a questão da natureza jurídica da relação de emprego. Autores há que defendem a natureza contratual, pois há necessidade de manifestação de vontade para que uma pessoa possa ser considerada empregada de outra. Outros sustentam a natureza institucionalista, argumentando que não há necessidade de manifestação de vontade para que se configure a relação de emprego, bastando que haja integração do trabalhador no organismo empresarial e a efetiva prestação de serviço.

Não há consenso acerca da natureza jurídica, nem na doutrina, tampouco na própria Consolidação das Leis do Trabalho

Dispõe o artigo 442 da CLT:

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

O referido artigo adota a natureza híbrida da relação de emprego. Ao se reportar ao acordo tácito ou expresso, nitidamente a CLT fixou o caráter contratual da relação de emprego, que tem a sua mola propulsora na manifestação de vontade. Entretanto, ao mencionar que o contrato corresponde à relação de emprego, a CLT fixa também a chamada teoria anticontratualista ou institucionalista.

Lembra Vólia Bomfim que a comissão que elaborou a CLT era composta por cinco membros: os Procuradores da Justiça do Trabalho Luiz Augusto Rego Monteiro (institucionalista); Arnaldo Süsssekind (contratualista), Dorval Lacerda (institucionalista) e Segadas Vianna (contratualista), e o Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Oscar Saraiva (contratualista)<sup>5</sup>.

A chamada teoria institucionalista da relação de emprego não exige a manifestação de vontade para que ela esteja configurada. Basta o fato em si do trabalho de uma pessoa física, em caráter pessoal, subordinado, não eventual e remunerado para outra pessoa, física ou jurídica, para existir a relação de emprego.

Como bem observa Maurício Godinho Delgado: “(...) Para o institucionalismo, a relação empregatícia configuraria um tipo de vínculo jurídico em que as ideias de liberdade e de vontade não cumpririam papel relevante, seja em seu surgimento, seja em sua reprodução ao longo do tempo. A partir do conceito de instituição – uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes (conceito buscado dos autores civilistas *Maurice Hauriou* e *Georges Renard*) –, os institucionalistas do Direito do Trabalho constroem sua teorização. Nessa linha, compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes”<sup>6</sup>.

De outro lado, como bem adverte Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>7</sup>, “pode-se entender, ainda, que, do mesmo modo que o contrato é fonte de obrigações (sendo esta uma relação ou um vínculo jurídico), o contrato de trabalho é a fonte da relação de emprego, dando origem a essa relação jurídica. Mesmo assim o contrato de trabalho, como modalidade de negócio jurídico, também pode ser visto em seu papel dinâmico, ou seja, retratando a própria relação jurídica de emprego em execução, em que a vontade se manifesta (ainda que de forma tácita) não apenas em seu momento inicial, mas também em seus desdobramentos sucessivos.”

A nosso ver, a relação de emprego tem natureza institucional ou anticontratual, mas o contrato de trabalho, indiscutivelmente, tem natureza

5. Direito do Trabalho. 14ª Edição. São Paulo: Método, 2017, p. 241.

6. Curso de Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 318-319.

7. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 154.

contratual, pois necessita da manifestação de vontade, ainda que de forma tácita.

### 3. RELAÇÕES DE TRABALHO QUE NÃO CONFIGURAM RELAÇÃO DE EMPREGO

Há uma diversidade de relações de trabalho em que há o trabalho humano realizado de forma pessoal em prol de um tomador, as quais não configuram relação de emprego; simplesmente uma relação de trabalho que não está sob tutela das leis trabalhistas, mas do Direito por meio de legislação especial ou, subsidiariamente, do Código Civil.

Em muitas dessas relações, o trabalhador é dependente da fonte de trabalho, mas falta um dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT para configuração do vínculo de emprego.

O Código Civil, ao disciplinar nos arts. 593 a 606 o *contrato de prestação de serviços*, destaca a importância do trabalho humano, ao mencionar a prioridade de regulamentação dos contratos em que há a prestação de serviço humano como a legislação trabalhista.

Com efeito, dispõe o art. 593 do Código Civil:

“A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Nos termos do art. 594 do Código Civil, “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

Como bem advertem Gustavo Tepedino, Heloisa Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>8</sup>:

“O CC exclui de sua proteção a prestação de serviço que é regulamentada pelas leis trabalhistas, só sendo objeto da tutela do CC aquelas hipóteses de prestação de serviços entre particulares em que não haja um vínculo empregatício e que não perfaça em uma relação de consumo (...) O Código Civil tem, portanto, uma função residual, destinada a uma gama mais restrita de negócios jurídicos, na medida em que o grande universo da prestação de serviços se

8. Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição Federal. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 320.

encontra regulado pela CLT, legislação trabalhista em geral e pelo Código de Defesa do Consumidor.”

#### 4. TRABALHADOR AUTÔNOMO

Trabalhador autônomo é aquele que dirige sua própria atividade, não se subordinando ao tomador dos seus serviços. Tem discricionariedade para escolher *onde, para quem e de que forma* trabalhar. Na linguagem popular é o “patrão de si mesmo”.

O trabalhador autônomo é senhor de sua atividade e, como regra geral, corre os riscos da atividade que desempenha. São indícios de ser o trabalho autônomo:

- a) fixação do preço do serviço pelo próprio trabalhador;
- b) inexistência de jornada predeterminada de trabalho;
- c) correr o trabalhador o risco de sua atividade;

d) não estar o trabalhador inserido na dinâmica empresarial, tampouco sua atividade ser necessária e permanente ao tomador de serviços.

O trabalhador autônomo não está sob tutela do Direito do Trabalho. Seus serviços, como regra, são regidos por Lei Especial ou, subsidiariamente, pelo Código Civil.

