

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC - SP

GUILHERME TADEU CRUZ MALTA

O BÔNUS DE CONTRATAÇÃO E A CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA

**SÃO PAULO
MARÇO DE 2019**

GUILHERME TADEU CRUZ MALTA

O BÔNUS DE CONTRATAÇÃO E A CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) apresentado à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito do Trabalho.

Orientadora: Prof^a Ms Catia Guimarães Raposo Novo Zagari

**SÃO PAULO
MARÇO DE 2019**

O BÔNUS DE CONTRATAÇÃO E A CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à banca
Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para
obtenção do grau de especialista
em Direito do Trabalho.

São Paulo, 29 de Março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Profª Ms. Catia Guimarães Raposo Novo Zagari
Orientadora

Professor convidado 1

Professor convidado 2

À minha mãe, Vilma, dedico não só este trabalho, mas minha vida.

Agradecimentos

À minha família pelo incentivo de sempre.

A Deus por me fortalecer e guiar minhas escolhas todos os dias.

À minha orientadora, Prof^a Ms Catia Guimarães Raposo Novo Zangari, por acreditar na importância científica do tema e apoio durante as pesquisas.

*“Há três métodos para ganhar sabedoria:
primeiro, por reflexão, que é o mais nobre;
segundo, por imitação, que é o mais fácil; e
terceiro, por experiência, que é o mais
amargo”.*

Confúcio

Resumo

Uma das maneiras que as grandes companhias norte-americanas e européias tem de recrutar altos empregados é através do pagamento de uma verba chamada de bônus de contratação, também conhecida como *hiring bonus*, *sign in bonus* ou *retainer fee*. O valor tem a finalidade de atrair o funcionário para a nova empresa, ressarcindo-o dos prejuízos decorrentes do pedido de demissão do emprego anterior. Em contrapartida, o aceite vem acompanhado de uma cláusula de permanência, em que o executivo se compromete a permanecer na empresa durante um período avençado pelas partes, sob pena de devolução da verba caso este peça demissão antes.

O trabalho tratou do conceito do bônus de contratação e as duas grandes polêmicas que envolvem o tema: a sua natureza jurídica e a validade da cláusula de permanência. Primeiramente, foi feita uma diferenciação entre o bônus e o contrato de mútuo. Tratou-se, ainda, da diferenciação entre o bônus de contratação, as luvas pagas ao jogador de futebol profissional e o passe. Após isso foi feita uma análise das verbas pagas na duração do contrato de trabalho. A cláusula de permanência foi abordada de acordo com as três formas mais comuns de extinção do contrato de trabalho: o pedido de demissão, a dispensa sem justa causa e dispensa motivada. Por fim, foi analisado o posicionamento do CARF e do TST a respeito do tema.

Palavras-chave: Bônus. Contratação. *Hiring Bonus*. Cláusula. Permanência. Salário. Indenização.

Abstract

One of the ways US and European large companies have to recruit senior employees is through the payment of a sum called a hiring bonus, also known as hiring bonus, sign in bonus or retainer fee. The purpose of the value is to attract the employee to the new company, thereby incurring the loss resulting from the resignation from the previous employment. On the other hand, the acceptance is accompanied by a stay clause, in which the executive agrees to remain in the company during a period agreed by the parties, under penalty of return of the sum if this part resignation before.

The paper dealt with the concept of the hiring bonus and the two major controversies that surround the theme: its legal nature and the validity of the stay clause. First, a differentiation was made between the bonus and the loan agreement. It was also the differentiation between the hiring bonus, the gloves paid to the professional soccer player and the pass. After that, an analysis of the amounts paid during the duration of the employment contract was made. The stay clause was dealt with according to the three most common forms of termination of the employment contract: dismissal, dismissal without just cause and dismissal motivated. Finally, the position of CARF and TST on the topic was analyzed.

Keywords: Bonus. Hiring. Hiring Bonus. Clause. Permanence. Salary. Indemnity.

Sumário

1	BÔNUS DE CONTRATAÇÃO	11
1.1	Conceito e finalidade	11
1.2	Diferenças entre o bônus de contratação e contrato de mútuo .	13
1.2.1	O contrato de mútuo no direito romano	13
1.2.2	Conceito e características do contrato de mútuo	14
1.3	Diferenças entre o bônus de contratação, as luvas e o passe . .	15
2	A NATUREZA JURÍDICA DO BÔNUS DE CONTRATAÇÃO SOB A ÓTICA DAS PARCELAS TRABALHISTAS	21
2.1	Salário e Remuneração	21
2.2	Caracteres do Salário e da Remuneração	23
2.3	Parcelas salariais e remuneratórias	26
2.4	Parcelas sem natureza salarial	27
2.4.1	Parcelas indenizatórias	27
2.4.2	Parcelas de direito intelectual	29
2.4.3	Participação nos lucros ou resultados	29
2.5	O bônus de contratação como parcela remuneratória	30
2.6	O bônus de contratação como parcela indenizatória	33
3	A CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA	38
3.1	Conceito	38
3.2	A cláusula de permanência e o pedido de demissão	39
3.3	A cláusula de permanência e a dispensa por justa causa.	42
3.4	A cláusula de permanência e a dispensa sem justa causa.	43
4	POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE O BÔNUS DE CONTRATA- ÇÃO	45
5	POSICIONAMENTO DO TST SOBRE O BÔNUS DE CONTRAÇÃO	48
6	CONCLUSÃO	51
7	BIBLIOGRAFIA	53

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos e sociais cada vez mais acelerados no mundo globalizado, a competitividade do mercado de trabalho se torna sempre mais visível. Ocorre que, há uma relação direta entre as transformações sociais e as relações trabalhistas, pois na medida em que surgem novas necessidades, surgem novos valores, novos produtos no mercado de consumo e, conseqüentemente, são necessários profissionais que tenham o dinamismo de acompanhar essas transformações e, ao mesmo tempo, gerarem resultados rápido.

A Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, a reforma trabalhista, enalteceu essa necessidade de flexibilização das normas, dando ao mundo das relações laborais novos contornos, que prestigiam a autonomia das partes.

O trabalho e a livre iniciativa são princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme se verifica no Art. 1º, IV da Constituição Federal

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

(...)

Com uma sociedade alicerçada nos valores do trabalho, e ao mesmo tempo marcada pela rapidez e o foco em números, é possível extrair a ideia de que o contrato de trabalho se torna cada vez mais importante para regulação das complexas relações laborais, deixando muito claros, na medida do possível, os direitos e obrigações do empregado e do empregador¹.

No magistério do Professor Octávio Bueno Magano:

A relação, não taxativa dos deveres do empregado compreende o de sujeição ao poder hierárquico do empregador ; o de atuação com boa-fé; o de fidelidade; o de assiduidade; o de colaboração. A relação, igualmente não taxativa, dos deveres do empregador compreende em: atuar de boa-fé; o de observar as normas de segurança e higiene no trabalho; o de não discriminar e o de respeitar as invenções do empregado².

As principais obrigações do empregado são as de prestar os serviços para os quais foi contratado e, quando for o caso, as de conceder aviso-prévio, pagar indenização, ressarcir danos. Entre as mais marcantes obrigações do empregador,

¹ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.

² MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.

incluem-se as de remunerar os serviços prestados pelo empregado; a de lhe conceder férias; repouso semanal remunerado, salário-família, décimo terceiro e, quando for o caso, a de lhe assegurar aviso prévio; a de lhe pagar indenização, a de lhe reembolsar despesas.³

Não resta dúvidas de que o contrato de trabalho é uma modalidade especial de contratação cujo pressuposto basilar é a desigualdade entre as partes pactuantes, sendo os seus princípios informadores, como sendo de ordem pública e não passíveis de negociação entre as partes.⁴

Contudo, o Estado não consegue tutelar todas as relações jurídicas e isso nem seria viável. Sendo contrato de trabalho também norteado pelo princípio da autonomia privada, o que confere às partes o poder de disciplinarem seus próprios interesses⁵, observados os princípios que norteiam a ordem jurídica pátria (como a licitude do objeto, a proteção contra alteração contratual lesiva etc.), é possível que as partes estabeleçam cláusulas que atendam as necessidades do negócio e dos interesses pessoais do empregado.

³ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.

⁴ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho** - São Paulo: Atlas, 2007.

⁵ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.

1 BÔNUS DE CONTRATAÇÃO

1.1 Conceito e finalidade

O bônus de contratação, também conhecido pelo nome de bônus de retenção, ou por expressões inglesas como *hiring bonus*, *sign in bonus*, ou *retainer fee*, é uma verba paga ao empregado pelo empregador, que tem ter por finalidade a atração do empregado para a nova empresa, quando apenas um salário superior não é o suficiente para tanto e também para reparar eventuais perdas financeiras decorrentes de um pedido de demissão após um contrato de trabalho longo, como participações nos lucros e resultados, gratificações, anuênios e outros benefícios que incrementem os rendimentos deste empregado de maneira considerável, ou ainda, pode ser pago como um incentivo para que essa pessoa permaneça nos quadros da empresa quando recebe outra proposta de emprego.

Muitas organizações que praticam o *hiring bonus* aos recém-contratados exigem como moeda de troca que eles permaneçam durante determinado período na instituição. Esse tempo de permanência varia de 24 a 48 meses, mas este prazo é passível de negociação pelas partes através de um contrato, também chamado de “carta-oferta”.

Esse acordo entre funcionário e empresa não tem tratamento específico do ordenamento jurídico brasileiro (o que causa grande insegurança jurídica), pois não existe nenhuma lei que obrigue o colaborador a continuar trabalhando contra a sua vontade, tampouco é encontrada na legislação pátria dispositivo que determine cabalmente a natureza jurídica, ficando tal encargo à construção doutrinária e jurisprudencial. No entanto, a prática, que já é bastante comum no mercado nacional e internacional, funciona na maioria dos casos. Sendo assim, além de atrair o candidato em um momento inicial, também garante sua permanência, agindo como ferramenta de retenção.

É importante destacar que o bônus de contratação não consiste em um “pré-contrato”, mas sim de um contrato acessório assinado anteriormente ao contrato de trabalho. Neste raciocínio é válido destacar a lição trazida pelo desembargador Nelson Nazar:

(...)

O direito do trabalho tampouco conhece o pré-contrato, ou seja, a manifestação de vontade anterior à formalização dos contratos, que, como sabemos, pode gerar consequências no mundo do direito civil. Para o direito do trabalho, a promessa de contratação de um determinado obreiro equivale a nada, mesmo que, para assumir o emprego prometido, tenha o empregado se demitido do trabalho anterior. Inexiste consequência para o não cumprimento da referida promessa de contratação por parte da “promitente-empregadora”.¹

¹ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho** - São Paulo: Atlas, 2007.

Em grande parte dos casos, a verba é ofertada a executivos: os chamados “altos empregados” ou “peças-chave” de empresas de grande porte e renome por serem profissionais disputados pelo mercado, que atuam nos mais diversos ramos de atividade. Contudo, a ferramenta é mais utilizada em áreas como o marketing e o mercado financeiro, publicidade e outros ramos que envolvam captação e retenção de clientes. Há também aqueles empregados de outras áreas são considerados chave pela seu conhecimento técnico aliado a uma habilidade de administrativa de gerir grandes equipes, sendo convidados então para estruturar ou reestruturar grandes equipes, que na maioria das grandes instituições são formatadas no modelo “esteira”. Exemplo disso são os departamentos jurídicos, que necessariamente devem ser geridos por advogados que, além das estratégias judiciais, devem conhecer os impactos sociais e financeiros de seus contratos, suas práticas com os colaboradores, de seus tributos etc. Outro exemplo de altos empregados que frequentemente recebem ofertas para deixarem seus empregos são os líderes de recursos humanos, para que contribuam com sua experiência em outras empresas para o desenvolvimento e implementação de novas culturas organizacionais e desenvolvimento da gestão de pessoas. Não são incomuns as empresas de consultoria em Recursos Humanos brasileiras e estrangeiras que vem se especializando no recrutamento de executivos para cargos de gestão.

A legislação brasileira não utiliza a expressão ‘executivo’ para designar os responsáveis pela direção e administração das corporações e outras formas de empresas. Esta palavra encontra-se, contudo, consagrada no jargão corporativo e já foi incorporado ao vernáculo. Segundo o dicionário Houaiss (2009, p. 855), ‘executivo é o indivíduo que ocupa cargo de direção ou de alta responsabilidade em organização comercial ou financeira’.

