

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da
PUC-SP**

MARCELO MARTINS ALVES

**CONTRATO DE TRABALHO DO PROFESSOR -
DIREITOS CELETISTAS**

SÃO PAULO

2016

MARCELO MARTINS ALVES

**CONTRATO DE TRABALHO DO PROFESSOR –
DIREITOS CELETISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência para obtenção
do título de Especialista em Direito do
Trabalho na Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, sob a orientação da
Dra. Fabíola Marques.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, sobretudo, aos professores mais importantes da minha vida, meus pais, Napoleão e Ana Maria Alves, que me ensinaram meus alicerces, meus valores e são com e por eles que eu ando. Dedico também àquela que tem ensinando-me a amar cada dia mais e melhor, Alexandra.

AGRADECIMENTOS

Como professor de matemática por vocação e a advogado por escolha, não posso deixar de agradecer a todos aqueles que contribuíram para a minha formação, que contribuíram com ensinamentos que estimularam sentimentalmente a alcançar o que sou hoje. Todos eles, de alguma forma, foram e/ou são meus professores.

Aos principais professores, meus pais, que me ensinaram valores embasam e direcionam as minhas escolhas. Obrigado por tudo, pelo caminhar, pelo apoio incondicional, sem o qual eu não teria conseguido superar essa etapa. O acordar aos sábados após madrugadas mal dormidas de estudos para os seminários, o café pronto, os livros, o apoio financeiro quando necessário são exemplos apenas de uma fase, mas refletem a importância de vocês dentro de mim.

A minha família, em especial a minha irmã, Cristina, que me ensina que há amor também no silêncio, aos meus primos (Nara, Sara, Dani, Rodrigo, Giselly, Gabriela), meus tios (Lêa, Alexandra, Campelo, Marli, Chico, Selma, Silvia, Silveria e Lima) e aos meus avós, todos *in memoriam*, em especial, à avó Alzira.

Aos principais professores de profissão que passaram na minha vida: Ivani Spelling, Valdir Nerone, Marisa, Márcia, Peter Panutto, Renata Gaspar, Luís Renato Vedovatto, Cortez e Minatel, a todos os professores da COGEAE que fizeram parte dessa etapa, principalmente, a aquela que mais contribuiu para a minha formação nesta especialização: Zélia Montal, obrigado pela pessoa que você é, obrigado pelo apoio e compreensão, obrigado por me direcionar com exemplos, discussões e experiências fantásticas.

Agradeço aos colegas professores de trabalho que fizeram parte dessa trajetória, que me acrescentaram pessoal e profissionalmente: Luis Gustavo, Felipe, Laurene, Renata Volpe, Marli e ao meu grande mentor: Chico.

Aos colegas estudantes da COGEAE que dividiram comigo os sábados por dois anos, que me ajudaram e que se instauraram na minha vida para sempre: João Guilherme, Bruna Soares e Larissa Gantus; vocês deixaram o caminho bem mais divertido.

Aos meus amigos mais próximos, os quais me afastei para superar essa etapa; registre-se aqui o meu obrigado pelas experiências e pela compreensão – distância não demonstra a importância de vocês: Odicsan, Peterson, Chico, Ricardo, Liza, Tata, Mariana, Naiara, Pivi, Greka, Raquel, Gustavo, André, Natália, Thais Elis, Fernanda, Livia e Priscila.

Obrigado a aqueles que vivenciam o meu dia-a-dia e que por isso me ajudam sem saber a importância que lhes dou: Thais Araújo, Bruna Gois, Emanuelle de Paula, ao Kássio, pela convivência em boa parte dessa pós graduação e àquela que está sempre ao meu lado, entendendo-me melhor do que ninguém: Alexandra Dumont.

Obrigado à Letícia Leite pela revisão fantástica e ao Felipe Guinsani, amigo, companheiro, que me ajudou e tem ajudado na minha carreira como advogado, que me ajudou neste trabalho por meio de discussões, ideias brilhantes e paciência, sem as quais, não haveria do que se orgulhar.

Por fim, obrigado à minha orientadora, Fabiola Marques, que, dentre as milhares de tarefa providas da profissão, conseguiu encontrar tempo para me dar direção, respeitando o meu estilo e o escopo desse trabalho.

“L'important n'est pas ce qu'on fait de nous, mais ce que nous faisons nous-même de ce qu'on a fait de nous”

Jean Paul Sartre

(1905-1980)

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo de investigar o contrato de trabalho especial do professor, sobretudo, quanto à análise dos direitos celetistas. Para tanto, como base necessária para o estudo dos dispositivos celetistas especiais, examinou-se tópicos pertinentes de contrato de trabalho, de contrato de trabalho especial e do conceito jurídico de professor.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho Especial, Professor.

ABSTRACT

The present monograph has as scope to investigate the special teacher work contract, mostly, about the CLT rights analysis. Therefore, as necessary basis to CLT special device study, relevant topics of work contract, special work contract and legal concept of teacher were examined.

Keywords: Special work contract, Teacher.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

CAPÍTULO 1 **DO CONTRATO DE TRABALHO**

1.1. DA CORRETA TERMINOLOGIA	3
1.2. DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVIDADE E TRABALHO	4
1.3. DA ATUAL PERSPECTIVA JURÍDICA DO CONTRATO	6
1.3.1. DA IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE CONTRATAR	6
1.3.2. DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	8
1.3.3. DA PROIBIDADE E DA BOA-FÉ CONTRATUAL	11
1.3.4. DOS DEMAIS REQUISITOS GERAIS DE VALIDADE DO CONTRATO ..	15
1.3.4.1. AGENTE CAPAZ	15
1.3.4.2. OBJETO ILÍCITO, POSSÍVEL E DETERMINADO OU DETERMINÁVEL	17
1.3.4.3. FORMA PRESCRITA OU DEFESA EM LEI	19
1.3.5. DAS NULIDADES E ANULABILIDADES DE UM CONTRATO	20
1.3.5.1. DO TRABALHO PROIBIDO	24
1.4. DO CONTRATO DE EMPREGO	29
1.5. DAS MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABALHO	34
1.6. DOS CONTRATOS ESPECIAIS DE TRABALHO	36

CAPÍTULO 2
QUEM É MERECEDOR DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DO
PROFESSOR?

2.1. INTRODUÇÃO	40
2.2. DA APLICAÇÃO DAS NORMAS ESPECIAIS CELETISTAS	41
2.2.1. DOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS PELA CLT (ART. 317)	42
2.2.1.1. REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO	42
2.2.1.2. ESTABELECIMENTOS PARTICULARES	44
2.2.1.3. HABILITAÇÃO LEGAL	45
2.2.1.3.1. UMA PROPOSTA DE NOVA INTERPRETAÇÃO	53
2.2.2. A APLICAÇÃO DAS NORMAS CELETISTAS NO MAGISTÉRIO FORA DA EDUCAÇÃO BÁSICA	62
2.2.2.1. INSTRUTORES DO SENAI E SENAC	67
2.2.2.2. CURSOS PRÉ-VESTIBULARES OU PRÉ-VESTIBULINHOS	68
2.2.2.3. PROFISSIONAL QUE TRABALHA EM BERÇÁRIOS, CRECHES, PRÉ- ESCOLAS.	71
2.2.2.4. PROFESSORES DE CURSO DE IDIOMAS E INFORMÁTICA.	74
2.2.2.5. INSTRUTORES DE NATAÇÃO, GINÁSTICA, VOLEIBOL, MUSCULAÇÃO, DANÇA E EQUIVALENTES.	76
2.2.3. DO PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR	78
2.2.4. DO COORDENADOR PEDAGÓGICO E DO ORIENTADOR EDUCACIONAL	82
2.2.5. CONCLUSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DAS NORMAS ESPECIAIS CELETISTAS	88
2.3. DO ENQUADRAMENTO SINDICAL	89

CAPÍTULO 3
DOS DIREITOS E DEVERES DO PROFESSOR PREVISTOS NA CLT

3.1. DA JORNADA DE TRABALHO	108
3.1.1. DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS	108
3.1.1.1. DURAÇÃO DA AULA	110
3.1.1.2. OS DECRETOS E PORTARIAS COMO FONTE DE DIREITO DO TRABALHO	112
3.1.1.3. DA VALIDADE DAS PORTARIAS EMITIDAS PELO MEC	117
3.1.1.4. DAS AULAS INTERCALADAS (INTERVALO ENTRE AS AULAS)	123
3.1.1.5. DA PREPARAÇÃO DE AULA, DA CORREÇÃO E PREPARAÇÃO DE PROVAS E TRABALHOS, DO PREENCHIMENTO DE DIÁRIOS E OUTRAS TAREFAS (HORA-ATIVIDADE)	130
3.1.1.6. DAS JANELAS	138
3.1.2. DO HORÁRIO NOTURNO	139
3.2. DA REMUNERAÇÃO	142
3.2.1. DA CORRETA MODALIDADE DE AFERIÇÃO	142
3.2.2. DA REDUÇÃO NA QUANTIDADE DE AULAS	148
3.2.3. DA FÓRMULA DE OBTENÇÃO DO SALÁRIO BASE	152
3.2.3.1. DO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO	153
3.2.3.2. DOS DESCONTOS POR FALTA	159
3.2.3.3. DAS AULAS EXCEDENTES	160
3.2.4. DA REMUNERAÇÃO CONDIGNA (ART. 323 DA CLT)	163
3.3. DAS FÉRIAS E DO RECESSO ESCOLAR	175
3.3.1. DO PAGAMENTO NO PERÍODO DAS FÉRIAS	175
3.3.2. DA JORNADA NO PERÍODO DE EXAME	176
3.3.3. RECESSO ESCOLAR (ART. 322, §2º, DA CLT)	178
3.3.4. FÉRIAS ESCOLARES CUMULADAS COM AVISO PRÉVIO	180

CONCLUSÃO	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

INTRODUÇÃO

Algumas pessoas nos tocam de uma maneira muito sensível, de tal forma a mudarmos o nosso jeito de pensar, alterando, por certo, a direção do caminho de nossas vidas. Eu as chamo de professores da vida. Alguns deles fazem isso pelo prazer de se eternizar no outro. Os demais fazem por encontrarem nesse se estender um meio de sobrevivência. Esses são professores por profissão.

Para estes, a Consolidação reservou regramento especial em poucos artigos (arts. 317 a 323) que foram estudados exhaustivamente neste trabalho de conclusão de curso.

Para tanto, estudou-se no primeiro capítulo o contrato de trabalho, ou melhor, emprego, aprofundando, dentro do possível, os pontos que implicariam em base para conclusões futuras, passando pela análise da terminologia adequada, pela análise do instituto dos contratos na seara cível e suas aplicações no Direito do Trabalho, especificando, inclusive, seus elementos e suas nulidades. Em seguida, estudou-se a definição de contrato de emprego, seus requisitos, suas modalidades, finalizando com o contrato de trabalho especial.

No segundo capítulo, buscou-se – dentro das possibilidades que o tempo permitiu – analisar e conceituar o sujeito de direito dessas benesses especiais trabalhistas, adentrando nos requisitos necessários para ser classificado, juridicamente, como professor, expandindo a discussão para o coordenador e o orientador pedagógico. Ao final, investigou-se sobre o enquadramento sindical do professor como categoria diferenciada.

No terceiro capítulo, que constitui o centro deste trabalho, notadamente a sua primeira parte, estudou-se a jornada diferenciada de trabalho do professor, passando pela análise de pontos críticos e divergentes na doutrina e na jurisprudência, tais como a duração do tempo de aula, horas extras, a definição de aulas intercaladas, janelas, horário noturno, a polêmica discussão sobre a validade das portarias, além da discussão sobre o direito de recebimento sobre a preparação de aulas e confecção e correção de objetos avaliativos.

No segundo ponto do mesmo capítulo, analisou-se a remuneração do professor, adentrando em outro polêmico aspecto, qual seja, classificar o

trabalho do professor como horista ou tarefeiro. Em seguida, discutiu-se outros pontos atinentes à remuneração, tais como a possibilidade de redução da quantidade de aulas, o descanso semanal remunerado e o pagamento de aulas excedentes. Por fim, na última parte, dedicou-se esforços para o estudo das férias e do recesso escolar.

Valeu-se da jurisprudência mais recente possível, dando preferência a Corte Máxima Trabalhista, evitando-se a jurisprudência dos tribunais regionais, de tal forma a dar credibilidade maior às posições propostas.

Sobre a bibliografia, utilizou-se quase toda a bibliografia nacional especializada sobre o tema, inclusive a literatura mais antiga, no âmbito da qual destacamos a doutrina de Emílio Gonçalves com a sua notória obra *O magistério particular e as leis trabalhistas* e a doutrina especializada de João José Sady.

A fim de se apoiar em ideias sólidas, buscou-se a origem dos pensamentos recorrendo-se às doutrinas clássicas – Arnaldo Süssekind, Mozart Russomano, Amaro Barreto e Amauri Mascaro. Misturou-se isso às ideias inovadoras dos grandes doutrinadores em voga nos dias atuais – Maurício Godinho, Carlos Bezerra, Luciano Martinez, Alice Monteiro de Barros, Vólia Bomfim, Homero Batista, Adalberto Martins, entre outros. Complementou-se o estudo analisando artigos jurídicos em revistas com reconhecimento já estabelecido.

Desta forma, espera-se com esse trabalho de conclusão de curso atingir o escopo inicial de apresentar o tema de maneira sólida e de fácil compreensão para qualquer operador do direito do trabalho. Por fim, não sendo este o escopo principal de um trabalho desse nível, sugeriu-se algumas poucas interpretações novas que, por certo, merecem estudo e análise mais aprofundados, mas que aqui são registradas para amadurecimento de futuras conclusões. Afinal, o conhecimento científico não tem serventia se não for utilizado, repassado e discutido de tal forma a ser degrau instigador ou apoiador de demais pensamentos, em um sentido evolutivo; para isso é que também serve o professor.

CAPÍTULO 1 - DO CONTRATO DE TRABALHO

1.1. DA CORRETA TERMINOLOGIA

Inicialmente, cumpre esclarecer, utilizando advertência bem posta por Amauri Mascaro Nascimento, que contrato de trabalho é gênero, “mas muitos preferem, indistintamente, pensar em contrato de trabalho como contrato de emprego, isto é, o vínculo entre empregado e empregador¹”.

Na visão do doutrinador, a antiga mixórdia fora, definitivamente, solucionada quando “o direito processual do trabalho adiantou-se ao direito material do trabalho com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004²”, reformando a competência da Justiça Laboral, a qual passou a julgar as ações oriundas das **relações do trabalho**. Leia-se, portanto, que a expressão “relações do trabalho” refere-se ao gênero contrato de trabalho, no qual, contrato de emprego é espécie.

Tal posição possui supedâneo, inclusive, no novel Código Civil que dispõe, respectivamente em seu arts. 594 e 593, que: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição” e “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Em outros termos, o contrato de trabalho pressupõe retribuição. Portanto, trata-se de um gênero no qual se encontram, como espécies, o contrato de emprego, o contrato de prestação de serviço, o contrato de empreitada, o contrato de mandato, de parceria rural, de sociedade, de representação comercial, de comissão, de agência, de distribuição, entre outros tipos.

Como última e pertinente observação, o doutrinador alerta que:

Aceita a premissa de contrato de trabalho como gênero, cabe verificar a sua classificação deixando claro que o vocábulo, no sentido em que está aqui sendo usado, abrange um universo que ultrapassa o tradicional. A divisão inicial deve levar em conta as grandes áreas jurídicas do trabalho

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 563

² NASCIMENTO, loc. cit.

humano, que, segundo a antiga concepção binária, abrangia o trabalho autônomo e o subordinado, e de acordo com a teoria contemporânea funda-se na divisão tridimensional entre autonomia (trabalho para si), subordinação (trabalho para outro, sob seu comando jurídico) e trabalho parassubordinado (trabalho com características híbridas de autonomia e subordinação, que não se enquadra em nenhuma dessas duas áreas, tendendo para a coordenação no lugar da subordinação)³.

1.2. DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVIDADE E TRABALHO

Alerta Luciano Martinez, que é de fundamental importância jurídica a distinção entre “contratos de trabalho” e “contratos de atividade”, sendo que tal dessemelhança tem sido objeto de desdém da doutrina e da jurisprudência.

Em sua doutrina, o magistrado baiano explica que atividade⁴ é gênero anterior que comporta o “contrato de trabalho” e o “contrato de atividade em sentido estrito” como espécies, sendo que o elemento que os distingue é **objetivo (meta)**, senão veja-se:

Enquanto o “**trabalho**”, indispensavelmente remunerado, tem por escopo o sustento próprio e, se for caso, familiar do trabalhador, a forma identificada como “**atividade em sentido estrito**”, prestada, em regra, sem qualquer onerosidade ou mediante contraprestação meramente simbólica, tem objetivos diferentes, ora relacionados com o intento de aperfeiçoamento, ora associados a ações meramente solidárias⁵.

Precisamente por isso, no subitem anterior associou-se a configuração de uma relação jurídica ao contrato de trabalho por meio do elemento onerosidade – ali denominado como retribuição –, e foram citadas diversas espécies de contrato de trabalho; valendo observar que todos os exemplos possuíam como escopo comum a busca pela retribuição.

De outro prisma, pode-se exemplificar como atividades em sentido estrito o contrato de estágio, a prestação de serviço voluntário, os ministros de fé, os colportores⁶, os menores, as atividades desenvolvidas nas unidades prisionais, que, em regra, se não preenchidos os requisitos do vínculo de emprego, não são caracterizadas

³ Ibid, p. 565

⁴ Ato é unidade de ação, enquanto atividade é um conjunto de atos do coordenador que visam a um determinado e específico fim.

⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p.123

⁶ Indivíduos, que, por proselitismo, no intuito de levar o seu credo aos lares, vendem livros religiosos de porta em porta.

como atividades de trabalho, mas sim como atividade em sentido estrito, pois, repise-se, seu objetivo não é o sustento próprio.

O militar presta serviço voluntário ou serviço obrigatório, os quais visam, respectivamente, à satisfação pessoal decorrente da prática do altruísmo nos campos “cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade” (artigo 1º da Lei 9.608/98) e à atividade obrigatória determinada por lei e pela constituição.

Em linguagem moderna e genérica, como soldado passou a ser entendido o sujeito que serve, voluntariamente ou por conta do serviço militar obrigatório, as forças armadas ou as forças militarizadas⁷.

O soldo, vencimento de militares, não é contraprestação que visa ao sustento próprio e, sendo assim, o rol de direitos fundamentais previstos no artigo 7º da CF – relativo à atividade de trabalho – não podem ser invocados para a finalidade de estágio ou para aqueles que prestam serviço militar, incluindo, neste caso, a norma constante no inciso IV deste artigo, que impõe o salário mínimo como piso de remuneração para este enquadramento.

Impende esclarecer que a divisão estabelecida por Luciano Martinez é inovadora, pois a doutrina majoritária entende o contrato de atividade como sendo todas espécies do contrato de trabalho, excluído o contrato de emprego.

Nesse sentido, traz-se à baila a doutrina do Maurício Godinho:

Contratos de Atividade - Em distintos segmentos do Direito há exemplos marcantes de contratos de atividade. No Direito Civil, as figuras contratuais da prestação de serviço (antiga locação de serviços), da empreitada e ainda do mandato; no Direito Agrário/Direito Civil, as variadas figuras de parceria agrícola e pecuária; no Direito Comercial clássico (ou Direito Empresarial), a figura da representação mercantil (aproximada, de certo modo, pelo novo Código Civil, ao contrato de agência e distribuição). No plano do Direito Civil e Comercial, em conjunto, pode-se ainda mencionar a figura contratual da sociedade.

[...]

⁷ MARTINEZ, op.cit., p.429.

Os contratos de atividade situam-se, pela semelhança do sujeito pessoa física e do objeto, em uma fronteira próxima à seara do contrato empregatício. Embora seja evidente que com ele não se confundem, guardando pelo menos uma ou algumas distinções essenciais, essa diferenciação nem sempre é claramente visível no cotidiano sociojurídico⁸.

O Ministro adverte que a “área jurídica trabalhista apresentaria, ainda, contratos de atividade diferenciados entre si: o mais relevante é o contrato empregatício, embora se possa mencionar também o contrato de trabalho avulso⁹”.

Pela melhor organização, clareza e robustez de ensinamento e argumentação, usar-se-á a divisão desenvolvida por Luciano Martinez para fulcro de conclusões futuras.

1.3. DA ATUAL PERSPECTIVA JURÍDICA DO CONTRATO

Em decorrência do viés privado do contrato de trabalho¹⁰ que é um ato jurídico bilateral (negócio jurídico), justifica-se a aplicação dos ensinamentos da teoria geral dos contratos do direito comum, exceto naquilo em que houver incompatibilidade com os princípios de direito do trabalho¹¹.

Por esta razão, estudar-se-á, nos próximos tópicos, os principais alicerces gerais dos contratos na atualidade – autonomia de vontade, função social e boa-fé – aplicados à realidade trabalhista para que, em análise posterior, tais conceitos sejam utilizados.

1.3.1. DA IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE CONTRATAR

O Código Civil considera que os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos são as únicas fontes geradoras de obrigações derivadas de fatos humanos. Em especial, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que, para a sua formação da participação, depende de pelo menos duas partes. Exatamente

⁸ DELGADO, Maurício G., **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª. Edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 614

⁹ DELGADO, loc. cit.

¹⁰ O viés privado não nega o viés misto (privado e público).

¹¹ MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros: 2015. p. 119

por isso, Carlos Roberto Gonçalves, apoiado na lição de Caio Mário, defende que “o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica¹²”.

Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e obrigações. O contrato é, pois, ‘um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos’¹³.

Na seara trabalhista, Amauri Mascaro Nascimento ressalta a importância do contrato nas relações de trabalho, quando relembra que esse instituto jurídico separa o período da escravidão e o período da liberdade do trabalho e, portanto, simboliza e assegura a dimensão (ainda que não plena) da liberdade de trabalhar (contratar) com o empregador que lhe seja conveniente.

O contrato é uma afirmação de liberdade de trabalho porque modifica o relacionamento do trabalhador com o destinatário do trabalho, e sob esse prisma é inegável a sua importância, uma vez que põe fim ao regime de escravidão, de servidão e outras formas de trabalho forçado nas quais o ser humano é constrangido a prestar serviços subordinados. Com o seu advento, o homem passa a ter o direito de dirigir a própria vida como senhor de si mesmo, podendo oferecer o seu trabalho ou deixar de fazê-lo a determinado empregador, ao qual não está mais irrestritamente vinculado. Significa, portanto, um ideal de humanismo na preservação da dignidade do homem que trabalha e uma forma de liberdade pessoal consubstanciada na livre escolha de emprego¹⁴.

Porquanto, conclui-se que um dos pilares principais do contrato é a predominância da autonomia da vontade, sendo esta a razão pela qual o instituto ultrapassa o âmbito do direito civil. Em decorrência, as partes deveriam discutir livremente as suas condições em situação de igualdade.

Em conclusão primeira, ainda que já se tenha concluído histórica e doutrinariamente que a liberdade não é plena e que há um notório desequilíbrio entre as partes figurantes no contrato de trabalho, **é essencial que a figura contratual não**

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: volume III: contrato e atos unilaterais**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

¹³ GONÇALVES, loc. cit.

¹⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 566.

seja rejeitada para que a dimensão de liberdade não seja tolhida; deve-se apenas “tratá-la adequadamente no direito do trabalho com as suas limitações naturais¹⁵”.

Aliás, o anticontratualismo levado às últimas consequências nega a dignidade do ser humano uma vez que “reduz o ser humano a uma condição mínima, com se fosse destituído de vontade, sem criatividade, que nada precisa fazer a não ser esperar a proteção da lei que de tudo se encarregaria¹⁶”.

Em outros termos, conclui Mascaro que retirar a dimensão contratual – que implicitamente corresponde à liberdade que se exterioriza no interesse na formação, no desenvolvimento e na extinção do contrato de emprego – implica em retirar os próprios sujeitos do contrato pela retirada da vontade e, “ao fazê-lo, massifica o ser humano sob o falso pretexto de que ele estará mais bem protegido¹⁷”.

1.3.2. DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A realidade do sistema econômico vigente (economia de massa) – que exige contratos impessoais e padronizados para maior dinamicidade – e a real necessidade de obtenção de sustento retiraram a característica de paridade, que é o pressuposto de um contrato ideal e, por esta razão, defende-se a hipossuficiência do trabalhador.

A paridade, no direito do trabalho, é atinente a uma pequena parcela do mundo negocial, cabendo ao Estado a função de intervir constantemente na relação contratual privada para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual em certos setores que interessam à coletividade, dentre eles, o Direito do Trabalho.

Com efeito, pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos “não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, **mas da realização do bem comum**¹⁸”, ou seja, a autonomia de vontade tem que se submeter à função social do contrato, em busca do bem comum.

¹⁵ Ibid, p. 568.

¹⁶ Ibid, p. 570.

¹⁷ Ibid, p. 571.

¹⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 4

Amauri Mascaro cita a lição de Ricardo Fiuza para asseverar que a função social do contrato “contrasta com o *pacta sunt servanda* para atenuar a autonomia de vontade e promover a realização de uma justiça mais comutativa, acautelando desigualdades substanciais entre os contratos¹⁹”.

As jurisprudências colacionadas abaixo demonstram que há limites para a autonomia de vontade, dentre os quais se encontra a função social do contrato, a qual impõe ônus à parte mais poderosa economicamente, resultando em uma justiça comutativa, como por exemplo ocorre na situação de limbo previdenciário, na responsabilidade subsidiária do tomador de serviço ou na nulidade de cláusula de jornada variável.