Sobre a diferenciação entre trabalhador autônomo e subordinado, ensina com propriedade Maurício Godinho Delgado<sup>9</sup>:

“A diferenciação central entre as figuras situa-se, porém, repita-se, na subordinação. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo

9 Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 334.

# CAPÍTULO VIII

## DO CONTRATO DE TRABALHO

### 1. DO CONTRATO. DEFINIÇÃO

Ensina-nos Sílvio Rodrigues<sup>1</sup>:

“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.”

Na visão de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano<sup>2</sup>, “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 pelo qual, por acordo de vontades, são criados direitos e obrigações, dentro dos limites legais, entre as duas ou mais partes.

---

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.

O contrato exige:

- a) ao menos duas partes;
- b) um vínculo jurídico entre elas;
- c) objeto.

## 2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRATOS

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

**2.1. 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 Gomes<sup>3</sup>, 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.

**2.2. 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 Gomes<sup>4</sup>, a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais fora ilimitada. Duas limitações de caráter geral confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes.

**2.3. 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.

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

4. Op. cit. p. 24.

**2.4. Princípio da função social do contrato:** nesse aspecto, destacam-se os arts. 421 e 2.035 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. 2.035: “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. Logo, trata-se 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 Diniz<sup>5</sup>, “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 2.035 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 cumprem a função social do contrato.

Como bem adverte Anderson Schreiber<sup>6</sup>, “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 Lei da Liberdade Econômica.”

## 2.5. 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.”

Nos ensina Judith Martins-Costa<sup>7</sup>, a boa-fé, “nascida com o mundo romano, a ideia de **fides** (...) Expressão polissêmica, a ides será entendida, amplamente como confiança, mas igualmente, como colaboração e auxílio mútuo (na relação entre iguais), e como amparo ou proteção (na relação entre desiguais), como lealdade e respeito à palavra dada (...)”

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 Schreiber<sup>8</sup>, a boa-fé objetiva consiste em cláusula geral que impõe a adoção 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

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

7. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 98.

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

jurídicos; (b) função restritiva do exercício de direitos; e (c) função criadora de deveres anexos à prestação principal.

**2.6. 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.

### 3. 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 Gottschalk<sup>9</sup>:

“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.

Maurício Godinho Delgado<sup>10</sup> define o contrato de trabalho “como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.”

Dispõe o art. 442, *caput*, da CLT:

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

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

10. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 626.

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 para outros era contratual. No entanto, o dispositivo menciona *contrato de trabalho* e após *relação de emprego*, o que denota esse misto de contrato e instituição.

Nos termos da definição *supra*, 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) **personalidade:** 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, uma vez que ninguém será empregado de outrem senão por sua própria vontade. Em contrapartida, 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.

### 3.1. Características do contrato de trabalho

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 nesse tipo de contrato.

Nesse sentido, são expressivos os arts. 9º e 444 da CLT:

Art. 9º: “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: “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 recíprocos entre as partes.

Como classifica com maestria Maurício Godinho Delgado<sup>11</sup>, 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 pois 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 exigem 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 pode vir acompanhado de outros contratos.

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

#### 4. 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 se o contrato de trabalho for efetivado. Assim, por exemplo, tendo um executivo recebido a proposta de 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.

Nesse aspecto, dispõe o art. 427 do CC que “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<sup>12</sup>, “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

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

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 (...).”

## 5. EXIGÊNCIA DE TEMPO DE EXPERIÊNCIA DO EMPREGADO PARA CONTRATAÇÃO

Nos termos do 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 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 seis meses possa evitar a contratação.

A experiência significa vivência prática da função para a qual se candidata o trabalhador.

O tempo de experiência que pode ser exigido é para o mesmo tipo de atividade, à qual se candidata o trabalhador. Entretanto, não há inviabilidade de ser requerida a qualificação profissional para o exercício da profissional quando a lei o exigir (artigo 5º, XIII, da CF<sup>13</sup>) ou grau de escolaridade, conforme a complexidade da função.

Como destaca Sérgio Pinto Martins<sup>14</sup>: “o objetivo da norma foi facilitar o acesso dos jovens ao mercado de trabalho. As empresas, na prática, vão continuar a exigir experiência sem colocá-la em anúncios ou torná-la explícita. Poderão simplesmente não admitir o trabalhador e não dizer a razão. O empregado vai acabar não sendo contratado por não ter experiência”.

Embora a lei tenha relevante caráter social, pensamos que, em algumas funções que exigem maior responsabilidade e especialização da mão de obra, a experiência superior a seis meses justifica-se.

13. Art. 5º, XIII, da CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

14. Comentários à CLT. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 374.

O critério adotado pela Lei é objetivo e não há inconstitucionalidade, pois não inviabiliza a atividade econômica do empregador e prestigia o acesso ao mercado de trabalho.

O descumprimento do presente dispositivo pelo empregador implica, segundo vem se posicionando a doutrina dominante, penalidade administrativa ao empregador (artigo 510 da CLT). Não obstante, diante das circunstâncias do caso concreto, a exigência de experiência poderá violar direitos da personalidade do trabalhador.

Requisitos de razoabilidade e proporcionalidade podem exigir tempo de experiência superior a seis meses.

## 6. 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 expreso. 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, perante uma prestação pessoal nos moldes do artigo 3º da CLT, não toma atitude compatível com a vontade de não aceitar o trabalho, e o contrato estará configurado.

## 7. 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.

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

**7.1. 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: “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.

**7.2. 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. Essa 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 CC que resta aplicável ao Direito Material e Processual do Trabalho (arts. 8º e 769 da CLT).

Dispõe o art. 5º do CC: “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