O gênero que denominamos executivos é integrado por diversas espécies de empregados. O diretor executivo, diretor-geral, ou, como tem se tornado mais comum no mundo corporativo, chief executive officer (CEO), é a pessoa com a mais alta responsabilidade ou autoridade numa organização. Apesar de teoricamente ser possível uma empresa ter mais de um CEO, geralmente o posto é ocupado por somente um indivíduo, temendo-se que tal compromisso crie conflito dentro da organização sobre quem tem o poder de decisão. Todos os outros executivos prestam contas ao CEO.

Nada impede, contudo, que o bônus de contratação seja pago a empregados ocupem cargos não diretivos, mas que exijam um grau de responsabilidade que os diferencie dos demais.

A reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017 acompanhando essa ideia, introduziu o parágrafo único ao Art. 444, trazendo a figura do **hipersuficiente**:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Quando se fala na hipossuficiência trazida pelo dispositivo supramencionado, é preciso destacar a ponderação trazida pelo magistrado e professor Homero Batista Mateus da Silva de que o valor do salário mensal é o base, ou seja, sem parcelas condicionais (como horas extras e adicional noturno).²

1.2 Diferenças entre o bônus de contratação e contrato de mútuo

1.2.1 O contrato de mútuo no direito romano

No período romano primitivo, eram reconhecidos dois tipos de contratos formais: o *nexum* e a *stipulatio*. O primeiro, para ser celebrado, exigia a presença das partes, do objeto e mais 5 testemunhas, uma balança e seu portador, além de demais dizeres simbólicos, muito semelhante à *mancipatio*, mas dela se diferenciava porque além da transferência da propriedade do objeto (que na maioria das vezes se tratava de dinheiro emprestado), criava ao devedor a obrigação de devolver outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade, e respondia com o próprio corpo pelo pagamento. A *stipulatio*, por sua vez, era a promessa solene de uma prestação, pronunciada em resposta à pergunta do credor, ambos com o uso do verbo *spendere*, que traduzia uma obrigação e tinha um caráter sacramental, por isso possuía tal força obrigatória³.

Gaio, jurisconsulto romano do século II, instituiu um novo tipo de empréstimo, mas desta vez, sem as formalidades do *nexum*, restando somente a entrega do bem ao devedor, e desta entrega já se originava a obrigação de restituir, assim estava realizado uma nova modalidade de contrato real: o *mutuum*.

O *mutuum* era considerado um contrato unilateral e gratuito, resultando apenas em uma única obrigação, de modo que não admitia uma cláusula que estipulasse uma contraprestação pelo devedor, os juros. Os juros, caso houvessem, deveriam ser convencionados por meio de *stipulatio*, ou seja, um contrato apartado⁴.

² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. - São Paulo - Saraiva, 1995.

⁴ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. - São Paulo - Saraiva, 1995.

A ação do credor contra o devedor, para compeli-lo à devolução, era a *conditio certae creditae pecuniae*, quando o objeto do mútuo fosse dinheiro, e a *conditio triticaria* quando se tratasse de outro bem fungível.⁵

1.2.2 Conceito e características do contrato de mútuo

O civilista Washington de Barros Monteiro utiliza a seguinte definição para a espécie contratual:

O mútuo é o contrato pelo qual um dos contraentes transfere a propriedade do bem fungível ao outro, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.⁶

O art. 586 do CCB (Código Civil Brasileiro) dispõe:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Do citado dispositivo legal, é possível se extrair algumas características:

a) Contratualidade: por ser contrato, requer manifestação das partes, que devem ser maiores, capazes e concordes. É contrato real, tendo em vista que se efetiva com a tradição. Gratuito, pois o mutuante nada recebe nada recebe do contraente, o mutuário. É contrato unilateral, já que uma vez entregue o bem emprestado apenas o mutuário contrairá obrigações.

b) Temporariedade: tem prazo para conclusão. Caso as partes forem silentes quanto ao prazo, aplica-se o disposto no Art. 592 do CCB:

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:
I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;
II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;
III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

c) Fungibilidade da coisa emprestada: Carlos Roberto Gonçalves leciona que constitui empréstimo para consumo, pois o mutuário não é obrigado a devolver o mesmo bem.⁷

⁵ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. - São Paulo - Saraiva, 1995.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil** – 5 volume – São Paulo : Saraiva, 1999.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves, **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. - 10. ed. São Paulo, 2013.

d) Translatividade da coisa emprestada: a propriedade do bem passa a ser do mutuário com a tradição, que conseqüentemente pode dispor do objeto como quiser: abandonando-o, alienando-o etc. Por conseguinte, se o bem se deteriorar ou vier a se perder, o mutuário que suportará os prejuízos ante o princípio do *res perit domino*⁸.

e) Obrigatoriedade de restituição da coisa na mesma espécie: o mutuante, conforme o Art. 590 CCB, poderá exigir garantia dessa restituição, se, antes do vencimento do prazo, o mutuário vier a sofrer notória mudança em sua condição econômica.⁹

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

É possível concluir que não há similitude entre os dois institutos, tendo como base o conceito e as características inerentes a ambos os contratos. Em primeiro lugar, deve ser apontado que o contrato de mútuo tem **natureza cível**, e de conteúdo estritamente patrimonial, não havendo relação com o direito do trabalho. Em contrapartida, o bônus de contratação gera efeitos trabalhistas, por ser uma espécie **sui generis de contrato** acessório ao pacto laboral.

Quanto ao objeto, o contrato de mútuo difere do bônus de retenção pelo fato de que no mútuo há a **possibilidade de variação do objeto emprestado**, pela característica da fungibilidade, o que não se verifica no bônus de contratação, cujo objetos são **dinheiro** e a **força de trabalho**.

Quanto à geração de obrigações, como já dito acima, o contrato de mútuo é **unilateral**, ao contrário do bônus de contratação, que é bilateral ou sinalagmático. Por fim, no contrato de mútuo verifica-se que **há a obrigatoriedade de restituição da coisa**, porque se não houvesse, seria doação ou compra e venda. No bônus de contratação, o empregado somente restitui o empregador caso incorra em cláusula penal.

1.3 Diferenças entre o bônus de contratação, as luvas e o passe

Em 1988, houve a constitucionalização de vários direitos sociais como educação, moradia, trabalho, saúde e ao lazer.

José Afonso da Silva leciona que “lazer e recreação são funções urbanísticas, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem na com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o meio ambiente sadio e equilibrado.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo - **Código Civil Interpretado** - 2. ed. - São Paulo - Atlas, 2011.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais** - 28. ed. - São Paulo - Saraiva, 2012.

‘Lazer’ é a entrega à ociosidade repousante. ‘Recreação’ é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos repletos de folguedos e alegrias” (José Afonso da Silva, Comentário contextual à constituição, 186-187). Extrai-se, portanto que o lazer é um gênero de direito social constitucionalmente garantido e que o esporte é uma espécie.

O Art. 217 da Constituição Federal passou a dar ao esporte não só o status de direito social, mas sim uma autonomia jurídica e uma formatação própria, de modo que está estampado no referido dispositivo que o Estado deve fomentar a prática desportiva reconhecer a prática do esporte de forma profissional, sendo então uma forma de manifestação também do direito social ao trabalho:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Dentre os postulados em sede constitucional, o princípio da autonomia desportiva impôs limites à elaboração das leis versando sobre desporto no plano do Legislativo, na esfera do Executivo estabeleceu o parâmetro delimitador de sua discricionariedade e, no tocante ao Judiciário, condicionou a interpretação das normas do ordenamento jus-desportivo. Pontue-se, ainda, que esta consagração da autonomia dos entes desportivos dirigentes e de prática quanto a sua organização e funcionamento - como cláusula pétrea da lei desportiva - buscou exatamente preservar o desporto.

O Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia diferencia o esporte praticado de modo profissional do não profissional:

de acordo com a Lei 9.615 de 24 de março de 1998, o desporto pode ser organizado ‘de modo não profissional’ (identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio) e de ‘modo profissional’ sendo este último caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva¹⁰.

¹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - **Curso de direito do trabalho** - 9ª ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro. Forense, 2015.

O contrato de trabalho do atleta profissional é definido como um “contrato especial de trabalho” e é regido pelas normas trabalhistas, com exceção das peculiaridades contidas na Lei 9.615 de 1998, como reza do Art. 28 do dispositivo, alterado pela Lei 12.395 de 16 de março de 2011.

Grande parte dos atletas profissionais recebem valores para migrarem de um clube desportivo para outro. No futebol, por exemplo, não são raras as notícias de jogadores profissionais brasileiros que deixam os clubes nacionais para defenderem os times europeus e asiáticos em trocas de grandes quantias, denominadas **luvas**.

O art. 12 da revogada Lei 6.354 de 2 de setembro de 1976, que regulamentava as relações de trabalho dos jogadores de futebol profissionais, dispunha que as luvas eram a importância paga pelo empregador ao atleta pela assinatura do contrato.

Art. 12 Entende-se por luvas a importância paga pelo empregador ao atleta, na forma do que for convencionado, pela assinatura do contrato.

É importante também estabelecer uma distinção entre as luvas e o **passê**. Como já dito, o primeiro é pago pelo clube ao atleta, ou seja, do empregador ao empregado, diferentemente do segundo, que era pago de um clube a outro clube pela cessão do empregado, ou seja, de um empregador a outro empregador. Tal conceito estava estampado no art. 11 do extinto diploma e as regras do pagamento estava inserida no art. 13:

Art. 13 Na cessão do atleta, poderá o empregador cedente exigir do empregador cessionário o pagamento do passê estipulado de acordo com as normas desportivas, segundo os limites e as condições estabelecidas pelo Conselho Nacional de Desportos

§1º O montante do passê não será objeto de qualquer limitação, quando se tratar de cessão para empregador sediado no estrangeiro.

§2º O atleta terá direito a parcela de, no mínimo, 15% (quinze por cento) do montante do passê, devidos e pagos pelo empregador cedente.

§3º O atleta não terá direito ao percentual, se houver dado causa à rescisão do contrato, ou se já houver recebido qualquer importância a título de participação no passê nos últimos 30 (trinta) meses.

Como resta claro na própria letra da lei, o instituto do passê beneficiava muito mais o clube empregador do que o atleta empregado, sequer entrando em discussão sobre a natureza jurídica do instituto, mas apenas porque pode ser comparado a um verdadeiro prêmio que os clubes recebiam pela formação do atleta, o que vai totalmente na contramão do sistema protetivo trabalhista, mas encontrava respaldo em legalidade, criando, ainda, verdadeiros fundos financeiros para viabilizar estas negociações. Neste sentido, Luciano Brustolini Guerra pondera o seguinte:

Apoiando-se no protecionismo que a legislação pátria lhes conferia, os clubes de futebol faziam do passê verdadeiro capital ativo, fonte principal de renda

e subsistência. Isso porque o referido instituto impedia que o atleta, mesmo depois de encerrado o contrato de trabalho com determinado clube, procedesse à sua transferência para outra agremiação, enquanto não fosse paga a importância que a lei atribuía como devida.¹¹

Convém observar, também, que o “passe” conta com o reconhecimento da Federation Internationale de Football Association (FIFA), que entende que o clube que revelou o jogador e que possui sua vinculação federativa deve ser indenizado pela eventual transferência desse atleta para outra agremiação. Assim, verifica-se o “passe” como verdadeira indenização em prol dos clubes que investiram no jogador quando ele ainda era desconhecido ou que projetaram esse jogador aos olhos do meio desportivo. Todavia, o instituto foi banido no Brasil pela Lei Pelé.

Obviamente, não seria cabível estabelecer semelhanças entre o passe e o bônus de contratação. Como já foi dito em linhas anteriores, o passe satisfaz quase que integralmente os interesses dos empregadores (os clubes), sendo o trabalhador (o jogador) colocado em segundo plano na relação jurídica, reduzindo-o quase à uma condição de coisa, deixando-o impossibilitado de dispor de sua própria força de trabalho por força de lei, que pertencia ao clube detentor de seu passe. No bônus de contratação há sempre a possibilidade de rescisão contratual, seja por parte do empregador, seja por parte do empregado, fluído ou não o prazo avençado.

Os operadores do direito frequentemente fazem paralelo entre o bônus de contratação e as luvas pagas ao atleta, e realmente há semelhanças. Entretanto, há distinções marcantes entre os dois institutos que merecem ser apreciadas.

