

SERGIO RICARDO DA SILVA

**EXTINÇÃO OU MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO
QUANDO NÃO RECONHECIDO O PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC

SÃO PAULO

2016

SERGIO RICARDO DA SILVA

**EXTINÇÃO OU MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO
QUANDO NÃO RECONHECIDO O PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA**

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho, na Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

Orientador: Leonel Maschietto

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC

SÃO PAULO

2016

EXTINÇÃO OU MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO QUANDO NÃO RECONHECIDO O PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho, na Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonel Maschietto
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A Deus por ter me transformado no homem que sou, à minha esposa Vitória e aos meus filhos Joana Akemi e Pedro Akio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao querido Professor Leonel Maschietto, meu orientador, amigo, a presença segura, competente e estimulante.

Aos professores da PUC – colegas de trabalho - pela confiança, apoio e reflexões críticas.

“O mais forte nunca é forte o suficiente para ser sempre o senhor, se ele não transformar sua força em direito e a obediência em dever”.

(Rousseau – O Contrato Social)

O tema abordado trata de um assunto que a cada dia vem ganhando espaço no Direito Brasileiro, seja pela sua complexidade, seja pela forma de como é tratado, de tal sorte que procuramos fazer um estudo amplo, mostrando seus pontos controvertidos e, principalmente, a opinião dos principais doutrinadores do Direito.

Todo o contrato de trabalho, que em algum momento teve seu início, terá, também, seu término. A extinção do contrato pode se dar de diversas formas, dentre elas a rescisão indireta do contrato de trabalho por ato faltoso do empregador, nos termos do artigo 483, da CLT.

Todavia, nem todas as ações de rescisão indireta decorrem das situações previstas em lei. Muitas das demandas apontam para fatos corriqueiros das relações de trabalho, sem qualquer nexos com os motivos ensejadores da rescisão do contrato por iniciativa do empregado.

Surgem os seguintes questionamentos: como deve ser resolvida a demanda? qual a saída jurídica para resolver o contrato de trabalho? rescindi-lo ou mantê-lo? Essas e outras questões serão abordadas no presente estudo.

O trabalho foi desenvolvido com base no que existe de mais atual sobre o tema, dentre doutrinas e jurisprudências. Ainda, foi realizada a abordagem de julgados, com a demonstração fática de como é o entendimento adotado por alguns magistrados.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho - Formas de rescisão do contrato de trabalho- Rescisão Indireta.

ABSTRACT

The theme mentioned is about a subject that has been gaining more traction in Brazilian Law, for its complexity as well how it has been dealt with such that we decided to do a deep study about it showing its controversial main topics and in particular the opinion of prominent Legal Scholars of the Law.

Every employment contract has a beginning and an end, and its extinction can be finalized in different ways, among these the indirect contract termination for employer's wrongful actions in article or act 483 of CLT.

Although, not all actions follow the situation listed in article 483 of CLT, most of them are basically normal situation that happen in labor relations without any connection with reasons of the contract termination by the employee and being that how the demand must be resolved, what is the judicial approach to solve the employment contract? Rescind it or keep it? These and other questions will be approached in this study.

The gathered information was based on the latest studies related to the subject such as books, jurisprudence, precedence, even though showing the as well as personal practical experience of judges' understanding and interpretations of aspects related to the theme.

Key words: Labor Contract- Forms of termination of employment contract- Indirect Termination

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Art.	Artigo
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I	
1. CONTRATO DE TRABALHO	
1. Conceito	14
1.1. Da classificação do contrato de trabalho	15
1.2. Requisitos	17
1.2.1. Pessoa física	18
1.2.2. Pessoa jurídica	18
1.2.3. Não eventualidade	19
1.2.4. Subordinação	20
1.2.5. Onerosidade	21
1.3. Requisitos não essenciais	21
CAPÍTULO II	
2. SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO	
2.1 Empregado	23
2.2 Empregador	25
2.2.1 Poder diretivo empregador	27
2.2.2 Dos limites do poder diretivo do empregador	31
2.2.3 Do direito de resistência do empregado	36
CAPÍTULO III	
3. CONDUTAS FALTOSAS DO EMPREGADOR PREVISTO EM LEI	
3.1 Exigência de serviços superiores às forças do empregado, defesos em lei	38
3.2 Tratamento, pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos, com rigor excessivo	39
3.3 Perigo manifesto ou mal considerável	40
3.4 Não cumprimento das obrigações do contrato de trabalho	41
3.5 Prática de ato lesivo à honra e boa fama do empregado	42

3.6 Prática de ofensa física contra o empregado	43
3.7 Redução do Trabalho do Empregado	44
3.8 Assédio Moral	45
3.9 Assédio Sexual	46

CAPÍTULO IV

4. FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

4.1 Denominação	48
4.2 Conceito	49
4.3 Cessação do contrato por decisão do empregador	49
4.4 Cessação do contrato de trabalho por justa causa	49
4.5 Cessação do contrato por decisão do empregado	50
4.6 Cessação do contrato por desaparecimento de uma das partes	50
4.7 Cessação do contrato por mútuo acordo	51
4.8 Cessação do contrato por culpa recíproca	52
4.9 Cessação do contrato por advento do termo do contrato	52
4.10 Cessação do contrato por força maior	53

CAPÍTULO V

5. DA RESCISÃO INDIRETA

5.1 Conceito	54
5.2 Requisitos necessários à configuração da rescisão indireta	55
5.2.1 Requisitos objetivos	56
5.2.2 Requisitos subjetivos	57
5.2.3 Requisitos circunstanciais	58
5.3 Pronunciamento judicial na rescisão indireta	60
5.4 Ônus da prova	63
5.5 Da não comprovação da rescisão indireta e a extinção do contrato de trabalho	64

CONCLUSÃO	68
------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	71
------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O tema tratado no presente trabalho, além de complexo, é por demais controvertido. Trata-se de instituto que hodiernamente cresce com diversas demandas distribuídas em nossos Tribunais visando à rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo elas com base no descumprimento do contrato de trabalho, conforme tipificado no art. 483 da CLT, ou muitas vezes com fundamento em situações não defesas em lei e que resultam no não conhecimento do pedido de rescisão indireta.

O objetivo deste estudo é mostrar a relação de emprego sob a ótica do empregado, quando ocorrem faltas graves que inviabilizam a manutenção do contrato de trabalho, sem, contudo, deixar de apresentar as alternativas do empregador, em contraposição aos argumentos jurídicos do instituto.

E, por fim, apresentar a forma de resolução do contrato de trabalho quando a rescisão pleiteada na demanda trabalhista não é reconhecida em juízo, a saída jurídica para encerrar o contrato. Seria a manutenção do vínculo a decisão mais acertada?

Essas e outras questões serão abordadas no decorrer do trabalho.

Para desenvolvimento do tema, principia-se, no capítulo I, com a análise do contrato de trabalho, iniciando com a conceituação, espécies e requisitos.

Dando sequência lógica, o capítulo II irá abordar os sujeitos do contrato de trabalho, com ênfase no empregador e no seu poder diretivo e a forma de resistência do empregado em relação a esse poder.

O capítulo III abordará o resultado abusivo do poder diretivo do empregador, em especial as condutas contidas no artigo 483, alíneas “a” a “g”, da CLT.

E, antes de entrarmos efetivamente na rescisão indireta em decorrência das condutas estudadas no capítulo III, trataremos das formas de extinção do contrato de trabalho no capítulo IV.

No capítulo V, estudaremos a extinção do contrato de trabalho por rescisão indireta. Neste capítulo, traremos a solução apresentada pela doutrina e jurisprudência para extinção do contrato e a necessidade do pronunciamento judicial.

Findamos o trabalho com a conclusão de cada capítulo e a solução jurídica para resolver o contrato de trabalho, quando não reconhecido o pedido de rescisão indireta.

No que tange à metodologia adotada, amparamo-nos em análises doutrinárias, enveredando na esfera jurisprudencial sempre que preciso para respaldar nosso raciocínio.

Por fim, salientamos que a estruturação dos aspectos formais do trabalho amparou-se na obra de Rizzatto Nunes, Manual de Monografia Jurídica, e nas normas NBR 6023 (referência bibliográficas), NBR 10512 (citações) e NBR 14724 (apresentações de trabalhos acadêmicos) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

O CONTRATO DE TRABALHO

1. CONCEITO

As relações de trabalho humano ocorrem das mais variadas maneiras.

Assim, podemos afirmar que o trabalho humano é objeto de vários tipos de contrato, dentre os quais o de trabalho, cerne do nosso estudo.

O contrato de trabalho é a relação jurídica contratual entre empregado e empregador, onde surgem direitos e obrigações de ambas as partes.

A CLT prevê, no artigo 442, o contrato de trabalho, estabelecendo que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.¹

A norma consolidada não estabelece forma, ao prever, em seu artigo 443, que o contrato poderá ser acordado de forma tácita ou expressa, verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado².

Alice Monteiro de Barros assim conceitua o contrato de trabalho³:

Contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá

¹ Art. 442 da CLT.

² Art. 443 da CLT.

³ BARROS, Alice Monteiro - Curso de Direito do Trabalho 10ª ed. São Paulo: Ltr – 2016, p.157.

distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.

Para Luciano Martinez⁴ :

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Ainda em relação ao conceito de contrato de trabalho, o saudoso Octavio Bueno Magano⁵ asseverava que: “é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob direção de qualquer das últimas”.

1.1 DA CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Podemos adotar diversos critérios para classificação das modalidades de contrato de trabalho.

Mozart Victor Russomano⁶ apresenta em seu “Curso de Direito do Trabalho” quatro critérios de classificação do contrato de trabalho, quanto à sua celebração, seus sujeitos, sua regulamentação, e por fim, quanto a sua duração:

- a) Quanto à **forma de sua celebração**, o direito brasileiro divide-os em contratos **escritos** ou **verbais**. Quanto a estes, subdivide-os em contratos **tácitos** e **expressos**. (grifo no original).
- b) No que concerne aos **sujeitos da relação de emprego** - e agora a importância da classificação cresce - os contratos de trabalho podem ser **singulares** ou **plúrimos**. Os primeiros são aqueles em que um empregador contrata um empregado. Os segundos podem ter morfologia diversificada: um empregador contrata vários trabalhadores que atuam em grupo, representando pelo chefe do *team* (contrato de equipe); um só trabalhador é admitido por mais de

⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.164.

⁵ MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Direito Coletivo do Trabalho 3ª ed. São Paulo: Ltr. 1993, p. 47.

⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho 5ª ed. Curitiba: Juruá, 1995 p. 104-105

um empregador (como no caso do recepcionista que atende, simultaneamente, dois consultórios médicos independentes); dois ou mais empregadores admitem uma equipe de empregados, para que lhe prestem serviços simultâneos, através de um único vínculo de trabalho. (grifo no original).

c) No que se refere à **regulamentação** da relação jurídica, o contrato de trabalho é **comum** ou **especial**. (grifo no original).

O contrato comum é regido pelas normas genéricas da legislação trabalhistas do país. É o contrato padrão ou normal, enquadrado dentro do sistema de normas gerais em vigor.

Quando a prestação de serviços adquire aspectos peculiares que não coadunam com aquelas regras comuns ou quando, à míngua de normas específicas, ficaria o trabalhador sem proteção eficaz - submete-se a relação de emprego um regime próprio. Não é a norma específica que cria o contrato de trabalho especial: este, por sua natureza, impondo-se como fato, compele o legislador a discipliná-lo através das regras *sui generis*.

d) Quanto à **duração**, finalmente, os contratos de trabalho podem ser **por prazo determinado** ou **por prazo indeterminado**. (grifo no original).

Já Luciano Martinez⁷, nos apresenta uma classificação, mais, detalhista do contrato de trabalho.