TÉRMINO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. RETORNO AO TRABALHO. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - **Ainda que a inaptidão constada em exame médico de retorno intermediado pela empregadora leve à conclusão de que é impossível o retorno efetivo da empregada à prestação de serviços, a aplicação do princípio da função social ao contrato de trabalho, mormente quando analisado sob o aspecto da eficácia interna de proteção dos vulneráveis contratuais e da dignidade da pessoa humana, impõe à empresa arcar com os custos dessa situação de "limbo".**

(TRT-5 - RecOrd: 00015857320135050194 BA 0001585-73.2013.5.05.0194, Relator: MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 12/05/2015.) (grifos nossos)

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. No Direito do Trabalho, deve-se aplicar o artigo 421 do Código Civil, que positiva o princípio da função social, aos contratos de trabalho e àqueles que literalmente eliminam, reduzem ou mitigam a rede de segurança do trabalhador. Admitir que contratos outros, subjacentes ao de trabalho, sejam aptos para exclusão de responsabilidades em relação à parte hipossuficiente colocaria o direito laboral na contramão da evolução do direito das obrigações e em linha de choque com o princípio da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho (artigos 1º, incisos III e IV, 170 e 193 da Constituição da República). Se, nos contratos em geral, a responsabilização não se limita às partes que deles constam formalmente, muito mais se deve dizer em relação ao contrato de trabalho celebrado em função de outro pacto. **O contrato entre empresas e os contratos de trabalho dele decorrentes são inexoravelmente interligados, amalgamando-se as responsabilidades das partes que pactuaram entre si a execução de serviços em que se faz necessária a contratação de trabalhadores.**

¹⁹ NASCIMENTO, op. cit., p. 596.

(TRT-3 - RO: 00726201206003001 0000726-62.2012.5.03.0060, Relator: Convocada Erica Aparecida Pires Bessa, Primeira Turma, Data de Publicação: 11/06/2014,10/06/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 44. Boletim: Não.) (grifos nossos)

JORNADA VARIÁVEL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. A jornada variável praticada pelo réu impõe ao trabalhador manter-se à disposição do empregador sem horário e salários definidos, o que viola diretamente a função social do contrato de trabalho, caracterizando a tentativa da reclamada de desvirtuar, impedir e fraudar o pagamento de verbas trabalhistas aos seus empregados. Tal ato é nulo de pleno direito, consoante o art. 9º da CLT. Dou provimento.

(TRT-1 - RO: 7777020115010058 RJ, Relator: Marcelo Antero de Carvalho, Data de Julgamento: 16/01/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 25-01-2013)

A previsão normativa encontra respaldo no art. 421 do CC e no art. 5º, XIII da CF:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

A função social é cláusula geral e há quem defenda que sendo norma de ordem pública, o juiz pode, *ex-officio*, aplicá-la!

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em Novo Código Civil e legislação extravagante anotados (Revista dos Tribunais, 2002), sustentam, comentando o princípio, que ‘o Juiz poderá preencher os claros do que significa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Poderá convalidar o contrato anulável. Poderá determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato’²⁰.

Observe-se no entanto, que a função social do contrato não é uma carta branca para o juiz revogar a legislação vigente, mas para interpretá-la e integrá-la em consonância com uma visão prospectiva do ordenamento jurídico²¹.

Uma das funções sociais, na visão de Araken de Assis, é a promoção de circulação de riquezas, ou a manutenção das trocas econômicas, na qual o elemento ganho ou lucro jamais poderá ser desprezado, tolhido ou ignorado, tratando-se de

²⁰ NASCIMENTO, loc. cit.

²¹ Ibid., p. 598.

uma economia de mercado. Em outros termos, toda vez que o contrato inibe o movimento natural do comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra a função social²².

Conclusões da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro da Justiça Federal (set. 2002), sobre o art. 421, a função social, a função social do trabalho: a) constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos defeitos do contrato em relação a terceiros; b) constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato; c) não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individual relativo à dignidade da pessoa²³.

Por fim, vale comentar ainda que há projeto de lei de alteração do art. 421 do CC que propõe substituir a expressão liberdade de contratar – atinente à capacidade e não ao poder de pactuar – por liberdade contratual e retirar a expressão “em razão”, uma vez que a função social é limite e não razão da autonomia de vontade.

1.3.3. DA PROIBIDADE E DA BOA-FÉ CONTRATUAL

A atual conjuntura normativa da teoria contratual impõe que, em regra, seja respeitada a autonomia de vontade, desde que o contrato possua um fim social e respeite à ordem pública delimitada pelas normas cogentes e, no caso trabalhista, pelos acordos e convenções coletivas.

Acrescente-se mais um elemento de validade dos contratos, a boa-fé e a probidade, que, inovadoramente, deixou de ser princípio geral de direito e passou a ser norma positiva com qualidade de cláusula geral, além de princípio hermenêutico, conforme dispõe os artigos 422 e 133 do novel Código civilista brasileiro.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser **interpretados conforme a boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes **SÃO OBRIGADOS** a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²² GONÇALVES, op. cit., p. 9

²³ NASCIMENTO, op. cit., 596.

Doutrinariamente a boa-fé é dividida em sua dimensão subjetiva, na qual se analisa a concepção psicológica e a boa-fé objetiva, como sendo a concepção ética, que, como norma de comportamento, **“está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio”²⁴**.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves, na introdução do capítulo de Princípios Fundamentais do Direito Contratual que “o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato²⁵” e, “mesmo com a redação insuficiente, estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado²⁶”.

É precisamente por isso, que a sonegação de informação que prejudique a parte contrária viola a boa-fé e oportuniza a invalidade da cláusula ou do contrato, dependendo das repercussões da má-fé.

De igual forma, age com má-fé aquele que “abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades”, ensejando indenização. O que, na esfera trabalhista, só pode ser caracterizado quando há promessa explícita de emprego e não mera entrevista de emprego, afinal, a promessa obriga o proponente (art. 427 do CC).

RECURSO ORDINÁRIO. PRÉ-CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. **Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou a autora a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva**, correto o deferimento de indenização pela perda de uma chance, a qual deverá reparar os danos sofridos pela demandante quanto à perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, in casu, a contratação e prestação de serviços em prol da Reclamada.

²⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 36.

²⁵ Ibid., p. 33.

²⁶ Ibid., p. 37.

(TRT-1 - RO: 00104031520145010283 RJ, Relator: LEONARDO DIAS BORGES, Data de Julgamento: 08/07/2015, Décima Turma, Data de Publicação: 20/07/2015) (**grifos nossos**)

Também viola a boa-fé a conduta incoerente com atos reiterados anteriormente, denominado pela doutrina como (*venire contra factum proprium*), conforme Enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil e da jurisprudência do STJ:

A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil

Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta anterior. (Resp nº 9553-9 – SP – Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Porquanto, não pode o empregador conceder benefício auxílio alimentação ou plano de saúde durante o período de suspensão do contrato e depois retirar o benefício. Também não pode pagar o adicional de periculosidade, admitindo que exista a periculosidade e depois, em juízo, alegar que não havia.

AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Embora tenha se portado de determinada maneira ao fornecer o auxílio alimentação à sua empregada beneficiária do auxílio doença, gerando expectativas de que seu comportamento permaneceria inalterado, posteriormente a empresa acarretou uma quebra da boa-fé objetiva ao manifestar um comportamento contrário ao inicial. Assim, sendo vedado pelo ordenamento jurídico o *venire contra factum proprium*, é devido à obreira a quitação das parcelas vencidas e vincendas do auxílio-alimentação.

(TRT-5 - RecOrd: 00006774420125050196 BA 0000677-44.2012.5.05.0196, Relator: EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 13/12/2012.)

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - NORMA COLETIVA - ASSUNÇÃO ESPONTÂNEA DA OBRIGAÇÃO - BOA FÉ - PROIBIÇÃO AO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. 1. A assunção espontânea de obrigação constante de norma coletiva, relativa ao pagamento de adicional de periculosidade, evidencia reconhecimento espontâneo das condições perigosas de labor às quais estão submetidos os empregados. 2. Assim o fazendo, não pode a mesma empregadora, quando demandada para o pagamento do referido adicional, vir a juízo negar a existência de riscos no ambiente de trabalho, comportamento

contraditório (*venire contra factum proprium*) que implica violação ao dever de confiança imanente à boa-fé objetiva dos contratos de trabalho.

(TRT-5 - RecOrd: 00007060420105050281 BA 0000706-04.2010.5.05.0281, Relator: IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 1ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 19/12/2012.)

Em outro julgado basilar para a análise do princípio da boa-fé nos contratos de trabalho, a Reclamante foi contatada por uma empresa de recrutamento e seleção de executivos para candidatar-se a uma vaga de Gerente de Propriedade Intelectual para América Latina. Após rigoroso processo de seleção, que perdurou por cerca de 10 meses, envolvendo entrevistas e teleconferências com o exterior, a Reclamante foi aprovada e aceitou a proposta de trabalho, abandonando seu antigo emprego no Rio de Janeiro e se mudando para São Paulo com seus dois filhos menores. Admitida pela reclamada, a reclamante foi dispensada, sem justa causa, aproximadamente 4 meses após a contratação, sob o argumento de que houve a eliminação do cargo após uma reorganização estrutural da empresa que fundiu áreas, implicando na duplicidade de cargos.

DANOS MORAIS. CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA. PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO ("VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM"). ABUSO DE DIREITO. ATO ILÍCITO. A boa-fé objetiva, dentro da concepção moderna de contrato, tem o importante papel de limitar o exercício de direitos subjetivos. Assim, há que se reconhecer que o exercício de direitos, tais como o de dispensa, há que ser exercido com limites e não de forma abusiva, em especial diante dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e dos Valores Sociais do Trabalho (art. 1º, III e IV, CF/88), fundamentos do Estado Democrático de Direito. Pelo provimento do recurso.

(TRT-2 - RO: 17339520115020 SP 00017339520115020046 A28, Relator: MARGOTH GIACOMAZZI MARTINS, Data de Julgamento: 06/08/2013, 3ª TURMA, Data de Publicação: 13/08/2013)

A ausência de boa-fé implica em configuração do ato como ilícito, caracterizando inadimplemento do contrato²⁷, que, em regra, deve ser presumida, devendo a má-fé ser provada por quem a alega.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁷ Conclusão n. 24 da Jornada de Direito Civil (STJ-CJF): “Em virtude do princípio da boa-fé positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”.

Em suma, também diante das conclusões da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro da Justiça Federal (set. 2002):

E sobre o art. 422: a) em virtude do princípio da boa-fé a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa; b) alcança as fases pré e pós-contratual; c) impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes; d) deve ser interpretado levando em conta a conexão sistemática com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos²⁸.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que a **probidade** supramencionada é aspecto da boa-fé, que se equivale à honestidade de proceder ou à maneira criteriosa de cumprimento de todos os deveres que são atribuídos ou cometidos à pessoa, **sendo sua menção um reforço à boa-fé objetiva.**

1.3.4. DOS DEMAIS REQUISITOS GERAIS DE VALIDADE DO CONTRATO

Conforme exposto alhures, o contrato de trabalho, em decorrência de seu viés privado, é sujeito à aplicação da teoria geral dos contratos comuns e suas limitações – autonomia de vontade, função social do contrato e boa-fé – exceto naquilo em que houver incompatibilidade com os princípios juslaborais.

Também em decorrência desta dimensão privada, o contrato de trabalho somente será válido se forem preenchidos requisitos gerais previstos no artigo 104 do CC, quais sejam: I) agente capaz; II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III) forma prescrita ou não defesa em lei.

1.3.4.1. AGENTE CAPAZ

Sobre a capacidade – “aptidão do homem para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas, de adquirir e gozar direitos e contrair obrigações²⁹” –, em conformidade com a alteração do Código Civil dada pela Lei 13.149/15, insta expor que apenas o menor de 16 anos é absolutamente incapaz para firmar contrato de trabalho (art. 3º do CC). Tanto que o artigo 403 da CLT, determina que é proibido qualquer

²⁸ NASCIMENTO, op. cit., p. 597.

²⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 171 apud BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 526.

trabalho a menores de dezesseis anos de idade. Contudo, o próprio dispositivo normativo, ressalva a hipótese prevista no art. 7º, XXXIII, da CF, a qual permite a possibilidade de contrato de aprendizagem a partir dos 14 anos (capacidade relativa especial).

Neste diapasão, serão nulos os contratos de trabalho firmados por aqueles enquadrados nas hipóteses mencionadas: menores de 16 anos, por falta de capacidade, exceto se o contrato for de aprendizagem e o obreiro possuir idade entre 14 e 16 anos, com consentimento do responsável.

Na visão de Adalberto Nascimento, com supedâneo na proibição do enriquecimento ilícito, a nulidade do contrato de trabalho teria o efeito *ex-nunc*.

Todavia, no direito do trabalho os efeitos da nulidade não têm o mesmo alcance indicado na teoria civilista, ou seja, não se pode cogitar da retroatividade que decorre dos efeitos da nulidade. Isto porque o empregador jamais poderia devolver ao empregado a força de trabalho despendida ao longo da relação jurídica nula que se estabeleceu entre as partes. E, assim, a despeito da nulidade absoluta que cerca o contrato de trabalho firmado por absolutamente incapaz, temos que são devidos salários e demais direitos trabalhistas, em face dos princípios que vedam o enriquecimento ilícito³⁰.

Uma possibilidade jurídica recai na interpretação de considerar nulo o contrato de trabalho e condenar o empregador ao pagamento de indenização em montante igual ao somatório dos salários e demais direitos trabalhistas, por má-fé, conforme art. 187 do CC; dar-se-ia mais coerência entre os diferentes ramos jurídicos.

Ainda na esteira da capacidade, ensina Luciano Martinez que “a **capacidade relativa** será evidenciada apenas em favor dos empregados, se eles tiverem idade entre 16 e 18 anos”, possuindo capacidade plena apenas aqueles que completarem 18 anos. No rol daqueles que possuem capacidade relativa, “incluem-se também os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo³¹”, conforme Lei 13.149/15 que alterou o Código Civil, possuindo normatização específica pela Lei 7.853/89 e pelo Decreto n. 3.298/99 e pelo art. 93 da Lei 8.213/91; este último impõe o preenchimento de porcentagens mínimas de

³⁰ MARTINS, op. cit., p. 120.

³¹ MARTINEZ, op. cit., 162.

empregados portadores de deficiência, habilitados em empresa com mais de cem empregados. Lembre-se ainda que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum (art. 105 do CC).

Por derradeiro, os índios possuem capacidade jurídica normatizada pela Lei 6.001/73.

1.3.4.2. OBJETO ILÍCITO, POSSÍVEL E DETERMINADO OU DETERMINÁVEL

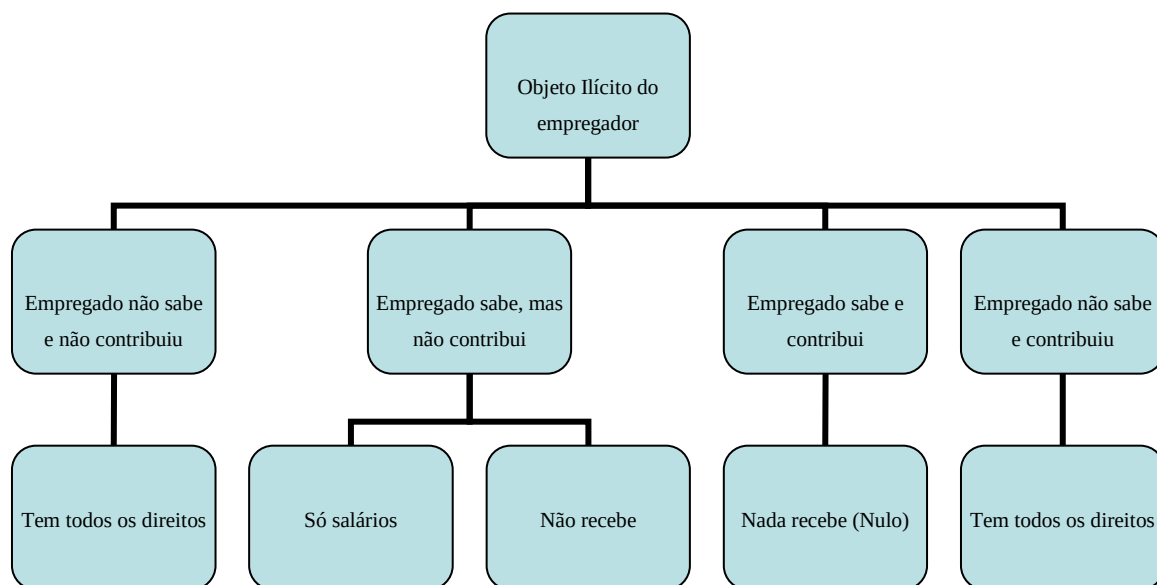
Sobre a análise da ilicitude do objeto, é cediço, na doutrina e na jurisprudência juslaboral, a negação da validade ao contrato. Adalberto Martins apoia-se em lição de Clóvis Beviláqua para justificar a nulidade irrestrita.

O Direito, organização da vida social, não pode dar apoio e firmeza à prática de atos imorais, que são elementos desorganizadores da ordem social; contrários aos fins de aperfeiçoamento cultural, [...]³²

Oportuno distinguir o trabalho ilícito e trabalho proibido. O trabalho ilícito pressupõe ilicitude do objeto do contrato de trabalho (da atividade) – como, por exemplo, vendedor de entorpecentes com comissão, aborto ilegal, apontador de jogo do bixo –, e o seu enquadramento recairá no inciso II do art. 104 do CC; objeto ilícito. Neste caso, nenhum efeito será produzido na órbita do trabalho.

É necessário diferenciar que a atividade ilícita do empregador não implica em contrato de trabalho nulo (faxineiro de uma sede de tráfico de drogas). Sobre o tema, Vólia Bomfim interessantemente apresenta a teoria da dosagem da pena, proposta por Rodrigues Pinto, sob o seguinte esquema:

³² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3ª ed., vol I. São Paulo/ Francisco Alves, 1927. p. 40 apud MARTINS, op. cit., p. 121.



Porém, a doutrina alerta que a doutrina e a jurisprudência desprezam a teoria da dosagem da pena e, diante da dificuldade de se apurar a boa-fé do empregado, em relação à ciência da ilicitude da atividade do patrão, propõe que a

análise seja feita sob a ótica do trabalho desenvolvido pelo empregado, abstraindo-se ou desprezando-se a atividade do empregador, que pode ser lícita ou ilícita. Se o trabalho executado pelo trabalhador for lícito, o contrato será válido e todos os direitos trabalhistas garantidos. Se, entretanto, o trabalho em si for considerado imoral, ilícito ou contrário aos bons costumes, o contrato será nulo e nada será devido, nem mesmos salários³³.

Inegável e indiscutível que se o empregado não sabe, ele deve receber todos os direitos.

Contudo, parece contraditório o não pagamento das verbas trabalhistas na hipótese de saber e não contribuir para a atividade ilícita, pois se está punindo a ciência e não comunicação do trabalhador. Isso porque, nesse caso, nenhum trabalhador de uma construtora civil corrupta poderia receber salário, assim como a doméstica que sabe que seu pagamento advém do empresário que utiliza subterfúgios para burlar a lei e sonegar imposto, por exemplo. Aliás, na mesma linha de raciocínio, todos que tiverem ciência de qualquer atividade contrária a lei em seu ambiente de trabalho, não poderão receber seus direitos trabalhistas.

O que se avalia no Direito do Trabalho é o objeto do contrato de trabalho e apenas isso, deixando a punibilidade de conduta antissocial para o

³³ BOMFIM, op. cit., p. 551.

Direito Penal. E é nesta linha que não se deve validar contrato cujo objeto é ilícito, por se tratar de trabalho ilícito, sendo este o caso do “empregado” que vende drogas ou uma operadora que de fato realiza o aborto.

Por outro lado, o trabalho proibido decorre de alguma restrição decorrente da condição específica do empregado, ou seja, a atividade é permitida, o objeto é lícito, mas a lei diz que o agente-empregado não possui aptidão para aquele objeto (legitimidade), como, por exemplo, o trabalho da mulher em serviços que demandem força física superior a 20 kg para o trabalho contínuo e 25 kg para o trabalho ocasional (art. 390, CLT). Este tema será analisado em tópico próprio.

Conclui-se o tópico ressaltando que o objeto precisa ser possível e determinado, ainda que este seja pela realidade dos fatos.

1.3.4.3. FORMA PRESCRITA OU DEFESA EM LEI

Em regra, os contratos não possuem forma definida para a sua configuração, possibilitando que o pacto seja realizado verbalmente. Os contratos de trabalho seguem essa diretriz, como dispõe o art. 443 da CLT. Contudo, em alguns casos especiais – pela importância do negócio jurídico –, a lei exige forma específica.

Art. 107 do CC. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, **verbalmente** ou **por escrito** e por prazo determinado ou indeterminado.

Na esfera trabalhista, Luciano Martinez exemplifica alguns casos interessantes, tais como, o contrato de aprendizagem, contrato de trabalho temporário, o contrato do atleta profissional de futebol e o contrato dos artistas e técnicos em espetáculos de diversão, os quais devem ser necessariamente escritos, conforme art. 428 da CLT, art. 11 da Lei 6.019/74, Lei 12.395/11 e *caput* do art. 9º e art. 10 da Lei 6.533/78, respectivamente³⁴.

³⁴ MARTINEZ, op. cit., p.167.

Não tendo sido preenchida a forma prescrita em lei ou sendo realizado em forma defesa em lei, o contrato é nulo, por força do art. 166, IV, do CC, o que não implica em concluir que não haverá contrato de trabalho. Sendo nulo o contrato por prazo determinado por ausência de forma escrita e, sendo preenchidos todos os demais requisitos, configurar-se-á um contrato de trabalho por prazo indeterminado (art. 170 do CC).

1.3.5. DAS NULIDADES E ANULABILIDADES DE UM CONTRATO

A doutrina de Vólia Bomfim registra que todo negócio jurídico válido possui elementos essenciais, naturais e acidentais.

Os elementos naturais, também chamados de elementos categoriais, são os decorrentes da natureza do negócio jurídico, ou seja, “não derivam da vontade das partes; decorrem da lei ou do regime jurídico a que o negócio encontra-se submetido³⁵”. Da dimensão heterônoma dos contratos de trabalho emergem inúmeros elementos naturais impostos por lei. Trata-se, portanto, de elemento importante neste seara. A doutrina de José Cairo Gomes subdivide-os em interrogáveis e ininterrogáveis.

Os elementos acidentais, regulados nos arts. 121 a 137 do CC, “são cláusulas acessórias acrescentadas facultativamente pela vontade das partes ao negócio jurídico que alteram ou modificam sua consequência natural, tais como condição, o termo e o encargo (modo)³⁶”, os quais não merecem exame detalhado para este estudo.

Os elementos essenciais, como o próprio nome sugere, possuem status de requisitos que, se não preenchidos, tornam o negócio jurídico inválido. Eles podem ser divididos em extrínsecos (art. 104 do CC – agente capaz; objeto lícito, possível e determinado; forma prescrita ou não defesa em lei) e intrínsecos (art. 138 e segs.).

A consequência do não preenchimento de elementos essenciais extrínsecos, estudado nos subitens anteriores, é a nulidade absoluta do negócio jurídico, por força do art. 166, I, II, IV e V do CC, bem como ocorrerá se o motivo de ambas as partes for ilícito.

³⁵ GOMES, José Cairo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 355.

³⁶ BOMFIM, op. cit., 567.

A ausência de elementos essenciais intrínsecos acarreta em defeito do negócio jurídico pelo consentimento ou por vício social. Erro, dolo, coação, estado de perigo viciam o consentimento do negócio jurídico. Fraude e simulação são vícios sociais.

Erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores implicam em nulidade relativa (art. 171 do CC), enquanto fraude e simulação incorrem em nulidade absoluta (arts. 168 e 166, VI do CC). Aliás, nesse sentido também dispõe o art. 9º da CLT:

Art. 9º - **Serão nulos de pleno direito** os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou **fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.**

Estas (nulidades absolutas) podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pelo Ministério Público ou qualquer interessado (art. 168 do CC), pois ferem matéria de ordem pública e, portanto, não podem ser convalidadas e nem convalidam pelo decurso do tempo (art. 169 do CC) e por isso, não prescrevem, não decaem e nem precluem. Contudo, são passíveis de conversão, conforme art. 170 do CC, desde que sejam observados dois requisitos:

- a) O objetivo, concernente à necessidade de que o segundo negócio, em que se converteu o nulo, tenha por suporte fáticos os mesmos elementos fáticos deste;
- b) O subjetivo, relativo à intenção das partes de obter o efeito prático resultante do negócio em que se converte o inválido³⁷.

Já as nulidades relativas não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pois elas necessitam de pronunciamento judicial para serem declaradas anuladas (art. 177 do CC), e podem, portanto, ser convalidadas pelo juiz, desde que pedido pelas partes (contrário sendo do art. 168, §único, do CC); podendo ser confirmadas pelas partes, desde que não viole direito de terceiro, e autorizadas por terceiro posteriormente. Desta forma, a anulabilidade é passível de prescrição e decadência (arts. 178 e 179).

A sentença que anula o negócio jurídico (nulidade relativa) tem eficácia *ex-nunc*. Isto quer dizer que os atos praticados até a declaração de

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 441.

nulidade produzem todos os efeitos. Apesar de legítimos os atos praticados até a sua anulação, as partes devem, sempre que possível, retornar ao estado que anteriormente se encontravam, isto é, ao estado que se encontravam antes da constituição do contrato. Se isto não for possível, a situação deverá ser resolvida em perdas e danos, como dita o art. 182 do CC³⁸.