Quanto ao momento da assinatura do contrato, há identidade entre os dois institutos, posto que o contrato é assinado antes do início da efetiva prestação dos serviços. Como já dito na parte introdutória deste trabalho, o bônus de contratação é assinado antes mesmo do contrato o próprio contrato de trabalho.

No que tange ao tipo de empregado ao qual se faz o pagamento já encontramos o primeiro obstáculo para se estabelecer identidade entre os dois institutos. A parcela denominada **luvas** estava prevista na extinta legislação destinada a **jogadores de futebol**, de modo a não haver aplicabilidade tanto da lei quando do instituto a qualquer outro tipo de empregado que não seja jogador de futebol que atue de forma profissional. O bônus de contratação ou *hiring bonus* é pago geralmente a executivos de diversas outras áreas que não do esporte, mais preponderantemente no marketing e no mercado financeiro. Nada impede, entretanto, que o bônus de contratação seja paga a um executivo do esporte, mas o instituto das luvas não poderiam ser aplicado a este, tendo em vista não se tratar de jogador profissional.

¹¹ GUERRA, Luciano Brustolini. **Consectários da extinção do passe no futebol brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 147, 30 nov. 2003.

Apesar de o contrato do bônus de contratação e o das luvas serem contratos acessórios ao contrato de trabalho, cabe ressaltar que o contrato de trabalho do atleta tem prazo determinado por exigência legal, o que não ocorre com o contrato regulado pela CLT, em que vigora o Princípio da continuidade da relação de emprego, ou seja, ele não termina depois de passado o prazo estipulado no *contrato de hiring bonus*.

Tampouco é possível fazer paralelo entre os contratos quando se leva em conta a finalidade do pagamento da verba. As luvas tem como único objetivo atração do jogador para o novo clube, e apenas isso. O bônus de contratação tem como primeiro objetivo **indenizar o trabalhador pelas perdas financeiras oriundas de um pedido de demissão**, visto que o pagamento não é feito quando o executivo está desempregado, não há o que se se reparar quando nada foi perdido.

Uma grande semelhança entre os dois institutos, é a **causa jurídica** do pagamento das referidas verbas: a **assinatura do contrato**. É evidente que tanto o bônus de contratação quanto as luvas não são fruto de contraprestação laboral. Isto porque, tanto no caso do jogador de futebol quanto no executivo, nenhum dos dois prestou serviços ao futuro empregador. Além disso, o próprio Art. 3º, inciso III do revogado dispositivo excluía as luvas do salário:

Art. 3º O contrato de trabalho do atleta, celebrado por escrito, deverá conter:

(...)

III - o modo e a forma da remuneração, especificados o salário os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convencionadas;

(...)

Neste sentido Amauri Mascaro Nascimento, pontua o seguinte:

Dispõe a Lei 6.354, de 1976, Art. 3º, III, que o contrato de trabalho do atleta, celebrado por escrito, deverá conter: o modo, a forma de remuneração, especificados os salários, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como, o valor das luvas, se previamente convencionados. E o Art.12 declara: 'Entende-se por luvas a importância paga pelo empregador ao atleta, na forma do que for concencionado, pela assinatura do contrato'. Tem-se, portanto, que a causa jurídica do pagamento de luvas não é a contraprestação do trabalho, o que é diferente dos salários pagos pelos serviços. As luvas, como regra, são um único pagamento, não havendo continuidade nem habitualidade, muito menos contraprestividade com o trabalho já exercido, enquanto salário é pós remunerado e, ao contrário das luvas, são pagas antes do início do trabalho.¹²

Em sintonia com a doutrina, eis o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008.

(...)

II – MÉRITO

II.1 – ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. “LUVAS”. NATUREZA JURÍDICA

No tocante ao presente tema, o Eg. Regional, às fls. 68/69, assim entendeu: “O reclamante sustenta que a Lei 6354/76 define claramente a natureza salarial das ‘luvas’, em razão do que pretende sejam deferidas as integrações dos valores respectivos nos 13º salários, férias, repousos semanais remunerados e FGTS, nos termos postulados na inicial. Transcreve arestos e entendimentos doutrinários que reputa pertinentes. Sem razão.

A legislação invocada pelo reclamante, que dispõe sobre as relações de trabalho de atleta profissional de futebol, dispõe, em seu artigo 3º, inciso III, que ‘o modo e a forma da remuneração, especificamente o salário, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convenccionados’.

Nos termos da dicção do seu artigo 12, ‘Entende-se por luvas a importância paga pelo empregador ao atleta, na forma que for convenccionado, pela assinatura do contrato’ (grifos do autor).

Da transcrição supra, depreende-se as luvas não advêm da prestação dos serviços. Trata-se, em verdade, de vantagem contratual estabelecida anteriormente à prestação laborativa e decorrente da própria assinatura do contrato. Observe-se, outrossim, que inexistente habitualidade no pagamento da parcela, razão pela qual impossível considerá-la salário. Indevida, por consequência, a integração das luvas para todos os efeitos legais, nos termos pretendidos nas razões recursais.

Aos mesmos fundamentos, não se cogita serem as luvas salários pagos por antecipação.

Nega-se provimento.

(TST - AIRR: 7862885920015045555 786288-59.2001.5.04.5555, Relator: Josenildo dos Santos Carvalho, Data de Julgamento: 18/10/2006, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/11/2006.)

Há posicionamento em contrário que defende que ambos os pagamentos se tratam de salário antecipado, entrando na problemática a respeito da natureza jurídica da verba, que será tratado com mais profundidade no capítulo seguinte deste trabalho.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO BÔNUS DE CONTRATAÇÃO SOB A ÓTICA DAS PARCELAS TRABALHISTAS

A definição da natureza jurídica do bônus de contratação está longe de ser uma tarefa de fácil solução, visto que na América do Norte e na Europa Ocidental a prática é mais comum do que no Brasil.

São poucos os executivos que ingressam na Justiça do Trabalho pleiteando o reconhecimento da natureza salarial e os consectários, ficando os magistrados com o encargo de decidir com base em situações análogas, como a das luvas, tratadas no capítulo anterior, cujas os Tribunais já vem entendendo serem revestidas de tal natureza, sob o argumento de que se trata de salário pago por antecipação.

Entretanto, há posicionamento jurídico em contrário, partindo da ideia de que a legislação que tratava das luvas era destinada a atletas, e de que a parcela não é revestida dos elementos caracterizadores do salário.

Neste capítulo, o problema é analisado tomando como base, as parcelas pagas pelo empregador ao obreiro na fluência e na extinção do contrato de trabalho.

2.1 Salário e Remuneração

A onerosidade é um dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício. É através deste elemento fático, jurídico e econômico que o empregado se mantém conectado ao seu empregador, à economia e ao sistema produtivo.

Apesar dos vocábulos salário e remuneração serem tratados como sinônimos, é evidente que o legislador quis estabelecer uma distinção entre os institutos. O Art. 457 da carta laboral pátria:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que fôr cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados.

Seguindo esta ideia, Orlando Gomes também distingue a remuneração do salário fazendo uma análise da própria letra de lei. O primeiro diz respeito a verbas advindas do trabalho, provendo o empregador ou não. O salário, na visão do autor, é usada para se reportar à verba paga exclusivamente pelo empregador, bem como de

certos períodos de descanso remunerado (hipóteses de interrupção do contrato como ocorre nas férias e nos descansos semanais e feriados remunerados).¹

É possível, portanto, extrair a ideia de que o salário é a verba de dependente de dois elementos: o vínculo empregatício, prestação de serviços ou o tempo à disposição do empregador conforme preceitua o Art. 4º da CLT.

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Parágrafo único - Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

Já a remuneração é a somatória do salário com as demais vantagens pagas em decorrência de outros fatos geradores previstos no contrato de trabalho, que são também, necessariamente, contraprestativos: como as comissões, percentagens, as gratificações, os prêmios, as quebras de caixa etc.

Amauri Mascaro Nascimento assim conceitua salário:

Salário é a principal obrigação do empregador no contrato de trabalho. Para o empregado. Para o empregado é o mais importante direito trabalhista. Para este é um crédito e para aquele é um débito. Duas ideias centrais permitem identificar, entre os pagamentos efetuados pelo empregador ao seu pessoal, o salário, afastando do seu âmbito outras atribuições patrimoniais desvinculados do mesmo: a habitualidade e contraprestatividade dos pagamentos.²

Já para a remuneração, o Professor Maurício Godinho Delgado traz a seguinte definição, já fazendo uma comparação com o conceito de salário:

Remuneração seria gênero de de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego, ao passo que o salário seria a parcela contraprestativa principal paga a esse empregado no contexto do contrato. Remuneração seria o gênero; salário, a espécie mais importante das parcelas contraprestativas decorrentes do contrato de trabalho.³

Em face dos conceitos e distinções trazidos pela doutrina, é necessário ressaltar também que houve confusão do legislador ao tratar das parcelas referidas nos §1º e no §2º do Art. 457, 458 e 459 como salário, quando o termo correto seria remuneração. Entretanto é clara a conclusão de que a remuneração é gênero, e o salário é espécie.

¹ GOMES, Orlando. **O salário no Direito Brasileiro**. Ed. fac. sim - São Paulo - LTr, 1996

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008.

³ DELGADO, Maurício Godinho Delgado: **Salário teoria e prática**. 2ª Ed. Del Rey, 2002.

2.2 Caracteres do Salário e da Remuneração

O salário é um instituto que possui vários caracteres que demonstram o espírito do Direito do Trabalho, não só pela sua natureza alimentar, mas por vários outros traços distintivos de outros ramos da ciência jurídica.

Sistematizando as características delineadas pela doutrina, tem-se as seguintes:

a) **Caráter alimentar:** o caráter alimentar do salário é corolário de sua função econômica e social. O salário tem repercussão na esfera econômica, como já dito em linhas pretéritas, porque a relação de emprego é essencialmente onerosa, portanto a cadeia produtiva não se movimenta sem o pagamento de salários. A repercussão na esfera social se dá pelo fato de que o salário atende à uma série de necessidades do trabalhador e de sua família, como alimentação, vestuário, transporte, educação e lazer, tornando-o um consumidor em potencial e refletindo novamente na movimentação da economia, ou seja, a elevação do poder aquisitivo do assalariado quando a inflação é baixa. Isso remete ao Princípio do Justo Salário, insculpido no Art. 7º, IV e VII da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

V - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.

(...)

A natureza alimentar do salário é que responde por um conjunto razoável de garantias especiais que a ordem jurídica confere à parcela, como a impenhorabilidade, e a proteção contra descontos arbitrários feitos pelo empregador.

b) **Caráter forfetário:** o neologismo doutrinário advém da expressão *à forfait*. Significa que há a obrigação de pagar salários é do empregador, pois este é quem assume e suporta os riscos do empreendimento. Acentua, pois, a característica salarial derivada da alteridade contida no Art. 2º da CLT⁴:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho Delgado - **Curso de direito do trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.

Em consonância com esta ideia, Francisco Antônio de Oliveira salienta:

É até intuitivo que a redução de salário só tenha vez quando motivos ponderosos a justifiquem. Se assim não fosse, estar-se-ia simplesmente transferindo o risco do empreendimento, para o trabalhador, medida que contraria o Art. 468 da CLT, que afirma residência em regra geral. A irredutibilidade é a regra, a exceção haverá de ser regulada⁵.

Ainda sobre o tema do caráter forfetário do salário, o Professor Sergio Pinto Martins leciona:

A remuneração deve ser quantificável. O empregado deve saber quanto ganha por mês, de acordo com certos critérios objetivos. O salário-base não pode ser pago mediante condição. O obreiro não pode ficar sujeito ao pagamento do seu salário de acordo com critérios aleatórios, à álea, ao azar, pois na contratação deve-ter certeza do valor a ser pago mediante salário, ainda que sob a forma de peça ou tarefa. O risco do empreendimento deve ser do empregador, como se verifica no Art. 2º da CLT. O operário não de poderia ficar da dependência de receber salários apenas se o empregador vendesse suas mercadorias ou obtivesse lucro na exploração de seu negócio.⁶

c) **Indisponibilidade:** o salário não pode ser objeto de renúncia ou de transação lesiva do decorrer da relação empregatícia. Esta característica do salário é uma das manifestações mais latentes do Princípio da proteção, pilar do Direito do Trabalho. Exemplo prático desta característica é o enunciado 418 do TST, que confere ao juiz a faculdade de homologar ou não a transação entre as partes litigantes, não podendo ser tal decisão atacada por mandado de segurança:

Súmula nº 418 do TST
MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO
A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

d) **Irredutibilidade:** está associada à característica anterior. A irredutibilidade salarial traduz-se em um princípio de fundamental importância para as relações individuais de trabalho, assegurando aos trabalhadores o direito de não sofrer decréscimos em seus salários por imposição unilateral dos empregadores. Essa característica possui respaldo constitucional no Art. 7º, VI de nossa carta política:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2ª Ed. da obra Direito do Trabalho em Sintonia com a Nova Constituição, SP: RT, 2000.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo. Atlas. 2009.