Para Martinez:

O contrato de emprego, por suas características e singularidade, pode ser classificado, dentro da teoria civil dos contratos, nos seguintes moldes:

a) É **típico** ou **nominado** porque é consolidado em lei, expressamente previsto em norma disciplinadora própria, que a pormenoriza.

b) É **comutativo**, porque produz direitos e **obrigações equivalentes** para ambos os contratantes. Nos contratos comutativos, conforme bem asseverado por Orlando Gomes, “a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às obrigações”

c) É **sinalagmático** porque dotado de direitos, deveres e **obrigações contrárias**, opostas e equilibradas, de modo que a obrigação de um dos sujeitos seja fundamento jurídico existência de outro direito, dever ou obrigação. Nesse sentido, não havendo trabalho, não há como existir contraprestação; não havendo contraprestação, não há como continuar a ser prestado o trabalho.

d) É **oneroso** porque pressupõe dispêndios de ambos os sujeitos contratantes.

f) É **personalíssimo**, porque celebrado intuitu personae, vale dizer, considerando as características pessoais e atributos intrínsecos do prestador de serviços.

⁷ Ibid. p. 165-166

g) É, **em regra, não solene**, pois não vinculado a formas sacramentais, bastando a mera execução dos serviços, dentro das características próprias ao contrato de emprego, para que se entenda validamente constituído o ajuste. Há, como exceção, contratações que impõem formalidades especiais, normalmente ligadas à construção de instrumentos escritos, entre as quais podem ser citadas a contratação do aprendiz (art. 428 da CLT), a contratação de trabalhador temporário (art. 11 da Lei n. 6.019/74), a contratação coletiva (acordo coletivo ou convenção coletiva, nos termos do art. 611 da CLT) e a contratação de atleta profissional (art. 28 da Lei n. 9.615/98).

h) É **de trato sucessivo** porque suas prestações são oferecidas e exigidas de forma contínua, renovando-se esse fluxo a cada instante, a cada momento em que se vivência o ajuste. O contrato de emprego, consoante o dizer de Plá Rodriguez, "não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga".

i) É **principal** porque existe em função de si mesmo, não dependendo de outros ajustes para ser praticado. O contrato de emprego, por outro lado, é veículo de múltiplas formas contratuais entendidas, no contexto, como secundárias e dependentes, sendo exemplos os contratos de mandato (para exercício de poderes de gestão e mando) e de depósito (para o exercício de atividades com o instrumental do empregador). (grifado no original)

1.2 REQUISITOS

Com relação ao contrato de trabalho, encontramos na doutrina as mais diversas definições. Os elementos que o distinguem dos demais contratos, contudo, persistem em todas elas.

Para caracterizar a relação de emprego, deve haver cinco elementos fático-jurídicos de forma cumulativa.

Maurício Godinho Delgado⁸ classifica-os da seguinte forma:

- a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer;
- b) prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador;
- c) também efetuada com não eventualidade;
- d) efetuada ainda sob

⁸ DELGADO, Maurício Godinho - Curso de Direito do Trabalho – 14ª ed. São Paulo: Ltr, 2015, p.299

subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

Diante do ensinamento do Ilustre Professor, consideramos que a relação de emprego deve conter os seguintes requisitos: onerosidade, subordinação, pessoalidade, não eventualidade e trabalho prestado por pessoa física.

Vamos aproveitar o ensinamento do Ilustre Professor Godinho e analisar cada requisito da relação de emprego.

1.2.1. Pessoa física

O trabalho deve ser realizado por pessoa física. O trabalhador deve ser sempre uma pessoa natural.

O empregado deve ser uma pessoa física que disponibiliza sua força de trabalho em favor de outrem.

Vale lembrar a distinção feita por Godinho⁹ da palavra trabalho e serviço: “a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica”.

1.2.2. Pessoalidade

O trabalho prestado por pessoa física não significa que houve pessoalidade. Embora os termos estejam ligados, há distinções. Quando falamos em pessoalidade, estamos dizendo que a relação jurídica será *intuitu personae*. O trabalhador não pode se fazer substituir ao seu bel prazer.

⁹ Ibid. p. 301

O empregador contrata o empregado por ter características específicas para determinado trabalho, muitas vezes essas características são essenciais para a execução do labor, não podendo ser esse substituído.

1.2.3. Não eventualidade

A não eventualidade é um dos requisitos incentivados ao máximo pelas normas justralhistas. O objetivo é a continuidade do contrato de trabalho.

A não eventualidade deve ser caracterizada como a permanência do contrato de trabalho, mesmo aos contratos a termo por um curto período.

O conceito de não eventualidade, entretanto, é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho, seja em sede de doutrina, jurisprudência ou textos legais, em função de entendimentos diversos acerca de trabalhos eventuais e não eventuais.

A doutrina construiu diferentes teorias para precisar o alcance da expressão celetista, as quais, na visão dos próprios doutrinadores, devem ser apreciadas em conjunto, sendo perigosa a escolha isolada delas.

Há quatro teorias que buscam demonstrar o que vem a ser “serviço de natureza eventual”.

Segundo a teoria da descontinuidade, eventual seria o trabalho esporádico, descontínuo e interrupto em relação ao tomador enfocado. Caracteriza-se como eventual o trabalho que se fracione no tempo. A CLT não adotou essa teoria.

A teoria do evento considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço.

Deve-se atentar para o fato de que um evento de maior dilação temporal poderá retirar o caráter eventual do serviço prestado.

Já a teoria dos fins do empreendimento informa que eventual será o trabalhador chamado a realização da tarefa não inserida nos fins normais da empresa, tarefas essas que, por esta razão, serão esporádicas e de estreita duração.

Por fim, há a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços. Para essa teoria, múltiplos tomadores de serviço tornam o indivíduo um trabalhador eventual. Todavia, essa não é uma regra absoluta, uma vez que a lei não exige exclusividade para a configuração da relação de emprego.

O fato é que cada uma das teorias em questão pode produzir resultados concretos distintos pelo operador do direito.

A conduta mais acertada é valer-se o intérprete de uma combinação das teorias na apreciação do caso concreto.

1.2.4. Subordinação

A subordinação é própria do contrato de trabalho. Consiste na necessidade do trabalhador seguir certas regras na prestação de serviço, ainda quando impostas pelo beneficiário do trabalho. Compreende a prerrogativa de que se investe o tomador de serviço, em decorrência da relação de emprego, de modular, a cada passo ou quando queira, segundo a conveniência do negócio.

Observados os limites legais e contratuais próprios, a atividade exercida pelo empregador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como fiscalizando o cumprimento de ordens dadas durante o labor, e aplicando, se necessário, sanções ao descumprimento destas.

1.2.5. Onerosidade

O trabalho tem por meta a subsistência humana. É através do trabalho que o homem consegue o seu sustento.

A onerosidade também é um requisito essencial do contrato de trabalho, já que após a prestação de serviço o trabalhador precisa ser remunerado. Já o pensamento de trabalho gratuito, ou *verbi gratia*, como não é passível de onerosidade, logo não constitui vínculo empregatício, pois não preenche um dos requisitos do contrato de trabalho.¹⁰

A onerosidade é uma contrapartida pelos serviços prestados ao empregador. Refere-se diretamente ao salário percebido pela atividade laboral desenvolvida para determinada pessoa física ou jurídica.

Sérgio Pinto Martins¹¹ assevera que:

A onerosidade é traço essencial da prestação do empregado por derivação de um caractere do contrato individual de emprego. Seria de fato, socialmente insustentável admitir-se gratuidade nessa classe de contratos, uma vez que a prestação do empregador (o salário) é fator de subsistência do empregado. Logo, onde for admissível a prestação gratuita do trabalho não estará caracterizada a figura do empregado, como prestador.

1.3 REQUISITOS NÃO ESSENCIAIS

A exclusividade não é um requisito essencial, o trabalhador pode ter mais de um emprego, visando o aumento de sua renda mensal. Em cada um dos locais de trabalho, será considerado empregado. A legislação mostra a possibilidade do

¹⁰ GOMES, Orlando, GOTTSCHALK. Elson Curso de Direito do Trabalho 11 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990 p.84-85

¹¹MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121

empregado ter mais de um emprego. O art. 138 e art. 414 da CLT apresentam situações de empregado com mais de um vínculo de emprego.

O fato do empregado não ser profissional ou não ter grau de escolaridade não é óbice para a existência do contrato de trabalho.

O trabalhador muitas vezes é contratado para exercer na empresa atividade diversa daquela que é sua especialidade, a exceção, porém é a contratação para exercer profissão que exija formação superior, como por exemplo, médico e advogado.

SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Neste capítulo iremos analisar os sujeitos do contrato de trabalho, considerando os seus aspectos mais relevantes para compreensão do tema, analisaremos o poder diretivo do empregador e do dever de subordinação e de resistência do empregado.

2.1. Empregado

O contrato de trabalho é uma relação jurídica que se firma entre empregado e empregador.

Preliminarmente há que se distinguir a relação de trabalho da relação de emprego. Jean Vincent utiliza a expressão contrato de atividade para designar “todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui o objeto da convenção ou uma das obrigações que ela comporta”.¹² E Alice Monteiro de Barros assevera que “os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, da qual a relação de emprego é uma espécie”¹³.

“A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho”¹⁴.

Para Alice Monteiro de Barros¹⁵

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o

¹² VICENT, Jean. La dissolution du contrat de travail, p. 27, Apud BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016, p. 147.

¹³ Ibid. p. 147

¹⁴ Ibid. p. 147

¹⁵ Ibid. p. 147

empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não-eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.

Constata-se, portanto, que não é qualquer relação de trabalho estará sujeita ao Direito do Trabalho, mas somente aqueles que possuam as características antes mencionadas, as ditas relações de emprego. “Existem relações de trabalho lato sensu que não se confundem com a relação de emprego, considerada relação de trabalho stricto sensu. São elas o trabalho autônomo, o eventual, o avulso, entre outros”¹⁶.

O conceito de empregado é definido em lei. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário¹⁷.

Alice Monteiro de Barros¹⁸ define empregado como:

Pessoa **física** que presta serviço de natureza não eventual a **empregador** mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas. (Grifo Original)

Já Godinho¹⁹, conceitua que:

Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a estes efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Como já dito por Alice Monteiro de Barros, faltando qualquer dos requisitos não haverá vínculo de emprego, não sujeitando a relação jurídica de serviço a tutela da legislação trabalhista. E dentre os requisitos da relação de emprego, a subordinação é o de maior relevância para o presente estudo, tendo dito a autora que

¹⁶ Ibid. 147

¹⁷ Art. 3º, CLT

¹⁸ Ibid. p. 174

¹⁹ Ibid. p. 377

Encarada sob o prisma subjetivo, a subordinação apresenta três aspectos: pessoal, técnico e econômico. Quando o empregado está sujeito a controle de horário e acata as ordens recebidas, ele subordina-se pessoalmente ao empregador; quando atende às regras de execução, aflora a subordinação técnica; e quando seu orçamento familiar e seu patrimônio são constituídos basicamente do salário que recebe do empregador, fica patente a subordinação econômica. Em geral, esses três aspectos estão presentes na subordinação jurídica²⁰

O poder diretivo atua em razão da subordinação existente no contrato de trabalho. Só empregador tem poder diretivo.

2.2 Empregador

A Consolidação das Leis do Trabalho não é taxativa ao tratar dos tipos de empregadores, o texto legal, em seu artigo 2º, considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço²¹, equiparando à sua figura, para efeito da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (§1º, art. 2º, CLT).

Amauri Mascaro Nascimento²² classifica as várias espécies de empregador sob três ângulos “quanto à estrutura jurídica, podendo ser pessoa física ou jurídica, - quanto ao setor econômico da atividade, há empregadores urbanos, comerciais ou industriais, rurais e domésticos - quanto aos setores do direito, empregador privado e público”.

Mascaro²³ por fim, define empregador como “todo ente para que uma pessoa física presta serviços continuados, subordinados e assalariados. É por meio da

²⁰ Ibid. p. 177

²¹ Art. 2º da CLT

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, “Curso de Direito do Trabalho”, São Paulo, 18ª ed. Saraiva, 2003, p. 548.

²³ Ibid. p. 548

figura do empregado que se chegará à do empregador, independentemente da estrutura jurídica que tiver”.

Alice Monteiro²⁴ nos ensina que: “empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”.

Renato Saraiva²⁵ define empregador “como sendo a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

De fato, para a existência do vínculo de emprego, é necessário verificar se presentes os requisitos constantes do art. 3º da CLT, caput²⁶, quais sejam, pessoalidade, habitualidade, recebimento de salário e subordinação. Pois, referidas características definem a figura do empregado. Em contrapartida, em caso positivo da existência de tais requisitos, conseqüentemente, no outro pólo da relação jurídica haverá a existência do empregador.