Luciano Martinez resume as consequências da nulidade relativa (anulabilidade) e da nulidade absoluta (nulidade absoluta) da seguinte forma:

Haverá nulidade quando a sanção normativamente imposta retirar, sem possibilidade de confirmação, todos os efeitos do negócio jurídico praticado ou parte deles (vejam-se os arts. 166 a 170 do Código Civil). Contrariamente, haverá anulabilidade quando a sanção normativamente infligida condicionar a validade do ato jurídico maculado à prática de atos de confirmação que contenham a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo (vejam-se arts. 171 a 184 do Código Civil)³⁹.

Carlos Roberto Gonçalves diverge de Martinez quando ensina que a aplicação dos dispositivos finais – arts. 182, 183 e 184 do CC – podem e devem ser aplicados tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, senão veja-se:

Tratando dos efeitos da invalidação do negócio jurídico, dispõe o art. 182 do Código Civil que, ‘anulado o negócio jurídico’ (**havendo nulidade ou anulabilidade**), ‘restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente’. A parte final aplica-se às hipóteses em que a coisa não mais existe ou foi alienada a terceiro de boa-fé. (**grifos nossos**)

Nesta senda, é importante ressaltar o disposto no art. 184 do CC.

Respeitada a intenção das partes, **a invalidade parcial** de um negócio jurídico **não o prejudicará na parte válida**, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Amauri Nascimento Mascaro muito bem observa que, são compreensíveis as dificuldades de teorização do tema nulidade no contrato individual do trabalho diante do conflito entre duas naturais preocupações, a preservação do contrato em que o trabalho foi prestado e

³⁸ BOMFIM, op. cit., p. 562.

³⁹ MARTINEZ, op. cit., p.172.

o imperativo da manutenção dos objetivos do ordenamento jurídico, valores que não são compostos facilmente⁴⁰,

e assevera, em posição mais radical, que a nulidade deve ser utilizada em último e em raríssimos casos.

Não é válida para o contrato de trabalho, a máxima do direito civil, ou seja, se o contrato é nulo nenhum efeito produzirá, porque entre os efeitos que o trabalho prestado gera estão os salários contraprestativos que dele são devidos, além de outras vantagens trabalhistas. E é exatamente nesse ponto que se torna sensível a questão que nos mostra que no contrato de trabalho seria melhor falar não em *nulidade*, mas em *anulabilidade*, sabendo-se que esta é uma forma de invalidação do contrato que não prejudica a preservação dos deveres e direitos convencionados e correspondente até o momento da declaração, enquanto a nulidade, a rigor, é a forma de invalidação dos efeitos pretéritos também, e não apenas dos futuros. Reconheça-se, no entanto, que a teoria do direito do trabalho formou um conceito, como vimos a *irretroatividade das nulidades*, para chegar a uma conclusão semelhante à que se instaura nos casos de anulação e não nos casos de nulidade no sentido estrito⁴¹.

Maurício Godinho, sem o compromisso de aplicar a legislação subsidiária, alerta que na teoria civilista “prevalece a conduta normativa geral indicadora de que, verificada a nulidade, o ato (ou seu componente viciado) deve ser suprimido do mundo sociojurídico, reposicionando-se as partes à situação fático-jurídica anterior”; na teoria do Direito do Trabalho “vigora em contrapartida, como regra geral, critério da irretroação da nulidade decretada, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida”⁴².

Contudo, o próprio doutrinador esclarece que a regra na seara juslaboral não é plena, sendo mitigada de acordo com “tipo de defeito emergente do ato jurídico e bem jurídico afrontado por esse defeito”, sendo estes “aspectos que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades”⁴³.

O trabalho ilícito da venda de drogas enseja a aplicação da nulidade absoluta do Direito Comum, enquanto o trabalho de menor de 14 anos enseja a aplicação da teoria trabalhista, e a contratação empregatícia irregular por pessoa jurídica de

⁴⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 632.

⁴¹ Ibid., p. 634.

⁴² DELGADO, op. cit., p. 539.

⁴³ Ibid., p. 541.

direito pública, sem a realização de concurso público, enseja a aplicação intermediária das teorias, conforme Súmula 363 do TST.

Amauri Mascaro, em colaboração ao colocado pelo Ministro, frisa que,

é entendimento praticamente unânime dos doutrinadores, no sentido de que a teoria civil da invalidade deve sofrer adaptações em sua aplicação no contrato de trabalho em razão de diversos aspectos, entre os quais: a) o princípio da conservação do contrato de trabalho; b) a impossibilidade de restituição das partes ao “statu quo ante”; c) a facilitação do enriquecimento ilícito⁴⁴.

Esses são os pilares da interpretação principiológica das nulidades no contrato de trabalho para uma interpretação adequada a esta seara.

Sobre o enriquecimento ilícito, belas são as palavras do doutrinador que justificam a importância da aplicação deste fundamento.

O trabalho é uma energia gasta e irrestituível. Mais que isso. O trabalho e o ser que o exercita confundem-se de tal modo que ambos, num primeiro momento, são indissociáveis. Num segundo momento, o trabalho, dissociando-se do trabalhador, acopla-se ao produto do seu trabalho, nele inserindo-se⁴⁵.

Por fim, cabe observar, ainda sob o olhar de Amauri, que,

a teoria das nulidades ainda não encontrou a sua completa elaboração, de modo que são evidentes as falhas de natureza técnica que pode apresentar. Porém, todos estão de acordo quanto à necessidade da sua afirmação, para que não se estimule o enriquecimento ilícito⁴⁶.

1.3.5.1.DO TRABALHO PROIBIDO

Em item anterior já fora explicado que o trabalho ilícito decorre de atividade ilícita e o trabalho proibido decorre de alguma restrição decorrente da condição específica do empregado. Ou seja, no primeiro caso a atividade não é permitida em nenhuma hipótese, o objeto é ilícito, e no segundo caso o objeto é lícito, mas só pode ser exercido por pessoa com determinada qualificação.

⁴⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 632.

⁴⁵ Ibid., p. 633.

⁴⁶ Ibid., p. 647.

É mister esclarecer que capacidade não se confunde com legitimidade. Esta, também chamada de capacidade específica, “é o poder de exercitar um direito que só o legitimado o tem⁴⁷”, que, no contrato de trabalho, “pode se referir à idade mínima, ao registro, à formação profissional, às condições especiais, a requisito legal específico etc.”

Observe-se que a incapacidade de exercício não se confunde com a ilegitimidade. Esta é a inaptidão para a prática de certos e determinados atos jurídicos, sem que isso afete a capacidade⁴⁸.

Vólia Bomfim enquadra a ilegitimidade como objeto ilícito e defende que o contrato é nulo, restando ao empregador o pagamento do montante dos salários como verba indenizatória e nada mais.

São exemplos de contrato com o objeto ilícito: o apontador do jogo do bicho (OJ nº 199 da SDI-1 do TST), o médico que faz aborto ilegal em clínicas especializadas; (...); **o trabalhador que exerce ilegalmente alguma profissão sem a necessária formação profissional ou administrativa** (OJ nº 296 da SDI-1 do TST); o motorista de ônibus pirata; o vendedor de produto receptado etc. **Em todos esses casos, o contrato de trabalho será nulo, pois o empregado participou ativamente da ilicitude**⁴⁹. (*grifos nossos*)

Não se pode confundir o trabalho ilícito com o proibido, pois o primeiro não produz nenhum efeito, porque viola os valores de moralidade, legalidade, contrário ao direito e à ordem pública. No trabalho ilícito o trabalhador não tem, sequer direito aos salários ainda não pagos. No segundo caso, o trabalho proibido eiva o contrato de nulidade absoluta, mas produz alguns efeitos. Não se podendo restituir ao estado anterior, deverá o juiz fixar uma indenização equivalente aos salários ainda não pagos e nada mais⁵⁰.

Carlos Henrique Bezerra Leite segue na mesma linha.

A legitimidade, embora não prevista expressamente no Código Civil, pode ser vislumbrada pela interpretação sistemática de algumas normas jurídicas. Para a legitimação não basta ter a pessoa capacidade. É preciso que não haja: a) vedação legal para que possa trabalhar (exemplo: ao estrangeiro com visto de turista é vedado o exercício de atividade remunerada no Brasil, nos termos do art. 97 da Lei 6.815/80); b) exigência de habilitação legal (exemplo: para exercer a profissão de

⁴⁷ BOMFIM, op. cit., p. 527.

⁴⁸ GOMES, op. cit., p. 451.

⁴⁹ BOMFIM, op. cit., p. 545.

⁵⁰ Ibid., p. 551.

vigilante, o trabalhador deve ‘ter instrução correspondente à 4ª série do 1º Grau’ e ‘ter sido aprovado em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionário autorizado nos termos da Lei 7.102/83 (art. 16, III e IV)’. **Ausente a legitimidade do trabalhador, o contrato de trabalho será nulo de pleno direito**⁵¹. (grifos nossos)

Nas atividades laborais proibidas (ilegais), embora nulo o contrato, produz ele efeitos, como, *v.g.*, o trabalho do menor de 14 anos (CF, art. 7º, XXXIII) e da mulher em serviço que lhe demande força muscular além de certo limite (CLT, art. 390). Nestes casos, a proibição do trabalho existe justamente para proteger a incolumidade física, psíquica ou moral do trabalhador menor e da mulher. **Logo, são devidos, a título de indenização, todos os créditos trabalhistas como se válido fosse o negócio jurídico, sendo certo que o tomador do serviço não poderá alegar a própria torpeza em benefício próprio. De toda a sorte, o juiz deverá mandar cessar imediatamente a situação ilegal, ou seja, a prestação de serviço**⁵².

Assim como Alice Monteiro de Barros.

Cumpra lembrar que a atividade ilícita não se confunde com a atividade proibida. Na primeira hipótese, o contrato não produz nenhum efeito, pois “o negócio é reprovado pelo direito, em defesa dos interesses da sociedade, ou dos bons costumes e dos valores existentes”. Nesse caso, o “valor tutelado é a realização da ordem pública”. Na segunda hipótese, isto é, na atividade proibida, o contrato produz certos efeitos e “a tutela da ordem pública se realiza de modo mediato, prevalecendo o interesse do trabalhador”. A título de exemplo, o trabalho realizado pelo menor de 14 anos é proibido, portanto, o ajuste com ele firmado é nulo, mas produz certos efeitos, pois autoriza o pagamento de uma compensação razoável, que poderá até mesmo ser a retribuição pactuada, se se entender que ela é justa. Aplicamos aqui, por força do art. 593 do Código Civil vigente, o art. 606 desse diploma legal, pois se falta o requisito da capacidade o contrato de trabalho é nulo e a CLT não se estende às relações de fato, tomando-se como parâmetro a retribuição que seria devida a um trabalhador autônomo. Ela é paga com o objetivo de impedir o enriquecimento ilícito do credor do trabalho que se beneficiou com o serviço do menor e não pode devolver-lhe a atividade, com a restituição do *status quo ante*. Há, entretanto, vários autores e vertente jurisprudencial que, dando efeito *ex nunc* à decretação da nulidade, deferem todos os direitos trabalhistas ao menor⁵³.

Observa-se que todos os doutrinadores supracitados aparentam estar comprometidos com a aplicação da teoria de nulidade do direito civil, divergente da posição de Maurício Godinho exposta no item anterior.

⁵¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 291.

⁵² Ibid., p. 297.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª. ed. São Paulo: Ltr, 2012. p. 194.

Feita esta observação sobre o trabalho realizado pelo menor de 14 anos, impende apenas mencionar que, de fato, o contrato de trabalho é nulo por incapacidade absoluta da parte. Aliás, qualquer contrato é nulo, inclusive o de prestação de serviço por esse motivo, e neste caso, não é possível a aplicação do art. 606 do CC. Deve-se, como bem dito, pagar indenização em montante equivalente a todo prejuízo decorrente do inválido contrato de trabalho, inclusive dano moral, se houver.

Quanto ao trabalho das mulheres que demande força muscular e para os inabilitados para uma profissão cuja lei faz exigência legal, é de se ressaltar, novamente, que não há ilicitude no objeto. A ilicitude está na legitimidade (e não capacidade) ou nos elementos naturais do objeto deste tipo de objeto de trabalho.

No caso do trabalho das mulheres, pode-se interpretar que o contrato é nulo por contrariedade à lei, conforme prevê o art. 166, VII, do CC, mas que, diante da nulidade absoluta, o contrato será convertido (art. 170 do CC) em contrato de prestação de serviço. Neste caso, aplica-se o art. 606 do CC referido, suscitado por Alice Monteiro de Barros, e o empregador deverá pagar todo o montante decorrente do anulado contrato de trabalho, além de todos os prejuízos, em vista da notória boa-fé da trabalhadora. Ou ainda pode-se interpretar ilegitimidade.

O caso mais delicado repousa na inabilidade para exercício de determinada profissão. Para tanto, tomemos como exemplo o caso do contrato de trabalho de médico sem curso superior, violando a inteligência dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei 12.842/13, e do vigilante que não possui primário ou curso de capacitação, o que viola o art. 16, III e IV da Lei 7.102/83.

Insista-se: neste caso, não há objeto ilícito. Há ilegitimidade de determinado grupo de pessoas, além de haver, em regra, má-fé de ambas as partes: do empregador que contrata empregado sem qualificação exigida e do empregado que desenvolve atividade proibida por lei, como, por exemplo, o médico sem formação ou o vigilante sem habilitação.

Poder-se-ia classificar este caso no art. 166, VII, do CC, o qual diz que “é nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

Os dois casos não possuem taxativamente a declaração de nulidade e, para os dois casos, há proibição civil da prática com cominação de sanção

penal; o primeiro, pelo art. 282 do Código Penal e, o segundo pelo art. 47 do Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Sem dúvida, a proibição do médico possui maior relevância. Tanto que fora tipificado no Código Penal como crime, enquanto, a do vigilante se trata de contravenção penal; daí o porquê de se defender que a proibição do médico viola a ordem pública e implica em nulidade absoluta.

Com efeito, havendo proibição da prática com cominação de sanção, não há como declarar a nulidade absoluta nos termos do art. 166, VII, do CC. Afinal, trata-se de ilegitimidade (capacidade específica) para o exercício de objeto lícito e, sendo assim, há ausência de elemento natural deste(s) tipo(s) de contrato(s) de trabalho.

Não há doutrina trabalhista em discussão sobre a classificação de tal tipo de nulidade como absoluta ou relativa. Considerando uma nulidade absoluta, poderá o juiz converter o contrato de emprego em outro negócio jurídico, conforme art. 170 do CC, se os fatos assim permitirem, aplicando-se os efeitos desse novo contrato.

Havendo lacuna, deve o Direito do Trabalho se servir, em primeiro lugar, dos princípios. Sendo assim, deve-se homenagear, no que for possível, o princípio da conservação do contrato de trabalho, impedindo o enriquecimento ilícito, diante da impossibilidade de restituição das partes ao “*status quo ante*”, conforme lição de Amauri Mascaro.

Sendo uma nulidade relativa, o juiz poderá convalidar o contrato a pedido das partes (contrário senso do art. 168, § único, do CC), desde que não prejudique direito de terceiro, ou pode solicitar autorização do órgão responsável (terceiro), conforme art. 176 do CC.

Na esteira da configuração do enquadramento da situação como nulidade relativa, é possível ainda sustentar capacidade relativa da parte, conforme art. 171, I, do CC.

No mais, pode-se aplicar a teoria de gradação da nulidade, proposta por Maurício Godinho e exposta anteriormente, a qual pondera o tipo de defeito emergente do ato jurídico e bem jurídico afrontado por esse defeito, sem se preocupar com a teoria de nulidade civil.

Por derradeiro, registra-se a opinião de Délio Maranhão, o qual acredita que, na esfera trabalhista, a nulidade só se dá em objeto ilícito e não por falta de legitimidade, restando ao direito administrativo e penal a aplicação das sanções.

É preciso não confundir capacidade jurídica com as condições administrativas previstas para o exercício da atividade profissional. A inobservância das prescrições regulamentares não invalida o ato jurídico, sujeitando-se, apenas, aquele que as infringe às sanções estabelecidas, de ordem penal ou administrativa⁵⁴.

1.4. DO CONTRATO DE EMPREGO

Ensina o doutrinador Luciano Martinez que “a coexistência social estabelece, inevitavelmente, a criação de vínculos entre os sujeitos conviventes⁵⁵”, os quais, quando inseridos numa estrutura normativa, tornam-se uma **relação jurídica** composta por quatro elementos: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto e vínculo de atributividade, que funciona “como operador da relação, **definindo-a normativamente** e estabelecendo o conteúdo das pretensões (sentido amplo) dos sujeitos uns em face dos outros⁵⁶”; é a subsunção do fato à norma.

Amauri Mascaro complementa definindo que,

negócio jurídico é ato jurídico no qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração, constituem uma relação jurídica, segundo os limites legais. A vontade instaura o vínculo, cria a situação jurídica e também pode subordinar os efeitos dessa situação a algumas cláusulas e condições constantes da declaração e desde que inexistam proibições legais ou disposições imperativas em outro sentido⁵⁷.

Na esfera trabalhista, para que haja uma tipificação de uma relação de emprego, deve-se, primeiro, formar uma relação jurídica de um empregador (pessoa jurídica, física ou grupo econômico) com, inexoravelmente, uma pessoa física (sujeito passivo).

⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 1v. 20ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 244.

⁵⁵ MARTINEZ, op. cit., p.149.

⁵⁶ CUNHA, Renan Severo Teixeira da. **Introdução ao Estudo de Direito**. Campinas: Editora Alínea, 2008. p. 311.

⁵⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 623.

Martinez explica que “no caso da relação de emprego, o vínculo de atributividade será necessariamente um contrato de emprego, tácito ou expresso, e, sendo expresso, exteriorizado na forma verbal ou escrita⁵⁸”.

Todavia, é de se ressaltar que o elemento mais importante para a configuração da relação de emprego é o **objeto** deste contrato de emprego, o qual deve conter como cláusulas a pessoalidade, a subordinação, a onerosidade e habitualidade, conforme determina o artigo 3º da CLT, “*in verbis*”.

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

Não é o escopo deste trabalho o estudo pormenorizado dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício. Contudo, vale a observação de Emílio Gonçalves sobre o elemento subordinação no contrato de trabalho dos professores.

Com relação aos professores, o vínculo de subordinação também se apresenta atenuado, por se tratar de profissão especializada, de natureza intelectual. A subordinação a que está sujeito o professor, como empregado, é mais administrativa que técnica, diz respeito mais à disciplina interna do estabelecimento de ensino do que propriamente à execução do trabalho. Com efeito, neste particular, cabe ao professor a direção da aula, em cuja execução adotará o método didático e os recursos, técnicas e procedimentos que entender mais convenientes, em vista das necessidades dos educandos, variando-os por livre decisão, quando verificar que tal se torna aconselhável. Ao demais, é preciso não esquecer que a liberdade de cátedra é garantia de ordem constitucional. Os professores gozam da liberdade de expor as doutrinas segundo suas próprias convicções científicas, observados os limites impostos pelo respeito às instituições e aos bons costumes⁵⁹.

Faz mais sentido a doutrina de Adalberto Martins, a qual classifica como **requisitos de existência** (e não objeto) os elementos citados no art. 3º da CLT: prestação de trabalho pessoal, intransferível, subordinado e não eventual, acrescentando-se a este rol a alteridade (trabalho por conta alheia).

⁵⁸ MARTINEZ, op. cit., p.149.

⁵⁹ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 33.

Conclui-se, pois que o contrato de trabalho possui cinco características básicas (requisitos de existência): a) continuidade; b) subordinação; c) onerosidade; d) pessoalidade; e) alteridade (trabalho por conta alheia)⁶⁰.

Neste caso, se uma das características não estiver presente no contrato, não existe o contrato de emprego (trabalho), o que não impede a subsistência de outro contrato, por força, do art. 170 do CC.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Com efeito, resta como objeto, caso exista o contrato de trabalho, o dever dos pagamentos dos salários e demais verbas correspondentes pelo empregador e, ao empregado, as tarefas previstas em lei ou norma coletiva, correspondentes à função ajustada no contrato individual de trabalho de forma tácita ou expressa, verbal ou escrita, além de demais obrigações resultantes de livre pactuação.

O contrato de emprego tem **conteúdo autônomo-heterônomo**; aquele, de menor espaço, resultante da livre pactuação entre os seus sujeitos, este, de muito maior amplitude, constituído por obrigações impostas pela lei e que o integram como se as partes as tivessem estipuladas⁶¹. (**grifos nossos**)

É isso que dispõe os arts. 442 e, sobretudo, 444 da CLT:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

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.

Apenas a título de registro, Adalberto Nascimento atenta que, na doutrina justralhista há críticas à definição de contrato individual de trabalho estampada no artigo 442 da CLT, na medida em que confunde o elemento subjetivo

⁶⁰ MARTINS, op. cit., p. 122.

⁶¹ NASCIMENTO, op. cit., p. 747.

(contrato ou pacto) com o elemento objetivo (que seria a relação jurídica), tratando-se, na visão de Orlando Gomes, de uma tautologia⁶².

Ainda sob a definição de contrato de trabalho (emprego), há divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho, cindindo naqueles que defendem a natureza contratual, ainda que de adesão (teoria contratualista), e os adeptos da teoria acontratualista, a qual defende que “o empregado se incorpora à comunidade de trabalho, sem a possibilidade de discutir cláusulas contratuais, sujeitando-se ao poder de direção e disciplina do empregador⁶³”.

Não obstante as críticas que possam ser atribuídas ao art. 442 do diploma consolidado, o qual traduz um misto de contratualidade e institucionalismo, a teoria predominante é aquela que consagra a natureza jurídica contratual, haja vista o *animus contrahendi*. Vale dizer, ninguém será empregado ou empregador de outrem se não for por sua própria vontade⁶⁴.

A par da discussão, sofre a eficácia das normas postulado, o doutrinador enaltece o mérito da CLT que, de forma pioneira no ordenamento jurídico brasileiro, elencou a realidade dos fatos como elemento tipificador do contrato de trabalho, adjetivando-o, portanto, como um contrato-realidade. Em outros termos, **os objetos do contrato de trabalho – as obrigações (tarefas) do empregado e a contraprestação correspondente – decorreram da função que será tipificada pela realidade dos fatos e não pela formalidade de documentos.**

Isto porque afastou as formalidades próprias de outros negócios jurídicos, para abrigar a existência do contrato individual de trabalho **sempre que a relação fática** externar a figura do empregador (art. 2º da CLT) e a do empregado (art. 3º da CLT)⁶⁵.

Brilhante é a lição de Américo Plá Rodrigues em seu clássico livro *Princípios do Direito do Trabalho*:

O Direito do Trabalho regula o trabalho, isto é, a atividade, não o documento. Este deve reproduzir fielmente a realidade. E se há uma

⁶² MARTINS, op. cit., p. 117.

⁶³ Ibid., p. 118.

⁶⁴ Ibid., p. 119.

⁶⁵ Ibid., p. 117.

divergência entre ambos os planos, o que interessa é o real e não o formal⁶⁶.

Da mesma forma, Amauri Mascaro Nascimento:

Tipificar os contratos de trabalho, ou seja, enquadrá-los no padrão jurídico a que pertencem, não é uma ação meramente gramatical de redigir num documento o que as partes supõem que esteja sendo contratado, mas, principalmente, um levantamento descritivo da realidade da prestação de serviços que se pretende constituir. A realidade do tipo de trabalho a ser prestado – subordinado, autônomo, societário, etc. – poderá ou não coincidir com o texto gramatical⁶⁷.

O contrato-realidade possui fulcro no Princípio da Primazia da Realidade positivado no art. 9º da CLT.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Em especial, João José Sady reafirmou a importância do contrato-realidade para determinar a função de professor e as obrigações atinentes.

Certamente, encontraremos trabalhadores contratados como professores que, examinados os fatos da relação de emprego, não poderão ser reconhecidos como tal. Por outro lado, também enfrentaremos situações onde o cenário fático da relação de emprego nos levará a concluir que se cuida de professor, embora não tenha sido obreiro contratado sob tal denominação.

Aplica-se aqui a lente interpretativa da ideia de contrato-realidade e não será o contrato firmado entre as partes o trabalhador e seu empregador, classificando-o sob outra denominação, que haverá de excluir o mestre da proteção que lhe é concedida pelo Ordenamento Jurídico⁶⁸.

O mais próximo que o Código Civil chega do contrato-realidade ocorre quando há dúvida na interpretação do instrumento formal que, neste caso, deve elevar-se à intenção da declaração de vontade. Isso porque, nesse ramo, deve-se aplicar a teoria da vontade juntamente com a teoria da declaração.

⁶⁶ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr: 1978. p. 228.

⁶⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 575.

⁶⁸ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 20.

Art. 112 do CC. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Ainda com base nos pontos elencados no item 1.3 sobre a dimensão extrapatrimonial do contrato de trabalho, Amauri Mascaro do Nascimento aduz que a expressão *negócio jurídico* pode ser usada (ou não) para descrever a relação de emprego (o vínculo entre empregado e empregador), desde que ela seja interpretada no seu sentido correto.

Se o seu sentido é unicamente patrimonialista, não, pois o vínculo de trabalho é uma relação jurídica pessoal-patrimonial. A personalidade é muito mais significativa que a patrimonialidade. Os direitos de personalidade do trabalhador refletem uma postura culturalista que valoriza a pessoa humana e que talvez não esteja compreendida como o principal escopo da expressão *negócio jurídico*. Todavia, se a expressão tiver um conteúdo contratual em que não só os aspectos patrimoniais, mas também os aspectos pessoais, estejam valorizados, então não será imprópria⁶⁹.