(...)

VI – irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

(...)

e) **Periodicidade:** Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

A periodicidade é marca essencial do salário, na qualidade do salário, na qualidade de obrigação de trato sucessivo que a verba substancia. No Direito brasileiro, a parcela salarial básica (salário básico) não pode ser calculada e paga por além do parâmetro temporal mensal (Art. 459, CLT). Busca a lei assim estreitar a própria periodicidade da verba. Ressalte-se que todas as figuras salariais caracterizam-se pela periodicidade (inclusive gratificações, comissões e percentagens), embora estas três últimas figuras não necessariamente submetam ao parâmetro mensal acima especificado. Esclareça-se, por fim, que, no grupo de percentagens, uma vez que seguem, sim, a regras de periodicidade mensal dos salários.⁷

f) **Habitualidade:** também chamada de característica da persistência ou continuidade. É inerente ao salário o seu pagamento de forma reiterada, sucessiva. Tratam-se de parcelas que surgem várias vezes ao longo do contrato de trabalho.⁸

g) **Tendência à uma determinação heterônoma:** apesar de o contrato de trabalho ser um ato bilateral, e o salário ser objeto de estipulação entre as partes (empregado e empregador), este obedece parâmetros externos à vontade das partes, como normas estatais e acordos ou contrato coletivo de trabalho. Apesar de ser um ramo do direito privado, é sabido que o Direito do Trabalho tem forte intervenção pública. Sobre isso, José Martins Catharino pontua:

A intensidade da intromissão legal nas relações particulares ou coletivas depende especialmente do tipo político do Estado. Se a estrutura estatal for autoritária, a intervenção pode ir até a negação de qualquer liberdade, seja do empregador, seja do empregado. Se for “democracia liberal”, a lei converte em ornamento inútil, teórico e marginal. Se, pelo contrário, o Estado se compenetra de sua missão atual de socializar o respeito à dignidade da pessoa humana, o que é essencial à democracia, a intervenção legal será realizada na justa medida, de acordo com a capacidade maior ou menor das forças espontaneamente coligadas entre o trabalho e do capital.⁹

h) **Pós-numeração:** é característica dos salários, de uma forma geral, que o empregado trabalhe primeiro para receber depois. Deste modo, o salário é devido após decorrido o lapso temporal correspondente: a hora, o dia, a semana ou mês. Há que

⁷ DELGADO, Maurício Godinho Delgado - **Curso de direito do trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.

⁹ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994. Ed. fac similada.

se pontuar, entretanto, que o salário pago em utilidade não obedece a essa dinâmica, como por exemplo: o uso do carro, da moto, da habitação etc.

i) **Caráter retributivo:** parte-se da premissa de que o salário e as demais parcelas remuneratórias são contraprestações ao o serviços. Contudo, é admitida pela doutrina que a contraprestação advém do caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e que há situações o salário é devido mesmo sem a prestação de serviços, não sendo para alguns, portanto, uma característica das verbas salariais.¹⁰

2.3 Parcelas salariais e remuneratórias

Como é sabido, as obrigações em geral são compostas da parte principal e da acessória. Apesar da imprecisão dos termos utilizados na legislação quando se analisa os Arts. 457 e seguintes da CLT, é válido considerar a composição da contraprestação como sendo bipartite: composta de parcelas salariais e remuneratórias.

Partindo dessa separação, é cabível assinalar que a única parcela puramente salarial é o salário-base, que na definição de Octávio Bueno Magano “constitui o núcleo da remuneração”¹¹. É aquela quantia fixa devida pela existência do vínculo empregatício, geralmente estipulada por unidade de tempo ou por unidade de obra, com a garantia constitucional de não ser nunca inferior ao mínimo. Realça-se a importância desta unidade quando se atenta para a circunstância de que constitui geralmente a base sobre as quais incidem outras vantagens atribuídas ao trabalhador. Se este recebe, por exemplo, vários adicionais, como adicional de transferência, de tempo de serviço, de periculosidade, de horas extraordinárias, de trabalho noturno, cada um deles deve ser calculado sobre o salário-base e nunca uns sobre os outros mesmo porque, se assim fosse, quais deveriam preceder no processo de integração salarial.

As parcelas de natureza remuneratória são aquelas que surgem após a efetiva prestação de serviços e as demais vantagens ofertadas pelo empregador, clientes e fornecedores: as utilidades, as comissões, as percentagens, as gorjetas, as gueltas etc. São verbas ou vantagens estranhas ao salário-se, mas que são dotadas do efeito batizado pelo professor Maurício Godinho Delgado de **efeito expansionista circular**, ou seja, com aptidão de produzir repercussões em outras parcelas como FGTS e INSS.

Entretanto, como bem salienta o Professor Amauri Mascaro, a caracterização de tantas verbas como remuneratória, e a determinação jurisprudencial de incidência de umas sobre as outras tendem a beneficiar o empregado, o legislador tirou o caráter salarial de diversas parcelas. Assim, reduz-se o custo do trabalho, uma vez que as

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário** - São Paulo: LTr, 1994.

¹¹ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho** - 2ª ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.

parcelas não salariais não geram o chamado “efeito expansionista”.¹²

2.4 Parcelas sem natureza salarial

Tratam-se de parcelas econômicas sem natureza salarial, ou seja, sem as características inerentes ao salário. O critério utilizado para a aferição da natureza jurídica de uma parcela, é a combinação de dois aspectos: a sua essência (sua estrutura, composição) e o seu posicionamento junto ao demais institutos jurídicos. Levando em conta a natureza jurídica das parcelas não-salariais, estas são divididas em três tipos: as parcelas indenizatórias, as parcelas de natureza meramente instrumental, as parcelas pagas meramente a título de direito intelectual, as de participação nos lucros empresariais, as parcelas previdenciárias e as parcelas pagas ao empregado por terceiros.

2.4.1 Parcelas indenizatórias

A indenização consiste no ressarcimento ou na reparação de um dano ou prejuízo sofrido de forma injusta. Na relação empregatícia, uma parcela terá natureza indenizatória quanto tiver o objetivo de recompor o patrimônio do trabalhador, que sofreu uma diminuição vinculada ao contrato de trabalho.

Entretanto, como assinala o Professor Maurício Godinho, não serão quaisquer perdas, prejuízos ou despesas que darão aso ao pagamento de parcelas indenizatórias correspondentes, sendo o dever de indenizar oriundo de fatos geradores inerentes ao contrato de trabalho, resultantes de condutas cumpridas pelo obreiro em decorrência de estrita obrigação contratual.¹³

Assim, a indenização difere de salário em quatro aspectos principais: **fato gerador, finalidade, efeitos e periodicidade**. A indenização tem como fato gerador um prejuízo indevido e como finalidade a recomposição do patrimônio, não possui efeitos reflexivos em outras verbas e, via de regra, é paga esporadicamente, apenas quando há o referido prejuízo. O salário tem como fato gerador o serviço prestado ou o tempo à disposição do empregador e como finalidade o acréscimo à um bem econômico a um patrimônio, possui efeitos reflexivos em outras parcelas e é pago com habitualidade ao trabalhador.

Amauri Mascaro Nascimento exatamente nesse sentido:

A diferença entre salário e indenização se faz a partir da causa: na indenização, o dano; no salário, o serviço prestado, a disponibilidade ao empregador ou nas interrupções do contrato de trabalho nas quais a remuneração é devida.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Salário: conceito e proteção - São Paulo: LTr, 2008.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho Delgado: Salário teoria e prática. 2ª Ed. Del Rey, 2002.

O salário não é pago porque o trabalhador sofre um dano. É devido mesmo sem qualquer dano. A indenização não se destina à retribuição de um trabalho prestado, a disponibilidade do empregador ou as interrupções do trabalho. Quanto a estas últimas, uma doutrina de direito do trabalho, hoje superada, considerada os pagamentos que a elas se relacionassem, indenizatórios. Atualmente, não é mais defensável essa tese.

Distinguem-se salário e remuneração também segundo a finalidade dos dois institutos. A indenização visa a recomposição de um patrimônio ou de um bem jurídico. O salário não tem a finalidade de recompor. O seu fim é pagar o trabalhador como sujeito do contrato de trabalho, acrescentando um bem econômico ao seu patrimônio, no sentido de entendimento de algumas necessidades vitais.¹⁴

O primeiro grupo das indenizações são as chamadas **indenizações por despesas concretizadas** ou a **se concretizar**, como as diárias para viagens que não excedam 50% do salário e as ajudas de custo. Outra parcela que se encaixa nessa categoria é o vale-transporte, uma vez que se trata de despesa que o trabalhador tem com sua condução casa-trabalho e trabalho-casa.

O segundo grupo de parcelas indenizatórias são as de **indenizações que decorrem de outros objetivos jurídicos**: como o aviso prévio não trabalhado e a indenização por período de férias não gozado no período contratual. No mesmo rol se inscrevem-se a indenização especial por dispensa anterior à data base, prevista na lei 7.284/84:

Art 9º - O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Na mesma linha, é possível inserir neste grupo a verba prevista no caput do Art. 477 da CLT:

Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

Este grupo de parcelas são aquelas utilizadas (bens ou serviços) ofertadas pelo empregador ao obreiro essencialmente como forma de facilitar o desempenho do trabalho ou implementador do aperfeiçoamento no processo de execução do trabalho. O Art. 458, §2º traz um rol exemplificativo deste tipo de parcela em seus incisos I e II:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro - **Teoria jurídica do salário** - São Paulo: LTr, 1994.

habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas

(...)

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

(...)

2.4.2 Parcelas de direito intelectual

O Ministro Godinho define o direito intelectual da seguinte forma:

Direitos intelectuais - ou direitos derivados da propriedade intelectual - são os que se relacionam à autoria da utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São as vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística.¹⁵

As parcelas com natureza jurídica de direito intelectual pode ser devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício. Entretanto, permanece em separado da remuneração, conservando sua natureza. Tratam-se de valores de um direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato de trabalho, com fundamento, estrutura e dinâmica jurídica próprias. Pode ocorrer, até mesmo, que o próprio título jurídico ensejador do direito intelectual não seja o contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao contrato empregatício.¹⁶

Trata-se dos direitos resultantes da propriedade intelectual em sentido amplo, em que sem englobam os direitos do autor, protegidos pela Constituição Federal no Art. 5º, incisos XXVII e XXVIII e pela Lei 9.610 de 1996, os direitos de propriedade industrial, tutelados no Art. 5º, XXIX da Constituição e pela Lei 9.279 de 1996 e ainda os direitos intelectuais relativos à criação de software.

2.4.3 Participação nos lucros ou resultados

As parcelas de participação nos lucros ou resultados não possuem natureza salarial por expressa previsão constitucional, como se nota no Art. 7º, XI da carta política de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho Delgado: **Salário teoria e prática**. 2ª Ed. Del Rey, 2002.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho Delgado - **Curso de direito do trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.

(...)

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

(...)

Anteriormente à promulgação da Constituição atual, a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho considerava que participação dos lucros pagas habitualmente tinha natureza salarial. Boa parte da doutrina se mostrou favorável à alteração da Constituição, uma vez que se considerava que se trata de uma forma de participação do funcionário na empresa, e não de salário, condicionada a pressupostos que uma vez não verificados, a prejudicam.¹⁷

Regulada pela Lei 10.101/2000, esta parcela pode ser implementada pela empresa, desde que haja negociação coletiva (através de acordo ou convenção ou por comissão de trabalhadores integrada por um membro do sindicato). A referida lei estabelece, ainda, que a parcela somente poderá ser paga em até duas vezes no ano.