Ao contrário do empregado, que sempre é pessoa física, o empregador pode ser pessoa física ou jurídica, o que o torna mais complexo e sujeito central da relação de emprego, bem como o fator financeiro do contrato de trabalho, que é suportado pela figura do empregador através dos pagamentos de salários de forma contínua.

Feitas tais considerações, temos que as características do ente jurídico designado empregador são, entre outras, pessoa física ou jurídica que contrata pessoa física para prestação de seus serviços, mediante salário, com pessoalidade, obediência as suas determinações e de forma não eventual.

24 Ibid. p. 246

25 SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho, Versão Universitária, São Paulo: Método, 2008, p.110

26 Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Entretanto, preenchidos tais requisitos, a lei brasileira não faz distinção quanto aos direitos, deveres e obrigações a que se sujeitam os empregadores pessoas físicas em relação aos empregadores pessoas jurídicas, ambas devem cumprir a mesma legislação vigente. O mesmo ocorre em relação aos diversos tipos de empregador pessoa jurídica, sejam elas empresas de grande ou médio porte, ou ainda as microempresas.

Nesse contexto, importante destacarmos as obrigações do empregador, quais sejam, proporcionar trabalho, pagar salário, respeitar as normas de proteção ao trabalhador e sua dignidade pessoal.

Para dar seguimento ao nosso estudo, iremos verificar o poder diretivo do empregador e seus limites.

2.2.1 Poder Diretivo do Empregador

Ao empregador, por assumir os riscos da atividade econômica, é conferido o poder de direção de sua atividade, criando regras e formas de dirigir seu negócio.

A palavra “poder”, em seu sentido mais amplo, consiste na capacidade ou na possibilidade de agir e de produzir efeitos²⁷.

A palavra “direção”, derivada do latim “directio”, de “digere” (dirigir, traçar, ordenar), exprime o governo ou o comando que se atribui a uma pessoa para execução de certa soma de atos ou para administração de certos negócios²⁸.

O poder de direção é um instituto genérico formado por diversas dimensões autônomas (específicas), quais sejam: o poder disciplinar, o poder de fiscalização e o poder de organização. Em verdade, o objetivo principal de todos é apenas um: o

27 STOPPINO, Mario. Poder. In: Dicionário de política. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998, p. 933-943.

28 SILVA, De Plácido, Vocabulário Jurídico. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 268

de proporcionar ao empregador prerrogativas em face dos empregados, para regular a prestação de serviço e harmonizar o ambiente de trabalho.

Além disso, o poder disciplinar é considerado um dos mais importantes dentre os poderes do empregador.

Para Alice Monteiro de Barros²⁹:

O poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho.

Ainda sobre o tema, Amauri Mascaro³⁰ assevera que:

Na relação de emprego, a subordinação é um e o poder de direção o outro lado da moeda, sendo que o empregado subordinado a ao empregador esta sujeito ao poder de sua direção.

Renato Saraiva observa que o poder diretivo é atribuído ao empregador “que dirige a prestação pessoal dos serviços do empregado, sendo dotado o patrão do poder de mando, de gestão e direção das atividades empresariais”.³¹

Mozart Victor Russomano³² leciona que:

Em última análise, a dependência hierárquica do trabalhador, dentro da relação de emprego, pode ser resumida nestes termos: - O empregador tem o direito de dar ordens; o empregado, por seu turno, tem a obrigação de cumpri-las, desde que tais ordens sejam legítimas.

Essa dependência resulta, portanto, da própria natureza da organização empresarial.

Com relação à validade jurídica do poder disciplinar e a sua extensão no plano do Direito positivo, o jurista Maurício Godinho Delgado³³ elenca as principais

29 Ibid. p. 401

30 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 24^a. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 203

31 SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho, Versão Universitária, São Paulo: Método, 2008, p.177

32 RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho 5^a. ed. Curitiba: Juruá, 1995 p.55

concepções doutrinárias, negativista e autonomista, e aprofunda a discussão, apresentando a sua posição, uma vertente intermediária.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador³⁴ define a posição negativista, representada pelo jurista Antônio Lamarca:

A) Posição Negativista – A posição negativista contesta a possibilidade de se encontrar fundamentação jurídica para o poder disciplinar. Noutras palavras, seria inviável aferir-se validade legal a um poder efetivamente disciplinar do contexto da relação de emprego. Funda-se essa posição principalmente no argumento de que o poder de punir constituiria prerrogativa estatal, o que tornaria inconcebível o acatamento de tal prerrogativa no universo das relações privadas. (Grifo Original)

Essa posição doutrinária, todavia, no entendimento do Maurício Godinho Delgado³⁵, não pode ser acatada, sob o seguinte fundamento:

Do ponto de vista filosófico e político, tal construção argumentativa, embora possa parecer, a uma primeira vista, democrática, distancia-se, ineludivelmente, dessa perspectiva: é que o mesmo argumento tem sido classicamente brandido para a denegação da própria autotutela coletiva (mediante a greve) por parte dos trabalhadores. Além disso, tal negativa à possibilidade de autotutela privada (o que não significa autotutela unilateral pelo empregador, entretanto) conduz a uma noção de gestão estatal absoluta sobre as relações travadas no seio da sociedade civil – o que está longe de atender aos desafios novos de uma sociedade democrática.

Mais adiante, apresenta a concepção autonomista³⁶:

B) Posição Autonomista – em contraponto à vertente negativista, a posição autonomista enxerga nesse poder tamanha concentração de institutos e particularidades que seria hábil a dar origem até mesmo a um ramo próprio e distintivo do Direito. Em vez de negar validade ao poder disciplinar, exacerba e extrema sua validade, estruturação e abrangência, enxergando em torno do fenômeno do poder disciplinar um verdadeiro Direito Disciplinar do Trabalho. (Grifo Original)

³³ Ibid., p.737-740

³⁴ Ibid., p.737

³⁵ Ibid., p. 738

³⁶ Ibid., p. 738

Todavia, para Maurício Godinho Delgado³⁷, a visão autonomista também se revela insustentável.

É que não se consegue destacar nas normas jurídicas e institutos vinculados ao fenômeno do poder disciplinar qualquer dos requisitos necessários ao alcance de um patamar de autonomia por qualquer ramo do Direito: não se vê ali seja amplitude temática, seja especificidade de princípios, teorias e métodos hábeis a afastar esse segmento do conjunto do Direito do Trabalho.

E, diante disso, o referido autor³⁸ firmou seu entendimento em uma terceira posição, intermediária às duas posições anteriores, qual seja:

C) Vertente Intermediária – Em meio às duas posições polarizantes, firmou-se a compreensão do poder disciplinar como segmento fático-jurídico reconhecido pelo Direito, dotado de grande importância, inclusive, sendo, desse modo, lícito; porém, ao mesmo tempo trata-se de segmento absolutamente subordinado às regras, princípios e institutos centrais dominantes do conjunto do Direito do Trabalho, o que lhe suprime qualquer traço de autonomia. (Grifo Original)

Em outras palavras, o poder disciplinar é um fato jurídico reconhecido pelo direito, mas deve sempre observar as regras e princípios estabelecidos em lei, o que demonstra ser um instituto lícito, porém sem qualquer autonomia.

Por outro lado, Alice Monteiro de Barros³⁹ apresenta mais três posições, chamadas de teorias, como fundamento do poder disciplinar, que, nas palavras da autora, são:

a) Teoria Civilista – as medidas disciplinares equiparam-se às penas civis, previstas no contrato e têm por objetivo a garantia da execução da obrigação assumida. Sucede que as sanções civis consistentes na obrigação de indenizar resguardam um patrimônio, enquanto a sanção trabalhista visa, em regra, a zelar pela boa ordem interna da empresa, a par de recuperar o trabalhador a caminho da exaustão funcional.

b) Teoria Penalista – O poder disciplinar identifica-se com o poder punitivo do Estado, e as principais críticas que se lhe atribuem consistem no fato de este último ser obrigatório, enquanto aquele é

³⁷ Ibid., p. 739

³⁸ Ibid., p.739

³⁹ Ibid. p. 399

discricionário. Saliente-se, entretanto, que ambas as sanções visam o bem-estar e à segurança de um grupo ou de uma sociedade .

c) Teoria Administrativa – Parte do raciocínio “de que o objetivo do Direito disciplinar é regular precisamente a ordem interna do serviço público, o comportamento dos seus servidores e o regime hierárquico que está na base do Direito administrativo”, como frisa Themístocles B. Cavalcanti. Possui, portanto, maior abrangência do que o Direito do Trabalho, pois se estende não só às relações estatutárias entre Estado e o funcionário público, mas, também, aos que utilizam o serviços mantidos pelo Estado, e funda-se no princípio da supremacia do interesse público.

Desta forma, podemos concluir que o poder disciplinar tem como fundamento permitir ao empregador administrar sua empresa de maneira que ela funcione adequadamente, podendo este, inclusive, aplicar sanções disciplinares aos seus empregados, desde que lícitas, a fim de garantir a ordem e a disciplina no âmbito da empresa.

Por outro lado, Alice Monteiro de Barros⁴⁰ nos ensina que:

O Direito do Trabalho procura caracterizar as infrações (faltas) hábeis a produzir a incidência de penalidades (sanções) no contexto empregatício. Por isso, a Consolidação das Leis do Trabalho adota um critério taxativo, e prevê, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas, fiel ao princípio de que inexisteriam infrações além daquelas formalmente fixadas em lei.

E, para punição dessas infrações trabalhistas, temos as três sanções mais comuns: advertência, suspensão e despedida por justa causa, não sendo permitida a multa, exceto para os jogadores de futebol (Lei n. 9.615, de 1998), tampouco a transferência, o rebaixamento ou a redução salarial com caráter punitivo. Por força do art. 474 da CLT, também não se permite suspensão disciplinar por mais de 30 dias. Esse comportamento patronal corresponde à dispensa sem justa causa.

2.2.2 Dos Limites do Poder Diretivo do Empregador

O poder diretivo do empregador é decorrente da subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho. Todavia, esse poder do empregador não é absoluto.

⁴⁰ Ibid. p.402

O empregador somente se justifica quando integrado à sociedade. E, para tanto, deve ser fonte de bem-estar e dignidade para as pessoas de verdade (pessoa física).

Se a pessoa jurídica não servir à sociedade, a sua própria existência perde a validade. A finalidade do sistema capitalista ainda é o desenvolvimento do ser humano, e não apenas o acúmulo de capital.

Por isso que existem alguns limites para todos os atos, não sendo admitida a alegação que o empregador pode fazer qualquer coisa, pois a atividade é sua.

O poder de direção sofre várias restrições e limites estabelecidos pelo direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas e que envolvem sua intimidade e vida privada. O exercício do poder diretivo também sofre limitações das seguintes origens, pelo contrato de trabalho, pelo fundamento da Carta da República, consubstanciado na dignidade da pessoa humana e pelos princípios da boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade.

No âmbito constitucional, são vários dispositivos limitadores ao poder diretivo empresarial.

Inicialmente, pode ser indicado o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, expressando que um dos objetivos do Estado Brasileiro é a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁴¹.

O artigo 5º, da Constituição Federal⁴², nos incisos apresentados na sequência, demonstra as seguintes concepções: incisos I e VIII – ilegalidade de discriminação do empregado pelo trabalhador e igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres; inciso II – o empregador não poder obrigar o empregado

⁴¹ Art. 3º, IV da Constituição Federal Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

⁴² Art. 5º, da Constituição Federal Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

a fazer determinada atividade laboral senão em virtude de lei; inciso III – proibição de submeter o trabalhador à tortura e a tratamento desumano ou degradante; inciso VI – garantia da liberdade de consciência e crença do empregado; inciso X - proteção da intimidade, honra, imagem e vida privada; incisos XVI, XVII e XX - liberdade quanto ao direito de se associar ou não; incisos XXXIV e XXXV- garantia ao acesso à justiça.