Por derradeiro, em vista de um inegável viés contratualista, cumpre enquadrar o contrato de trabalho como contrato bilateral, consensual, comutativo, oneroso, de trato sucesso, personalíssimo (*intuitu personae*) em relação ao empregado, individual ou coletivo, em regra, não solene e de adesão.

1.5. DAS MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABALHO

Estudar-se-á os contratos especiais de trabalho os quais não devem ser confundidos com as modalidades (tipos) de contrato de trabalhos. Estes são fruto das classificações instituídas pela prática e pela doutrina, enquanto aqueles resultam da aplicação de cláusulas especiais, derivadas de normas estatais cogentes que decorrem de uma situação especial que, na visão de Alice Monteiro de Barros, podem ser: a particularidade do ambiente, a índole e a finalidade do contrato, a natureza singular da empresa e a necessidade de tutelar o direito de uso e a segurança dos transportes para justificar a diferenciação.

Maurício Delgado Godinho ensina que o contrato de trabalho, ou melhor, emprego, “assume modalidades distintas, segundo o aspecto enfocado

⁶⁹ NASCIMENTO, op. cit., p. 572.

em face do universo de pactos laborais existentes”, donde se originam “diversas tipologias de contratos empregatícios⁷⁰”, as quais elegem para cada uma delas um tópico de comparação.

As principais classificações (tipologias) doutrinárias juslaborais utilizam os elementos: manifestação de vontade (expressos ou tácitos), previsão de sua duração temporal (contratos por tempo indeterminado ou tempo determinado) ou número de sujeitos ativos (empregados) componentes da relação jurídica da relação jurídica (individuais ou plúrimos⁷¹).

Sobre os contratos por prazo determinado, regidos pelo §2º do art. 443, da CLT, é importante ressaltar o seu caráter excepcional – sendo a regra o contrato por prazo indeterminado (princípio da continuidade do contrato de trabalho) – sendo permitida apenas nas hipóteses previstas no referido dispositivo:

- a) em serviço de natureza ou transitoriedade que justifique a predeterminação do prazo;
- b) em atividades empresariais de caráter transitório;
- c) no contrato experiência.

Pertinentemente, afirma Emílio Gonçalves que, o contrato de trabalho professor

não foge aos lineamentos acima expostos. É contrato de trabalho por prazo indeterminado. Nada existe que lhe justifique a predeterminação do prazo, o que só excepcionalmente pode ocorrer, por exemplo, em que se tratando de curso de duração breve, ministrado em caráter extraordinário pelo estabelecimento⁷²,

este último sendo o caso das aulas de recuperação, que são sazonais e por vezes são lecionadas em período em que, em decorrência das férias escolares, não há professores.

E acrescenta,

excepcionalmente também no caso de professor contratado para substituir outro em licença ou em gozo de aposentadoria por invalidez, quando houver ciência inequívoca da interinidade. Nesta última hipótese, o contrato de trabalho tem duração previsível, subordinado que se encontra a uma condição resolutiva: durará enquanto durar o afastamento do

⁷⁰ DELGADO, op. cit., p. 546.

⁷¹ Não se deve confundir a expressão contratos plúrimos com contratos coletivos de trabalho.

⁷² GONÇALVES, op. cit p. 37.

empregado substituído; extinguir-se-á no momento em que o aposentado ou licenciado ao emprego⁷³.

Em se tratando de aula regular mantida pelo estabelecimento de ensino, é inconcebível o uso da modalidade de contrato por prazo determinado, tratando-se de fraude à lei trabalhista, sendo nulos os contratos assim realizados, por força do art. 9º da CLT.

Assim, afora os casos mencionados, não é válida, perante a lei trabalhista, a prática que certos estabelecimentos particulares de ensino procuram adotar, consistente em contratar professores por períodos certos, que abrangem apenas os meses de aula, excluído o período de férias escolares. Com tal procedimento, é inegável que os referidos estabelecimentos de ensino intentam furtar-se à obrigação de pagar a remuneração das férias escolares e a indenização de antiguidades, visto como normalmente o contrato era celebrado por dez meses, ou seja, de março a dezembro, coincidindo o seu término com os exames finais⁷⁴.

No ensino superior, a fraude se apoia pela semestralidade. É praxe neste ramo de atividade as universidades pactuarem contratos por prazo determinado de cinco meses, alegando que as disciplinas são semestrais. A justificativa não é plausível, uma vez que se trata de aulas regulares, implicando, portanto, em contrato por prazo indeterminado, tratando-se de desculpa para o não pagamento de verbas celetistas.

Além deste ponto fulcral, em termos práticos a justificativa não se sustenta, quando, por vezes, a mesma disciplina é oferecida no outro semestre em outros cursos ou no mesmo curso, ou quando o professor tem o gabarito e habilitação para ministrar aulas em outra disciplina no semestre posterior.

1.6. DOS CONTRATOS ESPECIAIS DE TRABALHO

A doutrina juslaboral analisa alguns contratos especiais, pela simples razão de existir legislação específica para algumas profissões, tais como músico, químico, advogado, professor dentre outros.

Inicialmente, Homero Batista Mateus da Silva alerta que “há quem se preocupe com o conceito de profissão regulamentada, mas não se deve investir

⁷³ Ibid., p. 37.

⁷⁴ Ibid., p. 38, 39.

muita energia nesta questão”, mas define, em sequência, que “profissão regulamentada é toda aquela que mereceu, em algum estágio do direito do trabalho, a atenção do legislador⁷⁵”.

Alice Monteiro de Barros, por sua vez, apresenta classificações doutrinárias, sendo notório que fora dispendido esforços para encontrar razões que justifiquem a legislação específica, utilizando, para tanto, a particularidade do ambiente, a índole e a finalidade do contrato, a natureza singular da empresa e a necessidade de tutelar o direito de uso e a segurança dos transportes para justificar a diferenciação⁷⁶.

De qualquer forma, na esteira do raciocínio de João José Sady, é mister questionar por quais razão determinadas categorias são brindadas pelo Estado com ordenamentos diferenciados.

A resposta, em tese, legitimadora da concessão deste privilégio são “as peculiaridades de certas profissões (que) exigem proteção atípica⁷⁷”. Contudo, em brilhante colocação, o doutrinador observa que:

O intérprete deve ficar atento, todavia, às entrelinhas, dessa retórica, eis que cada conteúdo normativo exprime a vontade do Legislador em algum momento histórico, devido à determinada circunstância política⁷⁸”.

Fomentando a questão, apontam-se as duras e pertinentes críticas, feitas por Homero Batista Mateus da Silva, sobre os contratos especiais. A primeira delas questiona o porquê de algumas atividades serem desprovidas de proteção especial, se o grau de detalhamento de umas e outras é bastante parecido.

Num ramo jurídico em que se combate tanto a discriminação no acesso e na manutenção dos postos de trabalho causa perplexidade, assim sendo, o uso de critérios tão confusos e superficiais pelo legislador na definição das atividades mais ou menos merecedoras de atenção particular⁷⁹.

⁷⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 3.

⁷⁶ BARROS, op. cit., p. 28-32.

⁷⁷ SADY, op. cit., p. 11.

⁷⁸ Ibid., p. 12.

⁷⁹ SILVA, op. cit., p. 2.

E a segunda e mais dura crítica relaciona-se com a desvalorização da negociação coletiva.

De maneira geral, se algum grupo de trabalhadores em particular entende ser adequada a pretensão a uma melhoria nas condições de trabalho, a via mais apropriada se chama negociação coletiva, que deve se pautar pelo caráter democrático, permanente e sincrônico⁸⁰.

O doutrinador inclusive alerta que a norma cogente estatal engessa a matéria porque há pouco espaço para o debate e, além disso, pode se tornar irrisória com o decorrer do tempo ou extremamente excessiva, enquanto a norma coletiva é discutida e atualizada periodicamente em dois anos (art. 614. §3º, da CLT).

Algumas dessas normatizações específicas constam na própria CLT, enquanto as demais estão reguladas em leis independentes. O químico, o jornalista profissional, o trabalhador em minas de subsolo são exemplos de profissões reguladas na própria CLT, enquanto os artistas (Lei 6.533/78), os empregados domésticos (Lei Complementar 150/15), os advogados (Lei 8.906/94) possuem legislação própria externa à Consolidação.

Pode e deve-se discutir se as normas constantes na CLT podem ser aplicadas para todas as relações de trabalho – ou seja, nos contratos de trabalho especiais – ou somente é aplicável para aqueles abarcados pela proteção de relação de emprego; espécie das relações de trabalho, como discutido no item 1.1. Em outros termos, um químico, que pactuou um contrato de prestação de serviço não empregatício, usufrui das benesses celetistas?

Os que não defendem a aplicação da CLT estão apoiados em um silogismo natural: se há definições claras dos conceitos de empregado (art. 2º) e empregador (art. 3º), constantes na introdução da referida Consolidação, e se estas normas são direcionadas àqueles que satisfazem os requisitos previstos nos supracitados artigos, não há aplicação das normas celetistas em relações diferentes da relação de emprego.

Em visão oposta, poder-se-ia argumentar que o artigo 1º da CLT, institui que a normatização regula as relações individuais e coletivas de trabalho.

⁸⁰ SILVA, loc. cit.

Art. 1º - Esta Consolidação estatui as normas que regulam as **relações individuais e coletivas de trabalho**, nela previstas.

Nesta esteira, é possível observar que diversos dispositivos não utilizam (propositadamente ou não) a expressão “empregado”, talvez visando a abrangência de trabalhador incluído nas relações de trabalho e não de emprego.

Contudo, em oposição a esta interpretação gramatical, estão as interpretações lógica, histórica e teleológica das normas celetistas. Histórica e teleológica, pois, na oportunidade da promulgação da Consolidação não havia a discussão técnica entre relações de trabalho e de emprego e, portanto, a causa final desta normatização é, exclusivamente, o empregado.

Utilizando do método do absurdo – admitindo como verdadeira está lógica e provando o absurdo –, poder-se-ia utilizar qualquer norma celetista a um prestador de serviço quando o dispositivo utilizasse a expressão “trabalhador” ou quando não direcionasse expressamente a norma ao empregado.

De qualquer modo, é conclusivo que as profissões regulamentadas em legislação independente da CLT são aplicáveis em qualquer relação de trabalho, inclusive na relação de emprego.

CAPÍTULO 2 - QUEM É MERECEDOR DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DO PROFESSOR?

2.1. INTRODUÇÃO

O que é ser professor? Quando um trabalhador é considerado um professor? Quando não é? Quais são os requisitos necessários para o enquadramento funcional e sindical do exercício de atividades nesta profissão que possui legislação privilegiada?

A importância legal para esta tipificação perpassa por dois pontos: o enquadramento sindical e a aplicação das normas contidas no Título III (Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho), Capítulo I (Das disposições especiais sobre duração e condições do trabalho), Seção XII (dos professores), da CLT.

A par da discussão realizada no item 1.6, sobre a pertinência ou não de norma cogente específica para as profissões diferenciadas, insta registrar as justificativas doutrinárias expostas para justificar a aplicação de legislação especial para a categoria dos professores.

O exercício do magistério constitui exaustivo trabalho mental, que absorve tempo e energia, pois, além da tarefa de ministrar aulas, tem o professor a necessidade indeclinável de rever continuamente a matéria que leciona e dedicar-se à preparação indispensável dos planos de aula e do planejamento do curso. O Trabalho do professor não se limita apenas a dar aulas, mas exige, como acabamos de referir, o desempenho de atividades complementares absolutamente essenciais no exercício da profissão.

Daí a necessidade de maior amparo ao trabalho dos professores, em virtude da natureza especial da atividade que exercem, na qual, ao lado da exigência de maior esforço mental e melhor apresentação social, concorre o interesse da coletividade em que o professor receba maior proteção no seu trabalho, para que possa realizar com eficiência a tarefa importantíssima de instruir e formar os jovens⁸¹.

Insista-se que a justificativa de esforço mental e físico e a apresentação social **não** são motivos suficientes para sobrelevar a profissão sobre os

⁸¹ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 15

demais, a ponto de existir uma legislação cogente especial. Melhor seria que os sindicatos, conhecendo a realidade funcional, estabelecessem normas condizentes e eficazes com a realidade do professor, como já dito anteriormente.

A apresentação social está em completo disparate realístico, não sendo justificativa atual plausível, e o desgaste mental e físico ocorre em diversas outras profissões que não possuem regulação especial.

Todavia, antes de adentrar na visão juslaboral referente a essa categoria diferenciada, impende esclarecer que “educação em sentido amplo consiste na transmissão e assimilação de uma herança cultural, enquanto no sentido estrito visa a promover o desenvolvimento de futuras gerações⁸²”.

O artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96) define que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

A referida Lei disciplina a educação escolar, a qual é dividida em **educação básica** – formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio e cursos e exames supletivos – e **educação superior**.

A educação básica será desenvolvida, predominantemente, por meio do ensino, em instituições particulares, devendo se vincular ao mundo do trabalho e à prática social.

Feito este simples introito, passa-se à discussão da aplicabilidade das normas celetistas, analisando cada um dos seus requisitos legais exigidos em todos os tipos de magistério. Em seguida, discutir-se-á o enquadramento sindical.

2.2. DA APLICAÇÃO DAS NORMAS ESPECIAIS CELETISTAS

O art. 317 da CLT define que as normas celetistas especiais direcionadas à categoria dos professores só serão aplicadas nos seguintes termos:

⁸² BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 366

Art. 317. O exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação.

Portanto, em interpretação inicial, diante da literalidade do dispositivo, na visão do legislador, só é considerado professor – e, por conseguinte, goza das benesses celetistas que serão objeto de estudo de capítulos posteriores – aquele que preencha quatro requisitos: o exercício remunerado do magistério, trabalho em estabelecimentos particulares, a habilitação legal e o registro no Ministério da Educação.

Faz-se, portanto, necessária a discussão sobre a pertinência, ou não, dessa restrição, perpassando por cada um dos requisitos, com exceção do primeiro (remuneração), que é elemento intrínseco da relação de emprego.

2.2.1. DOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS PELA CLT (ART. 317)

2.2.1.1. REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Muito bem explica João José Sady que, a redação do referido dispositivo (art. 317) possuía completude no art. 40, da antiga Lei de Diretrizes e Bases da época, Lei n. 5.692 de 11.8.1971⁸³.

Art. 317. O exercício remunerado do Magistério em estabelecimentos particulares de ensino exigirá apenas habilitação legal e **registro no Ministério da Educação.**

Contudo, após a revogação da Lei 5.692/71 pela Lei 9.394/96 (Nova Lei de Diretrizes e Bases), aboliu-se o registro profissional do professor no Ministério da Educação quando fora revogada a Portaria MEC n. 399/89, que regulava os procedimentos para o registro profissional pela Portaria MEC n. 524, de 12 de junho de 1998.

Portaria MEC n.º 524, de 12 de junho de 1998

Suspende, mediante revogação da Portaria n.º 399/89, a expedição de registro profissional a professores e especialistas em educação

O MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO, no uso das suas atribuições legais.

⁸³ PEREIRA, José Luciano de Castilho, coordenador. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado / Homenagem a Evandro Lins e Silva**. LTr, 2008. p. 200.

Resolve:

Art. 1.º Fica revogada a Portaria n.º 399, de 28 de junho de 1989, publicada no Diário Oficial de 29 de junho de 1989, página 10586, seção I.

Art. 2.º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Diário Oficial, Brasília, 18-06-98, Seção 1, p. 3

PAULO RENATO SOUZA

Em marcha contrária, existem algumas decisões jurisprudenciais teratológicas posteriores à Portaria, que ainda exigem o registro profissional como requisito para a aplicação das normas diferenciadoras (expostas abaixo).

Felizmente, a jurisprudência já é uníssona no sentido de desconsiderar este requisito (e outro que será discutido posteriormente no item 2.2.3).

PROFESSOR - REQUISITOS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO REGULAMENTADA
PRETENDIDO O RECONHECIMENTO JUDICIAL DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO RELATIVA À PROFISSÃO REGULAMENTADA POR LEI, A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REQUER A COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE IMPOSTOS. VERIFICADO QUE O AUTOR NÃO POSSUI HABILITAÇÃO PROFISSIONAL PARA A FUNÇÃO DE PROFESSOR, CUJO EXERCÍCIO SUBMETE ÀS EXIGÊNCIAS ESPECÍFICAS TRAÇADAS NO ARTIGO 317 DA CLT, QUE SÃO A HABILITAÇÃO LEGAL O REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TRT-1 - RO: 01346003120055010033 RJ, Relator: EVANDRO PEREIRA VALADÃO LOPES, Data de Julgamento: 14/05/2007, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 15/06/2007)

ENQUADRAMENTO PROFISSIONAL. APLICABILIDADE DO ART , 318 DA CLT. O art. 317 da CLT estabelece a exigência de habilitação legal e registro no Ministério da Educação para o exercício remunerado do magistério. À mingua de provas de que a autora atenda a esses requisitos, inviável a aplicação dos preceitos legais específicos da profissão de professor. ENQUADRAMENTO SINDICAL. A promulgação da Constituição Federal de 1988 traz a proibição da interferência estatal na organização sindical, consagrando, em seu artigo 8º, I, a autonomia dos trabalhadores na formação do sindicato e o estabelecimento de suas bases e alcances. Preservando, no entanto, o conceito de categoria e o princípio da unicidade sindical. Tendo a autora confessado o exercício de mandato como delegada sindical do SINDCLUBES, não há como pretender a aplicabilidade das normas coletivas atinentes ao SINPRO-DF. Recurso patronal conhecido e provido e recurso obreiro conhecido e desprovido. (TRT-10 - RO: 780200401610000 DF 00780-2004-016-10-00-0, Relator: Desembargadora MÁRCIA MAZONI CÚRCIO RIBEIRO, Data de Julgamento: 30/03/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 08/04/2005)

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. O detalhado quadro fático traçado na narrativa regional, por si só, afasta a aplicabilidade do art. 317 da CLT ao presente caso. Isso porque não pode a empresa, com base em disposição legal, aproveitar-se de efetivo labor de professor para, quando demandada judicialmente, alegar o não enquadramento do obreiro na categoria, situação que se configurou tão-somente por inércia da própria empresa em exigir o atendimento às condições legais. O art. 317 da CLT prevê que o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A presente situação fática, na qual a reclamada deixou de cobrar, na assinatura contratual, o respectivo registro, mas, ainda assim, sempre enquadrando o reclamante, em todos seus documentos, como professor, afasta a aplicabilidade do referido dispositivo, na medida em que foi a própria reclamada a responsável pela ausência do requisito legal. Não pode, portanto, na instância judicial, ser o reclamante prejudicado pela inércia da reclamada. Incidência das Súmulas n.ºs 296 e 422 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 178009320035100014 17800-93.2003.5.10.0014, Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 02/04/2008, 3ª Turma,, Data de Publicação: DJ 25/04/2008.)

2.2.1.2. ESTABELECIMENTOS PARTICULARES

Vólia Bomfim Cassar anotou que a teleologia do requisito em questão reduz a aplicação da norma apenas à educação ministrada que está regulada e controlada pelo Ministério da Educação e Cultura, restringindo-se, portanto, aos ensinamentos infantil, fundamental e médio, estando excluídos os cursos livres, como os de natação, dança, línguas, artes, academias de ginástica, cursos preparatórios de direito etc⁸⁴.

Com acerto, a doutrina mais antiga justificava a restrição ao ramo particular, pois “as diretrizes e bases da educação nacional são legisladas pela União Federal (art. 5º, no, XV, letra d, da Constituição), sem impedimento à legislação estadual supletiva ou complementar, obedecidas as linhas constitucionais fixadas (Art. 6º da Constituição)⁸⁵”.

Atualmente – após a Emenda Constitucional 19/1998, que alterou o art. 39 da Constituição e possibilitou a adoção do regime estatutário ou celetista

⁸⁴ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 546 (nota de rodapé 32).

⁸⁵ BARRETO, Amaro. **Tutela Especial do Trabalho**, vol. II, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1967, p. 355.

para funcionários públicos, regulado pela Lei n. 9.662/00⁸⁶ – não há justificativa plausível para dar supedâneo a esta diferenciação para os professores de escolas públicas.

Isso porque, uma restrição, ou melhor, uma discriminação, para ter validade e não violar o art. 5º da CF, precisa ter o escopo de busca de equilíbrio, ou seja, tratar os desiguais na medida da sua desigualdade. Se válida fosse, essa restrição excluiria do gozo das benesses celetistas especiais os professores da rede pública, sem qualquer justificativa, apenas pelo bel escolher.

O mesmo vale para os professores de cursos livres que não possuem motivo justificável para a diferenciação, se ela houvesse. A interpretação de que estabelecimento particular de ensino consiste apenas em escolas de educação básica e superior é decorrente da interpretação restritiva, que não merece guarda, pois só deve ser usada quando normatiza prejuízo, e não vantagem.

2.2.1.3. HABILITAÇÃO LEGAL

Superados os dois requisitos anteriores pelas respectivas discussões apresentadas, dar-se-á continuidade à análise dos requisitos exigidos pelo artigo 317 da CLT para o enquadramento – e, gozo da legislação especial – do trabalhador como professor. Resta “apenas” a análise do requisito mais polêmico e difícil, qual seja, a necessidade de habilitação legal para o exercício da profissão.

Insta esclarecer que a habilitação legal está normatizada no artigo 61 da Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96):

Art. 61. Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e **tendo sido formados em cursos reconhecidos**, são:

I – professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio;

II – trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e

⁸⁶ O STF, no julgamento da ADI 2135 concedeu medida liminar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição, por vício formal na provação da Emenda no. 19/38, com efeitos *ex nunc*, “*subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa*”. Porquanto, vigora a redação original, exceto para o intervalo de tempo entre a publicação da EC 19/98 (04/06/98) até 02/08/2007 quando ocorreu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. De qualquer forma, na visão de Hely Lopes Meirelles, o ente federativo, antes da emenda, poderia ter optado pelo regime celetista, sendo possível a adoção, o que ocorreria em grande parte dos municípios.

orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas;

III - trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim;

IV - profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino para ministrar conteúdos de áreas afins à sua formação para atender o disposto no inciso V do **caput** do art. 36. ([Incluído pela Medida Provisória nº 746, de 2016](#))

Art. 62. **A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior**, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nos 5 (cinco) primeiros anos do ensino fundamental, a oferecida em nível médio na modalidade normal.

Art. 62-A. A formação dos profissionais a que se refere o inciso III do art. 61 far-se-á por meio de cursos de conteúdo técnico-pedagógico, em nível médio ou superior, incluindo habilitações tecnológicas.

Não há dúvidas que o professor que leciona em escola pública ou particular com habilitação legal enquadra-se na categoria diferenciada de professor e desfruta da normatização direcionada; não está nesse ponto a polêmica. A dúvida está em proteger, ou não, aquele que não possui habilitação legal, mas mesmo assim leciona na educação básica.

A jurisprudência antiga do TST, em meados da década anterior, não admitia a aplicação das normas especiais para professores leigos⁸⁷ em qualquer hipótese, aduzindo que o contrato de trabalho era ilegal, ou impedindo o conhecimento do recurso de revista por se tratar de análise de provas.

PROFESSOR - ENQUADRAMENTO - Se as atividades da Reclamante eram voltadas para crianças em maternal, com idade de 03 anos, não há como caracterizá-la como professora para os fins das convenções coletivas próprias da categoria, mormente se considerarmos que não possui qualquer registro de formação em curso de magistério, nos moldes do art. 317/CLT.

(TRT-3 - RO: 20702 02152-2001-075-03-00-2, Relator: Convocada Maria de Lourdes G.Chaves, Sexta Turma, Data de Publicação: 15/03/2002,DJMG . Página 12. Boletim: Não.).

ENQUADRAMENTO PROFISSIONAL. APLICABILIDADE DO ART. 318 DA CLT. O art. 317 da CLT estabelece a exigência de habilitação

⁸⁷ Entende-se como leigo aquele que não possui habilitação legal, ou seja, formação pedagógica.

legal e registro no Ministério da Educação para o exercício remunerado do magistério. À mingua de provas de que a autora atenda a esses requisitos, inviável a aplicação dos preceitos legais específicos da profissão de professor. ENQUADRAMENTO SINDICAL. A promulgação da Constituição Federal de 1988 traz a proibição da interferência estatal na organização sindical, consagrando, em seu artigo 8º, I, a autonomia dos trabalhadores na formação do sindicato e o estabelecimento de suas bases e alcances. Preservando, no entanto, o conceito de categoria e o princípio da unicidade sindical. Tendo a autora confessado o exercício de mandato como delegada sindical do SINDCLUBES, não há como pretender a aplicabilidade das normas coletivas atinentes ao SINPRO-DF. Recurso patronal conhecido e provido e recurso obreiro conhecido e desprovido.

(TRT-10 - RO: 780200401610000 DF 00780-2004-016-10-00-0, Relator: Desembargadora MÁRCIA MAZONI CÚRCIO RIBEIRO, Data de Julgamento: 30/03/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 08/04/2005)

MONITOR DE INFORMÁTICA - ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR - AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO LEGAL E REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - ART. 317 DA CLT. Consoante estabelece o art. 317 da CLT, o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exige a habilitação legal e o registro no Ministério da Educação. No caso, as instâncias ordinárias, responsáveis pela análise fático-probatória, evidenciaram não haver prova da habilitação do Reclamante junto ao Ministério da Educação. Assim, ausente o requisito estabelecido em lei, não há como enquadrar na categoria profissional pretendida o Empregado contratado como monitor de informática. Recurso conhecido e desprovido.

(TST - RR: 284001920035150085 28400-19.2003.5.15.0085, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 06/12/2006, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/02/2007.)