Não observadas essas regras, em princípio, a parcela de participação dos lucros passaria a ser revestidas de caráter remuneratório. No entanto, há grande número de decisões que dão o caráter remuneratório quando não observadas as referidas regras. Isto ocorre porque, não estando a participação envolvida pelo “efeito expansionista circular”, esta parcela é muito utilizada para mascarar outras parcelas de natureza remuneratória.

2.5 O bônus de contratação como parcela remuneratória

Como já dito no início deste capítulo, não há um posicionamento majoritário definido acerca da natureza jurídica do bônus de contratação, tendo em vista que a prática é reservada, na maioria das vezes, aos altos executivos, e poucos deles ingressam na Justiça Laboral pleiteando os consectários advindos de tal declaração.

A parcela da jurisprudência que defende a natureza salarial do bônus, entende que a prática é, na verdade, pagamento de salário por antecipação, mas “travestido de bônus”, uma vez que a parcela é paga de forma única e no ato da assinatura do contrato, sem qualquer reflexo em outras verbas que onerariam o empregador, sendo uma forma de pagamento “extra folha”. Em suma, a tese é de que o procedimento correto seria trazer o empregado com um salário maior.

Outro argumento utilizado para sustentar que se trata de salário por antecipação é a existência de cláusula de permanência (tratada no próximo capítulo deste trabalho), que vincula o obreiro, pelo menos 24 meses contados a partir da assinatura do contrato,

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho Delgado: **Salário teoria e prática**. 2ª Ed. Del Rey, 2002.

nascendo a partir daí, a relação empregatícia, bem como gerar a impossibilidade de devolução de valores, posto que as verbas de cunho alimentar e, portanto, irrepetíveis.

Este posicionamento jurídico faz uma analogia com o pagamento das luvas pagas ao jogador de futebol, que é, sem dúvidas, o instituto que hoje mais se assemelha ao bônus de contratação, no sentido de ambos os contratos são pagos ao empregado tomando por base sua alta performance não apenas durante o contrato com seu empregador, mas durante toda uma carreira.

Em sintonia com este entendimento, o julgando da 3ª Região:

BANCÁRIO. IMPORTE PAGO A TÍTULO DE INCENTIVO À CONTRATAÇÃO E À PERMANÊNCIA NO EMPREGO. “LUVAS”. NATUREZA SALARIAL

.Os artifícios formais engendrados pelo empregador, em detrimento dos direitos e garantias legais do trabalhador, não prevalecem neste Juízo Especializado (art. 9º da CLT), que se norteia, basilarmente, pelo princípio que privilegia a realidade dos fatos sobre a forma que os apresenta. No caso deste processado, verificou-se não se ter firmado verdadeiro contrato de mútuo entre as partes, mas, efetivamente, pagamento adiantado de salário indireto e não contabilizado em folha - parte quitada de imediato e parte prometida à empregada -, em decorrência de sua já reconhecida capacidade de trabalho, de sua arriscada decisão pela troca de emprego e, sem dúvida, da sua contraprestação laboral (art. 457 da CLT). Cumpre salientar que a parcela ajustada entre as partes não tem previsão legal expressa, exceção feita ao caso do atleta profissional (art. 12 da Lei nº 6.354/19760). Faz-se, aqui, todavia, alusão às “luvas”, haja vista a semelhança fática ocorrida com a hipótese apreciada. O pagamento das luvas é ajustado com vista à capacidade técnica do atleta e também decorre do seu passado profissional. Embora exista previsão legal de “luvas” apenas aos atletas, o fato jurídico deve ser tipificado com fundamento nos demais princípios que norteiam o direito do trabalho, em especial o da proteção. Verifica-se que, no caso vertente, houve a promessa de pagamento de determinado valor em razão da admissão da Autora, relevando-se, assim, tratar-se de parcela nitidamente salarial (TRT-3 - RO: 00341200910903000 0034100-24.2009.5.03.0109, Relator: Marcio Ribeiro do Valle, Oitava Turma, Data de Publicação: 01/02/2010 29/01/2010. DEJT. Página 367. Boletim: Sim.).

O que se pôde extrair dos julgados, foi que, por aplicação análoga às luvas (cujo a natureza jurídica também não é pacífica), o bônus de contratação possui a natureza remuneratória, posto que se trata de parcela integrante da relação empregatícia e da prestação de serviços, mesmo que futura, devendo ser utilizado como divisor, o número de meses em que o empregado permaneceu vinculado ao empregador.

Outro argumento utilizado pela parcela doutrinária para o questionar a possibilidade de enquadramento do bônus de contratação como verba indenizatória, é de que não estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil e, consequentemente, da obrigação de indenizar, que na lição de Sérgio Cavalieri são: **conduta**, podendo esta ser uma ação ou uma omissão; existência de **dano**; e **relação entre**

conduta e o dano suportado, ou **nexo causal**.¹⁸

a) **Conduta:** A jurista Maria Helena Diniz conceitua a conduta da seguinte forma:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou do terceiro, ou a fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.¹⁹

Para Venosa, conduta é o ato de vontade, que, no campo da responsabilidade civil deve necessariamente ser dotada do elemento **ilicitude**. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame da transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito, contida no Art. 186 do Código Civil Brasileiro²⁰:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

b) **Dano:** é outro elemento essencial para o dever de indenizar, pois sem ele não há que se falar em dever de indenizar, sob pena de configuração de um enriquecimento ilícito, na lição de Cavalieri Filho.²¹

c) **Nexo causal:** relação entre de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Para que se possa caracterizar a responsabilidade civil do agente, não basta que o mesmo tenha praticado uma conduta, e nem a mesma ter sofrido um dano. É imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, é necessária a ligação entre os dois elementos.²²

d) **Culpa:** há imprecisões doutrinárias quanto à culpa como responsabilidade civil. Parte da doutrina entende que não é pressuposto de responsabilidade, sobretudo no novo código, considerando uma nova responsabilidade, que prescinde esse elemento subjetivo para a sua configuração. Na visão dessa parcela da doutrina, falta a generalidade para ser pressuposto de responsabilidade civil.

Segundo eles, os requisitos essenciais são apenas os três primeiros. No direito civil pátrio, não ganha grande relevância a distinção entre dolo e culpa em sentido estrito, já que no âmbito civil o objetivo não é punir, e sim reparar o dano causado.²³

18

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Código Civil Interpretado - 2. ed.** - São Paulo - Atlas, 2011

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

²² DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

A jurista Alice de Barros Monteiro compartilhou do entendimento de que as luvas são salário por antecipação:

As luvas têm natureza de salário pago por antecipação, não se confundindo com indenização, pois nelas não se encontra presente o caráter ressarcitório advindo de perda.²⁴

Nota-se que que as reclamações trabalhistas ajuizadas, se baseiam em três pontos: a ausência do dano, de modo a não existir o dever de indenizar; de que se trata de salário pago por antecipação e de que se trata de instituto similar ao das luvas pagas aos jogadores de futebol.

Inserida na corrente que defende que o bônus consiste em parcela salarial, é imperioso destacar que há quem sustente o caráter remuneratório da parcela, mas reconhecendo que dada sua natureza eventual deve repercutir apenas em FGTS. O fundamento é a aplicação analógica do TST, que trata da gratificação semestral:

Súmula nº 253 do TST

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antigüidade e na gratificação natalina.

2.6 O bônus de contratação como parcela indenizatória

Na contramão do entendimento abordado no tópico anterior, estão os julgados que entendem que o bônus de contratação é uma parcela indenizatória, utilizada para reparar a perda financeira advinda do pedido de demissão do emprego anterior, onde o executivo já se alicerçou e adquiriu prestígio, não havendo que se falar em natureza salarial.

Apesar da parcela dos juristas entenderem que a parcela é dotada de natureza salarial, baseada na ideia de que a natureza salarial é mais benéfica para o empregado, há uma série de pontos levantados pela parcela antagonista que devem ser postas em análise antes de simplesmente atribuir-se a natureza salarial ao bônus de contratação. As principais são:

a) O bônus de contratação não é pago ao executivo que se encontra desempregado

A prática é de que a empresa faça a oferta a um executivo que já ocupa posição de prestígio em outra empresa. Se a pessoa não está trabalhando, é porque ela já

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. São Paulo: Ltr, 2001.

pediu demissão de seu antigo emprego, ou já foi dispensada e recebeu suas verbas rescisórias, não havendo perdas a serem reparadas. Portanto, não há que se falar em carta-oferta quando não há a perda de verbas rescisórias quais sejam: a multa de 40%, depósitos fundiários e aviso prévio.

b) O bônus de contratação é pago apenas uma vez

Diferentemente do salário e da remuneração, que são parcelas de trato sucessivo, o bônus de contratação é pago de uma única vez, portanto não está presente a característica da periodicidade e da habitualidade que é inerente das parcelas remuneratórias.

No Direito brasileiro, a parcela salarial básica (salário-base) não pode ser calculada além do parâmetro temporal mensal estabelecido no Art. 459 da CLT, buscando a lei assim estreitar própria justamente periodicidade da verba:²⁵

Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

A periodicidade das parcelas remuneratórias são fixadas por força de lei, sendo os pagamentos contínuos, ininterruptos, salvo as exceções como o auxílio doença. Isso se justifica que pelo caráter alimentar das parcelas remuneratórias, o que não se verifica no bônus de contratação.

Nessa linha, Amauri Mascaro leciona:

Como os bens que o trabalhador necessita para fazer frentes às exigências normais da sua vida para se manter são adquiridos no curso do mês, ganha a importância a regra da periodicidade do pagamento do salário para que se justifique como obrigação de caráter alimentar, uma vez que se não fosse continuamente disponível, haveria o comprometimento da regularidade dos pagamentos bens vitais ou necessários, daí a regra da periodicidade do pagamento de salário.

Há regras específicas sobre os períodos de pagamento do salário-base e dos complementos salariais, não coincidentes. Essa desigualdade de regras se dá porque as funções a que se destinam o salário-base e os complementos salariais. Naquele, acentua-se de modo mais próximo a contraprestatividade com o trabalho prestado ou disponível e nestes, ao contrário destes que são instituídos para outros fins. Não obstante, alguns dos complementos salariais são constantes como o salário-base, caso em que submetem à mesma norma de pagamento.²⁶

c) Ausência de contraprestatividade laboral

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática** - Belo Horizonte. Del Rey, 1997.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário** - São Paulo: LTr, 1994.

Uma das distinções mais importantes a serem feitas entre as parcelas remuneratórias e o bônus de contratação é a ausência de contraprestatividade de serviços. Ocorre que, os fatos geradores são diferentes.

A ideia fica mais nítida quando se toma como norte, a redação do caput do Art. 457 da CLT:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, **como contraprestação do serviço**, as gorjetas que receber.

O Professor Mascaro conceitua a contraprestação da seguinte forma:

Contraprestar é prestar por algo que se recebe, como que contraprestação do trabalho tem um sentido patrimonialístico de troca entre algo que o empregado dá ao empregador, a sua energia física e intelectual, e o que o empregador dá ao empregado por força dessa energia que lhe foi disponibilizada pelo trabalhador. É patrimonialística é toda atribuição que tenha um valor econômico para o empregado, com certas limitações da lei, além do dinheiro, que é o modo principal de pagamento, mas também atribuição de bens ou serviços.²⁷

O fato gerador das parcelas remuneratórias advém da relação de emprego, da prestação de serviços ou do tempo à disposição do empregador. O salário-base, como já explanado em tópicos anteriores, é forma de retribuição do empregador ao obreiro, pelo trabalho prestado. As comissões, consistem em retribuições do empregador ao empregado em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro no contexto do contrato, calculando-se, variavelmente, em contrapartida a essa produção.²⁸ Isso decorre do **caráter sinalagmático** próprio contrato de trabalho²⁹.

Não se pode atribuir tal característica ao bônus de contratação, posto o fato gerador da referida parcela é a assinatura do contrato, também conhecida como carta-oferta, visto que a empresa ainda não percebeu o resultado da força intelectual ou física do executivo. O raciocínio neste caso, transcrito de uma forma simplificada, é de que tudo o que é contraprestação é salário e, inversamente, o que não é contraprestação do trabalho não é salário.³⁰

O tempo à disposição do empregador, é aquele que se apresenta ao serviço e aguarda a ordem para executá-los, mesmo que efetivamente a ordem de execução não venha, ou seja, mesmo que o tempo não seja aproveitado, deverá ser remunerado,

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática** - Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²⁹ Maurício Godinho Delgado critica a ideia de que o caráter sinalagmático seja um atributo do salário, defendendo que esta é uma característica do contrato de trabalho e não do salário, posto que há momentos do contrato de trabalho em que não há a efetiva prestação de serviços (**Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p.101 e 102).