O artigo 7º, em seus incisos XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal, disciplina, respectivamente, a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil, bem como veda qualquer discriminação de salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência física e a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.⁴³

Infraconstitucionalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho também possui normativas de natureza protetora como, por exemplo, a evidenciada no artigo 461, ao dispor que, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade⁴⁴.

Também pode ser citado o artigo 373-A, da Lei Consolidada, que indica diversas circunstâncias caracterizadoras de discriminação quanto ao acesso da mulher ao mercado de trabalho. Dentre elas, a proibição de exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego (inciso IV)⁴⁵.

Ainda, o artigo 136, parágrafo 1º, da CLT, assegura que os membros de uma família, que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não resultar prejuízo para o serviço.

⁴³ Art. 7º .XXX, XXXI e XXXII da Constituição Federal Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

⁴⁴ Art. 461 da CLT Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

⁴⁵ Art. 373-A da CLT Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

A lei 7.716, de 05/01/1989, descreve como crime o ato de o empregador negar ou obstar emprego em empresa privada em virtude de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional.

A lei 9.029, de 13/04/1995, proíbe o ato de discriminar e limitar o acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Apresenta ressalva alusivamente ao menor de idade, em obediência ao imposto no artigo 7º, inciso XXXIII, da Lei Maior. O artigo 2º, desta lei, tipifica como crime o ato de exigir teste, atestado relativo à esterilização ou a estado de gravidez.

A Convenção de número 111, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 62.150 de 19/01/1968, aponta medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 12⁴⁶, também possui dispositivo proibindo interferências arbitrárias na vida privada, conferindo proteção em caso de prática arbitrária neste sentido.

Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução n.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966, assegura o amparo em caso de ingerências arbitrárias ou ilegais na vida privada, abrangendo os aspectos familiares, domiciliares e quanto à correspondência, bem como honra e reputação de uma pessoa.⁴⁷

⁴⁶ Artigo 12 - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. Disponível em <http://www.oit.org.br> (acessado em 12/01/2017)

⁴⁷ Artigo 17 - Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques. . Disponível em <http://www.oit.org.br> (acessado em 12/01/2017)

O direito à intimidade igualmente tem previsão no Pacto de San José da Costa Rica, consoante os termos do seu artigo 5º.⁴⁸

Os acordos e convenções coletivas de trabalho, bem como o contrato de trabalho representam limite para atuação empresarial. As regras neles delimitadas são imodificáveis pela simples vontade do empregador, por ser indevida a imputação de prejuízos ao trabalhador. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o empregador também restringe seu poder de direção no regulamento da empresa. Este indica as normas para organizar a atividade empresarial e a forma como se dará a prestação de serviços dos empregados.

A doutrina ilustra a realidade do regulamento da empresa. Magano⁴⁹ assevera que:

O regulamento da empresa consiste no conjunto sistemático de normas escritas, estabelecidas pelo empregador para reger a conduta das pessoas no âmbito da empresa. A partir do momento em que o empregado adere ao regulamento da empresa as suas cláusulas se convertem em cláusulas integrantes do contrato de trabalho. Por esta razão o instituto é, a uma só tempo, fonte reveladora e criadora de normas trabalhistas no âmbito provado da empresa, autolimitando o poder diretivo do empregador.

A limitação do poder de direção, do mesmo modo, encontra óbice em princípios como o da proporcionalidade e o da boa-fé. De tal modo, para resolver possíveis conflitos entre dois direitos fundamentais, como o da propriedade (empregador) em face do direito à intimidade (empregado), indispensável efetivar um juízo de ponderação e verificar qual é o direito que se sobrepõe no caso concreto.

Nesse sentido, Mauricio Godinho⁵⁰ defende que a proporcionalidade, razoabilidade e a inexistência de abuso do direito devem nortear o julgador.

⁴⁸ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> (acessado em 12/01/2017)

⁴⁹ MAGANO, Octávio Bueno. Do poder diretivo da empresa, São Paulo: Ltr. 2012, p.103-104

Destaca, ainda, na sua concepção, não haver um direito absoluto nem na seara da privacidade e intimidade do empregado, nem nas vertentes de direção, fiscalização e punição do empregador:

Na zona de tensão entre princípios e prerrogativas aparentemente conflitantes, as diretrizes jurídicas cardeais da proporcionalidade, da razoabilidade, do não-abuso do direito, todas, em conjunto, devem iluminar o intérprete conclusivo do Direito no tocante ao correto enquadramento jurídico da situação enfrentada. É que não há princípio, nem direito absoluto na ordem jurídica; embora possa haver até mesmo uma certa prevalência e gradação entre eles, isto não significa que, regra geral, não devam todos ser exercidos na justa proporção. Em consequência, não podem ser tidos como absolutos nem o princípio protetor da privacidade e intimidade do empregado, nem as prerrogativas empresariais de direção, fiscalização e punição.

Diante dos ensinamentos expostos, podemos dizer o poder disciplinar do empregador não será realizado de forma aleatória e desenfreada por este, que deverá observar os limites legais existentes através de Leis, Pactos, Convenções, da Constituição Federal de 1988 e etc.

2.2.3 Do Direito de Resistência do Empregado

O direito de resistência ou *jus resistentiae*, nasce do exercício irregular do poder de disciplinar. Não apenas serve de limite, de barreira natural a este, como também ajuda a legitimá-lo. Ou seja, o direito de opor-se às ordens do empregador sem que tal atitude configure insubordinação.

Nesse contexto, a resistência obreira às ordens ilícitas perpetradas pelo empregador no contexto empregatício, é plenamente válida e juridicamente protegida.

Alice Monteiro de Barros⁵¹ diz que:

O dever de obediência diz respeito às ordens lícitas, emanadas de quem esteja legitimado a fazê-lo, não contrárias a saúde, à vida ou à

⁵⁰ Ibid. p. 753

⁵¹ Ibid. p. 404

dignidade do trabalhador, quando então a recusa ao seu cumprimento é legítima. Assim, está o empregado desobrigado de cumprir ordens capazes de gerar grave e eminente perigo à sua saúde ou as que exponham a situações indignas e vexatórias.

Entende Sergio Pinto Martins⁵² que “o empregado poderá também opor-se a certas modificações que lhe causem prejuízos, ou seja, ilegais, que é o que se chama de jus resistentiae, inclusive pleiteando a rescisão indireta do contrato de trabalho.”

O direito de opor-se às ordens emanadas pelo empregador é limitado à extensão do contrato de trabalho. Vale ressaltar que a partir do momento em que o trabalhador se sentir lesado diante de uma ordem emanada pelo empregador pode procurar o Poder Judiciário para que a conduta seja avaliada, ou seja, se é abusiva ou não.

Godinho⁵³ assevera que a CLT tem alguns “poucos mecanismos” para que o empregado exerça seu direito de resistência, destacando o artigo 659, incisos IX e X⁵⁴, da CLT, que autorizam o empregado a propor ação específica para obstar transferência abusiva e demanda com pedido liminar para reintegrar funcionário dirigente sindical.

A questão da oposição deve ter sempre como base a licitude da ordem. Se for lícita e houver oposição o empregado, poderá ser advertido e até ter seu contrato rescindido por justo motivo. Se for ilícita, cabe ao poder judiciário ou ao poder fiscalizatório do Ministério do Trabalho e Emprego coibir e restaurar a ordem.

⁵² Ibid. p. 293

⁵³ Ibid. 755

⁵⁴ Art. 659, IX e X da CLT - Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições: IX - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975); X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. (Incluído pela Lei nº 9.270, de 1996) Disponível em (www.planalto.gov.br). Acesso em 10.01.2017

CONDUTAS FALTOSAS DO EMPREGADOR PREVISTO EM LEI

Após termos verificado o poder de direção do empregador, bem como o poder de resistência do empregado, iremos analisar as condutas faltosas do empregador, com uma abordagem das condutas tipificadas em lei, mais precisamente das elencadas no artigo 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A doutrina não é unânime ao tratar a terminologia conduta faltosa, inclusive sua denominação se aplica tanto ao ato faltoso cometido pelo empregado, quanto ao ato faltoso cometido pelo empregador, chamada de falta grave patronal. A doutrina ainda se divide quanto ao correto emprego da expressão a ser utilizada, se “falta grave” ou “justa causa”.

De qualquer modo, a violação do contrato de trabalho pelo empregador constitui falta grave que torna insuportável o prosseguimento da relação empregatícia, resultando em sua extinção.

Veremos agora as faltas cometidas pelo empregador previstas no artigo 483, consolidado, que resultam na extinção do contrato de trabalho pelo empregado, a saber:

3.1 Exigência de serviços superiores às forças do empregado, defesos em lei.

O artigo 483, “a”, da CLT, prevê, como justa causa cometida pelo empregador, a exigência de serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato.

Parte da doutrina entende que o referido artigo faz menção apenas à força física, todavia, a referida interpretação sobre a norma não parece fazer sentido, pois se estaria, talvez sem o propósito, a discriminar o trabalho intelectual, mais comum agora, no mundo moderno, que antes.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins⁵⁵ esclarece que “a expressão ‘serviços superiores às forças do empregado’ deve ser interpretada no sentido amplo, como força física ou intelectual. São serviços superiores à capacidade normal do empregado”.

Alice Monteiro de Barros⁵⁶ também pactua do entendimento que a expressão “força” abrange a física ou intelectual, e exemplifica com o “empregador que exige de um digitador um número de palavras superior ao seu rendimento máximo.”

Portanto, constitui falta grave do empregador quando este exige de seu empregado o trabalho que se desenvolve em detrimento da moral objetivada na sociedade ou das regras de trato social.

3.2 Tratamento, pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos, com rigor excessivo

Para Renato Saraiva⁵⁷:

O tipo de exame nasce do comportamento discriminatório do empregador, o qual, utilizando-se de rigor excessivo e desproporcional, aplica punições severas ao obreiro, tratando-o de maneira diferente da verificada em relação aos demais empregados.

Para Mozart Victor Russomano⁵⁸:

As formas de rigor excessivo de parte do empregador são múltiplas. Admoestações violentas, punições sucessivas e injustas, maus tratos, vigilância afrontosa, mil outras maneiras de agir podem revelar o intuito de efetuar, indiretamente, a despedida do trabalhador. É

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto – Direito do Trabalho, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007 p.370

⁵⁶ Ibid. p 591

⁵⁷ SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho, Versão Universitária – São Paulo: Método, 2008 p. 340

⁵⁸ Ibid. p, 186

essencial que se revele esse intuito na maneira agressiva, cruel ou áspera com o que o trabalhador seja tratado pelo empresário.

O tratamento dado aos empregados deve estar baseado no respeito, na lealdade e dignidade. Quando o empregador utiliza de excesso, o tratamento tende a ser desproporcional, rompendo o liame do respeito e impossibilitando a continuidade do contrato de trabalho.

Para Augusto Cezar Leite de Carvalho⁵⁹:

O tema rigor excessivo é normalmente associado ao modo deseducado como o trabalhador é tratado. Mas a jurisprudência vem enriquecendo essa discussão, não raro decidindo-se pelo rigor excessivo em casos de submissão do empregado a revista abusiva e, entendemos nós, vulnera os limites do trato civilizado o empregador que passa, em determinado momento do liame laboral, a não mais dar ordens de serviço ao empregado, com o intuito mal disfarçado de persegui-lo ou vexá-lo ante a presença incômoda de colegas que o veem submetido assim ao constrangimento de ser confundido com um homem afeito à vadiagem, em detrimento do valor social do trabalho.

3.3 Perigo manifesto ou mal considerável.

Há perigo quando a saúde ou a segurança física do empregador está ameaçada.

Valentim Carrion⁶⁰ manifesta-se no sentido de que o risco é para a pessoa do empregado e não os riscos adventos da profissão, mas os anormais, em virtude da não observância de regras básicas de higiene e segurança do trabalho.

Para Alice Monteiro de Barros⁶¹:

A falta se configura porque o empregador violou o dever de zelar pela saúde e pela integridade física de seus dependentes. O perigo a que alude o legislador é o que esta prestes a ocorrer, caso as

⁵⁹ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de Carvalho. Direito do Trabalho, Curso e Discurso, Aracaju: Evocati, 2011 p. 324

⁶⁰ CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 37ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 458

⁶¹Ibid. p. 596

condições de trabalho não se cercarem de precauções ou seguranças exigidas.