RECURSO DE REVISTA - INSTRUTOR DE ENSINO PROFISSIONALIZANTE (SENAI) - ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA DIFERENCIADA DE PROFESSOR O artigo 317 da CLT exige para o enquadramento do trabalhador na categoria diferenciada dos professores a habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A necessidade de ministrar aulas não é mencionada. A prova não autoriza considerar o reclamante como integrante da categoria diferenciada de professor. Precedentes deste C. TST. Recurso patronal que é provido.

(TST - RR: 4572345619985035555 457234-56.1998.5.03.5555, Relator: Carlos Francisco Berardo, Data de Julgamento: 10/04/2002, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 03/05/2002.)

CATEGORIA DIFERENCIADA - PROFESSOR - ENQUADRAMENTO - REQUISITOS DO ART. 317 DO TST - PREENCHIMENTO - RECURSO DE REVISTA - REEXAME DE FATOS E PROVAS - ENUNCIADO Nº 126 DO TST. À luz da Súmula nº 126 do TST, não é viável a admissibilidade do recurso de revista quando, para se alcançar a conclusão sustentada pela recorrente, de que a

reclamante não preencheu os requisitos previstos no art. 317 da CLT para o seu enquadramento na categoria dos professores, é imprescindível a análise do acervo fático-probatório dos autos. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 453002320045030038 45300-23.2004.5.03.0038, Relator: José Antônio Pancotti, Data de Julgamento: 26/10/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/11/2005.)

No mesmo sentido é doutrina de Vólia Bomfim

Da mesma forma, nulo é o contrato de trabalho do professor que ministra aula sem ter formação técnica ou profissional para tanto, por ser exercício ilegal da profissão. Assim, um professor que ministra aulas de Direito do Trabalho e que não tem curso superior de Direito, exerce ilegalmente o magistério. O antigo registro (art. 317 da CLT) era requisito de publicidade e cadastro, e não a validade do contrato do professor⁸⁸.

Para estes que defendem a nulidade do contrato de trabalho frente à ilicitude decorrente na Lei de Diretrizes e Bases, a qual, em tese, impede a validade do contrato de trabalho proibido (diferente do trabalho ilícito), por força do artigo 104 do Código Civil “*in verbis*”.

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**.

É entendível (e não desprezível) que o defensor da tese da necessidade de habilitação legal para o exercício da profissão possua intenções nobres que visam a preocupação com a formação qualificada de uma geração de alunos, além do cumprimento da norma. O que, “kantianamente”, já é louvável.

Implícito nos argumentos desta tese, mais próxima do positivismo, está o medo de estimular o errado (ilegal) da afronta à lei e, por consequência, sendo desvalorizada a lei constantemente, estar-se-á estimulando a perda da segurança jurídica e do poder estatal, o que é temerário nas condições atuais.

Nesta senda, João José Sady cita lição de Mozart Russomano:

⁸⁸ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 547

[...] medidas acauteladoras no sentido de que o professor seja um técnico competente, a fim de que colham seus alunos proveitos através dos cursos que frequentam; um padrão moral para que seu exemplo ensine tanto de que não leve aos seus discípulos com os quais permanece em convívio constante ou assíduo, o contágio de moléstia infecciosa⁸⁹.

Todavia, merecem críticas as interpretações que utilizam a Lei de Diretrizes e Bases como **único** fulcro de decisões justralhistas. Isso porque, o direito do trabalho é mais complexo do que a formalidade ou legalidade, cuja teleologia da lei fora a regulação da educação básica e superior **administrativamente**, direcionando e delimitando condutas das instituições e do Estado, para a obtenção de um objetivo futuro delimitado pelas razões esculpidas pela Lei, presentes no artigo 2º:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Esta já era posição da doutrina tradicional, representada por Ralph Cândia, que já rechaçava a posição contrária e afirmava que a obrigação do preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 317 da CLT é de responsabilidade do empregador e, sendo assim,

o professor com situação não regularizada plenamente, que seja contratado e que ministre aulas, concretamente, mediante subordinação econômica à Escola, terá seu contrato de trabalho reconhecido, sob o ponto de vista do direito do trabalho, respondendo o estabelecimento de ensino por todos os direitos previstos na legislação trabalhista em vigor⁹⁰.

Na visão do emérito doutrinador a irregularidade não causa nulidade do contrato, “excluindo-se, apenas, os professores das chamadas escolas públicas e que estiverem sujeitos ao regime estatutário (letras c e d do art. 7º do Diploma Consolidado)⁹¹”.

A doutrina e a jurisprudência atuais, a partir da segunda metade da década passada, seguem a linha defendida pelo antigo doutrinador, aduzindo, dentre outros, dois pontos importantes:

⁸⁹ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 23

⁹⁰ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 289

⁹¹ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 290

- a) essa norma é direcionada ao empregador que deveria ter exigido o requisito, tratando-se de notório enriquecimento ilícito e, uma vez que **ninguém pode se beneficiar da própria torpeza**, e
- b) **contrato realidade**.

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. O detalhado quadro fático traçado na narrativa regional, por si só, afasta a aplicabilidade do art. 317 da CLT ao presente caso. **Isso porque não pode a empresa, com base em disposição legal, aproveitar-se de efetivo labor de professor para, quando demandada judicialmente, alegar o não enquadramento do obreiro na categoria, situação que se configurou tão-somente por inércia da própria empresa em exigir o atendimento às condições legais.** O art. 317 da CLT prevê que o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A presente situação fática, na qual a reclamada deixou de cobrar, na assinatura contratual, o respectivo registro, mas, ainda assim, sempre enquadrando o reclamante, em todos seus documentos, como professor, afasta a aplicabilidade do referido dispositivo, na medida em que foi a própria reclamada a responsável pela ausência do requisito legal. Não pode, portanto, na instância judicial, ser o reclamante prejudicado pela inércia da reclamada. Incidência das Súmulas nºs 296 e 422 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

(...)

(TST - RR: 178009320035100014 17800-93.2003.5.10.0014, Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 02/04/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 25/04/2008)

RECURSO DE REVISTA. ATIVIDADE DOCENTE. REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E HABILITAÇÃO LEGAL. REQUISITOS. AUXILIAR DE ENSINO X PROFESSOR. FUNÇÃO A SER RECONHECIDA NA CTPS. Incontroverso se tratar de profissional contratada para lecionar Inglês, deve ser reconhecido o direito à assinatura na CTPS e o exame dos direitos decorrentes da norma coletiva da categoria. A norma legal que determina se considerar o magistério remunerado pela habilitação legal e registro no MEC resta atendida quando constatado pelo eg. Tribunal Regional que o empregado realizava atividade docente, e consta nos autos se tratar de profissional com Diploma em curso superior. **No direito do trabalho prevalece o princípio da primazia da realidade e a vedação do enriquecimento sem causa.** Nesse sentido, -é o exercício do magistério, a prática do ato de ministrar conhecimentos, que traduz a condição de professor, para a Lei do Trabalho, e não a habilitação, a qual é exigência restrita a certos segmentos de tal atividade- (João José Sady). Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 742002720045020011 74200-27.2004.5.02.0011, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/11/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/11/2008).

De fato, o contrato de trabalho não é um negócio jurídico civil, pois a subsunção do fato à norma não se dará por documentos e formalidades, mas pela realidade dos fatos (contrato realidade), conforme já discutido no item 1.3; afinal, conforme inteligência do art. 9º, da CLT, o que realmente importa para o enquadramento jurídico do contrato é a descrição do trabalho e não tanto o nome do trabalho.

Em outras palavras, cabe ao empregador verificar se os requisitos foram satisfeitos e a negligência de responsabilidade não lhe pode acarretar em bônus.

Repita-se que isso não significa que as escolas estão autorizadas a descumprir a LDB (9.394/96) cujas exigências de habilitação ao profissional do magistério devem ser respeitadas e incrementadas gradativamente. As escolas podem ser atuadas pelas diversas autoridades competentes para esse tipo de fiscalização, tanto aquelas das áreas educacionais como aquelas da área trabalhista. No entanto, uma vez perpetrado esse lapso, o professor leigo jamais poderá ser privado dos direitos trabalhistas pela falta de habilitação. *Se a escola arguir essa questão em defesa trabalhista, é como se estivesse alegando a própria torpeza em seu benefício⁹². (grifos nossos)*

Acatar a tese de inaplicabilidade das normas especiais, diante da falta de habilitação ou formação exigida consentido pelo empregador, é conduta repugnante que viola a boa-fé (venire contra factum proprium), discutida no item 1.3.3 – vedação do comportamento contraditório – e implica no enriquecimento ilícito que “ocorre quando uma pessoa se beneficia da força de trabalho de outra, sem o devido e correto pagamento do valor correspondente⁹³”. Pela mesma razão, Alice Monteiro defende que não merece amparo “o empregado (que) se utilizou de meio ardil, capaz de induzir o credor de trabalho a erro⁹⁴”.

Do contrário, “estar-se-ia premiando o empregador que concorreu com a culpa ‘in eligenda’ na contratação de uma pessoa sem habilitação para o cargo que ocupou⁹⁵” e retirando do empregador a responsabilidade decorrente do risco do

⁹² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 138.

⁹³ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 41.

⁹⁴ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 369

⁹⁵ Bisidem

empreendimento uma vez que “é do empregador o risco do empreendimento, cabendo-lhe a responsabilidade pelo não cumprimento correto da legislação⁹⁶”.

Ainda, consubstanciando com o contrato realidade, não se pode fechar os olhos para a macrorealidade pátria, a qual abarca em seu corpo docente da educação milhares de professores que lecionam sem habilitação. Em diversas regiões do Brasil, a exigência da formação prevista no arts. 62 e 62-A da Lei 9.394/96 – licenciatura, bacharelado em pedagogia em nível superior ou do antigo magistério – implicaria em prejuízo maior, uma vez que não há profissionais qualificados para a elevada e necessária demanda.

Alice Monteiro de Barros, em sua doutrina, expôs que, em 1999, no Brasil, havia 35.267 professores na educação infantil e 118.482 nas quatro primeiras séries do ensino fundamental que sequer possuíam o nível médio, na modalidade normal, como exigido pela Lei n. 9.394, de 1996⁹⁷.

Em 2016, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), órgão vinculado ao Ministério da Educação e Cultural (MEC) registrou que, dos 2,2 milhões de professores que lecionam na educação básica, “apenas” 424.649 **não** possuem formação adequada⁹⁸.

Em outros termos, exigir que a habilitação legal seja requisito único para a aplicação de norma diferenciada é, no mínimo, marginalizar e onerar com o descaso da Lei uma grande parcela de professores que labutam diariamente para formar e educar crianças e adolescentes (gerações). Estes prestam um favor de preencher uma lacuna gerada pela incompetência administrativa estatal, a qual não providencia mão de obra qualificada em todas as regiões do país. Por essa incompetência, os órgãos administrativos que fiscalizam a educação toleram essa prática, sobretudo, em regiões com escassez de mão de obra habilitada.

Por todas essas razões, está é a posição uníssona e atual do Tribunal Superior do Trabalho quanto à desnecessidade de habilitação legal para a aplicação das normas celetistas.

⁹⁶ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 41.

⁹⁷ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 366

⁹⁸ Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf. Acesso em 27 de fev de 2017.

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INSTRUTORA. CURSO DE INFORMÁTICA. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE PROFESSORA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que a exigência de habilitação técnica e registro no Ministério da Educação e Cultura - MEC, previstas no art. 317 da CLT, não constitui óbice ao reconhecimento de empregado contratado como instrutor na categoria profissional dos professores, devendo a controvérsia ser analisada à luz do princípio da primazia da realidade. Precedentes da SBDI. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 110966720135030092, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 04/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015)

2.2.1.3.1. UMA PROPOSTA DE NOVA INTERPRETAÇÃO

Por outro lado, em análise mais profunda, ao reconhecer o contrato especial de trabalho da categoria do professor e punir o empregador (como se deve ser feito toda vez que age com má-fé) não estaria o Estado, por meio do Poder Judiciário, legitimando a torpeza reversa do empregado que conscientemente exerceu profissão a qual não possui habilitação? Não estaria a Justiça Trabalhista se autodeslegitimando, defendendo o errado, o ilegal, sempre se apoiando na hipossuficiência? Tal comportamento não desestimula as empresas e, mais do que isso, não estimula o malevo⁹⁹? Essa posição não estaria obstaculizando as normas programáticas previstas na Lei 9.394/96 (arts. 63 e seguintes), as quais buscam, ainda que num plano futuro distante, o pleno exercício do magistério por meio de profissionais capacitados que estão, em regra, melhor preparados para o desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho? Não haveria um desestímulo (e injustiça) àquele que buscou se qualificar para lecionar e encontra-se desempregado, enquanto outros, sem a formação legal exigida, estariam empregados ocupando o lugar para o qual aquele se qualificou?

A exigência do requisito de habilitação legal é tão imprescindível para educação básica (e até superior) que, na esfera pública, qualquer cidadão habilitado com titulação pode exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para o cargo de docente de instituição pública de ensino, quando o cargo estiver

⁹⁹ Aliás, todos os argumentos morais (boa-fé, benefício da própria torpeza e o enriquecimento ilícito) discutidos para reconhecer o contrato realidade em prejuízo ao empregador, servem e devem ser aplicados para o empregado.

sendo ocupado por professor não concursado por mais de seis anos, excetuado os cargos já ocupados antes da promulgação da Constituição, conforme *caput* do Art. 19 do ADCT.

Art. 85. Qualquer cidadão habilitado com a titulação própria poderá exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para cargo de docente de instituição pública de ensino que estiver sendo ocupado por professor não concursado, por mais de seis anos, ressalvados os direitos assegurados pelos [arts. 41 da Constituição Federal](#) e [19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#).

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Na esfera privada, e ainda discutindo a educação básica, Homero Batista, buscando solução jurídica para este ponto, aponta que a jurisprudência do TST excepciona

apenas os casos de objeto ilícito (tráfico de armas, tráfico de drogas, contravenção) e ausência de concurso público em caso de empregos públicos. No mais, mesmo que o trabalho seja proibido (crianças, aposentado por invalidez, estrangeiro clandestino), o direito do trabalho socorre¹⁰⁰.

Ao que parece, na visão de Homero Batista, o Direito do Trabalho não reconhece o contrato de trabalho de médico que não possui habilitação legal, pois **é ilícito penal**.

Nada há a se comparar com a situação do médico com falso diploma, pois isso representa efetivamente a prática de um crime e prescinde tutela de direito do trabalho¹⁰¹.

De fato, a relevância social da prática da medicina ilegal causa (ou pode causar com grande probabilidade) a morte dos pacientes e, assim, é tipificada como crime previsto no artigo 282 do Código Penal. Mas, com toda vênia ao ilustre magistrado e livre docente, a ilicitude penal não é a melhor justificativa para amparar os milhares de professores sem habilitação. Afinal, o exercício de profissão sem

¹⁰⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 138

¹⁰¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 139

preencher condições legais exigidas é (também) crime – ainda que de pequeno porte –, previsto no art. 47 do Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais)¹⁰².

Em suma, tem-se, de um lado da interpretação, um contrato realidade de um obreiro que exerce todas as tarefas de professores e que não pode deixar de ter reconhecimento pelo direito juslaboral, sob pena de isentar o empregador de responsabilidade que gera danos ao empregado, com culpa “*in eligenda*” ou risco do empreendimento. Por outro lado, tem-se uma Lei de Diretrizes e Bases Educacionais cujo objetivo é a busca pelo pleno exercício do magistério por meio de profissionais capacitados que, se habilitados, estarão mais bem preparados para o desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. E, deste mesmo lado, está o desestímulo (e a injustiça) àquele que buscou se qualificar para lecionar e encontra-se desempregado.

De ambos os lados, repousa a preocupação pelo desrespeito à lei, a segurança jurídica, a violação à boa-fé, o benefício decorrente da própria torpeza e o enriquecimento ilícito. Porém, no meio destes, encontra-se a realidade fática de milhares de professores que exercem a profissão pela falta de profissionais qualificados e que não podem, de nenhuma maneira, serem onerados, uma vez que prestam o favor de preencher uma lacuna decorrente de descaso administrativo.

Para solucionar a questão da habilitação legal exigida para o exercício da profissão na educação básica, propõe-se dividir os casos sob estes pretextos em três espécies.

No primeiro caso enquadra-se o empregado **habilitado** e que leciona na educação básica, ainda que com nome diverso dado pelo empregador. Com fulcro no princípio da primazia da realidade, ele sem dúvida se enquadra na categoria diferenciada de professor e desfruta da normatização direcionada.

No segundo caso enquadra-se o empregado que **não é habilitado** e que leciona ilegalmente na educação básica em meio farto de oferta de mão de obra qualificada. Essa delicada situação **configura a existência do contrato de emprego especial**, pois, todos os requisitos de existência e validade do contrato de

¹⁰² No caso de tipificação ou configuração de um crime ou contravenção, havendo a comprovação de dolo (eventual) ou culpa, o empregador é coautor ou partícipe.

emprego foram preenchidos e a realidade dos fatos configura a condição de especialidade da profissão.

Trata-se, portanto, de caso de trabalho proibido e não de trabalho ilícito, discuto no item 1.3.4.2 e 1.3.5.1, uma vez que o objeto do contrato (ministrar aulas) não é objeto ilícito. O que ocorre é uma restrição decorrente da condição específica do empregado¹⁰³, não tendo, portanto, aptidão para exercer aquela profissão, agindo ambas as partes com notória má-fé (legitimidade).

Trata-se de nulidade relativa por ausência de elemento natural (preenchimento de legitimidade) que pode ser convalidada pelo próprio juiz a pedido das partes que o já fizeram tacitamente, uma vez que o Reclamante propôs a Reclamação Trabalhista exigindo a validação do negócio jurídico e o empregador o fez quando, ciente do vício que aniquilava o contrato, aceitou o cumprimento do negócio jurídico pelo empregado, conforme art. 174 do CC.

Ainda se pode relativizada por incapacidade relativa (art. 171, I, do CC) ou pode-se aplicar a teoria de gradação da nulidade, proposta por Maurício Godinho, a qual pondera o tipo de defeito emergente do ato jurídico e bem jurídico afrontado por esse defeito, sem se preocupar com a teoria de nulidade civil.

No mais, interpretando o contrato de trabalho especial como nulo, pode-se convertê-lo em outro negócio jurídico que respeita os requisitos de outro.

O fato é que se deve homenagear, no que for possível, o princípio da conservação do contrato de trabalho, impedindo o enriquecimento ilícito, diante da impossibilidade de restituição das partes ao “*statu quo ante*”, conforme doutrinou Amauri Mascaro.

Contudo, ainda que válido, o contrato está eivado pela má-fé e tão por isso, por força do art. 883 do CC, os valores decorrentes das normas especiais (somente destas) terão que ser revertidos em favor de estabelecimento local de beneficência (de preferência educacional).

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

¹⁰³ MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros: 2015. P. 121

Parágrafo único. **No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.**

Sendo assim, em uma interpretação literal do art. 883, **se requerido pela parte que pagou** terá que ser restituído, mas o destino não será o *accipiens* (empregado) que recebeu o pagamento derivado de contrato ilícito. Por conseguinte, para que a restituição tenha o fim estabelecido no parágrafo único do art. 883 do CC, **é requisito essencial que o empregador, em sede de reconvenção ou ação de repetição, requeira o valor.**

Há bom espaço para defender que não é necessário o requerimento pelo empregador, uma vez que “o juiz tem um poder maior para atuar nos contratos de trabalho para correção de efeitos contrários aos princípios da boa-fé e da probidade¹⁰⁴” da função social do contrato, podendo, por esta razão, agir de ofício. Para tanto, relembra-se citação já exposta no item 1.3.2.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em Novo Código Civil e legislação extravagante anotados (Revista dos Tribunais, 2002), sustentam, comentando o princípio, que **‘o Juiz poderá preencher os claros do que significa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Poderá convalidar o contrato anulável. Poderá determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato’**¹⁰⁵. (grifos nossos)

Tal posição homenageia a boa-fé, a função social do contrato, a ordem pública, impede o enriquecimento ilícito de ambas as partes e não atribui benefício pelo uso de sua torpeza há ambos os lados, conforme determina a regra de interpretação prevista no caput do art. 8º da CLT.

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.**

¹⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 598

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 596

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

Não se pode combater veneno com o mesmo veneno, ou a ilegalidade ou com a ilegalidade, pois isso acarreta desmoralização da lei, em especial da Justiça do Trabalho que, por essas análises, recebe a fama de protetora do trabalhador e não da lei que busca mitigar a hipossuficiência; deve o Direito do Trabalho proteger o trabalhador quando houver desnível decorrente da hipossuficiência (conforme se perceberá em capítulo posterior) e não quando decorrer da má-fé.

Nesta esteira, ainda que o valor tenha esse fim, subsistindo o contrato, as partes continuam responsáveis pelas obrigações derivadas das verbas contratuais especiais, incluindo as contribuições previdenciárias. A primeira, o empregador, comete ato ilícito previsto no artigo 186, porque gerou dano ao empregado por negligência de pagamento de verba trabalhista especial e o empregado, por sua vez, cometeu ato ilícito previsto no artigo 187, pois, ainda que seja titular de um direito, ultrapassou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social e, sobretudo, pela violação da boa-fé, só que a repetição solicitada pelo empregador, por força do art. 883, § único, irá para uma instituição beneficente, pela má-fé mútua.

Nesta esteira, Carlos Roberto Gonçalves ensina que “ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não lesar outrem” ou, “ato voluntário e consciente do ser humano que transgredir um dever jurídico”, sendo, portanto, “fonte de obrigação: a indenizar ou ressarcir o prejuízo causado¹⁰⁶”.

Comete ato ilícito, nos termos dos arts. 186 e 187, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e **também comete ato ilícito aquele que abusou do direito**, ou seja, aquele que é titular de um direito, mas que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ainda neste caso, há a responsabilidade penal de ambas as partes. O empregado (autor), com evidente dolo, exerceu profissão sem preencher

¹⁰⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral** – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 451 e 452.

condições legais exigidas. O empregador (coautor ou copartícipe) requereu, com consciência e vontade, utilizando o poder diretivo, determinando como, onde e quando o contrato estava sendo cumprido, proporcionando, inclusive, meio (ambiente profissional) para o exercício de profissão sem condições legais exigidas. Tal atitude está tipificada no art. 47 do Decreto Lei nº 3.688 de 03 de Outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais).

Adotada a teoria do objeto-formal, o empregador é partícipe, uma vez que é autor aquele que realizada a ação nuclear típica e partícipe quem concorre de qualquer forma para o crime.

Adotada a teoria do domínio do fato, o empregador é coautor. Esta teoria, nas palavras de Rogério Sanches Cunha, foi

elaborada por Hans Welzel no final da década de 1930, com nítidos predicados finalistas, esta teoria surgiu para diferenciar com clareza o autor do executor do crime, conciliando as teorias objetiva e subjetiva. Para essa concepção, autor é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, **quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições**. Partícipe, por sua vez, será aquele que embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação¹⁰⁷ (grifos nossos).

Nitidamente, o empregador define a forma execução, seu início, cessão, condições em decorrência do poder diretivo.

Esta é a melhor interpretação que acomoda todos os institutos jurídicos, respeitando preceitos trabalhistas, civis, penais e morais.

No terceiro caso, enquadra-se o empregado que não é habilitado e leciona na educação básica em meio **em que não possua oferta vasta**, prestando favor à sociedade local, agindo com boa-fé, tornando-se tolerável, pois possui atitude análoga a uma pessoa que pratica a medicina na ausência de um médico, tentando salvar a vida de outro, sem habilitação legal para isso, ou aquele que realiza perícia na ausência de perito.

Neste caso, novamente é importante separar as esferas juslaboral, civil e penal. O contrato de trabalho especial é reconhecido, mais uma vez, para todos os efeitos, pois encontra supedâneo no princípio da primazia da realidade, sendo

¹⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 373.

devido o desfrute da normatização especial ao empregado, enquanto a responsabilidade das verbas decorrentes será do empregador.

Neste caso, só há responsabilidade civil do empregador, que violou o art. 186 por cometer ato ilícito. Da outra parte, não há que se falar em má-fé ou abuso do direito e não há violação do art. 187 do CC.

Diante do conceito analítico de crime em sua conceituação tripartida – pacificamente adotada pela doutrina, a qual estabelece para a caracterização do crime uma ação ou omissão típica, ilícita (antijurídico) e culpável –, não há crime por ausência de culpabilidade.

Há notório erro de proibição, pois o empregado sabe o que faz, mas ignora a ilicitude diante das circunstâncias, retirando-lhe a potencial consciência da ilicitude.

Erro do tipo é figura que não se confunde com erro de proibição. Com efeito, no erro de proibição, o equívoco não recai sobre os elementos ou dados agregados ao tipo, mas sobre a ilicitude da conduta praticada. Pode-se dizer que, no erro do tipo o agente não sabe o que faz, enquanto no erro de proibição o agente sabe exatamente o que faz, porém ignora o caráter ilícito do seu ato¹⁰⁸.

Ou, na pior das hipóteses, não há a configuração da culpabilidade penal, por inexigibilidade de conduta diversa presente em dirimentes supraleais. Rogério Sanches Cunha, utilizando de lição de Claudio Brandão, explica que:

Até muito breve, só era reconhecida no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal. A jurisprudência, nesse sentido, inclusive, é farta. Todavia a partir do desenvolvimento dos estudos de culpabilidade, notadamente pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela ‘quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputado causa supraleal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa existência de norma expressa a respeito’¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 210

¹⁰⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 306

Entre os exemplos citados pelo doutrinador está a desobediência civil, a qual

representa atos de insubordinação que têm por finalidade transformar a ordem estabelecida, demonstrando a sua injustiça e necessidade de mudança. Exige-se para o reconhecimento desta dirimente: (A) que a desobediência esteja fundada na proteção de direitos fundamentais; (B) que o dano causado não seja relevante¹¹⁰

como, por exemplo, as ocupações de prédios públicos ou invasões do MST.