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008

como no caso do sobreaviso (em que o empregado aguarda as ordens de sua própria casa) e a prontidão (aguarda nas dependências da empresa).³¹

Há, evidentemente, uma dúvida se a partir da assinatura da carta-oferta, já nasce automaticamente a relação empregatícia entre o executivo e a empresa, de modo que não se pode afirmar com precisão se a partir do aceite, ele já se colocando à disposição de sua nova empregadora, uma vez que se trata de um contrato acessório ao contrato de trabalho.

d) Distinção das indenizações do direito trabalhista e a indenização do direito civil

A corrente doutrinária que opta por enquadrar o bônus de contratação em parcela remuneratória, alega a inexistência dos elementos que ensejam a responsabilidade civil, e conseqüentemente o dever de indenizar: o dano e o ato ilícito.

No primeiro capítulo deste trabalho foi apontada a lacuna legislativa a respeito do tema e a CLT, em seu Art. 8º, parágrafo único, permite que o direito civil seja utilizado como fonte alternativa para resolução dos litígios:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Entretanto, é necessário ter cautela com as analogias feitas entre institutos do direito comum e o trabalhista, visto que as indenizações presentes em âmbito laboral nem sempre decorrem de ato ilícito, como por exemplo: abono pecuniário, o FGTS, os valores destinados a planos educacionais, o vale-transporte, os reembolsos diversos etc.

Outro ponto que deve ser colocado em cheque é que há sim um prejuízo suportado pelo empregado quando pede demissão da empresa anterior, podendo ser sim aceita a ideia de que o bônus de contratação pela nova empresa sem, no entanto, haver a caracterização de um ilícito por parte do empregador.

Tem-se o seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, com tal entendimento, entretanto, fazendo analogia às luvas:

EMENTA: HIRING BONUS. NATUREZA JURÍDICA. As “luvas”, ou bônus de contratação são parcelas tipicamente indenizatórias, equivalentes à conhecida

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008.

“compra de passe” no meio esportivo, o que é suficiente para retirar-lhe qualquer caráter contraprestativo, como definido no art. 457 da CLT. Trata-se de pagamento sem nenhuma feição retributiva de prestação de serviços, não se caracterizando o bônus de contratação como decorrência lógica de prestação de serviços, pois o pagamento serve efetivamente como incentivo para ruptura do vínculo empregatício anterior para o empregado assumir nova relação jurídica empregatícia, reduzindo os riscos inerentes a esta opção (TRT, 3ª Região, Processo: 0001080-73.2013.5.03.0021-RO, Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos - Relator, publicado no DOE em 19/08/2014).

Seguindo de este raciocínio, mais um julgado:

DA INTEGRAÇÃO DA PARCELA “LUVÁ”

Alega o autor que recebeu da reclamada a quantia de R\$ 250.000,00 com a finalidade de “garantir a saída do Reclamante do seu ex-empregador, para ingresso no Reclamado, ou seja, visando suprir qualquer perda remuneratória no período em que o Autor estivesse montando uma carteira de clientes para o banco”. Suscita a natureza salarial da parcela, pelo que, requer a sua integração à remuneração. Sem razão.

Ora, do próprio relato dos fatos realizado pelo autor, extrai-se que a parcela, paga de uma única vez, visou indenizar o reclamante por eventuais perdas havidas no período de montagem da carteira de clientes.

No contrato de trabalho celebrado entre as partes (fl. 121), estabeleceu-se o pagamento de um bônus de contratação, o qual somente seria devido ao empregado, em seu integral valor, caso mantivesse o contrato por 4 anos e fosse dispensado sem justa causa (cláusulas 2.1 a 2.8).

Observa-se que o montante quitado não se destinou a remunerar o serviço prestado, mesmo porque a quitação ocorreu antes do início do contrato, mas visou apenas garantir a sua manutenção. Inexistiu habitualidade a justificar a integração pretendida.

Nego provimento TRT-1 - RO: 00013011220125010065 RJ, Relator: Antonio Cesar Coutinho Daiha, Data de Julgamento: 18/03/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 30/04/2015).

3 A CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA

3.1 Conceito

A cláusula de permanência, também conhecida como cláusula de retenção, é o elemento do contrato que estabelece o período de tempo em que o executivo deve permanecer na empresa, em troca do pagamento do bônus de retenção.

Como o bônus de contratação não tem previsão legislativa específica, este período de tempo é objeto de livre negociação entre as partes, que geralmente convenionam de 24 a 48 meses de permanência. Importante esclarecer que a existência de uma cláusula de permanência não gera uma garantia provisória de emprego.

Alguns juristas questionam a licitude da inclusão de uma cláusula de permanência ao bônus de contratação, sob o fundamento de que não se pode obrigar ninguém a permanecer trabalhando contra sua vontade, e que gera um desequilíbrio contratual.

Todavia, parece frágil esse argumento, pois da mesma forma que não há lei que obrigue o empregado a permanecer trabalhando, não nada no ordenamento que impeça a celebração de um contrato que estabeleça tal cláusula. Ademais, o executivo assina o contrato por sua livre e espontânea vontade, não havendo vício de consentimento que macule a avença, já que obedece aos requisitos do Art. 104 do CCB:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Não há dúvidas de que o bônus de contratação seja um contrato acessório ao contrato de trabalho e, por isso, é salutar que estabelecer quais são as consequências jurídicas para ambas as partes em todas as modalidades de extinção do pacto laboral principal, sempre tendo como norte a boa-fé e a função social dos contratos.

Entretanto, sabe-se que a maioria dos modelos de contratos de bônus de contratação prevem apenas algumas das modalidades de extinção dos contratos de trabalho por prazo indeterminado, que são: a **demissão**, a **dispensa por justa causa**, a **dispensa sem justa causa**, deixando lacunas com relação à **rescisão indireta**, a **ruptura por culpa recíproca**, o **distrato** e a **força maior**. A reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017 inaugurou a rescisão contratual por **mútuo acordo**, com a inserção do Art. 484-A na CLT:

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no **caput** deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no **caput** deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Neste trabalho, serão explorados apenas os três primeiros.

3.2 A cláusula de permanência e o pedido de demissão

O empregado pode ensejar a extinção do contrato de trabalho com o pedido de demissão, ocasião em que este deverá conceder aviso prévio ao empregador para que este possa qualificar outra pessoa para substituir aquele que realizou o pedido, sendo que a recusa deste prazo pelo empregado ocasionará no pagamento destes dias ao empregador. Esta situação, assim como no caso da dispensa sem justa causa, somente se verifica nas hipóteses dos contratos por prazo indeterminado.

Cumprido esclarecer que neste tipo de contrato, quando o empregado pede demissão ele não faz jus ao recebimento da multa de 40% sobre o FGTS e nem das férias proporcionais nos casos de contratos de trabalho inferiores a 1 (um) ano. Assim, será devido pelo empregador, além destas férias proporcionais, o saldo de salário, o 13º salário proporcional aos meses trabalhados e as férias vencidas, com o terço constitucional se houver.

O pedido de demissão antes do prazo convencionado pelas partes no ato da assinatura do contrato, gera para o empregado a obrigação de restituir o valor ao empregador. O que vai determinar se o valor será devolvido de forma integral ou proporcional ao tempo pendente, é o contrato. Contudo, pelo princípios da boa-fé contratual e da razoabilidade, que são pilares do direito do trabalho na lição do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, quando o empregado é demandado pelo empregador na Justiça do Trabalho e o magistrado reconhece a validade do bônus, os magistrados tendem a decidir pela restituição de forma proporcional ao tempo que faltaria para o empregado cumprir o tempo de retenção.

Neste sentido, tem-se o julgado:

MÉRITO BÔNUS DA CONTRATAÇÃO / HIRING BONUS / VALIDADE / RESTITUIÇÃO DE VALORES. Alegou o reclamante que quando da contratação

do reclamado pagou a este um bônus de contratação, denominado hiring bonus, no valor bruto de R\$ 100.000,00, proposta esta aceita pelo réu sem nenhum vício de consentimento, tendo sido acordado entre as partes que, em caso de pedido de demissão ou dispensa por justa causa antes de 09/07/2014, o reclamado deveria restituir o valor proporcional ao montante recebido correspondente ao tempo restante para o término do prazo estipulado.

Em defesa o reclamado requereu a invalidade do pactuado em razão da abusividade da cláusula, sustentou que foi coagido a pedir de demissão em razão do péssimo ambiente de trabalho e cobranças excessivas de cumprimento de metas, que se encontra em situação financeira precária.

A prática empresarial de pagar valor considerável - o chamado "bônus de contratação" ou "hiring bonus" - como forma de atrair profissionais altamente qualificados é usual no meio corporativo. Trata-se de mecanismo utilizado por empresas de grande porte na busca pela contratação de empregados com alta especialização, que são raros no mercado. Não constitui conduta ilegal, desde que observadas as disposições contidas no art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não proibida por lei). Não fere, tampouco, nenhuma norma trabalhista, ao contrário, representa um implemento que beneficia o empregado.

Ademais, a vinculação deste bônus de contratação à permanência do empregado no novo empregador, por um período mínimo de prestação de serviços e a devolução do valor, se não cumprido o prazo ajustado, não fere nenhuma disposição legal.

Além disso, trata-se de uma contrapartida bastante razoável, se considerado o prazo ajustado, que não é longo - no caso em tela, 02 anos - tendo em vista que ao novo empregador interessa não apenas a captação do profissional, mas também a sua retenção, ainda que por um período mínimo, nos quadros da empresa.

Friso que o referido ajuste não previa que o reclamado fosse compelido a permanecer no emprego contra a sua vontade, o que seria ilegal, mas tão-somente que, caso não permanecesse pelo prazo ajustado, deveria devolver o valor do bônus no importe proporcional ao tempo restante para o término do prazo estipulado.

Não há nos autos qualquer elemento a indicar que a vontade do réu, ao assinar o documento de id 1737446, não foi livremente exercida, ônus probatório que competia ao demandado, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Nesse sentido, destaco que as duas testemunhas inquiridas em juízo também receberam o referido bônus sem qualquer menção de vício de vontade.

Dessa forma, reputo válido o negócio jurídico realizado entre as partes.

A teor da prova oral produzida, não restou demonstrada a abusividade na cobrança de metas a fim de justificar o pedido de demissão por coação dos superiores hierárquicos. Registro que a imposição e cobrança de cumprimento de metas são situações rotineiras e características da atividade bancária e estão inseridas no poder diretivo do empregador, desde que não utilizadas abusivamente é claro.

Por fim, a situação econômica precária aventada pelo réu não constitui motivo impeditivo, modificativo ou extintivo de o livrar da obrigação, mormente pela validade do negócio entabulado entre as partes.

Assim, uma vez que o término da relação de trabalho ocorreu antes do prazo ajustado e por iniciativa do próprio reclamado, considerando o pactuado, condeno o reclamado a restituir ao reclamante o bônus de contratação em valor proporcional ao tempo restante do término do prazo estipulado (até 09/07/2014), devendo ser corrigido conforme os termos avençados no acordo (1ª Vara do Trabalho de Piracicaba, PROCESSO: 0011398-12.2013.5.15.0012

- Juiz do Trabalho André Luiz Tavares de Castro Pereira, publicado no DOE em 15/01/2015).