Para Amauri Mascaro⁶², perigo manifesto ou mal considerável “são as determinações para que o empregado pratique uma ação capaz de pôr em risco a sua vida, saúde e integridade física, sem que esses riscos pertençam às suas funções.”

Devemos sempre analisar se os riscos são inerentes à função. Há casos em que as funções desempenhadas, por sua própria natureza, são perigosas. Para tais hipóteses, existe legislação especial.

3.4 Não cumprimento das obrigações do contrato de trabalho

A alínea d, do artigo 483, consolidado, ora em estudo, refere-se à violação de cláusulas contratuais.

Esta é, aliás, uma das duas hipóteses em que o empregado pode continuar trabalhando para o empregador, mesmo depois de requerer que a Justiça do Trabalho declare a resolução do vínculo, pelo cometimento da falta grave do empregador. Essa faculdade lhe é assegurada pelo artigo 483, §3o, da CLT.

O descumprimento do contrato deve ser grave a ponto de inviabilizar a continuidade da relação empregatícia.

Para Mozart Victor Russomano⁶³:

Não é, porém, o inadimplemento de qualquer obrigação, por parte do empresário, que, sumariamente, autoriza o trabalhador a denunciar a rescisão do contrato. Se assim se pensasse, fomentar-se-ia, no espírito do obreiro, o desejo de «caçar» o pagamento da indenização. É preciso que os fatos ressaltem a gravidade do comportamento patronal, de modo a se tornar inconveniente e, até mesmo, impossível a permanência do trabalhador na empresa.

⁶²Ibid. p. 462

⁶³Ibid. p. 187

Alguns empregados pleiteiam a rescisão indireta do contrato de trabalho alegando, em suma, a não realização dos depósitos fundiários. A doutrina, contudo, é dividida em relação a esta hipótese. Sérgio Pinto⁶⁴ assevera que não constitui falta grave o não depósito do FGTS “visto que o empregado não pode levantar o FGTS na constância da relação de emprego”. Mais adiante, todavia, o ilustre doutrinador ressalva que “a única hipótese que poderia acarretar prejuízo ao empregado seria a de este necessitar do FGTS para amortização do pagamento da casa própria.”

Entretanto, a jurisprudência atual do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho reconhece que a falta dos depósitos fundiários constitui falta grave do empregador.⁶⁵

3.5 Prática de ato lesivo à honra e boa fama do empregado

Para Augusto Cesar Leite⁶⁶, no tocante ao ato lesivo à honra e boa fama:

Aplicam-se, quanto à justa causa prevista na alínea e do artigo 483 da CLT, os conceitos já examinados ao tempo em que estudamos a justa causa de igual natureza, cometida pelo empregado. Bem assim no tocante às ofensas físicas.

Mas duas observações são importantes. É que a ofensa física do empregador ou de seu preposto se configura justa causa se perpetradas contra o empregado, salvo em legítima defesa. Já a ofensa verbal pode ser dirigida ao empregado ou mesmo a pessoa de sua família, caracterizando-se, em ambos os casos, a justa causa sob análise.

⁶⁴Ibid. p. 371

⁶⁵ RECURSO DE REVISTA - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - FALTA GRAVE DO EMPREGADOR - AUSÊNCIA DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A rescisão indireta deve ser reconhecida diante de irregularidade contratual substancial prevista no art. 483 da CLT que impeça a continuidade da relação empregatícia. Nos termos do art. 483, d, da CLT, o descumprimento de obrigações contratuais e legais pelo empregador, no caso, a ausência reiterada dos depósitos do FGTS, deve ser considerada falta grave, autorizando a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas rescisórias correlatas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 9929120125030143, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18/03/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015) Disponível em (www.tst.jus.br) acessado em 16/01/2017

⁶⁶ Ibid. p. 326

Para Renato Saraiva⁶⁷, “é a injúria, calúnia e difamação, enquadradas como ofensas morais praticadas pelo empregador, ou prepostos em relação ao obreiro, seja no ambiente de trabalho, seja fora dele.”

Valentin Carrion⁶⁸ nos dá o exemplo do funcionário estável denunciado pela sua empregadora, de furto, e detido na sede da empresa com repercussão, sendo inocentado pela confissão do criminoso verdadeiro.

Portanto, constitui falta grave qualquer ato lesivo a boa fama do empregado, seja no ambiente de trabalho ou fora dele. Ainda, nos dias atuais, até mesmo comentários do empregador em redes sociais podem constituir falta grave hábil ao pleito de rescisão indireta do contrato de trabalho.

3.6 Prática de ofensa física contra o empregado

A ofensa física constitui as vias de fato, quando o empregador ou seus prepostos praticam agressão física ao empregado, salvo a legítima defesa, própria ou de outrem.

É considerada falta grave a ofensa física praticada pelo empregador ou seus prepostos dentro ou fora do ambiente de trabalho.

Nesse diapasão, importante observar o entendimento adotado pela Egrégia 4ª Turma, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, na hipótese ora versada:

RECURSO DE REVISTA . RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. O Tribunal Regional consignou que o Reclamante foi agredido por outro empregado da Reclamada no local de trabalho e que, ao tomar conhecimento do fato, o gerente da empresa não censurou o empregado agressor, tendo, em vez disso, consentido com o ato de agressão. Ante essa constatação, o Tribunal Regional decidiu confirmar a declaração de rescisão indireta do contrato de trabalho, com fundamento no art. 483, f, da CLT. O referido dispositivo legal dispõe que o empregado poderá considerar

⁶⁷ Ibid. p. 341

⁶⁸ Ibid. p. 455

rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. No caso dos autos, o Tribunal Regional interpretou que o fato de o gerente ter apoiado a atitude do agressor se equipara à ofensa física praticada pelo preposto do empregador e assim procedeu ao enquadramento da falta no art. 483, f, da CLT. Desse modo, o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho decorreu de interpretação razoável do art. 483, f, da CLT, o que não viabiliza o conhecimento do recurso sob a ótica da ofensa apontada, nos termos da Súmula nº 221, II, desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece. DANO MORAL SURGIDO NA RELAÇÃO DE EMPREGO. DEVER DE INDENIZAR DO EMPREGADOR. O Tribunal Regional examinou a prova e concluiu que todos os elementos do dever de indenizar foram demonstrados no caso dos autos: anuência do gerente da empresa ao ato de agressão física cometido contra o Reclamante por outro empregado (ato ilícito gerador do dano moral), negligência da Reclamada quanto ao dever de zelar pela integridade física do empregado no ambiente de trabalho (culpa) e relação de causalidade entre o ato ilícito e a prestação de serviços (nexo causal). Ante o contexto descrito no acórdão regional, a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais não viola o art. 186 do Código Civil, uma vez que o Tribunal Regional entendeu caracterizado o ato ilícito praticado pelo empregador com a aprovação, pelo gerente, da agressão praticada por um outro empregado contra o Reclamante. Recurso de revista de que não se conhece. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. CABIMENTO. O Tribunal Regional entendeu que o reconhecimento judicial da rescisão indireta do contrato de trabalho não prejudica a aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1 desta Corte, entende-se que a condenação ao pagamento da multa em discussão é devida somente quando não quitadas, no prazo legal, as parcelas rescisórias incontroversas. Existindo dúvida acerca do direito às parcelas, mormente se controversa a própria modalidade de extinção do contrato, é indevida a aplicação da penalidade. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 1382007320075230002 138200-73.2007.5.23.0002, Relator: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 10/08/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/08/2011).

3.7 Redução do Trabalho do Empregado

Para Augusto Cesar Leite⁶⁹, no tocante a redução do trabalho do empregado, constante na alínea “g”, do artigo 483, da CLT, cumpre salientar:

⁶⁹ Ibid. p. 326

A Redução é relativa a um modo disfarçado de reduzir o salário do empregado, aproveitando-se do fato de ele receber salário variável. De justa causa se cogita quando o empregador passa a cobrar do empregado uma quantidade menor de trabalho, com o objetivo, certamente dissimulado, de reduzir o seu ganho salarial e, assim, induzi-lo a deixar o emprego.

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado⁷⁰:

A presente falta abrange empregados cujos contratos tenham previsão de salário variável: ela verificar-se-á caso o empregador reduza, significativamente, as encomendas e tarefas do obreiro, afetando de modo sensível seus ganhos salariais mensais”.

O exemplo mais comum para esses casos é o do professor que, de forma unilateral, tem suas horas-aula diminuídas, com a conseqüente redução dos seus ganhos.

A alínea g, do artigo 483, consolidado, é a segunda hipótese em que o empregado pode continuar trabalhando para o empregador, mesmo depois de requerer que a Justiça do Trabalho declare a resolução do vínculo, pelo cometimento da falta grave do empregador, em função do determinado no parágrafo terceiro do mesmo diploma legal.

3.8 Assédio Moral

Irany Ferrari⁷¹, citando em seu livro Rita Garcia Pereira, conceitua o assédio moral no trabalho ao afirmar que:

O assédio moral no trabalho caracteriza-se fundamentalmente por ser um conjunto sequencial de atos de diversa índole, praticados no âmbito de uma relação laboral ou por causa desta, por um sujeito individual ou por um coletivo, aptos a produzirem lesões nos direitos fundamentais inerentes à pessoa de cada trabalhador, entre os quais o direito à dignidade e o direito à integridade física e moral, e que importa a degradação do estatuto laboral do visado.

⁷⁰ Ibid. p. 1323

⁷¹ FERRARI, Irany. MARTINS, Melchiades Rodrigues. Dano Moral, Múltiplos Aspectos das Relações de Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 128

Conforme leciona Luciano Martinez⁷²:

Apesar de não estar contido especificamente em uma das alíneas do art. 483 da CLT, o assédio moral praticado pelo empregador contra o empregado pode estar inserido em qualquer das espécies que compõem o rol de condutas geradoras da resolução contratual por culpa patronal.

E para ilustrar seus ensinamentos, Martinez⁷³ exemplifica:

Registre-se que por trás de algumas condutas patronais aparentemente bem-intencionadas - por exemplo, campanhas motivacionais - podem existir manifestações de assédio moral. Perceba-se que o submetimento de trabalhadores ao constrangimento das punições pelo descumprimento de metas previamente ajustadas pode ser visto como algo vexatório, como terror psicológico, gerador de medo, de acanhamento e de elevado estado de estresse.

No mesmo sentido, Maurício Godinho⁷⁴ assevera:

No âmbito empregatício o assédio moral tende a ocorrer de maneira vertical, no sentido descendente – das chefias em direção a chefiados. Esta é a modalidade tida como mais usual no mundo do trabalho. Há também, é claro, outra via relevante de assédio moral, que corre no sentido horizontal, deflagrado por colegas em direção a outro colega. Não é tão comum, ao revés, o assédio vertical ascendente e embora, é claro, possa ocorrer -, qual seja, de chefiado(s) em direção à chefia.

3.9 Assédio Sexual

Para Sônia Mascaro Nascimento⁷⁵, o assédio sexual é:

Toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, causando constrangimento à intimidade do assediado. O assédio sexual é ato de constranger alguém com gestos, palavras ou com emprego de

⁷² Ibid. p. 657

⁷³ Ibid. p. 657 - 658

⁷⁴ Ibid. p. 1324

⁷⁵ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral, São Paulo: Saraiva, 2009 p. 82.

violência, prevalecendo-se da relação de confiança, de autoridade ou empregatícia, com o escopo de obter vantagem sexual.

Acrescenta ainda a autora que “o assédio sexual é uma forma de discriminação no emprego proibida nos planos internacional, comunitário e interno de vários países, entre os quais se inclui o Brasil.

Godinho também entende que o assédio sexual, mesmo que não inserido no rol do artigo 483, da CLT, uma vez, praticado, também configura falta grave ensejadora da rescisão do contrato de trabalho, tipificada no art. 483, “e”, da CLT.

Godinho⁷⁶ cita em sua obra o ensinamento de Marie-France Hirigoyen:

“Marie-France Hirigoyen compreende que, principalmente nos países latinos (referindo-se à Itália, Espanha e América Latina), ainda transparece forte aproximação entre situações fáticas de assédio moral e de assédio sexual, do tipo vertical descendente, tendo mulheres como vítimas.”