A prática de magistério em determinadas regiões é tão aceita socialmente que o Ministério do Trabalho possui classificação no Código Brasileiro de Ocupações para os professores leigos de ensino fundamental ou não habilitados (3321-05), com a seguinte descrição sumária:

Dão aulas em escolas de zonas rurais e de regiões remotas do país; ensinam a ler, escrever e calcular; preparam aulas, material didático e planejam o ano letivo. Avaliam alunos e supervisionam suas atividades. Realizam procedimentos administrativos. No desenvolvimento das atividades, comunicam-se com os alunos, pais, equipe escolar e comunidade¹¹¹.

Definitivamente, esses professores não habilitados não podem estar à margem da lei. E em vista da presença da boa-fé, encontra-se a norma civilista constante no artigo 606 e parágrafo, uma vez que o empregado receberá quantia decorrente do contrato de emprego, mas não àquelas decorrentes das normas especiais.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.

Por derradeiro, ainda em análise do professor que leciona no âmbito da educação básica, vale tecer algumas considerações sobre a autorização legal dada – por meio da Medida Provisória nº 746 de 2016, a qual incluiu o inciso IV do art. 61

¹¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 306

¹¹¹ Disponível em: < <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorCodigo.jsf>>. Acesso em 24 de dezembro de 2016, às 16:31

da Lei 9.394/96 – para os profissionais com notório saber de ensino para ministrar conteúdos de áreas fins que constam no currículo do ensino profissional e técnico.

A referida autorização possui escopo de autorizar professores a lecionarem conteúdos que não possuem formação pedagógica, como por exemplo, o ensino de Contabilidade, de Constituição ou de Direito Básico no ensino médio profissionalizante, os quais não possuem uma formação pedagógica específica; não há licenciatura para exercer o magistério de Contabilidade ou Direito.

Necessária à autorização, porque decorre da normatização da realidade fática de que não há professores habilitados para lecionar tais disciplinas. Neste caso, é a permissão expressa da lei que torna o contrato especial de trabalho lícito, inclusive na esfera civil.

2.2.2. A APLICAÇÃO DAS NORMAS CELETISTAS NO MAGISTÉRIO FORA DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Na esteira do estudo sobre a aptidão para a aplicação das normas celetistas em determinadas funções inerentes ao magistério, resta a análise dos professores de cursos pré-vestibulares ou pré-vestibulinhos, dos professores – por vezes denominados instrutores – do Senai e do Senac, dos profissionais que trabalham em berçários, creches, pré-escolas e equivalentes e, por fim, dos professores que laboram em cursos apartados da educação básica, como natação, ginástica, línguas, voleibol, musculação, música, dança e equivalentes.

Nos moldes do art. 317 da CLT e utilizando apenas de uma visão positivista, somente seriam merecedores do gozo das “benesses” celetistas derivadas, aqueles professores que lecionassem em colégios particulares, com diploma, e que fossem registrados no órgão administrativo, restando excluídos os professores que lecionam em colégios públicos (ainda que em regime celetistas), os professores que laboram em cursos de línguas ou de informática, em academias, na formação de condutores, em cursos preparatórios para vestibulares, vestibulinhos ou concursos públicos e demais outros casos.

O fato é que a análise completa e definitiva do enquadramento funcional, ou não, de determinado profissional na categoria especial de professor, exigiria o estudo do conceito de professor sob a perspectiva pedagógica

científica. Tarefa que exigiria o conhecimento de área diversa que foge, em muito, do escopo dessa pesquisa.

Utilizou-se, com consciência, o verbete “conceito”, pois, acredita-se na impossibilidade de uma definição específica do objeto cultural professor, que, como tal, é mutável no tempo e no espaço.

É muito comum confundir o conceito com a definição de um objeto, mas há uma diferença importante: o conceito é uma palavra que tem um conteúdo genérico; a definição é a delimitação deste conteúdo pela enumeração dos seus elementos. É a particularização, é a singularidade do objeto. São especificidades que diferenciam aquele objeto de qualquer outro.

É mister que se faça essa análise conceitual para a conceituação do professor, sob pena de excluir ocupação (função), sem justificativa plausível, violando, com efeito, o princípio da igualdade previsto no art. 5º da *caput* da CF.

Por conseguinte, o pensamento inicial e basilar que confere à análise validade constitucional perpassa pelo raciocínio de somente excluir ocupações de professores da aplicabilidade das normas especiais celetistas, se houver justo motivo para diferenciá-las.

Em decorrência do estudo desta aplicabilidade ou não das normas celetistas especiais, existe, na doutrina juslaboral, tentativas de conceituação do objeto cultural professor.

Emílio Gonçalves – sem dúvida apoiado na normatização prevista no art. 317 da CLT – foi o primeiro a conceituar que professor é “a pessoa habilitada, nos termos da lei, que profissionalmente exerce o magistério¹¹²”; conceito citado como suporte para a análise de Alice Monteiro de Barros e João José Sady, embora afirmem que não há no ordenamento pátrio uma norma – que na visão de Humberto Ávila seria um postulado – que conceitue de fato o que é um professor.

Mônica Barbosa de Martins Mello compara a concepção antiga com a recente, lembrando que “a função de professor recebeu, na Grécia Antiga, a designação de paidagogos, ou seja, um escravo encarregado da educação doméstica das

¹¹² GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 29

crianças de uma classe nobre da sociedade” e, atualmente, “o termo professor abrange todos aqueles que exercem a atividade docente, independente da denominação sob a qual a função for exercida. Considera-se atividade docente a função de ministrar aulas”, recebendo também a denominação de “mestre, docente, pedagogo, preceptor, com a mesma confusão na sua conceituação¹¹³”.

Homero Batista constata que “a palavra professor é utilizada em sentido mais amplo do que poderíamos supor. Quando se quer elogiar alguém, diz-se que ele é professor daquele assunto, como na frase ‘professor de assuntos do coração’. Na ironia, fala-se em ‘ar professoral’¹¹⁴”.

O doutrinador nota também que se costuma denominar professor pela sociedade “aquele que ensina a direção do veículo nas autoescolas ou centros de formação de condutores, aquele que ministra cursos de reciclagem, natação, informática e incontáveis outros exemplos da vida cotidiana” e, pertinentemente, questiona: Seriam eles professores no sentido jurídico da expressão?

Repise-se que, na ausência de substância científica do ramo específico (pedagógico) para conceituar o objeto professor, far-se-á a análise sob o panorama do juslaboral, cujos subsídios foram discutidos em itens anteriores.

Já se analisou que o contrato de trabalho atual – incluindo o contrato especial de trabalho do professor – deve ser enquadrado pelas características reais e não formais da relação jurídica.

Neste mesmo sentido, adverte João José Sady que, “em cada caso será preciso observar a realidade fática do pacto laboral sob exame e compará-la com a moldura que retraçamos em tal preâmbulo”, ao que ele complementa: “não sendo possível ao intérprete cingir-se apenas à denominação da função consignada pelo empregador no contrato respectivo¹¹⁵”.

Nesta percepção, não sendo o formalismo que define o enquadramento do contrato de trabalho, merece a proteção legal diferenciada qualquer

¹¹³ MELLO, Mônica Barbosa de Martins. **Contratos Especiais de trabalho: homenagem ao professor Oris de Oliveira** / Jackson Passos Santos e Simone Barbosa de Martins Mello organizadores. – São Paulo: LTr, 2010. p. 190 e 191

¹¹⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 139.

¹¹⁵ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 19

denominação diversa como monitor ou instrutor de ensino em que se exerça de forma efetiva a função de professor, realizando todas as tarefas inerentes, pois trata-se de mero formalismo que pode servir apenas como evidência ou confissão corroborativa de outras características.

O posicionamento doutrinário de aplicação literal da normatização prevista no art. 317, da CLT, direciona as benesses celetistas da profissão diferenciada do professor apenas àqueles que satisfazem as exigências contidas no dispositivo. Destarte, alerta a doutrinadora mineira Alice de Barros que “à luz do conceito doutrinário citado, estariam excluídos da categoria docente os que ensinam em cursos livres, cuja autorização dos órgãos públicos, para funcionamento, é dispensada¹¹⁶”.

Malgrado seja extensa a lista de similitudes entre as tarefas exercidas pelos professores do ensino básico e aquelas cumpridas por aqueles que lecionam em curso livres e pré-vestibulares, Homero Batista destaca que,

embora todas essas semelhanças sejam verificáveis na prática, o legislador sempre se afastou desse conceito harmônico, priorizando a proteção sobre os professores da rede oficial de ensino, pública, particular, comunitária, confessional ou filantrópica (art. 20, LDB), deixando-se ao desabrigo os demais sujeitos dos cursos extracurriculares¹¹⁷.

É importante notar que, ao que parece, o doutrinador apenas citou a posição da legislativa, seguindo (ele) a mesma posição já citada de Alice de Barros.

Outrora, em descrição à realidade da época, Emílio Gonçalves tentou descrever como inerente à função do magistério as seguintes tarefas¹¹⁸:

- a) a regência das aulas, de acordo com os horários escolares;
- b) a organização dos programas da disciplina que leciona e o planejamento do curso e das aulas;
- c) a escrituração dos diários;
- d) a correção dos trabalhos escolares;

¹¹⁶ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 368

¹¹⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 139

¹¹⁸ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 31

- e) a correção das provas mensais e a respectiva atribuição de notas;
- f) a realização dos exames e correção das provas;
- g) a participação nas bancas examinadoras;
- h) o comparecimento às reuniões do Conselho de Professores e participação nas atividades e deliberações do mesmo (sic);

Contudo, tendo em vista o sistema mecanizado de apostilas, que visa exclusivamente o ensino voltado para a aprovação em vestibulares, sendo essa a maior realidade e propaganda da maioria dos estabelecimentos de ensino particulares, diversas tarefas foram retiradas do professor. Em diversos colégios que se encontram nessa realidade, não há, definitivamente, organização da disciplina e nem mesmo planejamento do curso e das aulas, uma vez que método apostilado, ou também denominado como aula a aula, possui teoria delimitada em cada aula, com exercícios pré-determinados para serem feitos em sala e em casa pelo aluno, havendo muito pouco espaço para alteração da ordem das aulas, pois as apostilas são entregues mensalmente. Precisamente por isso, o diário é preenchido pela secretária ou monitores, cabendo ao professor apenas informar qual foi o “número da aula do material” lecionada. Em decorrência da predeterminação das aulas pelo autor da apostila, são raríssimos os trabalhos escolares solicitados, restando aos professores desta nova realidade a correção de provas, a elaboração de avaliação, quando elas não são enviadas e predeterminadas pelo mantenedor do material, e quando não são provas alternativas corrigidas pelos auxiliares administrativos.

De fato, **a única tarefa que caracteriza a profissão diferenciada do professor é a regência de aulas de acordo com os horários predefinidos.** Essa é a essência máxima da profissão e, com efeito, a discriminação para a não caracterização de um empregado que regularmente ministra aulas transmitindo conhecimento específico de maneira organizada, em estabelecimento de qualquer natureza, deve ser muito bem justificada para que tenha procedência, sob pena de violar o princípio da isonomia previsto no *caput* do art. 5º da CF.

Nesta esteira e por derradeiro, em desacordo com a consequência dessa definição celetista da análise literal do art. 317 da CLT e dos requisitos exigidos por este, apoiando-se na realidade já discutida e no fato de que os demais professores não operantes na educação básica ou superior também proporcionam conhecimentos ao educando, ainda que não se exija a preparação prevista nos arts. 62 e 66

da Lei n. 9.394/96 e tampouco registro no Ministério da Educação, a doutrinadora pertinente e brilhantemente conclui que:

Em face dessas particularidades, entendemos como professor o profissional, habilitado ou autorizado, que, por meio das atividades inerentes ao magistério, forma as gerações do país propiciando-lhes a educação básica e superior, ou complementando-lhes a formação em curso de especialização, técnico, preparatório ou profissionalizante, realizados em estabelecimento de ensino público, privado, livre, ou ainda em outro estabelecimento que, embora não específico, proporcione essa formação¹¹⁹

2.2.2.1. INSTRUTORES DO SENAI E SENAC

Nesta linha, se o que vale é a realidade e não a nomenclatura dada pelo empregador – a qual se trata de mero indício –, e se só se deve diferenciar quando há justificativa plausível para tanto, então, por certo, os chamados “instrutores” do SENAI e SENAC são beneficiários das normas especiais destinados aos professores, uma vez que “desenvolvem a formação profissional dos industriários, no nível de 1º grau, na área da respectiva especialidade, por meio de aulas práticas e teóricas¹²⁰”, além de avaliarem os alunos.

A doutrinadora cita diversas jurisprudências para justificar que essa não é posição do Tribunal Superior do Trabalho, dentre as quais se destaca a seguinte:

INSTRUTOR DO SENAI - ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR. Instrutores de ensino do SENAI não podem ser enquadrados como professores, por força do art. 317 da CLT, pois não atendem aos requisitos para o exercício daquela profissão. E não sendo "professores", como está essa categoria profissional diferenciada definida em lei, não gozam de jornada especial, improcedendo o pedido de horas extras. Revista conhecida e provida.

(TST - RR: 3948500419975175555 394850-04.1997.5.17.5555, Relator: Antonio Fábio Ribeiro, Data de Julgamento: 21/10/1998, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/12/1998.)

¹¹⁹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 368

¹²⁰ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 372

Contudo, pelos motivos discutidos no *caput* deste subitem, essa não é mais a posição da Corte Superior Trabalhista.

RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE DO V. ACÓRDÃO REGIONAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL A Eg. Corte a quo não se esquivou do dever de proferir decisão fundamentada, consignando de forma clara as razões de seu convencimento. INSTRUTOR DE ENSINO DO SENAI - **ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR A C. SBDI-1 desta Corte já se pronunciou acerca da discussão dos autos, mantendo o enquadramento na condição de professor do empregado contratado como instrutor de ensino por estabelecimento de educação profissional. Os precedentes consideram que o art. 317 da CLT contempla mera exigência formal para o exercício da profissão de professor, devendo a controvérsia ser analisada à luz do princípio da primazia da realidade. HORAS EXTRAS EXCEDENTES DA SEXTA DIÁRIA** - PROFESSOR - JORNADA REDUZIDA Uma vez reconhecida a jornada reduzida de seis horas, os Reclamantes têm jus ao pagamento total das horas excedentes à sexta diária. Não se divisa a violação indicada. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 1155003420135170011, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 24/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2015)

2.2.2.2. CURSOS PRÉ-VESTIBULARES OU PRÉ-VESTIBULINHOS

Na visão de Homero Batista – seguindo a posição de Alice Monteiro de Barros –, os professores de cursos pré-vestibulares ou pré-vestibulinhos seguem a mesma sorte.

Em tese, poderíamos, sim, chamar todos de professores, pois de certa maneira eles guardam semelhanças quanto à necessidade de preparo das aulas, vocação para se dedicar aos educandos, paciência acima da média e, ainda, intensa contato com o ser humano. Em alguns casos, a vocação tem de ser ainda maior do que no ensino oficial. Tome-se como exemplo o professor de cursinho preparatório para concursos ou para vestibulares: em princípio, ele deve conhecer toda a matéria curricular, estimular as técnicas mnemônicas e, ainda, entreter a plateia. No entanto, a profissão é vista com certa desconfiança pela sociedade, que tende a valorizar mais aqueles que se encontram inseridos em estruturas regulares de aprendizado¹²¹.

No caso dos professores que lecionam em cursos pré-vestibulares e pré-vestibulinhos há outros fatores que fomentam o enquadramento destes

¹²¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 139

na categoria diferenciada de professores: a rotina, o conteúdo são os mesmos da educação básica, inclusive, nos colégios que possuam esses cursos pré-vestibulares e educação básica, é muito comum avistar alunos do último ano do ensino médio assistirem aulas juntamente com os alunos desses chamados cursos livres. Aliás, por vezes, o professor sai de uma aula do curso pré-vestibular e vai para outra no ensino médio lecionando a mesma aula, com os mesmos exercícios.

Há muito tempo a jurisprudência assim o considera:

CURSO PRÉ-VESTIBULAR. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. O profissional da área de educação que trabalha em sala de aula passando ensinamentos aos alunos, em curso pré-vestibular que se estende por vários anos, não pode ser considerado mero instrutor, mas professor, não devendo o estabelecimento de ensino simplesmente alterar a nomenclatura do cargo para diminuir o montante de suas obrigações trabalhistas.

(TRT-10 - RO: 714200610210008 DF 00714-2006-102-10-00-8, Relator: Desembargador PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN, Data de Julgamento: 14/02/2007, 1ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2007)

PROFESSOR - CATEGORIA DIFERENCIADA - NORMAS APLICÁVEIS. Nos termos do artigo 317 da CLT, é professor quem exerce de forma remunerada o magistério ou, em outras palavras, quem é responsável pelas aulas ministradas aos alunos de estabelecimentos de ensino regular ou de cursos livres, e também supletivos, preparatórios e pré-vestibulares. Comprovado que a reclamante, como professora, desenvolvia sua atividade no âmbito da reclamada, e sendo incontroverso o fato de que se trata de um estabelecimento de ensino, deve ser tida e enquadrada como tal. Via de consequência, esteve ela representada pelo correspondente sindicato patronal nas negociações que resultaram nos instrumentos normativos aplicáveis à categoria diferenciada dos professores. Mais a mais, não pode a reclamada furtar-se de cumprir a norma coletiva, alegando, simplesmente, que não participou de sua elaboração, porque, in casu, não é a atividade desenvolvida pelo empregador que irá determinar o enquadramento sindical da autora, porque, como professora, pertence a uma categoria profissional diferenciada.

(TRT-3 - RO: 1976800 19768/00, Relator: Marcus Moura Ferreira, Primeira Turma, Data de Publicação: 09/02/2001,DJMG . Página 0. Boletim: Não.)

Ineficazmente, poder-se-ia alegar que alguns professores não possuem habilitação e, portanto, não são merecedores do enquadramento na categoria especial. Já fora exaustivamente discutido que não é a habilitação que dá ensejo ao enquadramento, mas é a realidade dos fatos, ou seja, quais tarefas são exercidas pelo laborante, que só não receberá as benesses celetistas, se o trabalhador agir com má-fé

(exercer sabendo que vasta oferta de profissionais habilitados) e o cargo exigir habilitação legal, que não é o caso dos professores de cursos pré-vestibulares e pré-vestibulinhos.

É entendível que aqueles que sobrepõem os professores da educação básica com habilitação a um nível mais elevado do que aqueles que não possuem, ofertando-lhe, por consequências, maiores dádivas legislativas, o fazem porque vislumbram estimular a busca de uma maior formação que por certo gerará melhores profissionais. Mas esquecem da lição básica de que a inclusão não se dá por meio da exclusão. Surte efeito em poucas pessoas o estímulo da exclusão para que haja mudança de comportamento, sobretudo se não há mínimas condições de mudança, exigindo do outro um ato de heroísmo. Em outros termos, poucos vão ser estimulados a buscar qualificação adequada pela imposição da lei que os excluem da profissão que eles exercem, quando as condições reais de sobrevivência exigem o mínimo de dois turnos de trabalho (quando não três), além dos cuidados pessoais e familiares, que por certo exigem tempo e, nesse contexto, exigem também abdicação para a busca dessa imposta qualificação.

Por outro lado, em resposta, defendendo a desnecessidade de formação para a caracterização do profissional como diferenciado. Há corrente que, enganosamente, aduz que existem muitos profissionais melhores sem formação, em comparação a outros que possuem diploma. O fato é, sem dúvida, incontroverso e indubitável, haja vista o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que, provavelmente, possui um conhecimento de política maior do que muitos formados em Ciência Política.

Não é este o caminho. Pois, se sem formação adequada, o ex-presidente fora considerado por diversas universidades mundiais como excepcional em determinado assunto, ao ponto de receber títulos de Doutor Honoris Causa¹²², imagine aonde chegaria se tivesse tido a chance de estudar mais. A infeliz declaração dada por ele de que “odeia livros e doutores e que é muito preguiçoso para isso¹²³” somente desestimula o estudo e a melhor formação pessoal e profissional de pessoas que recebem a declaração como axioma de que, para obter sucesso, não é necessário diploma.

¹²² Consta em notícia veiculada pelo jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, que até 23 de abril de 2014, o ex-Presidente recebeu 27 títulos de doutor em honoris causa. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lula-recebe-27-titulo-de-doutor-honoris-causa,1157569>>, acesso em 25 de dezembro de 2016, às 18:25.

¹²³ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/no-video-o-ex-presidente-que-odeia-doutores-e-livros-confessa-8216-eu-sou-muito-preguicoso-e-uma-questao-de-habito-8217/>, acesso em 25 de dezembro de 2016, às 18:25.

Se a boa formação não é garantia de coisa alguma e, portanto, não é o único requisito para o sucesso profissional, e se a experiência prática não é secundária, então só se pode concluir que é a junção dos dois fatores, experiência e formação, o que certamente aumenta as chances de sucesso. Justamente por isso se deve estimular a busca pela habilitação (e também pela experiência), sem, contudo, desqualificar aquele profissional que exerce uma profissão, sem qualificação ideal, pois não há exigência legal.

2.2.2.3. PROFISSIONAL QUE TRABALHA EM BERÇÁRIOS, CRECHES, PRÉ-ESCOLAS.

Seguindo a mesma lógica, para que os professores de creches e pré-escolas sejam reconhecidos como profissionais de categoria diferenciada, faz-se necessário que os profissionais possuam habilitação legal ou que não exerçam a profissão com má-fé.

Isso porque, as creches e pré-escolas fazem parte da educação infantil, que, juntamente com o ensino fundamental e médio, compõem a educação básica, conforme arts. 21, 29 e 30 da Lei 9.394/96

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Complementarmente, é importante ressaltar as palavras da doutrinadora Alice Monteiro de Barros, que considera que nesta fase residem

os aprendizados mais importantes da vida, como o andar, a fala, o temor, o prazer e a descoberta de si e dos outros. É por meio da interação com

outras pessoas que a criança vai construindo suas características, entre as quais o modo de agir, pensar, sentir e sua visão de mundo, seu conhecimento¹²⁴.

A creche e a pré-escola além de prestarem cuidados físicos, criam condições para o seu desenvolvimento cognitivo, simbólico, social e emocional.

A necessidade de técnicas de ensino se revela quase que permanentemente, como também no caso do professor de ensino fundamental e médio. Pois, a birra, a curiosidade, as agressões exigem dos adultos, para um bom desenvolvimento das crianças, um profissional preparado, e não alguém que se proponha a substituir os pais na ausência destes.

É irretocável a posição de Alice Monteiro de Barros quanto à inaplicabilidade das normas especiais para os cuidadores de berçário, uma vez que “não há como atribuir-lhe a condição de professor, mesmo porque suas atividades restringem-se aos cuidados com a alimentação, saúde e higiene da criança¹²⁵”.

Em breve suma, se as tarefas perfazem exclusivamente um rol de cuidados, seja com alimentação, saúde ou higiene da criança, a atividade não será considerada como diferenciada na categoria dos professores, exceto se, além dos cuidados, forem exigidas habilidades para o desenvolvimento da capacidade cognitiva e emocional da criança....

Tão por isso, em regra, para o Tribunal Superior do Trabalho, estando cabalmente demonstrado que o trabalhador realizava tarefas inerentes ao magistério na educação básica – em qualquer âmbito, educação infantil, ensino fundamental ou médio – ou superior, vale a primazia da realidade e estar-se-á configurado o contrato de trabalho diferenciado, sendo aplicadas as normas especiais relativas à categoria dos professores.

"AUXILIAR DE CLASSE". TRABALHO EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO INFANTIL (BERÇÁRIOS, CRECHES E PRÉ-ESCOLAS) NAS ATIVIDADES PREVISTAS NO ART. 29 DA LDB (LEI N. 9.394/96). ENQUADRAMENTO SINDICAL COMO PROFESSOR. POSSIBILIDADE. Está enquadrado na categoria profissional de

¹²⁴ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 375

¹²⁵ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 375

professor o trabalhador que presta serviço no ensino infantil, seja em creches, berçários, pré-escolas ou entidade de ensino equivalente (conforme prevê o art. 30 da Lei n. 9.394/96), com a realização de atividades de acompanhamento pedagógico e registro do processo de desenvolvimento e aprendizagem de crianças de zero a três anos "em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social", nos termos do art. 29 da Lei n.º 9.394/96 (LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

(TRT-12 - RO: 00044061420135120046 SC 0004406-14.2013.5.12.0046, Relator: LILIA LEONOR ABREU, SECRETARIA DA 3ª TURMA, Data de Publicação: 05/09/2016)

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. APLICAÇÃO CCTs. PROFESSORA. Considerando que o exercício efetivo da função de professora foi exaustivamente demonstrado pelos dados fáticos lançados pela decisão recorrida, assim como que a reclamada sabia da falta de habilitação específica da obreira para o exercício do magistério e, mesmo assim, contratou-a para o exercício de referida função, deve esta ser condenada ao pagamento das diferenças salariais previstas nas CCTs da categoria dos professores. Registre-se, outrossim, que a Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional, conceitua que o magistério incluiu a atividade prestada em pré-escolas, creches ou entidades equivalentes, em que o educador, conquanto não voltado ao ensino propriamente dito, cuida de complementar a ação da família da criança de até seis anos de idade. E esta era, sem dúvida, consoante o contorno fático dado pelo acórdão, a atividade da reclamante, não importando se era chamada de professora ou de recreadora. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 7652631720015035555 765263-17.2001.5.03.5555, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14/05/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/05/2008.)