No mesmo sentido, o julgado do TRT da 2ª Região:

1. Da devolução do “hiring bônus” e da natureza salarial

A r. sentença de origem julgou parcialmente procedente a presente ação de cobrança e condenou o réu a devolver ao banco autor a quantia de R\$ 33.334,00 (trinta e três mil, trezentos e trinta e quatro reais), referente ao “hiring bônus”, pago ao empregado no ato de sua contratação. Não se conforma o recorrente com o decidido, alegando ser inequívoca a natureza salarial do bônus da contratação. Assevera, em síntese, que a cláusula contratual é ambivalente e conjuga bônus de contratação e cláusula de permanência, restritiva do direito potestativo do trabalhador em dar fim ao contrato de trabalho; que o pacto de permanência engloba, necessariamente, a manutenção do cargo e função contratados, sob pena de se tornar inexigível a cláusula penal; que restou demonstrado nos autos, pela prova oral produzida, que houve alteração funcional sem a anuência do empregado e, uma vez descumprido o dever de observância aos termos do acordo por parte do empregador, este não pode exigir do empregado o cumprimento do contrato até o final, ou a cláusula penal por rescisão antecipada. Consta da exordial, que o recorrente foi admitido em 09.06.2008, para exercer a função de gerente de produtos, ocasião em que firmou o acordo de fls. 16, cuja cláusula 3 assim estabelece:

“Hiring Bônus: Você receberá junto com seu primeiro pagamento uma gratificação não ajustada no valor bruto de R\$ 100.000 (cem mil Reais). É de comum acordo que, caso se desligue voluntariamente da organização, ou seja, demitido por justa causa, em um período inferior a 24 meses, a partir de sua data de admissão, você deverá devolver à Instituição o valor integral pago. Este pagamento está totalmente desvinculado de Não obstante, o réu pediu demissão em 14.10.2009, alegando, em defesa, que resolveu rescindir o contrato de trabalho, em razão de “quebra contratual” por parte do autor, que modificou unilateralmente as atividades para as quais foi contratado. Sustenta, ainda, ser absurda a cobrança pretendida, tendo em vista a natureza salarial da verba em questão, que corresponde a uma gratificação pelo desempenho e pelos resultados alcançados ao longo da carreira, e não a um ressarcimento, compensação ou reparação de qualquer espécie. À análise. Para que se verifique a natureza salarial de determinado título, é necessário que estejam presentes, de forma concomitante, dois requisitos: a contraprestatividade e a habitualidade. Analisadas as condições estipuladas pelas partes quando da fixação do “hiring bônus”, não vislumbro a presença de qualquer destes pressupostos. Isso porque o montante pago ao recorrente não visava remunerar o trabalho prestado, mas sim garantir sua permanência no Banco durante o prazo previamente estabelecido, ou seja, o valor pago tinha o objetivo de compensar uma obrigação extra estabelecida informalmente pelas partes, consubstanciada na limitação do direito potestativo do empregado em rescindir unilateralmente o contrato de trabalho. Trata-se, portanto, de verdadeiro prêmio instituído pelo empregador com a finalidade de agraciar aquele que se compromete a manter-se vinculado à instituição por um prazo consideravelmente longo. O fato de tal prêmio ter sido estabelecido com previsão de devolução do valor pago em caso de rompimento prematuro do contrato por culpa exclusiva do trabalhador certamente não retira sua validade. Além disso, restou incontroverso nos autos que referida parcela foi paga ao recorrente apenas uma vez, no momento de sua contratação. Logo, ausente a habitualidade. De outra parte, cumpre registrar que não há nos autos qualquer indício de que o Banco desrespeitou o contrato de trabalho firmado com o recorrente. Emerge da prova oral produzida (fls. 96/97), que houve uma divisão das funções de gerente de produtos e que o recorrente assumiu outras funções –

“atendimento a clientes e algumas atividades operacionais de administração de fundo, como criação de regulamentos, atos societários, organização de assembleia”, mas continuou exercendo algumas das atividades de gerente de produtos. Por conseguinte, concordo com o julgador originário, no sentido de que “nada há na proposta de contratação que impeça o empregador, no uso de seu poder diretivo, alterar as atribuições de seu empregado, desde que respeite o princípio constitucional de irredutibilidade salarial”, sendo certo, ainda, que não restou demonstrado qualquer prejuízo de ordem patrimonial ou moral. Nesse contexto, não há como reconhecer a natureza salarial da parcela denominada “hiring bônus”, a despeito das ponderações constantes no apelo, sendo indevida, por conseguinte, sua integração nas demais parcelas contratuais, como postulado em reconvenção. Mantenho, portanto, a condenação, bem como o indeferimento do pedido reconvenicional (TRT da 2ª Região, 11ª Turma, Desembargadora Andréa Grossman, publicado no DOE em 04/11/2011).

3.3 A cláusula de permanência e a dispensa por justa causa.

A dispensa do empregado está justificada, quando resta configurada uma das hipóteses contidas nos incisos do artigo 482 da CLT, será considerada dispensa por justa causa, ou seja, o empregador extingue o contrato de trabalho firmado com o empregado quando este realiza ato determinado como ilícito, violando, assim, alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita como afirma Valentin Carrion¹. Estando devidamente justificada a dispensa quando caracterizado estiver o princípio da imediatidade, causalidade e da gravidade. Desta forma, provada tal situação, abre-se a possibilidade da dispensa por justa causa do empregado, posto que a manutenção do contrato de trabalho se torna insuportável.

O Art.482 da CLT reza:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;

¹ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Assim como no pedido de demissão, a dispensa por justa causa dá aso à cobrança do valor corresponde ao período que faltaria para a estadia mínima na empresa, pois, mesmo se tratando de justa causa, se o empregado cumpriu parte do período estipulado, não é razoável a cobrança do valor correspondente à totalidade do bônus.

Ocorre que, no contexto do contrato do *hiring bonus*, a prática da conduta grave torna infração no contrato principal ou no acessório, mostrando-se uma verdadeira obrigação contratual de não fazer.

3.4 A cláusula de permanência e a dispensa sem justa causa.

Conforme o ordenamento pátrio, a dispensa do empregador deveria estar lastreada apenas por motivos relevantes, ainda que não que são por responsabilidade do empregado. Entretanto, há muito tempo já prevalece a ideia de que a ruptura do contrato de trabalho por ato arbitrário do empregador, vem de um direito potestativo de efeitos imediatos.²

No bônus de contratação, a dispensa imotivada não gera efeitos ao executivo dispensado antes do término do prazo estipulado, uma vez que este não fica obrigado a devolver o valor do bônus ao empregador.

Entretanto, alguns interpretam a cláusula de permanência como uma “garantia provisória de emprego” criada pelo contrato. Por isso, vale lembrar que os instrumentos aptos para a geração de novos direitos, em âmbito trabalhista são: a lei, os acordos e convenções coletivas, os atos do Poder Executivo, e a sentença normativa. O resultado, nas poucas vezes que os executivos vão ao judiciário discutir a verba, são pleitos de indenização por danos morais pelo nascimento de uma expectativa de duração contratual, o que às vezes acaba não acontecendo por motivos diversos.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.

Inviável é a discussão dos demais modos de ruptura contratual no âmbito do bônus de contratação, visto não há massa de julgados e inovações contratuais para serem postas em debate.

4 POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE O BÔNUS DE CONTRATAÇÃO

Conforme foi discorrido ao longo deste trabalho, o efeito expansionista circular é inerente às parcelas remuneratórias, exarando efeitos em outras parcelas de revestidas de caráter remuneratório, além da incidência do imposto de renda e da contribuição para a seguridade social.

É certo que, no momento em que o executivo recebe o bônus de contratação, ele está auferindo renda e, portanto, considera-se presente o fato-gerador do imposto sobre o montante, que é recolhido no ato do pagamento pelo novo empregador. Isto porque não importando a natureza jurídica pelo princípio do *pecunia non olet*, presente no art. 118, incisos I e II do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Contudo, por não haver um posicionamento uníssono sobre a natureza jurídica do bônus de contratação, não é recolhida a contribuição social sobre esta verba. O mesmo não ocorre com as parcelas em que é pacífica a sua natureza remuneratória: como as comissões, gratificações, e outras bonificações pagas com habitualidade, conforme dispõe o Art. 201, §11 da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional número 20, que deu origem à primeira grande reforma previdenciária, que teve por escopo a aproximação entre o regime geral e o regime próprio da previdência social:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

(...)

Note-se que o dispositivo fixa de cabalmente que os ganhos, para terem repercussão previdenciária, os ganhos devem ser revestidos de habitualidade, característica das parcelas de natureza remuneratória. Por não ser dotado de habitualidade e por ser pago separadamente do salário, encontra-se obstáculo legal para a incidência da contribuição social.

O Art. 28, §9º da Lei 8.212/1991, mais conhecida como “**Plano de Custeio da Seguridade Social**”, trazem de forma **taxativa** as parcelas que estão isentas do recolhimento previdenciário. Do mesmo modo, o decreto 3.048/1999, conhecido como “**Regulamento Geral da Previdência Social**”, em seu Art. 214, § 9º, letra “j” descreve, de forma expressa, todas as verbas que estão excluídas da base de cálculo da incidência da contribuição previdenciária e **há previsão de isenção quanto ao pagamento de gratificação eventual**, sendo possível o enquadramento do bônus de contratação neste dispositivo.

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

(...)

j) ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei

(...)

Embora não haja um posicionamento pacífico a respeito da natureza jurídica do bônus e, tampouco haja posicionamento majoritário a respeito da incidência previdenciária, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), tem se posicionado pelo não reconhecimento da parcela como sendo de natureza salarial e sim como indenizatória, por conseguinte, afastando a natureza salarial pelo princípio da contraprestatividade e da habitualidade.

Nestes sentido, os acórdãos do referido Conselho:

DA NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O PAGAMENTO DE BÔNUS DE CONTRATAÇÃO. Pagamento do bônus de contratação, lulas ou hiring bonus. Utilização pelas empresas com objeto de atrair grandes profissionais. Serve como forma de compensa, indenizar aquele profissional, incentivando pedido de demissão de outra empresa. Trata-se de verba indenizatória, até porque não há prestação de serviço que justifique a incidência da contribuição previdenciária prevista no inciso III, do artigo 22, da Lei 8.212/91. No presente caso não se afigura o bônus de contratação como decorrente de prestação de serviços. Não incidência de contribuição previdenciária. DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS Regra matriz de incidência de contribuição previdenciárias é a Constituição Federal, artigo 195, inciso I, alínea “a”. Qualquer verba somente ensejará o recolhimento de contribuições previdenciárias se, e somente se, (i) retribuir (contraprestação) os serviços prestados (retributividade) ou (ii) for paga com habitualidade. Tese que tem o mesmo resultado do julgamento de não incidência de contribuição previdenciária em vale-transporte, abono único e bônus de contratação, ou seja, não enseja a contribuição previdenciária. DA CRIAÇÃO DE NOVAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA PELA REGRA DE ISENÇÃO - ILEGALIDADE Analisar e julgar inconstitucionalidade e ou ilegalidade de lei. CARF. Impossibilidade. Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, veda aos Conselheiros de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme

disposto em seu art. 62. Uniformização de jurisprudência pelo Conselho Pleno da CSRF: Enunciado 02/2007 Recurso Voluntário Provido.

Processo:16327.001655/2010-32 - Acórdão:2301-003.392CARF - 2ª. Seção, Data de publicação: 07/07/2014.

BÔNUS DE CONTRATAÇÃO. Ocorrência. Para identificar se há incidência de contribuição previdenciária, necessário verificar se se trata de pagamento indenizatório ou remuneratório. Há de comprovar a retribuição do capital pelo trabalho para que configure a incidência de contribuição previdenciária. No caso em exame verificou-se que o pagamento de bônus de contratação não remunera o trabalho, mas gratifica eventualmente funcionário pela excelência de sua competência laboral, não impondo contraprestação de trabalho. Não havendo, portanto, fato gerador.

Processo: 17546.000495/2007-97 - Acórdão: 2301-004.364 - CARF - 2ª Seção, Data da publicação: 14/05/2015.

BÔNUS DE CONTRATAÇÃO. HIRING BÔNUS. GANHO EVENTUAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Pagamento do bônus de contratação, luvas ou hiring bonus. Utilização pelas empresas com objeto de atrair grandes profissionais. Serve como forma de compensar, indenizar aquele profissional, incentivando pedido de demissão de outra empresa. Trata-se de verba indenizatória, até porque não há prestação de serviço que justifique a incidência de contribuição previdenciária prevista no inciso III, do artigo 22, da Lei 8.212/91. Recurso Voluntário Provido Crédito Tributário Exonerado.

Processo: 16327.721611/2013-75 - Acórdão: 2403-002.938 - CARF - 2ª Seção, Data da publicação: 06/04/2015.

5 POSICIONAMENTO DO TST SOBRE O BÔNUS DE CONTRAÇÃO

Como explanado nos capítulos anteriores, existem controvérsias acerca da natureza jurídica do bônus, tendo em vista que a maneira como é paga.