Alguns autores e juízes preferem, contudo, enquadrar o assédio sexual cometido por empregador ou preposto deste como perigo manifesto de mal considerável.

⁷⁶ Ibid. p. 1326

FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

4.1 Denominação.

A CLT utiliza a palavra “rescisão” englobando qualquer forma de terminação do vínculo empregatício.

A doutrina, por sua vez, não é unânime na fixação da nomenclatura das diversas formas de extinção do contrato de trabalho.

Renato Saraiva, adota as seguintes nomenclaturas para indicar as formas de terminação do contrato de trabalho: “resilição”, “rescisão”, “formas atípicas” e “extinção normal do contrato”.

Pedro Paulo Teixeira Manus⁷⁷ utiliza a expressão “extinção do contrato de trabalho” ao falar sobre tema.

Mauricio Godinho⁷⁸ adota em seu Curso de Direito do Trabalho a expressão “extinção”, “resilição”, “resolução” e “rescisão do contrato”.

Sergio Pinto Martins⁷⁹ assevera que prefere utilizar o termo cessação por ser uma expressão genérica, neutra e técnica, uma vez que o emprego dos termos “resolução”, “resilição” e “rescisão” é incerto e discutível entre os doutrinadores, sendo que a utilização desta terminologia mais confunde do que esclarece.

⁷⁷ MANUS. Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 164

⁷⁸ Ibid. p. 1214 - 1219

⁷⁹ Ibid. p. 348

4.2 Conceito

Para Sergio Pinto⁸⁰, “a cessação do contrato de trabalho é a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para os contratantes”.

Portanto, a cessação do contrato do trabalho representa o término do vínculo empregatício com o fim das obrigações de ambas as partes. Do empregado, a de ceder a sua mão de obra. Do empregador, a de pagar salários em contraprestação.

Agora, veremos os tipos de cessação do contrato de trabalho antes de aprofundarmos no término da relação empregatícia por falta grave do empregador, rescisão indireta.

4.3 Cessação do Contrato por Decisão do Empregador

É a mais comum. O empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, cessando assim, o contrato de trabalho.

Há limites para a cessação do contrato de trabalho por parte do empregador, como os casos em que o contrato estiver suspenso, ou garantido por estabilidade.

4.4 Cessação do Contrato por Justa Causa

O empregador poderá dispensar o empregado que comete falta grave, ou seja, com justa causa.

As faltas graves do empregado estão contidas no artigo 482, da CLT, e em outros dispositivos legais.

⁸⁰ Ibid. p. 348

Para Sérgio Pinto Martins⁸¹, a “justa causa é a forma de dispensa decorrente do ato grave praticado pelo empregado, implicando a cessação do contrato de trabalho por motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas na lei”.

4.5 Cessação do Contrato por Decisão do Empregado.

O contrato de trabalho também pode cessar por vontade unilateral do empregado, através do popular “pedido de demissão”.

Cumprе esclarecer que o pedido não precisa ser aceito pelo empregador. Conforme acima citado, é ato unilateral, o empregado apenas afirma que não mais vai permanecer no trabalho.

Para Sérgio Pinto⁸²:

Demissão é o aviso que o empregado faz ao empregador de que não mais deseja trabalhar na empresa. Não se confunde com a dispensa, que é o ato do empregador de despedir o empregado. É um ato unilateral, não havendo necessidade de que o empregador aceite o pedido.

4.6 Cessação do Contrato por Desaparecimento de uma das Partes.

O contrato de trabalho também pode cessar em decorrência do desaparecimento de uma das partes.

Para Luciano Martinez⁸³

Nada pode impedir que o empregador ponha fim ao empreendimento e, por consequência, ao vínculo jurídico mantido com os empregados, ainda que estes sejam estáveis ou beneficiários de suspensão contratual.

⁸¹ Ibid. p. 353

⁸² Ibid. p. 369

⁸³ Ibid. p. 621

Os salários, neste caso, são devidos até a data da extinção do empreendimento, conforme súmula 173, do TST⁸⁴.

O contrato de trabalho também pode cessar em decorrência do desaparecimento do empregado, da morte do empregado ou do abandono de emprego.

4.7 Cessação do Contrato por Mútuo Acordo.

O contrato de trabalho também poderá cessar por mútuo acordo, Sérgio Pinto Martins⁸⁵ assevera que:

Empregado e empregador poderão pactuar, mediante acordo, a cessação do contrato de trabalho. Os próprios interessados estabelecerão quais serão as formas e consequências do rompimento do vínculo de emprego.

Nesses casos, o FGTS não poderá ser levantado, conforme art. 20, da Lei n.º 8.036/90.

A cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo, mais comum o PDV – Programa de Demissão Voluntária, tem como característica a participação do sindicato da categoria, conforme jurisprudência sobre o tema:

ADESÃO A PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RATIFICAÇÃO SENTENCIAL Exsurgindo do depoimento pessoal do Autor sua espontaneidade em aderir ao programa de demissão voluntária oferecido pela Reclamada, tem-se que a rescisão contratual ocorreu por mútuo acordo entre empregado e empregador (caráter transacional), não se havendo falar em vício de consentimento, menos ainda em afronta ao § 1º do art. 477 da CLT, mercê de homologação judicial daquela adesão. (TRT-7 - RO:

84 Súmula nº 173 do TST - SALÁRIO. EMPRESA. CESSAÇÃO DE ATIVIDADES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Extinto, automaticamente, o vínculo empregatício com a cessação das atividades da empresa, os salários só são devidos até a data da extinção (ex-Prejulgado nº 53). (www.tst.jus.br) acesso em 17/01/17

85 Ibid. p. 379

787004120035070009 CE 0078700-4120035070009, Relator:
ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento:
10/01/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 15/02/2011 DEJT)

4.8 Cessação do Contrato por Culpa Recíproca.

Sergio Pinto Martins⁸⁶ assevera que “a culpa recíproca na rescisão do contrato envolve o fato de que ambas as partes d o causa   cessação do pacto laboral por justo motivo”.

Devem ser analisadas as faltas graves ocorridas pelas partes. Vale repisar, nesse sentido, que as faltas graves do empregador estão estabelecidas no artigo 483, da CLT. J  as do empregado, no artigo 482, da CLT.

Luciano Martinez⁸⁷ lembra que “para a sua caracterização, a evidência de um comportamento homog neo diante do qual não se definiu a maior gravidade da conduta de um dos sujeitos do contrato.”

Importante destacar que ambas as faltas devem ser concomitantes, devem ocorrer ao mesmo tempo, não podendo haver espaço de tempo entre uma e outra.

4.9 Cessação do Contrato por Advento do Termo do Contrato.

O contrato de trabalho também pode ser rescindido por advento do termo, ou seja, pelo fim do contrato pactuado de forma antecipada.

Alguns contratos de trabalho já são definidos com inicio e fim. O mais comum é o contrato de experiência que em regra não ultrapassa de 90 dias. Logo, desde o momento da assinatura do contrato, já é de conhecimento das partes o seu término.

⁸⁶ Ibid. p. 379

⁸⁷ Ibid. p. 659

Importante ressalta que tanto o empregador como o empregado podem rescindir de forma antecipada o contrato a termo, não necessitando aguardar o fim do prazo pactuado.

4.10 Cessação do Contrato por Força Maior.

Por fim, a cessação do contrato pode ocorrer por força maior.

Para Sérgio Pinto Martins ⁸⁸ “ considera-se força maior o acontecimento inevitável e imprevisível, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501 da CLT).”

Martins cita como exemplos de caso de força maior “incêndio”, “inundação”, “vendaval” e “outros fenômenos naturais que venham a afetar a situação econômica e financeira da empresa”.

⁸⁸ Ibid. p. 381

DA RESCISÃO INDIRETA

A rescisão indireta é uma das formas de cessação do contrato de trabalho e ocorre quando o empregador comete falta grave, impedindo assim a manutenção do contrato de trabalho.

5.1 Conceito.

Para Renato Saraiva⁸⁹, “a rescisão indireta, também chamada de despedida indireta, ocorre quando a falta grave é cometida pelo empregador, justificando a brusca ruptura do liame empregatício”.

Sérgio Pinto Martins⁹⁰ assevera que “a rescisão indireta ou dispensa indireta é a forma de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude da justa causa praticada pelo empregador (art. 483 da CLT).”

Luciano Martinez⁹¹ afirma que a rescisão indireta ocorre quando

O contrato é dissolvido por culpa ou por justa causa do empregador quando ele, no exercício do seu poder diretivo ou em atividades correlatas, viola um ou alguns deveres de conduta resultantes daquilo que foi estipulado, notadamente quando aferido de acordo com o princípio da boa-fé.

Por fim, Alice Monteiro de Barros⁹² conceitua a rescisão indireta como “causa de cessação do contrato em face de atos faltosos praticados pelo empregador, conforme elenco constante do art. 483 da CLT. “

⁸⁹ Ibid. p. 339

⁹⁰ Ibid. p. 370

⁹¹ Ibid. p. 652

⁹² Ibid. p. 593

Diante dos ensinamentos dos doutrinadores podemos conceituar a rescisão indireta como cessação do contrato de trabalho pelo empregado, mediante condutas faltosas previstas no artigo 483, da CLT, ou através de assédio moral e sexual praticados pelo empregador e seus prepostos em face do empregado.

5.2 Requisitos Necessários à configuração da Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho.

Para o empregador rescindir o contrato de trabalho por justo motivo, deve ser observado se foram atendidos os critérios para o exercício do poder disciplinar.

Mauricio Godinho estabelece a existência de três critérios para a validade da rescisão por justo motivo, são eles: “objetivos”, “subjetivos” e “circunstanciais”⁹³.

Explica Godinho⁹⁴ que:

Objetivos são os requisitos que dizem respeito à caracterização da própria conduta infracional cometida; subjetivos, os que concernem ao envolvimento ou não do sujeito contratual na respectiva conduta; por fim, circunstanciais são os requisitos que dizem respeito à aferição da infração e aplicação da respectiva penalidade.

Quando falamos em rescisão do contrato de trabalho pelo empregado, ou seja, a justa causa aplicada pelo empregado em face do empregador, como resultado de suas condutas faltosas, devemos utilizar os mesmo critérios e requisitos utilizados pelo empregador?

A resposta para essa indagação necessita ser cautelosa. De fato, há critérios que se aplicam, até na mesma medida. Todavia, há alguns critérios que são aplicados com certa atenuação ou modificação. E, por fim, há critérios que não se aplicam, nesse sentido, devemos sempre lembrar que em uma das pontas está o empregado, não podendo esse, por exemplo, aplicar medidas punitivas ao empregador.

⁹³ Ibid. p. 1314

⁹⁴ Ibid. p. 1314

Veremos, agora, cada requisito e suas aproximações em face da rescisão indireta.

5.2.1 Requisitos objetivos

Os requisitos objetivos para Mauricio Godinho⁹⁵ “mostram-se pertinentes à rescisão indireta”.

Quando falamos em requisitos objetivos, devemos analisar a tipicidade da conduta faltosa.

Para entendermos a tipicidade, devemos utilizar o critério penalista.

Damásio Evangelista de Jesus⁹⁶ conceitua que “fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.”

A descrição contida no direito penal é aplicada no direito do trabalho, no sentido que a conduta típica do empregador, podendo ser esta dolosa ou culposa, com efeito de produzir um resultado de um ato faltoso previsto em lei.

Neste quadro, as infrações patronais estão contidas no artigo 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, em suas alíneas “a” até “g”.

Todavia, conforme já vimos anteriormente, as condutas faltosas do empregador não podem ser taxativas, ou seja, não podemos adotar somente o rol do artigo 483, consolidado, uma vez que a jurisprudência atual já considera como falta grave o assédio moral e sexual.

⁹⁵ Ibid. p. 1315

⁹⁶ JESUS, Damásio Evangelista, Direito Penal - 15. ed.- São Paulo - Saraiva 1991 p. 136

5.2.2 Requisitos Subjetivos

Os requisitos subjetivos também são aplicados na rescisão indireta, todavia, nesse contexto devem ser observadas algumas adequações à norma.

Um dos requisitos subjetivos é a autoria, para que seja reconhecida a rescisão indireta, as faltas graves devem ser praticadas pelo empregador ou seus prepostos.