Contudo, observa-se que há decisões em que não se concedem os benefícios celetistas quando não há habilitação e, em raras oportunidades, a jurisprudência exige o registro no Ministério da Educação.

CRECHE. PROFESSORA. Não restando evidenciado nos autos o preenchimento pela autora dos requisitos previstos no art. 317 da CLT, tampouco o nível de escolaridade, inviável reconhecer o exercício da função de professora.

(TRT-4 - RO: 00004148720125040471 RS 0000414-87.2012.5.04.0471, Relator: EMÍLIO PAPALÉO ZIN, Data de Julgamento: 26/09/2013, Vara do Trabalho de Lagoa Vermelha)

PROFESSOR. **ENQUADRAMENTO FUNCIONAL.** É condição necessária para o enquadramento da reclamante como Professora de Educação Infantil a demonstração da habilitação legal para o exercício da profissão. Art. 317 do CPC. Sentença mantida.

(TRT-4 - RO: 00002759420115040011 RS 0000275-94.2011.5.04.0011, Relator: LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI, Data de Julgamento: 28/11/2012, 11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

PROFESSORA. ENQUADRAMENTO NA FUNÇÃO. Para o reconhecimento do exercício das funções de professora é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 317 da CLT, qual seja a habilitação legal e registro no Ministério da Educação, o que incontrovertidamente não restou atendido no caso da reclamante.

(TRT-4 - RO: 00002359320125040006 RS 0000235-93.2012.5.04.0006, Relator: MARIA HELENA LISOT, Data de Julgamento: 22/05/2013, 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Não há posição jurisprudencial que defenda a linha de defesa desta tese, qual seja: não havendo habilitação e configurando-se o exercício de tarefas atinentes ao magistério, em região cuja oferta é vasta de profissionais habilitados, configurar-se-á o contrato de trabalho com a má-fé de ambas as partes e a obrigação de pagamento pecuniário decorrente das normas especiais do magistério exercido ilegalmente, caso requisitado pela Reclamada, terá o destino de uma instituição a escolha do magistrado.

2.2.2.4. PROFESSORES DE CURSO DE IDIOMAS E INFORMÁTICA.

É de se destacar que, a jurisprudência anterior entendia que essas subespécies da categoria dos professores não eram hábeis para gozar dos frutos da legislação especial celetista.

MONITOR DE INFORMÁTICA - ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR - AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO LEGAL E REGISTRO NO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - ART. 317 DA CLT. Consoante estabelece o art. 317 da CLT, o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exige a habilitação legal e o registro no Ministério da Educação. **No caso, as instâncias ordinárias, responsáveis pela análise fático-probatória, evidenciaram não haver prova da habilitação do Reclamante junto ao Ministério da Educação. Assim, ausente o requisito estabelecido em lei, não há como enquadrar na categoria profissional pretendida o Empregado contratado como monitor de informática.** Recurso conhecido e desprovido.

(TST - RR: 284001920035150085 28400-19.2003.5.15.0085, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 06/12/2006, 4ª Turma,, Data de Publicação: **DJ 09/02/2007.**) (grifos nossos)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a qual se baseia no contrato realidade (princípio da primazia da realidade), no princípio da isonomia e no impedimento do locupletamento ilícito do empregador que age de má-fé ao utilizar mão de obra desqualificada em profissão que teoricamente exigiria habilitação legal, a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho entende que o contrato de trabalho de professores de curso de idiomas, informática, autoescola e afins merecem a aplicação da legislação especial celetista da categoria diferenciada dos professores.

RECURSO DE REVISTA. CURSO DE IDIOMAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. PROFESSOR. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, desde que comprovado o exercício da atividade de docência, o enquadramento sindical na categoria de professor decorre do real exercício do magistério, não obstante eventual desatenção aos requisitos formais do art. 317 da CLT, com base no princípio da primazia da realidade. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 67471320115120004, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 24/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: **DEJT 01/07/2015**)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INSTRUTORA. CURSO DE INFORMÁTICA. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE PROFESSORA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que a exigência de habilitação técnica e registro no Ministério da Educação e Cultura - MEC, previstas no art. 317 da CLT, não constitui óbice ao reconhecimento de empregado contratado como instrutor na categoria profissional dos professores, devendo a controvérsia ser analisada à luz do princípio da primazia da realidade. Precedentes da SBDI. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 110966720135030092, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 04/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015)

RECURSO DE REVISTA . 1. INSTRUTOR DE INFORMÁTICA. PROFESSOR. VANTAGENS DA CATEGORIA. No Direito do Trabalho, prepondera o princípio da realidade, que dá prevalência à efetividade dos fatos, em detrimento dos registros formais. Ainda que o art. 317 da CLT erija requisitos para o reconhecimento do professor e para o merecimento das vantagens pertinentes (habilitação legal e registro no Ministério da Educação), tais condições protegerão sobretudo os estabelecimentos de ensino, garantindo-lhes mão de obra devidamente qualificada. **Não há como se elidir as obrigações de empresa que, sob o título de instrutor, contrata professor e o põe a trabalhar como tal. Negar a tais trabalhadores as vantagens da categoria que congregam - segundo a efetividade dos fatos -, seria dar guarida à má-fé e ao locupletamento ilícito.** Recurso de revista conhecido e desprovido. 2. DANOS MORAIS. Sem divergência jurisprudencial específica (Súmula

296, I/TST), não prospera o recurso de revista. Recurso de revista conhecido e provido. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Estando a decisão regional em conformidade com a jurisprudência desta Corte (Súmulas 219 e 329 do TST), não pode prosperar o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. **(grifos nossos)**

(TST - RR: 99001920055030003 9900-19.2005.5.03.0003, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27/05/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 19/06/2009)

Repise-se, mais uma vez, que essa jurisprudência não considera a exigência legal um óbice para a configuração do contrato de trabalho especial (e nem poderia ser, conforme já discutido) e nem mesmo para o recebimento pecuniário decorrente da ilegalidade, ainda que o trabalhador, juntamente com o empregador, tenha agido também com má-fé.

Contudo, para essas subespécies da categoria – professores de curso de idiomas, de informática, de autoescola ou afins – é irrelevante este ponto, pois não há exigência legal para o exercício da profissão.

Caso haja exigência legal, deve-se aplicar o raciocínio já exposto e aqui defendido, sendo este o caso do instrutor de autoescola, no qual se exige autorização do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) para o exercício da profissão, conforme arts. 156 e 158, I do CTB (Lei 9.503/97).

Art. 156. O CONTRAN regulamentará o credenciamento para prestação de serviço pelas auto-escolas e outras entidades destinadas à formação de condutores e às exigências necessárias para o exercício das atividades de instrutor e examinador.

Art. 158. A aprendizagem só poderá realizar-se:

I - nos termos, horários e locais estabelecidos pelo órgão executivo de trânsito;

II - acompanhado o aprendiz por instrutor autorizado.

2.2.2.5. INSTRUTORES DE NATAÇÃO, GINÁSTICA, VOLEIBOL, MUSCULAÇÃO, DANÇA E EQUIVALENTES.

Para Alice Monteiro de Barros – o único doutrinador que se debruçou no estudo específico de cada ramo do magistério –, “não devem ser enquadrados os professores de natação, ginástica, voleibol, musculação, futebol de salão, dança, e outros do mesmo gênero, contratados pelo clube de lazer para, nos finais de semana,

treinar os seus associados, utilizando-se de métodos e técnicas destinadas a restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física dos frequentadores”¹²⁶.

A doutrinadora admite que o tema é controvertido e, em sua posição, o enquadramento em categoria diferenciada será configurado quando “a atividade física estiver incluída como componente curricular da Educação Básica, constituindo um complemento do ensino ministrado; é, aliás, o que prevê o art. 26, §3º da Lei de Diretrizes e Bases (n. 9.394, de 1996)”¹²⁷.

§ 3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação infantil e do ensino fundamental, sendo sua prática facultativa ao aluno:

I – que cumpra jornada de trabalho igual ou superior a seis horas;

II – maior de trinta anos de idade;

III – que estiver prestando serviço militar inicial ou que, em situação similar, estiver obrigado à prática da educação física;

IV – amparado pelo [Decreto-Lei no 1.044, de 21 de outubro de 1969](#);

VI – que tenha prole.

Novamente, insiste-se no ponto suscitado anteriormente, no qual se defendeu que, para se realizar a correta aferição da função como atividade inerente ao exercício do magistério, faz-se necessária a conceituação do que é professor, e seria necessário o aprofundamento do estudo em áreas diversas da jurídica, o que foge do escopo desse estudo.

Como alegar (ou não) que um trabalhador que ensina crianças a nadar, a jogar tênis, futebol, basquete – seja em um clube, numa escola ou em qualquer outro lugar –, não seja considerado professor, uma vez que esse profissional desenvolve o corpo e educa a criança, desenvolvendo habilidades físicas importantes?

É indiscutível que, o professor de educação física habilitado, que desenvolve habilidade física nas escolas, é considerado professor e usufrui das benesses normativas especiais. Mas, como restariam as pessoas que ensinaram, por exemplo, Gustavo Kuerten a jogar tênis ou César Cielo a nadar – para não citar milhares de atletas bem sucedidos – quando lhes fosse dito que, apesar de terem desenvolvido as

¹²⁶ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 373 e 374

¹²⁷ Bisidem

habilidades mais importantes na vida de milhares de pessoas, eles não são considerados professores para o judiciário trabalhista?

É razoável concluir que, se há apenas o desenvolvimento corporal, sem qualquer incremento substancial cognitivo na formação da pessoa (criança, adolescente ou adulto), como é feito nas academias, nas quais os treinadores, apesar de muitas vezes habilitados em educação física, passam séries de exercício com o intuito único de desenvolver o corpo. Mas essa posição não seria uníssona, pois, ainda assim, há transmissão de disciplina corporal. Neste caso, somente é possível emitir juízo de valor com a apresentação das peculiaridades fáticas.

A Lei, para o exercício da profissão fora das escolas, não exige habilitação, porquanto, não há ilegalidade em exercer essa função. Se houver norma, se ela for apresentada para o magistrado, e se as peculiaridades do caso demonstrarem que as atividades exercidas são inerentes ao magistério, então, enquadrar-se-á na análise da ilegalidade, o que não impediria a configuração do contrato especial de professor, mas do recebimento da benesse desde que comprovada a má-fé.

Na dúvida, a orientação deve ser pela não restrição, ou seja, não cabe ao intérprete restringir direitos que não foram restringidos pelo legislador (“*ubi lex non distinguit nec noc distinguere debemus*”). Isto é, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir), sob pena de violar o princípio da isonomia.

Uma vez provado pelo empregado que ele realizava atividades inerentes ao magistério, como, por exemplo, aulas regulares de tênis cujo empregador é um clube, se não houver justificativa plausível e robusta, não deve o julgador restringir e não considerar a atividade como não exercício do magistério, sendo, neste caso, do empregador, a incumbência de provar a distinção entre função exercida pelo laborante e a atividade de professor.

2.2.3. DO PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR

O professor de ensino superior segue a mesma sorte do professor de escola básica quanto à análise feita aos requisitos exigidos no artigo 317 da CLT, ou seja, é necessária a habilitação exigida em Lei, desde que haja profissional habilitado no mercado regional. Do contrário, presta serviço comunitário a pessoa que

propaga conhecimento sem que haja, na região, alguém mais habilitado que ela para exercer essa incumbência.

Obviamente, em se tratando de universidade, ou de mesmo faculdade, a possibilidade de não existir pessoa habilitada é um pouco mais difícil, mas nem tanto. Isso porque, a Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases) exige, para o magistério superior, o nível de pós-graduação, sem a necessidade de prática de ensino, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado, podendo este requisito ser substituído por título de Doutor Honoris Causa (“por causa da honra”) quando houver notório saber jurídico.

Art. 65. A formação docente, exceto para a educação superior, incluirá prática de ensino de, no mínimo, trezentas horas.

Art. 66. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.

Parágrafo único. O notório saber, reconhecido por universidade com curso de doutorado em área afim, poderá suprir a exigência de título acadêmico.

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino. (grifos nossos)

Aliás, a citada Lei exige, em seu art. 52, III, a cota mínima de 1/3 de mestres e doutores.

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

A exigência do requisito é tão imprescindível no nível superior, que, na esfera pública, qualquer cidadão habilitado com titulação pode exigir a

abertura de concurso público de provas e títulos para o cargo de docente de instituição pública de ensino, quando o cargo estiver sendo ocupado por professor não concursado, por mais de seis anos, **mesmo para aqueles que já possuíam cargo público antes da promulgação da Constituição**, conforme §3º do Art. 19 do ADCT.

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Observe a diferença: para o professor da educação básica, qualquer cidadão com habilitação própria (curso universitário) pode exigir o concurso para a ocupação do cargo por pessoa habilitada, desde que o cargo tenha sido ocupado após a promulgação da Constituição; para o ensino superior, esta última exigência não é requisito.

Apenas como observação, insta constatar que, “o acesso de professor universitário à classe de professor titular, que é o final da carreira, junto a estabelecimentos de ensino público, só ocorre mediante concurso de provas e de títulos, na forma do art. 3º ad Lei n. 7.596, de 1987¹²⁸”, entendimento cristalizado na OJ 65 da SDI-I do TST.

65. PROFESSOR ADJUNTO. INGRESSO NO CARGO DE PROFESSOR TITULAR. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO NÃO AFASTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/1988, ART. 37, II E 206, V) (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005

O acesso de professor adjunto ao cargo de professor titular só pode ser efetivado por meio de concurso público, conforme dispõem os arts. 37, inciso II, e 206, inciso V, da CF/1988.

¹²⁸ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 371

O requisito de pós-graduação faz-se necessário uma vez que o escopo do magistério superior não é apenas a docência, mas também a pesquisa e a extensão, como ilustra Mônica Barbosa de Martins Mello.

O papel do professor extrapola a função de repassar o conhecimento ao aluno em sala de aula, deve participar da gestão nas universidades, participar de pesquisas para aumentar seu conhecimento, integração com a comunidade etc¹²⁹.

Neste mesmo sentido estão os arts. 43, 52, *caput* e inc. I, e 86 da Lei 9.394/96:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, **de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano**, que se caracterizam por:

I - **produção intelectual** institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

Art. 86. **As instituições de educação superior** constituídas como universidades integrar-se-ão, **também, na sua condição de instituições de pesquisa**, ao Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia, nos termos da legislação específica.

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os

¹²⁹ Cf. MELLO, Mônica Barbosa de Martins. Professor Universitário. In: Santos, Jackson Passos; Mello, Simone Barbosa de Martins (orgs.). **Contratos Especiais de trabalho: homenagem ao professor Oris de Oliveira** – São Paulo: LTr, 2010. p. 195

conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares.

Por conseguinte, sempre é bom lembrar, provém desse viés científico e da característica de extensão do professor universitário a jornada definida por regimes diferenciados – objeto de estudo em capítulo posterior –, a fim de que esse escopo de produção intelectual das universidades seja atendido.

Vale, por fim, comentar que o Decreto 5.773, de 9 de maio de 2006, dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e **avaliação de** cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.

2.2.4. DO COORDENADOR PEDAGÓGICO E DO ORIENTADOR EDUCACIONAL

Inicialmente, cumpre esclarecer que Coordenador Pedagógico não é o mesmo que Orientador Educacional, embora ambos pertençam ao mesmo grupo na Classificação Brasileira de Ocupações (Código 2394). Um e outro implementa, avalia, coordena e planeja o desenvolvimento de projetos pedagógicos/instrucionais nas modalidades de ensino presencial e/ou a distância, aplicando metodologias e técnicas para facilitar o processo de ensino e aprendizagem, atuando em cursos acadêmicos e/ou corporativos em todos os níveis de ensino para atender às necessidades dos alunos, acompanhando e avaliando os processos educacionais e viabilizando o trabalho coletivo, criando e organizando mecanismos de participação em programas e projetos educacionais, facilitando o processo comunicativo entre a comunidade escolar e as associações a ela vinculadas.

Contudo, ao primeiro, isto é, ao Coordenador Pedagógico (Código 2394-05), cumpre o dever de auxiliar na direção pedagógica do colégio ou de

qualquer curso, determinando as metas, quais os caminhos e de que forma eles devem ser seguidos para o alcance dessas metas, em outros termos, a ele compete propor e coordenar a execução de um projeto pedagógico; enquanto, o segundo, ao Orientador Educacional (Código 2394-10), cumpre o dever de auxiliar os alunos na organização dos estudos, orientando-os, inclusive, na escolha profissional, vocacional. Esta última exige formação pedagógica, enquanto aquela não exige formação específica, sendo mais bem exercida por profissional da educação, e até mesmo por professores.

Esta é a teleologia dos arts. 1º da Lei 5.564/68 e do Decreto nº 72.846, de 26 de setembro de 1973, que regulamenta a referida Lei, as quais dispõem sobre o exercício da profissão de Orientador Educacional.

Art. 1º da Lei 5.564/68: **A orientação educacional se destina a assistir ao educando**, individualmente ou em grupo, no âmbito das escolas e sistemas escolares de nível médio e primário visando ao desenvolvimento integral e harmonioso de sua personalidade, ordenando e integrando os elementos que exercem influência em sua formação e preparando-o para o exercício das opções básicas.

Art. 1º do Decreto nº 72.846: **Constitui o objeto da Orientação Educacional a assistência ao educando**, individualmente ou em grupo, no âmbito do ensino de 1º e 2º graus, visando ao desenvolvimento integral e harmonioso de sua personalidade, ordenando e integrando os elementos que exercem influência em sua formação e preparando-o para o exercício das opções básicas.

Pertinentes são os comentários de Emílio Gonçalves.

A finalidade da Educação é formar e informar o educando.

Os objetivos destinados a desenvolver na criança e no adolescente hábitos, ideais e atitudes em consonância com o meio social, são inegavelmente tão ou mais importantes que os objetivos informativos consistentes na transmissão de conhecimentos gerais e profissionais.

Por outro lado, se os objetivos formativos devem constituir preocupação dominante dos professores em geral, não menos verdade é que se fazia sentir de há muito a necessidade de um novo elemento na escola, a figura do Orientador Educacional, **dedicado exclusivamente à pessoa do aluno que, em função da própria idade, se apresenta cheio de problemas e dúvidas em face da vida e do mundo, que lhe revelam a todo instante aspectos novos para cuja compreensão não está preparado. Misto de conselheiro, psicólogo e assistente social, caber-lhe-ia a tarefa de orientar as crianças e os adolescentes na solução daqueles problemas e dúvidas, para os quais os demais professores, ocupados com o ensino das matérias**

e disciplinas que integram o currículo escolar, nem sempre podem dar a merecida e indispensável atenção¹³⁰.

Em abono do seu ponto de vista, reporta-se, o ilustre jurista, às ponderações belas e precisas palavras de Amaral Fontoura, nos seus “Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” da época (Lei 5.692/71):

Há mais de trinta anos os países mais adiantados criaram, no mecanismo do ensino, essa função de orientador, por terem verificado dois fatos: a) - a infância e a juventude de nossos dias estão cada vez mais carentes de orientação moral e social que, infelizmente, as famílias cada vez menos estão em condições de ministrar; b) – se os pais, absorvidos com a luta pela vida diária, não conseguem dar educação, no sentido mais profundo do termo o mesmo estava acontecendo com os professores nas escolas, porque absorvidos com o ensino de suas matérias, não conseguem cuidar da formação da personalidade de seus alunos. A solução seria, então, criar novo elemento, dentro da escola, o orientador educacional, que, sem matérias nem programas a dar, se dedicasse exclusivamente à educação dos alunos¹³¹.

Esta Lei é regulada pelo Decreto no. 72.846, de 26 de setembro de 1973, o qual exige o curso superior de graduação ou pós-graduação em pedagogia para o exercício da profissão de Orientador Educacional.

Art. 2º O exercício da profissão de Orientador Educacional é privativo:

I - Dos licenciados em pedagogia, habilitados em orientação educacional, possuidores de diplomas expedidos por estabelecimentos de ensino superior oficiais ou reconhecidos.

II - Dos portadores de diplomas ou certificados de orientador educacional obtidos em cursos de pós-graduação, ministrados por estabelecimentos oficiais ou reconhecidos, devidamente credenciados pelo Conselho Federal de Educação.

III - Dos diplomados em orientação educacional por escolas estrangeiras, cujos títulos sejam revalidados na forma da legislação em vigor.

Com efeito, para o exercício do cargo de Orientador Educacional – cuja principal função é auxiliar (orientar) os discentes –, é necessário habilitação legal (graduação ou pós-graduação em pedagogia), mas para o exercício da

¹³⁰ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 242

¹³¹ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 243

função de Coordenador Pedagógico não há requisito legal, podendo ser exercida por professor, pedagogo ou qualquer outro.

Não se sabe se houve desleixo do legislador ao esquecer-se de mencionar o Orientador Educacional como profissional da educação, na parte final do §2º do art. 67 da Lei 9.394/96, uma vez que a profissão está regulamentada em lei esparsa, ou se fora incompetência legislativa quando, possivelmente, equiparou o Coordenador Pedagógico com o Orientador Educacional.

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

§ 1º A experiência docente é pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério, nos termos das normas de cada sistema de ensino.

§ 2º Para os efeitos do disposto no [§ 5º do art. 40](#) e no [§ 8º do art. 201 da Constituição Federal](#), são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

De qualquer forma, a discussão traçada neste item se restringe a questionar se o Coordenador Pedagógico e/ou o Orientador Educacional devem gozar das benesses celetistas constantes nos artigos 317 a 323 da CLT.

A jurisprudência da Corte Constitucional pátria, antes da promulgação da Lei nº 11.301/2006, a qual acrescentou o supracitado §2º do art. 67 da Lei 9.394/96, entendia que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 726, embora, anteriormente à norma, a Corte Suprema já sinalizasse uma possível mudança de posição, a qual equipara as demais funções de suporte ou administrativas relacionadas à educação básica à profissão de professor para fins previdenciários.

Súmula nº 726/STF. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula.

APOSENTADORIA - PROFESSORES - ORIENTADORA EDUCACIONAL - TEMPO DE SERVIÇO. O preceito constitucional regedor da aposentadoria dos professores contenta-se com o efetivo

exercício em funções da magistério, não impondo como requisito atividade em sala de aula. Assim, descabe ter como infringido o preceito da alínea b do inciso III do artigo 40 da Constituição Federal no que, presente a qualificação de professora, reconheceu-se o direito à aposentadoria especial à prestadora de serviço há vinte e cinco anos nas funções de especialista em educação e orientadora educacional.

(STF - RE: 196707 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/05/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00033 EMENT VOL-01998-04 PP-00811)

Esta posição ficou consolidada quando o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 3772 (DJ 27.3.2009), tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que o magistério

não se limita apenas ao exercício da profissão em sala de aula, mas também à preparação de aulas, à correção de provas, ao atendimento dos pais dos alunos, à coordenação e ao assessoramento pedagógico, como também à direção de unidade escolar. Essas três últimas compõem a carreira de magistério desde que exercidas em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aos que as desempenham ao regime especial dos arts. 40, §4º e 201, §2º da Constituição Federal¹³².

Observa-se que a decisão do Supremo abarcou apenas a seara previdenciária e equiparou das supracitadas profissões à profissão de professor, para que aqueles gozassem do benefício de redução de 5 anos de labor para adquirir o direito à aposentadoria previsto constitucionalmente nos arts. 40, §4º e 201, §2º. Todavia, a mesma análise não possui supedâneo quanto se analisa o campo juslaboral teórico e pragmaticamente.

Pragmaticamente não há sentido limitar o número de aulas (art. 318) ou regular o aumento de aulas (art. 321) para o coordenador, orientador, diretor ou qualquer outra função administrativa pedagógica.

Não há espaço, também, para a remuneração por meio de aulas semanais, ainda que alguns coordenadores-professores pactuem remuneração em troca de um número de aulas fixo por semana (art. 320), uma vez que trabalho é tempo à disposição e, havendo necessidade de solucionar problemas inerentes à coordenação,

¹³² BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 376.

direção ou orientação, o trabalhador precisa ser remunerado pelo tempo que laborou, sendo apenas fixado um tempo mínimo para a garantia mínima da remuneração.

A garantia de recebimento do mesmo salário durante as férias escolares e de trabalho não superior a oito horas diárias também são ineficazes (art. 322), bem como a vedação da regência de aulas e trabalho em exames aos domingos (art. 319); pois, em todas as normas elencadas, parte-se do pressuposto de que a unidade de medida é a aula, tanto para a remuneração quanto para jornada, e os membros administrativos não possuem essa característica em seu contrato de trabalho.

Em outras palavras, a equiparação destas funções com a de professor não possui respaldo pragmático – por inaplicabilidade das benesses celetistas – e, no campo teórico, vai de encontro ao que realmente ocorre na realidade, ou seja, não configura o real contrato de trabalho, violando o art. 9º da CLT.

Contudo, vale observar que, se o professor leciona no colégio, (exerce o cargo de professor) e também participa da coordenação, o valor da remuneração por unidade de tempo não pode resultar em valor menor, pois haveria desvalor de trabalho e de hierarquia, sendo que a coordenação é cargo superior ao de professor, visto que, aquele coordena este; para mais se o cargo de coordenação foi adquirido posteriormente ao de professor, sob pena de configuração da alteração “*in pejus*”. Isto posto, esclareço que todas as demais consequências de um professor também exercer a função de coordenador serão estudadas em capítulo posterior específico.

Faça-se o registro de que essa não é a posição de Homero Batista, a qual fundamenta o argumento da equiparação das funções e, portanto, da aplicação das benesses trabalhistas para as funções administrativos no art. 64 da LDB, o qual prevê:

A formação de profissionais de educação para administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional para a educação básica, será feita em cursos de graduação em pedagogia ou em nível de pós-graduação, a critério da instituição de ensino, garantida, nesta formação, a base comum nacional.