Por se tratar de uma parte antecedente ao contrato de trabalho, seria possível levantar a discussão sobre a competência da justiça laboral para discutir a natureza jurídica da parcela. Entretanto, quando analisa-se o fato de que o contrato antecedente (carta-oferta) tem efeitos sobre o contrato principal (contrato de trabalho), tem-se a dúvida como superada.

Imperioso destacar, ainda, a inovação legislativa trazida pela reforma trabalhista, com o fortalecimento do **negociado sobre o legislado**. O Art. 507-A da CLT, inserido pela referida reforma, trouxe mais uma vez a figura do **hipossuficiente**, dando-o “poder” para resolver os conflitos por arbitragem, quando houver compromisso arbitral:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Levando em consideração o fato de que maioria dos empregados atraídos por esse tipo de incentivo, são contratados com salários elevados, seria perfeitamente viável entabular compromisso arbitral para resolução dos conflitos oriundos de um contrato de hiring bonus. Entretanto, com a quantidade de ações com a discussão do tema, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) já se manifestou sobre o tema de forma definitiva.

Os embargos julgados pela SDI-1 dizem respeito à reclamação trabalhista ajuizada por superintendente regional do Banco Safra S/A que, ao ser contratado, recebeu um hiring bonus de R\$ 800 mil em razão de seu desempenho no mercado. Ele pretendia, na ação, que esse valor tivesse repercussão sobre todas as parcelas que compunham seu salário.

No julgamento de recurso de revista, a Oitava Turma do TST, no entanto, restringiu a repercussão ao FGTS a ser depositado no mês do pagamento da verba e à multa de 40%. Seguindo outros precedentes, a Turma havia entendido que os valores recebidos a título de bônus não repercutiriam no cálculo de outras parcelas cujo módulo temporal de aferição seja inferior a um mês nem no cálculo das parcelas essencialmente mensais ou anuais (como o 13º salário).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – HIRING BÔNUS – REFLEXOS – MULTA DE 40% - FGTS Embargos de Declaração acolhidos para complementar o

julgado e acrescer à condenação diferenças da multa do FGTS, considerando o disposto no art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/1990.

O Recorrente afirma que o bônus de contratação ou “hiring bônus” não tem caráter salarial. Sucessivamente, requer que os reflexos sejam limitados ao mês de pagamento da parcela e não integrem o cálculo de férias, horas extras e aviso prévio, por não se tratar de parcela paga com periodicidade mensal. Invoca a Súmula nº 253 do TST e os artigos 5º, XXXVI, da Constituição, 457, caput, § 1º, da CLT e 104 do Código Civil. Traz arestos. Quanto à natureza da parcela, o acórdão regional está conforme à jurisprudência do Eg. TST, que reconhece o caráter salarial dos valores pagos ao empregado como incentivo à contratação ou à manutenção do vínculo de emprego (“hiring bônus”), tal como ocorre quanto às “luvas” pagas ao atleta profissional quando da assinatura do contrato, independentemente de o pagamento realizar-se em parcela única ou não. Nesse sentido, cito julgados de todas as Turmas desta Corte, proferidos em hipóteses idênticas, de pagamento, por bancos, de parcela vultosa no início do contrato, sob a condição de manutenção do vínculo por determinado período: (...) Contudo, apesar da natureza salarial, por se tratar de parcela paga uma única vez, os reflexos devem ser limitados, aplicando-se analogicamente a Súmula nº 253 do TST. Adoto como razões de decidir, nesse sentido, os fundamentos exarados pelo Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado, no julgamento do RR-79300-57.2009.5.04.0002: (...) sem embargo da incontestada natureza salarial dessa verba, que é paga “pelo trabalho”, é certo que a forma de pagamento pode afetar, na prática, o seu critério de integração salarial. É que se as luvas forem pagas de maneira diluída no contrato de trabalho, elas serão integradas plenamente no salário, à semelhança das gratificações habituais, periodicamente entregues, com óbvios reflexos, por exemplo, em 13º salários, férias com 1/3 e FGTS. Entretanto, se as “luvas” forem pagas em uma única parcela, como na hipótese dos autos, seu reflexo se esgotará no tempo. Em face de ter sido previsto o pagamento em parcela única do valor de R\$ 80.000,00, relativo a um contrato cuja vigência foi prevista como sendo de quatro anos, é certo que, apesar do reconhecimento da natureza salarial das “luvas”, seu valor não repercutirá no cálculo das parcelas cujo módulo temporal de aferição seja inferior a um mês, nem no cálculo das essencialmente mensais, ou anuais (como o 13º salário). É a aplicação da mesma lógica de cálculo que norteou a elaboração da Súmula 253/TST, no sentido de que “A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina”. Por outro lado, considerando que o parâmetro de cálculo do FGTS corresponde a 8% do complexo salarial mensal do trabalhador, entende-se que, diante das peculiaridades presentes na hipótese dos autos, as luvas geram reflexos, apenas, na base de cálculo do FGTS, com fundamento em expressa previsão legal (art. 15 da Lei 8.036/901). (3ª Turma, DEJT 5/12/2014 - destaques no original) Em idêntico sentido: RR-10300-27.2009.5.23.0006, 3ª Turma, Redator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/12/2015. Conheço, por contrariedade à Súmula nº 253 do TST, aplicável por analogia.

b) Mérito Como consequência do conhecimento do Recurso por contrariedade a verbete de jurisprudência desta Corte, dou-lhe provimento para limitar os reflexos da parcela “hiring bônus” ao depósito do FGTS relativo ao mês de pagamento. (fls. 1078/1086)

No entendimento do ministro Caputo Bastos, relator dos embargos interpostos pelo superintendente, o hiring bonus tem natureza nitidamente indenizatória e, portanto, não deveria ser integrado ao salário. No entanto, o ministro destacou que o que estava em discussão não era a natureza jurídica da parcela, já reconhecida como

parte integrante do salário, mas o alcance das suas repercussões. E, nesse ponto, votou pela manutenção do entendimento da Oitava Turma de que, “apesar da natureza salarial, por se tratar de parcela paga uma única vez, os reflexos devem ser limitados, aplicando-se analogicamente a Súmula 253 do TST.

6 CONCLUSÃO

O trabalho buscou analisar o bônus de contratação e sua cláusula de permanência, partindo do conceito de salário, de remuneração e das características das parcelas pagas em decorrência do contrato de trabalho com natureza indenizatória.

O dinamismo das relações trabalhistas contemporâneas advindas das novas necessidades no mercado, faz com que alguns profissionais tenham uma valorização acima da média, surgindo então a necessidade de captação destes profissionais, fazendo com que as corporações e recrutadores desenvolvam novos instrumentos para atraí-los. Entretanto, na mesma frequência em que surgem estas inovações, surgem novos problemas a serem enfrentados na Justiça do Trabalho.

O contrato de trabalho é a ligação jurídica entre o empregado, empregador, o processo produtivo e a sociedade, daí a sua importância, que supera barreiras econômicas. Este contrato é sinalagmático, ou seja, confere direitos e obrigações para ambas as partes, mas não há dúvidas que o Direito do Trabalho confere uma superioridade jurídica à parte economicamente mais frágil, não importando o cargo que o empregado ocupe.

Todavia, outros fatores muito importantes devem ser colocados sob análise quando se fala em contratos trabalhistas que podem ser prejudicados pelo excesso de proteção na Justiça do Trabalho, como a segurança jurídica.

Parcela da jurisprudência, que vem se tornando majoritária, entende que o bônus de contratação tem natureza remuneratória e, conseqüentemente, invalidando o contrato e a cláusula de permanência, desobrigando o funcionário a devolver valores caso haja denúncia vazia por parte dele. Argumenta-se, principalmente, que se trata de salário por antecipação, uma vez que o executivo é trazido pelo seu alto renome e, como verba salarial, impossível de ser devolvida, mesmo havendo a rescisão antecipada e imotivada do empregado. Por fim, é exarado que não se trata de parcela indenizatória, visto que não são verificados o dano e o ato ilícito causados pelo empregador, e por isso não existe o dever de indenizar.

Em contrapartida, a parcela que entende pela natureza indenizatória, traz que o bônus é uma verba utilizada para cobrir as perdas financeiras e a insegurança natural de um novo desafio, advindas do pedido de demissão e a ocupação de cargo de responsabilidade em nova empresa. Sustentam que não há o caráter retributivo que é inerente às parcelas remuneratórias, tampouco havendo que se falar em salário pago por antecipação. Defende-se, ainda, a validade da cláusula de permanência, uma vez que o empregado, ao assinar o contrato, é ciente da cláusula e não há nenhum vício de consentimento, sendo lícito a empresa exigir deste que devolva os valores ao pedir demissão. Por fim, alega-se que os há distinção entre as indenizações de direito civil

e direito do trabalho, não sendo o ato ilícito um requisito essencial para reparação no direito do trabalho.

Concluiu-se com as pesquisas e análises dos institutos, que a natureza jurídica mais adequada ao bônus de contratação é indenizatória. Verificou-se ainda, a validade da cláusula de permanência, sendo possível a cobrança extrajudicial ou judicial caso o empregado não cumpra o período previsto na referida cláusula.

A conclusão se deu com a análise das parcelas que tem cunho remuneratório. Apesar da crítica feita pela doutrina de que não são apenas as parcelas contraprestativas que tem natureza remuneratória (posto que o salário não é devido apenas pela prestação de serviços), verificou-se que a maioria das parcelas dotadas do efeito expansionista circular, tem sim um cunho contraprestativo, o que não se verifica no bônus de contratação, visto que o empregado, ainda nada fez pelo novo empregador para receber aquele montante.

Ademais, é preciso ter cautela ao utilizar os institutos do direito civil em questões de direito do trabalho. Isto porque, as indenizações trabalhistas não decorrem somente de ato ilícito, que é pressuposto da responsabilidade e do dever de indenizar da esfera cível. Não merece prosperar o argumento não houve um dano suportado pelo empregado, pois abrindo mão do prestígio e da segurança que um profissional de alto gabarito já possui em uma empresa, dá sim ensejo à reparação.

Por fim, verificou-se nas parcelas de cunho remuneratório, as características da periodicidade e da habitualidade, o que não ocorre no pagamento do *hiring bonus*. Não parece razoável que um valor pago apenas uma vez, ganhe tantas projeções sem o empregado ter prestado serviços. Sob o ponto de vista econômico, é interessante ressaltar que atribuição da natureza remuneratória à parcela, seria uma forma de desincentivar novas contratações, pois isso oneraria demasiadamente o empregador.

Sobre a validade da cláusula de permanência, foi concluído que esta se verifica pela ausência de vício de consentimento no momento da assinatura do contrato. A CLT permite que as partes convençionem suas cláusulas desde que respeitem os princípios que norteiam o ordenamento.

O desrespeito ao contrato gera insegurança jurídica para ambas as partes, e no que diz respeito à cláusula de permanência resulta em enriquecimento sem causa.

7 BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. São Paulo: Ltr, 2001.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O alto executivo e a proteção do Direito do Trabalho** - Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 295, p. 98-117, jan. 2014.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação**. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30092009-095057/pt-br.php>, acessado em 15 de janeiro de 2015.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994. Ed. fac similhada.
- CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho Delgado: **Salário teoria e prática**. 2ª Ed. Del Rey, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho Delgado - **Curso de direito do trabalho** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2007.
- DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais** - 28. ed. - São Paulo - Saraiva, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - **Curso de direito do trabalho** - 9ª ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro. Forense, 2015.
- GOMES, Orlando. **O salário no Direito Brasileiro**. Ed. fac. sim - São Paulo - LTr, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. - 10. ed. São Paulo, 2013.
- GUERRA, Luciano Brustolini. **Consectários da extinção do passe no futebol brasileiro**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 147, 30 nov. 2003.
- MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. - São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1980.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. - São Paulo - Saraiva, 1995.

- MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Editora Forense, 13. ed., vol. 1 , 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo. Atlas. 2009.
- MONTEIRO , Washington de Barros, **Curso de Direito Civil** – 5 volume – São Paulo : Saraiva , 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção** - São Paulo: LTr, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário** - São Paulo: LTr, 1994.
- NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho** - São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2ª Ed. da obra Direito do Trabalho em Sintonia com a Nova Constituição, SP: RT, 2000.
- SILVA. Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 18. ed. São Paulo. LTr, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo - **Código Civil Interpretado** - 2. ed. - São Paulo - Atlas, 2011.