Cumpre esclarece que não se pode tirar do empregador a responsabilidade, mesmo que as faltas cometidas tenham decorrido de situações alheias à sua vontade, à exemplo de planos econômicos ou à perda de contratos que resultam em inadimplência de suas obrigações.

A única exceção aceita pela jurisprudência é a contida no artigo 486, da CLT (os casos do *factum principis*).

Outro requisito subjetivo diz respeito à culpa ou dolo, conforme afirma Mauricio Godinho ⁹⁷:

Em primeiro lugar, enquanto a culpa em sentido lato do empregado, na dispensa por justa causa, é examinada em concreto, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes, no caso do empregador, regra geral, é examinada apenas em abstrato.

Por fim, a ordem justrabalhista não autoriza a transferência do risco do negócio ao empregado, logo, não pode o empregador na tentativa de amenizar sua culpa, alegar em defesas problemas decorrentes de mudança política e econômica.

⁹⁷ Ibid. p. 1316-1317

5.2.3 Requisitos Circunstanciais

No que tange aos requisitos circunstanciais, Godinho⁹⁸ assevera que “seriam aqueles relacionados à atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro envolvido”.

Evidente que os requisitos circunstanciais devem ser suavizados quando falamos de rescisão indireta. Até porque, é notório que o empregado é a parte frágil da relação empregatícia, não possuindo meios de impor sua vontade.

Nesse sentido, analisaremos o primeiro requisito circunstancial, qual seja, a falta de punição do empregador.

Por óbvio, o empregado não tem o poder de punir o empregador em decorrência de sua conduta faltosa, não há como aplicar uma advertência ou suspensão disciplinar como em regra acontece nas rescisões por justa causa. Logo, esse requisito não é exigido nas ações com pedido de rescisão indireta.

Nesse mesmo sentido, a alegação de discriminação por parte do empregado não pode ser utilizada pelo empregador, seu empregador é único.

Sendo assim, esses dois requisitos existentes na rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado não tem compatibilidade com a rescisão indireta.

Os requisitos circunstanciais compatíveis com a rescisão indireta são: nexos causal entre falta e a penalidade; adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade; imediatividade da punição e por fim da ausência de perdão tácito.

Para Godinho⁹⁹:

⁹⁸ Ibid. p. 1317

⁹⁹ Ibid. p. 1318

No que tange ao nexos causal entre a infração e a penalidade, a ordem jurídica exige que haja efetiva vinculação entre a falta imputada ao empregador e o fundamento da rescisão indireta pretendida pelo obreiro: deve ser clara e direta, portanto, a vinculação entre a infração e o efeito jurídico drástico pretendido, que é a resolução contratual culposa.

Godinho¹⁰⁰ ensina ainda que “no que diz respeito à adequação entre a falta e a penalidade, quer a ordem *justralhista* que haja correspondência substantiva entre a conduta infratora e a rescisão indireta que se pretende ver reconhecida”.

Faltas consideradas leves pelo empregador não ensejam a penalidade máxima existente no Direito do Trabalho. À título de exemplo, o atraso de 1 dia no salário não é suficiente para caracterizar falta grave passível de rescisão contratual.

No que tange à proporcionalidade, podemos dizer que a gravidade da conduta do empregador deve ser adequada e proporcional à gravidade da consequência, da extensão do efeito jurídico pretendido pelo empregado.

O requisito imediatividade da punição origina-se do entendimento de acordo com o qual a reação do empregado ao ato faltoso do empregador deve ser imediata ao conhecimento do fato.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que nosso entendimento pode e deve ser analisado sob o prisma da existência de um único ato faltoso, ou de conduta reiterada do empregador.

Conforme ensina Wagner Giglio¹⁰¹:

Sendo o contrato de trabalho um ajuste de trato sucessivo, o descumprimento de obrigações, pelo empregador, se renova dia a dia, ou todos os meses, como regra muito geral.

Assim, a falta de medidas de proteção contra a insalubridade do meio ambiente ocorre todos os dias, a falta do recolhimento dos depósitos do FGTS e o atraso no pagamento de salários, tendem a

¹⁰⁰ Ibid. p. 1318

¹⁰¹ GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 207

se repetir, mês a mês, para citar três exemplos comuns, na prática. Por outro lado, o trabalhador é o único juiz da conveniência de rescindir o contrato: fica a seu critério suportar o descumprimento das obrigações, pelo empregador, mover ação para constrangê-lo a cumpri-las ou denunciar o contrato. Ao decidir-se por esta última alternativa, num dado momento, poderá quase sempre invocar uma infração atual do contrato, diante de mais um atraso de pagamento ou mais uma recusa em conceder férias vencidas. A desatualização da falta, contudo, pode ocorrer em algumas hipóteses de descumprimento ocasional da obrigação, não repetido, ou, ainda, quando houver uma alteração do contrato – transferência do empregado, ou mudanças de suas funções – por ato único do empregador. Nessas hipóteses, decorrido algum tempo se manifestação de vontade do empregado, presume-se que este renunciou o seu direito de dar o contrato por rescindido, e sua reação tardia sofrerá o vício de desatualização, entendendo-se não configurada a justa causa.

Nesse sentido, quando o empregador comete um ato faltoso único e sem reiteração, nosso entendimento a reação do empregado para a cessação do contrato é iminente, sob pena de ser entendido como perdão tácito.

Todavia, quando a conduta é reiterada a possibilidade de cessação do contrato se renova a cada uma delas.

Diante dos requisitos acima expostos para o reconhecimento do pedido de rescisão indireta é necessário o pronunciamento judicial, conforme veremos abaixo.

5.3 Pronunciamento Judicial na Rescisão Indireta

Como regra, o contrato de trabalho pode ser rescindido por qualquer uma das partes. Contudo, essa regra não se aplica a espécie “rescisão indireta”.

Tal assertiva é simples, uma vez que o empregado não tem qualquer poder punitivo ou disciplinar em face do empregador, não sendo assim imputado ao empregado o poder de decidir pela rescisão do contrato de trabalho em decorrência de ato faltoso do empregador sem qualquer pronunciamento judicial.

Nesse sentido, afirmamos que cabe somente ao Judiciário o pronunciamento do pedido de rescisão indireta.

Na prática, dificilmente o empregador irá reconhecer as faltas cometidas por ele ou seus prepostos, necessitando assim de uma decisão judicial para reconhecer ou não a rescisão indireta.

Ensina Maurício Godinho ¹⁰²:

(...) a rescisão indireta do contrato de trabalho tende a passar, quase que necessariamente, por um rito formal específico, o processo judicial trabalhista. No contexto desse processo, por meio da sentença prolatada, é que irá firmar-se a data da resolução culposa do contrato, com o conseqüente pagamento das verbas rescisórias que lhe são próprias: aviso-prévio, com projeção no período contratual (inclusive a parcela da proporcionalidade, se for o caso); férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; liberação de FGTS, com acréscimo pecuniário de 40% em favor do empregado; indenizações rescisórias especiais, se houver. Tudo isso acrescido das parcelas já vencidas anteriormente à ruptura (férias vencidas, com 1/3) ou cujo vencimento foi antecipado com a rescisão (férias simples, saldo de salário, etc.) se for o caso.”

O empregado propõe a ação trabalhista com o pedido de rescisão indireta podendo se afastar do trabalho ou permanecer trabalhando até a decisão final da ação.

Segundo a doutrina, somente em duas hipóteses o empregado poderá propor a ação trabalhista e permanecer no trabalho, são as delineadas nas alíneas “d” e “g”, do artigo 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos demais casos, o empregado poderá deixar o trabalho com a propositura da ação.

O momento da propositura da ação também é importante em decorrência do requisito imediatidade. Desta forma, caso o empregado não proponha a ação de forma imediata, a ação poderá ser julgada improcedente.

Neste sentido, a jurisprudência:

¹⁰² Ibid. p. 1327

PLEITO DE RESCISÃO INDIRETA. AÇÃO PROPOSTA MESES APÓS O AFASTAMENTO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE IMEDIATIDADE. Um dos requisitos imprescindíveis para dissolução do pacto, por culpa patronal, é o da imediatidade. Desse modo, logo que o empregado cientifica-se da falta grave cometida pelo empregador, deve romper o pacto laboral, sob pena de configurar-se perdão tácito. Destarte, entre os atos apontados como caracterizadores da justa causa patronal e a iniciativa da rescisão indireta, não se admite longo lapso temporal, como na hipótese vertente (quase seis meses após o afastamento do serviço). À míngua de imediatidade, não prospera a pretensão obreira de rescisão oblíqua. Certifico e dou fé que a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão ordinária hoje realizada, com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores Federais do Trabalho ELVECIO MOURA DOS SANTOS (Presidente), ELZA CÂNDIDA DA SILVEIRA e GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, bem como do Excelentíssimo Procurador JOSÉ MARCOS DA CUNHA ABREU, representando o d. Ministério Público Regional do Trabalho, por unanimidade, conheceu de ambos os recursos, deu parcial provimento ao do Reclamado e negou provimento ao do Reclamante, nos termos do voto do Relator. Certidão publicada em substituição ao (TRT-18 1049200905418000 GO 01049-2009-054-18-00-0, Relator: GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 209 de 24.11.2010, pág.39.)

A única exceção ao requisito da imediatidade é ensinada por Mauricio Godinho Delgado quando aduz¹⁰³:

Imagine-se a trabalhadora que foi agredida sexualmente pelo empregador e seus prepostos e que, imediatamente, considera rompido o pacto em vista da infração empresarial, afastando-se do emprego; porém, em seguida, em face de circunstâncias pessoais e familiares que envolvem a angustiante decisão de levar a público, via processo judicial, tal fato constrangedor, demora a definir-se pela propositura da ação, fazendo-o, finalmente, tempos depois. Ora, neste caso, o rompimento real do contrato deu-se por falta do empregador, sendo que a demora obreira justificou-se em virtude da própria natureza da lesão que sofreu, a qual induz a inquestionável constrangimento pessoal e familiar no tocante à publicização e revolvimento do fato lesivo. Em tal específica situação, não se pode considerar a propositura da ação requisito essencial à validação da rescisão indireta."

¹⁰³ Ibid. p. 1328

5.4 Ônus da Prova

Leonel Pereira¹⁰⁴ ensina que:

Provas são os instrumentos processuais considerados pelo ordenamento jurídico como aptos a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo. Representam o coração do processo, pois definirão o destino da relação jurídica processual.

Para Mauro Schiavi¹⁰⁵:

As provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos – a demonstrar um fato ou um acontecimento ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo – destinados à formação da convicção do órgão julgados da demanda.

No tocante a finalidade da prova, Leonel aponta duas espécies: principal e secundária.

Para o autor, finalidade principal está vinculada a formação do convencimento do juiz, ao passo que a secundária visa ao convencimento da parte contrária.

No tocante ao ônus da prova, Schiavi ensina que¹⁰⁶:

O ônus da prova é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável a parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

Por fim, Mauro Schiavi conclui que “no processo do trabalho: a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; b) o reclamado os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ PEREIRA, Leonel. Manual do Processo do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 949

¹⁰⁵ SCHIAVI, Mauro. Processo do Trabalho – Vol. 16- 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320-321

¹⁰⁶ Ibid. p. 334-335

¹⁰⁷ Ibid. p. 336

O artigo 818, da CLT, estabelece textualmente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que o fizer”. Entretanto, em decorrência da simplicidade do disposto no artigo da norma trabalhista, a legislação processual ordinária é utilizada de forma subsidiária, com a aplicação sistemática do artigo 373, do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do alegado direito do autor.

Desta feita, conclui-se que cabe ao empregado a prova da falta que ensejou o pedido de rescisão indireta.

Sendo esse o entendimento Jurisprudencial:

RESCISÃO INDIRETA. ÔNUS DA PROVA. A rescisão indireta do contrato de trabalho exige motivos fortes (enumerados no art. 483 da CLT), que inviabilizem a continuidade do vínculo, tão graves quanto os que se exigem para que o empregador possa despedir por justa causa o empregado (enumerados no art. 482 da CLT). O ônus da prova dos motivos alegados para rescisão indireta é do empregado, e quando ele não se desincumbe de seu ônus, não há como reconhecê-la. (TRT-12 - RO: 00008729120145120025 SC 0000872-91.2014.5.12.0025, Relator: JOSE ERNESTO MANZI, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 11/11/2015).

RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Por tratar-se de forma excepcional de extinção do contrato de trabalho, os motivos ensejadores da rescisão indireta devem estar robustamente provados nos autos, competindo à reclamante fazê-lo, nos termos do artigo 818 da CLT.(TRT-2 - RO: 00023826120145020044 SP 00023826120145020044 A28, Relator: MERCIA TOMAZINHO, Data de Julgamento: 25/08/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 01/09/2015)

5.5 Da Não Comprovação da Rescisão Indireta e a Extinção Do Contrato de Trabalho.

Conforme ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado já apreciados no presente trabalho, uma vez reconhecida da rescisão indireta, o empregado fará jus

as verbas rescisórias, incluindo as verbas indenizatórias, se devidas o forem, ou seja, a procedência do pedido é equiparada a uma dispensa sem justa causa, com o recebimento de todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho.

Contudo, nem todas as demandas acarretam na procedência do pedido. O ônus que recai sobre o empregado, de provar o descumprimento do conteúdo do contrato pelo empregador, é, muitas vezes, árduo.

Fato é que o empregado nem sempre está apto a provar as faltas cometidas pelo empregador.

Nos dois casos em que o empregado pode, sem se afastar do trabalho, ajuizar ação trabalhista visando à declaração judicial da extinção do seu contrato de trabalho - artigo 483, alíneas “d” e “g” e §3º, da CLT-, se for mal sucedido na tentativa de provar a conduta infracional do empregador, o empregado teria, nesses casos, preservado o vínculo laboral.

Nos demais casos, o empregado deixa de comparecer ao trabalho em decorrência da provocação judicial para reconhecimento da rescisão indireta. Nesta hipótese, sendo a demanda julgada improcedente, qual seria a saída jurídica para resolução do contrato?

Sérgio Pinto Martins¹⁰⁸ entende que “rejeitada a pretensão do empregado, não terá direito às reparações econômicas pertinentes, apenas ao saldo de salário e férias vencidas”.

Para Alice Monteiro de Barros¹⁰⁹ “não comprovada a rescisão indireta e tendo o autor se afastado do emprego com o objetivo de não mais retornar, entendemos que a situação se equipara ao abandono de emprego, e os salários serão devidos sempre até o afastamento.”

¹⁰⁸ Ibid p. 372

¹⁰⁹ Ibid p. 600

Em que pese o entendimento desses nobres doutrinadores, a jurisprudência mais recente vai diametralmente em sentido contrário. Uma vez não reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, o vínculo é rescindido como pedido de demissão voluntária, recebendo o empregado as verbas decorrentes de um pedido de demissão, tais como saldo de salário, férias proporcionais e vencidas, além do 13º proporcional.

Neste sentido, a jurisprudência.

PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA JULGADO IMPROCEDENTE. RECONHECIMENTO EM JUÍZO DO PEDIDO DE DEMISSÃO. DESCONTO DO AVISO-PRÉVIO POR PARTE DO EMPREGADOR. POSSIBILIDADE. O aviso-prévio não se presta unicamente a notificar a quem interessa (empregado ou empregador) da intenção de romper o pacto laboral, mas também de possibilitar ao avisado um certo tempo para se adequar às consequências do rompimento. E, caso o avisado não possa contar com referido tempo, faz jus à indenização do período correspondente. Destarte, o ajuizamento da ação trabalhista, desacompanhado da permanência do reclamante no emprego, não supre a ausência do tempo de adequação pelo empregador. Ajuizada a ação e o empregado permanecendo no trabalho, como lhe faculta a lei, o empregador tem ciência da intenção do trabalhador de não mais permanecer no emprego e se prepara para a situação futuramente decidida pelo juízo. No caso de o empregado (TRT18, RO - 0001437-13.2014.5.18.0082, Rel. IARA TEIXEIRA RIOS, 4ª TURMA, 10/04/2015) (TRT-18 - RO: 00014371320145180082 GO 0001437-13.2014.5.18.0082, Relator: IARA TEIXEIRA RIOS, Data de Julgamento: 10/04/2015, 4ª TURMA)

No mesmo sentido, Renato Saraiva¹¹⁰ destaca que:

No entanto, se o magistrado concluir que o empregador não cometeu falta grave, a ensejar a rescisão indireta, tendo o empregado deixado o emprego, entende a doutrina majoritária que esse ato equivalerá a um pedido de demissão do obreiro.

Maurício Godinho Delgado¹¹¹ ensina:

Não se tratando de trabalhador que tenha estabilidade ou garantia de emprego, a cessação da prestação de serviço coloca ponto final ao contrato entre as partes, cabendo ao judiciário decidir, somente, se o término se deu por culpa empresarial ou por resilição do contrato em face de iniciativa do empregado (pedido de demissão). Não há dúvida que o obreiro considerou em decorrência dos fatos que alega ocorridos, difícil, contrangedora “sic” ou, até mesmo, insustentável a

¹¹⁰ Ibid. p. 342

¹¹¹ Ibid p. 1330

relação empregatícia entre as partes, decretando o seu rompimento, porém vindo ao juízo pleitear que a ruptura seja tida como rescisão indireta. Não obtendo sucesso no seu intento, a extinção do contrato prevalece, mas por simples pedido de demissão do empregado.

Assevera ainda Godinho¹¹² que é “equivoco grave considerar que o afastamento do trabalhador, em exercício de prerrogativa conferida pela ordem jurídica, convole-se em justa causa operária, caso o pedido de rescisão indireta seja considerado improcedente”.

A exceção é ao empregado com estabilidade de emprego e temporária, devendo retornar ao trabalho, não recebendo salário do período de afastamento para a discussão sobre a rescisão indireta.

¹¹² Ibid. p. 1330

CONCLUSÃO

No transcorrer deste trabalho, buscamos analisar as situações que podem caracterizar a rescisão do contrato por falta cometida pelo empregador e, principalmente, o que ocorre com o contrato de trabalho em decorrência do não reconhecimento do pedido de rescisão indireta.

Diante de um estudo mais aprofundado, vimos que o rol contido no artigo 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, abrange mais duas exceções, o assédio moral e sexual.

Evidente que não tivemos a intenção de esgotar a matéria. Abordamos a posição de renomados doutrinadores e a jurisprudência atual sobre o tema, com destaque a importantes questões relacionadas ao assunto.

Inicialmente, conceituamos contrato de trabalho e delineamos as suas principais características.

Posteriormente, passamos ao estudo dos sujeitos do contrato de trabalho, com ênfase no poder diretivo do empregador.

Conforme analisado, o poder diretivo do empregador não é absoluto. O empregador não pode criar normas e estabelecer obrigações só porque é o “patrão” ou “aquele” que assume o risco do negócio. O empregador tem liberdade para administrar seu negócio, mas o seu poder de direção é limitado.

O poder de direção encontra limites em regramentos da Constituição Federal, da Consolidação das Leis do Trabalho, de normas coletivas e de legislação infraconstitucional.

Do outro lado da moeda está o empregado, que pode resistir às ordens emanadas pelo empregador em decorrência de seu poder de direção, desde que essas sejam ilícitas, para que não ocorra a insubordinação, ato punível com justa causa.

Quando o empregador não observa a licitude em sua conduta e em sua normatização, estas se revelam reprováveis, atingindo, em cheio, o empregado, desestabilizando não só a relação empregatícia, mas, também, o seu íntimo.

Neste momento, surge a necessidade de encerrar o contrato de trabalho, uma vez que a boa-fé contratual foi rompida e o acatamento à dignidade de pessoa humana deixou de existir.

Para que a extinção do contrato de trabalho ocorra sem prejuízos ao empregado, é necessário o pronunciamento judicial.

Somente o poder judiciário, depois de ponderar as provas produzidas no processo, mediante a ampla defesa e o contraditório, poderá decidir se o ato faltoso do empregador ou de seus prepostos extrapolou o razoável e enseja na extinção do contrato de trabalho.

Estando presentes os requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais para a rescisão indireta, o judiciário acolhe o pedido rescindindo o contrato, com o pagamento das verbas rescisórias e eventuais indenizações.

Nem sempre os casos levados ao judiciário são julgados procedentes. Em demandas que pleiteiam a rescisão indireta, muitas vezes o empregado não consegue comprovar os requisitos autorizadores à aplicação do instituto, já que a lei determina ser do trabalhador o ônus probatório. Em outras vezes, a conduta faltosa não é grave o suficiente para ensejar a rescisão. Ou, em outros casos, sequer houve falta do empregador, mas apenas o intuito do empregado de se desligar da empresa sem pedir demissão, usando o subterfúgio da lei para tentar a rescisão indireta.

E, nesse ponto, estabelece-se a problemática proposta no presente estudo: como deve ser resolvido esse contrato?

Alguns doutrinadores mais modernos entendem que, não reconhecido o pedido de rescisão indireta, cabe ao juiz encerrar o contrato de trabalho como pedido desligamento voluntário do empregado.

Nessa linha tem sido os julgados mais recentes. Se não comprovada a alegada falta grave do empregador, a ação é julgada improcedente em relação a este pedido, colocando-se fim ao contrato de trabalho, com direito as mesmas verbas de um pedido voluntário de demissão.

A exceção a esta regra é aplicada nos casos em que o empregado permanece no emprego no decorrer da instrução processual ou aqueles com estabilidades garantidas.

Nosso posicionamento está em harmonia com a jurisprudência atual, porquanto entendemos que o contrato deve ser resolvido nos casos de improcedência do pedido.

A manutenção do contrato em caso de improcedência revela-se impossível, pela quebra de confiança entre os sujeitos da relação.

Em verdade, ao decidir pelo ajuizamento da demanda objetivando a rescisão indireta do contrato de trabalho, o empregado manifesta a sua vontade de não mais permanecer à disposição do empregador.

Ademais, a conversão em despedida por iniciativa do empregado é a maneira mais justa de resolver a demanda, já que as verbas deferidas nesta situação não onerariam o empregador, pois não teria que arcar com a multa do FGTS, como nos casos de despedida injustificada.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho 10. ed. Ltr: São Paulo, 2016.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho 37. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de Carvalho. Direito do Trabalho, Curso e Discurso, Aracaju: Evocati, 2011

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho 14. ed. LTr: São Paulo, 2015.

FERRARI, Irany. MARTINS, Melchíades Rodrigues. Dano Moral, Múltiplos Aspectos das Relações de Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011

GIGLIO, Wagner – Justa Causa - 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

GOMES Orlando, Elson Gottschalk. Curso de Direito do Trabalho 11 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990

JESUS Damásio Evangelista, Direito Penal - 15. ed.- São Paulo - Saraiva 1991

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Direito Coletivo do Trabalho. 3 ed. São Paulo - LTr, 1993,

MAGANO, Octávio Bueno. Do poder diretivo da empresa. São Paulo: LTr, 2012

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho 23. ed. Atlas: São Paulo, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Fundamentos do Direito do Trabalho 13. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. Direito do Trabalho 7. Ed. Atlas: São Paulo, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho 24. ed. LTr: São Paulo, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho 18. ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral, São Paulo: Saraiva, 2009

NETO, Carlos F. Zimmermann. Direito do Trabalho edições Paloma. São Paulo, 2002.

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

PEREIRA, Leonel. Manual do Processo do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013,

RUSSOMANO, Mozart Victor – Curso de Direito do Trabalho – Curitiba- 5ª ed. Ed. Juruá - 1995

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho – versão universitária – São Paulo – Ed. Método – 2008

SCHIAVI, Mauro. Processo do Trabalho – Vol. 16- 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

SILVA, De Plácido, Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro, Forense, 1999

STOPPINO, Mario. Poder. In: Dicionário de política. 11. Ed. Brasília: UnB, 1998, v. 2

INTERNET

<http://www.planalto.gov.br> (acessado em 12/01/2017)

<http://www.oit.org.br> (acessado em 12/01/2017)

http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html (acessado em 12/01/2017)

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanJose.htm>
(acessado em 12/01/2017)

www.tst.jus.br (acessado em 16/01/2017)