Para o doutrinador, “é como se tivéssemos um quadro em que todos são professores, mas alguns por se destacarem na articulação ou nas habilidades, ou,

ainda, por haverem prosseguido nos estudos, assumem funções de administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional¹³³”.

Novamente, com a máxima vênia ao mestre e magistrado, esta posição não merece vigorar, porque o art. 64 não possui essa teleologia, sendo, dessa forma, uma extensão forçada; ainda que haja base comum nacional na formação de todos os atores da educação básica – com disciplinas como o estudo da LDB, psicologia do adolescente e demais –, as funções possuem, na realidade, tarefas diferentes.

Na hipótese de equiparação, quem iria cuidar da administração para o próximo ano letivo, se todos os professores, diretores e coordenadores estivessem de férias durante os trinta dias? É fora da realidade fática essa análise.

Repise-se que a análise de um professor que exerce duas ou mais funções implica em uma análise diferenciada que será feita em momento oportuno.

2.2.5. CONCLUSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DAS NORMAS ESPECIAIS CELETISTAS

É fato que as normas específicas celetistas estão longe de regulamentar as condições ideais para um exercício digno dessa essencial profissão; aliás, as referidas normas não contemplam a atual realidade fática dos professores.

Ao contrário, a normatização celetista, é, por vezes, inócua (art. 321 e 320, §2º), ineficaz (arts. 319 e 323), contraditória (art. 318 versus art. 322, §1º) e em algumas hipóteses, até mais prejudicial que a regulamentação padrão geral da CLT (art. 322, §2º).

No fim de tudo, pode-se concluir que as poucas benesses celetistas constantes nos artigos 318 e 320, *caput*, §1º e 3º estão para os professores como a sobra de alimentos serve para o marginalizado: não resolve a situação, mas é tudo o que lhe resta.

¹³³ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 140

Contudo, ainda que reste a utilidade de uma única norma a ser aplicada, é necessário saber quem possui o direito subjetivo de pleitear que essa benesse seja concretizada.

Por outro lado, na maioria dos casos, a principal vantagem, na visão juslaboral, de ser enquadrado funcionalmente como professor, é o usufruto na norma coletiva da categoria diferenciada, a qual, em regra, possui enorme força. Tal conclusão reforça o que fora discutido no item 1.6, onde se afirmou que a negociação coletiva é o meio mais propício para a regulamentação de profissões, por seu caráter democrático, permanente e sincrônico¹³⁴.

De qualquer forma, para a aplicação das estatais ou coletivas, ressaltou-se, em mais uma oportunidade, que se faz necessário a tarefa ingrata para qualquer jurista, pesquisador ou operador do Direito, de conceituar quais são os requisitos necessários para que uma pessoa exerça (e seja classificado como) a profissão (diferenciada) de (ser) professor.

2.3. DO ENQUADRAMENTO SINDICAL

A nova ordem jurídica do Direito Sindical Brasileiro ou Direito Coletivo do Trabalho é regida pelos princípios previstos no art. 8º da Constituição Federal de 1988, a qual alterou substancialmente as relações coletivas juslaborais e, por consequência, o enquadramento sindical do trabalhador.

A Liberdade Sindical passou a ser o princípio estelar neste ramo, substituindo a antiga normativa, na qual o autoritarismo era regra para que o Estado obtivesse o controle dos sindicatos que, manifestamente, são armas de notório poder de pressão e reivindicação de direitos sociais pelos trabalhadores que veem, pelo seu conjunto, a única forma de equiparação de forças com os empregadores.

É tamanha a importância deste princípio que este se encontra no *caput* do art. 8º da CF com a redação: “É livre a associação profissional ou sindical”, que deve ser interpretada, pela inteligência de Arnado Süssekind, em três dimensões:

¹³⁴ Sincrônico: relativo a um conjunto de fatos que coincidem no tempo, sem levar em conta o processo evolutivo. Dicionário Houaiss.

liberdade individual, liberdade coletiva e autonomia sindical, muito bem definidas da seguinte forma:

Liberdade sindical individual faculta a cada empresário ou trabalhador filiar-se ao sindicato de sua preferência, representativo do grupo a que pertence, e dele desfiliar-se, não podendo ser compelido a contribuir para o mesmo, se a ele não estiver filiado.

Liberdade sindical coletiva assegura aos grupos de empresários ou trabalhadores, intervenculados por interesses econômicos ou profissionais comuns, o direito de constituir o sindicato de sua escolha, com a representatividade qualitativa (categoria, profissão, empresa, etc.) e a quantitativa (base territorial) que lhes convierem, independentemente da existência de outro sindicato com a mesma representatividade;

Autonomia sindical assegura às organizações sindicais o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos e, bem assim, o de eleger livremente seus dirigentes, organizar a respectiva gestão e formular o programa de ação. Ressalta-se, todavia, que a associação deve ter em vista os objetivos da organização sindical e respeitar a legislação aplicável ‘à demais pessoas ou coletividades organizadas’¹³⁵. (grifos nossos)

Em outros termos, a primeira dimensão do princípio da liberdade inibe qualquer tipo de obrigação imposta ao indivíduo quanto à filiação, desfiliação ou contribuição perante os sindicatos já organizados. A segunda dimensão do princípio da liberdade, por sua vez, veda qualquer proibição, pelo Estado, de fundação dos sindicatos, e a terceira dimensão impede qualquer interferência externa, sobretudo pelo Estado, na organização, estrutura e decibilidade do sindicato (autogestão).

Maurício Godinho Delgado reúne as três dimensões em apenas duas, dividindo o princípio estelar sindical em princípio da liberdade associativa e sindical (liberdade de criação ou extinção de sindicatos e liberdade de filiação e desfiliação de indivíduos) e autonomia sindical (liberdade de autogestão).

Tal princípio engloba as mesmas dimensões positivas e negativas já referidas, concentradas no universo da realidade do sindicalismo. Abrange, desse modo, a liberdade de criação de sindicatos e de sua autoextinção (com a garantia de extinção externa somente por intermédio de sentença judicial regularmente formulada). Abrange, ainda, a

¹³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, volume 2 – 20ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2002. p. 1104 e 1105.

prerrogativa de livre vinculação a um sindicato assim como a livre desfiliação de seus quatros (o art. 8º, V, da Constituição, especifica o comando já lançado genericamente em seu art. 5º, XX: “ninguém será obrigado afiliar-se ou a manter-se filiado a sindicato”)¹³⁶.

De forma distinta, Luciano Martinez organiza os mesmos valores também em dois subprincípios: princípio da liberdade sindical de dimensão individual – que abrange a constituição da entidade sindical, a filiação positiva e negativa de indivíduo e a atividade ou participação sindical; e a liberdade sindical de dimensão coletiva – que engloba a auto-organização, o livre exercício da atividade sindical e filiação, positiva ou negativa, a organizações sindicais mais complexas no âmbito nacional ou internacional¹³⁷.

Esta é a estrutura principiológica básica ideal, de acordo com a normativa da Convenção 87 da OIT – a qual trata especificamente da liberdade sindical e da proteção do Direito Sindical –, em seus arts. 2º e 3º, e no artigo XXIII, n. 4, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Artigo 2º da Convenção 87 da OIT

Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituir organizações de sua escolha, assim como o de se filiar a estas organizações, à condição única de se conformarem com os estatutos destas últimas.

Artigo 3º da Convenção 87 da OIT

1. As organizações de trabalhadores e de entidades patronais têm o direito de elaborar os seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente os seus representantes, organizar a sua gestão e a sua atividade e formular o seu programa de ação.

2. As autoridades públicas devem abster-se de qualquer intervenção susceptível de limitar esse direito ou de entravar o seu exercício legal.

Art. XXIII, n. 4 da Declaração Universal dos Direitos do Homem

Todo homem tem direito de organizar sindicatos e neles ingressar para proteção do seu interesse.

O Brasil não aderiu à Convenção 87 da OIT e a liberdade sindical jurídica brasileira fora mitigada por alguns limites previstos em determinados incisos do art. 8º da CF/88. A autonomia sindical é plena, conforme previsto na parte final

¹³⁶ DELGADO, Maurício G., **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª. Edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 1373 e 1376.

¹³⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p.743 e 744

do inciso I do art. 8º da CF. A liberdade sindical individual deveria ser plena, como se depreende do inciso V do mesmo artigo, mas é mitigada pela contribuição obrigatória para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva (inciso IV) e também, sobretudo, por influência dos limites impostos à liberdade sindical coletiva.

Nesta esteira, é mister elucidar que o constituinte originário escolheu o modelo de unicidade sindical para o ordenamento juslaboral coletivo, presente no inciso II do art. 8º da CF, em que se veda a criação de mais uma organização sindical, em qualquer grau representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Tal escolha constitucional implicou na mitigação à liberdade de fundar a entidade sindical e, sobretudo, no limite à liberdade de escolher a entidade sindical.

Apesar da garantia constitucional de inexigibilidade de filiação sindical obrigatória, o ordenamento brasileiro não atribuiu ao integrante da categoria o direito de escolher o sindicato de sua preferência. Num contexto de unicidade sindical, ou o indivíduo se integra à entidade que se legitimou a representar os interesses da categoria, ou ficará de fora do círculo sindical¹³⁸.

Observa-se, pois, que ainda que o obreiro não se filie ao sindicato, ele será sujeito às normas negociadas pelo sindicato que lhe representa, sejam elas boas ou ruins, havendo, “portanto, uma evidente incongruência no conceito de liberdade sindical previsto no texto constitucional, uma vez que não há como ser livre sem efetivamente sê-lo¹³⁹”.

Essa limitação da liberdade constitucional influenciou, em tudo, o atual modelo e as regras de enquadramento sindical brasileira uma vez que

até a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Ministério do Trabalho, através de sua Comissão de Enquadramentos Sindical, realizava a tarefa de determinar o sindicato que representaria determina

¹³⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p.767

¹³⁹ Bisidem

categoria profissional ou mesmo econômica, exercendo assim o Estado um controle amplo e efetivo sobre as instituições sindicais¹⁴⁰”.

Até então, o enquadramento se dava por meio por do Quadro de Atividades e Profissões editado pelo Ministério, previsto no art. 577 da CLT.

Após a promulgação da nova Carta Magna, com a efetividade da Liberdade Sindical atinente à liberdade de fundação de novos sindicatos, verificou-se um crescimento exponencial no número de sindicatos, o enquadramento sindical da “categoria profissional do empregado é determinado pela atividade preponderante do empregador, excetuando-se as categorias profissionais diferenciadas e os profissionais liberais¹⁴¹”.

A toda entidade sindical da categoria econômica corresponde outra da categoria profissional. É a aplicação do princípio da correspondência sindical ou bipolaridade sindical (paralelismo simétrico), em que o enquadramento sindical dos trabalhadores corresponde ao dos empregadores, de conformidade com a discriminação do quadro das atividades e profissões, anexo à CLT¹⁴².

Porquanto, a regra do enquadramento em decorrência da atividade preponderante do empregador, a qual é baseada no princípio da correspondência sindical (paralelismo simétrico), somente será excetuada quando se tratar de profissão diferenciada, definida pelo §3º do art. 511 da CLT.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

Os professores formam uma categoria diferenciada tanto que possuem regramento próprio na CLT. Desta feita, independente da atividade do empregador, o professor será enquadrado na categoria profissional dos professores e seguirá a norma coletiva do sindicato que atua na respectiva base territorial e, para tanto, deve-se considerar a primazia da realidade (contrato-realidade).

¹⁴⁰ CHOIFI, Thiago e CHOIFI, Marcelo Chaim. **Relações sindicais e negociações trabalhistas** – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 42

¹⁴¹ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 21

¹⁴² Bisidem

Esta é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que não releva o nome dado pelo empregador ao cargo, os requisitos do art. 317 da CLT e o local de trabalho – ou seja, se é professor que leciona na educação básica, em cursos de línguas, em cursos de informática ou mesmo como instrutor do Senai.

PROFESSORES. CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA. Tratando-se os professores de categoria diferenciada, nos termos do artigo 511, parágrafo 3º da CLT, a eles se aplicam as normas convencionais da respectiva categoria, independente daquela que integra a ré pela sua atividade preponderante.

(TRT-2 - RO: 00005228620145020444 SP 00005228620145020444 A28, Relator: VALDIR FLORINDO, Data de Julgamento: 03/03/2015, 6ª TURMA, Data de Publicação: 11/03/2015)

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR. REQUISITOS. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a exigência prevista no art. 317 da CLT não obsta o enquadramento do profissional na categoria de professor quando comprovado o efetivo exercício de atividades docentes**, diante da aplicação do princípio da primazia da realidade. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 21506920135020372, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 08/04/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015)

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se configura negativa de prestação jurisdicional, porquanto o Regional apresentou todos os fundamentos suficientes para a formação de seu livre convencimento, abarcando e resolvendo, de forma clara, completa e coerente, todas as questões essenciais da controvérsia submetida a seu julgamento. O fato de o Juízo a quo não ter decidido conforme as pretensões da recorrente não constitui negativa de prestação jurisdicional, nem está ele obrigado a enfrentar, um a um e de acordo com a quesitação proposta pelas partes, todos os numerosos questionamentos que lhe foram submetidos. Para que se tenha por atendido o dever constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais, basta que nessas se enfrentem, de forma completa e suficiente, todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia. Incólumes, em sua literalidade, os artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido neste tema. **INSTRUTORA DE INFORMÁTICA. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA. POSSIBILIDADE. A falta de um dos requisitos formais previstos no artigo 317 da CLT, concernente ao registro profissional da reclamada perante o Ministério da Educação, não obsta que, considerada a realidade fática consignada no acórdão regional, de que a reclamante desenvolvia atividade eminentemente docente, se a reconheça como integrante da referida categoria profissional**

diferenciada, com todas as vantagens daí decorrentes. Isso porque vigora, no direito do trabalho, o princípio da primazia da realidade, preponderando o conteúdo pactuado sobre as formalidades estabelecidas. Assim, há de considerar, para fins de reconhecimento da profissão da reclamante, a atividade efetivamente desempenhada pela obreira no curso do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e não provido neste tema. **INSTRUTORA DE INFORMÁTICA. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA. VANTAGENS DA CATEGORIA. DIFERENÇAS SALARIAIS. HORAS EXTRAS. DIA DO PROFESSOR. AUXÍLIO-CRECHE.** In casu, o Tribunal Regional entendeu que, -reconhecida a condição de professora, considerando se tratar de categoria diferenciada e considerando ter a reclamada sido suscitada nas mesmas, se aplicam ao caso as normas coletivas juntadas com a inicial- (fl. 222). Esclareceu, ainda, o Tribunal de origem que a reclamada, na defesa, quanto ao referido tema, limitou-se a arguir a inaplicabilidade dessas normas. Diante desse quadro, não há falar em contrariedade à Súmula nº 374 desta Corte. E, mantida a decisão regional no sentido de serem aplicáveis as normas coletivas juntadas com a inicial, não há falar em exclusão da condenação o pagamento das diferenças salariais, das horas extras, do dia do professor e do auxílio-creche, as quais tiveram por esteio os referidos instrumentos normativos. Recurso de revista não conhecido nesta hipótese.

[...]

(TST - RR: 68001920075040016 6800-19.2007.5.04.0016, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 14/12/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. SENAI. **ENQUADRAMENTO SINDICAL. INSTRUTOR. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS PROFESSORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. Demonstrada.**

possível divergência jurisprudencial válida e específica, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. SENAI. ENQUADRAMENTO SINDICAL. INSTRUTOR. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS PROFESSORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A questão em debate já foi decidida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento dos embargos em recurso de revista nº E-RR-70000-54.2008.5.15.0114(R elator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, Publicação: DEJT 28/10/2011), no qual ficou sedimentado o entendimento de que "independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor ou técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente". Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 21508720115120040, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 09/03/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016)

RECURSO DE REVISTA. **CURSO DE IDIOMAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. PROFESSOR.** A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, desde que comprovado o exercício da atividade de docência, o enquadramento sindical na categoria de professor decorre do real exercício do magistério, não obstante eventual desatenção aos requisitos formais do art. 317 da CLT, com base no princípio da primazia da realidade. Recurso de revista conhecido e provido.
(TST - RR: 67471320115120004, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 24/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO SINDICAL. Os arestos indicados com o fim de demonstrar o dissenso jurisprudencial trazem tese oposta ao acórdão regional, no sentido de que **a falta de mera exigência formal, consistente na habilitação legal e registro no Ministério da Educação para o exercício da profissão, não afasta o enquadramento como professor, porquanto afigura-se imprescindível para o reconhecimento da condição de professor o real desempenho do ofício de ministrar aulas.** Diante desse quadro verifica-se a alegada divergência jurisprudencial, sendo recomendável o processamento do recurso de revista para melhor análise da matéria. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO SINDICAL. A jurisprudência desta Corte, firmada com base no princípio da primazia da realidade, é no sentido de que, comprovado o exercício da atividade de docência, o enquadramento sindical na categoria diferenciada de professor decorre do efetivo exercício do magistério, apesar da ausência dos requisitos formais previstos no artigo 317 da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

[...]

(TST - RR: 883920135020313, Data de Julgamento: 07/10/2015, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

Como já discutido, resta superada a jurisprudência que exigia os requisitos do art. 317 da CLT para o enquadramento na categoria de professores.

ENQUADRAMENTO SINDICAL - PROFESSOR - ENSINO DE LÍNGUA INGLESA O artigo 317 da CLT informa os requisitos necessários ao enquadramento na categoria de professor: habilitação legal e registro no Ministério da Educação. As instâncias ordinárias, responsáveis pela análise fático-probatória, evidenciaram não haver prova da habilitação da Reclamante junto ao Ministério da Educação. Assim, ausente o requisito exigido por lei, não há como enquadrá-la na categoria pretendida. Recurso conhecido e desprovido.

(TST - RR: 4903000812002502 4903000-81.2002.5.02.0900, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 12/05/2004, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/06/2004.)

PROFESSOR DE CURSO LIVRE DE IDIOMAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. Professor de curso livre de idiomas, aberto a alunos do colégio e a terceiros, não se beneficia das vantagens previstas em normas coletivas firmadas entre a categoria econômica dos estabelecimentos de ensino e a categoria profissional diferenciada dos professores, com abrangência restrita a docentes de cursos de educação infantil; ensino fundamental, médio, pré-vestibular; normal e cursos técnicos profissionalizantes.

(TRT-2 - RECORD: 576200736102005 SP 00576-2007-361-02-00-5, Relator: ROSA MARIA ZUCCARO, Data de Julgamento: 18/02/2009, 2ª TURMA, Data de Publicação: 10/03/2009)

DIREITO DO TRABALHO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ESTABELECIMENTO DE CURSO LIVRE (IDIOMAS) QUE REFOGE AO SISTEMA FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL DE ENSINO. INSTRUMENTO COLETIVO APLICÁVEL. O enquadramento sindical observa a regra geral insculpida no art. 570, CLT, quanto à atividade econômica preponderante do empregador. As escolas para ensino de idiomas, em que pese não sejam integrantes do sistema previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, apresentam inequívoca natureza ligada ao ensino, send

(TRT-15 - RO: 31673 SP 031673/2004, Relator: LUCIANE STOREL DA SILVA, Data de Publicação: 20/08/2004)

RECURSO DE EMBARGOS. PROFESSORA. CONTRATAÇÃO COMO TÉCNICA DE ENSINO. PRIMAZIA DA REALIDADE: PRIMADO DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA. OBSERVÂNCIA DA LEALDADE E DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor, técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente. É sabido que o contrato de trabalho é um contrato realidade, e portanto é a execução cotidiana das funções, objetivamente realizadas, durante o curso da relação de trabalho que determina qual a função exercida pelo empregado(e que determina a realidade do contrato), conforme disposto no já mencionado artigo 3º consolidado. Sendo assim, em havendo divergência entre o trabalho realizado pelo empregado e a dos termos firmados no contrato de trabalho, prevalece o primado da realidade sobre o pactuado. A regra é corolário da realidade que permeia o contrato de trabalho em sua execução, ou seja, do primado da substância sobre a forma. Ademais, o artigo 422 do Código Civil trata do princípio da boa-fé na celebração dos contratos, de aplicação analógica ao caso em tela. O dispositivo versa sobre a boa-fé, não subjetiva, como a que cuidava o Código Civil de 1916, mas objetiva que impõe aos contratantes, e a todos aqueles que realizam ou participam do negócio jurídico, o dever de honestidade e lealdade que deve permear as relações sociais e jurídicas, respeitadas a confiança e a probidade no agir dos sujeitos de direito. Esse princípio, a partir da promulgação do novo Código Civil, é de observância obrigatória não apenas nas interpretações do Direito Civil, mas em todas as relações jurídico-contratuais. Assim sendo, correta a decisão da c. Turma que

entendeu por manter o enquadramento da autora, que ensinava inglês, como professora. Embargos conhecidos e desprovidos”

(E-RR - 70000-54.2008.5.15.0114. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. Data de julgamento: 18/10/2011. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de publicação: DEJT 28/10/2011).

"RECURSOS DE REVISTA DO SENAC E DO MULTCOOP. MATÉRIA EM COMUM. ENQUADRAMENTO SINDICAL. INSTRUTOR DE INFORMÁTICA. ART. 317 DA CLT. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO LEGAL. CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA DO PROFESSOR. APRECIÇÃO CONJUNTA. Independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor, técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente. É sabido que o contrato de trabalho é um contrato realidade. É, portanto, a execução cotidiana das funções, objetivamente realizadas, durante o curso da relação de trabalho, que determina qual a função exercida pelo empregado (e que determina a realidade do contrato), conforme disposto no já mencionado artigo 3º consolidado. Sendo assim, em havendo divergência entre o trabalho realizado pelo empregado e a dos termos firmados no contrato de trabalho, prevalece o primado da realidade sobre o pactuado. A regra é corolário da realidade que permeia o contrato de trabalho em sua execução, ou seja, do primado da substância sobre a forma. Ademais, o artigo 422 do Código Civil trata do princípio da boa-fé na celebração dos contratos, de aplicação analógica ao caso em tela. O dispositivo versa sobre a boa-fé, não subjetiva, como a que cuidava o Código Civil de 1916, mas objetiva, que impõe aos contratantes, e a todos aqueles que realizam ou participam do negócio jurídico, o dever de honestidade e lealdade que deve permear as relações sociais e jurídicas, respeitadas a confiança e a probidade no agir dos sujeitos de direito. Esse princípio, a partir da promulgação do novo Código Civil, é de observância obrigatória não apenas nas interpretações do Direito Civil, mas em todas as relações jurídico-contratuais. Assim sendo, correto o v. acórdão regional que entendeu por manter o enquadramento da autora, que ministrava aulas de informática, como professora. Recurso de revista conhecido e não provido. (...)" (RR-85200-46.2009.5.03.0132, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2011).

Contudo, há duas situações que tem ensejado dúvidas e divergência na jurisprudência quanto à superioridade da aplicação do contrato realidade. A primeira delas encontra respaldo na aplicação da Súmula 374 do TST, a qual determina a não aplicação da norma coletiva da categoria diferenciada quando a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria.

Súmula nº 374 do TST - NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA (conversão da Orientação

Jurisprudencial nº 55 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria. (ex-OJ nº 55 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Sendo assim, professores que trabalhem e que forem contratados por uma fábrica de carros para, por exemplo, alfabetizar os funcionários, não terão direitos aos ônus e aos bônus da norma coletiva da sua categoria diferenciada, se a empresa não participar da negociação que deu ensejo a esta norma coletiva.

De fato, diante da natureza contratual da norma coletiva, não é recomendável que nenhum acordo ou convenção coletiva seja aplicado para a parte que não participou.

Contudo, questiona-se: se a empresa está ciente de que está contratando professores e de que a regra é a aplicação da norma coletiva desta categoria diferenciada, por qual motivo, ela, diante da ausência de hipossuficiência, não procurou participar da negociação coletiva desta? Ou, por qual motivo a empresa não alertou o seu sindicato representativo ou, ainda, por qual motivo ela não procurou o sindicato dos professores para promover um acordo coletivo?

Provavelmente, porque, se bem assessorada, o jurídico da empresa pode ter analisado a norma coletiva dos professores e percebido que esta lhe traria maiores ônus, como, por exemplo, a obrigatoriedade de um recesso e, ciente da inteligência normativa da Súmula, decidiu não participar ou procurar a negociação coletiva.

Em outros termos, a interpretação dada pelo Tribunal acarreta em liberdade para a empresa analisar e aderir à negociação coletiva da categoria especial, deixando ao professor – obreiro da categoria diferenciada – as algemas de não poder agir diante desta situação. Do que decorre a sua vulnerabilidade.

Trata-se de quadro fático que dá poderes potestativos à empresa de agir, ou não, de acordo com a sua conveniência, violando frontalmente o princípio da boa-fé.

Esta encruzilhada ou arranjo se configura apenas porque a constituinte escolheu não prover, em sua plenitude, o princípio da liberdade sindical, uma vez que os representados não têm o direito de escolher seus representantes e nem mesmo possuem o direito de fundar sindicato que abrigue a correta similitude de condições de vida da profissão ou do trabalho comum.

Outrossim, em dois casos interessantes, não se aplicou a Súmula 374 do TST. No primeiro caso, a tese do julgado é no sentido de que não se trata de categoria diferenciada, pois a atividade de entrega de refeições também faz parte dos objetos sociais da reclamada, como atividade secundária, não demonstrando o recorrente conflito na interpretação na aplicação da Súmula 374 desta Corte. Com efeito, não há de se aplicar a referida Súmula quando a atividade está prevista no objeto social, porque deveria a empresa ter participado da negociação ou ser filiada a sindicato correspondente da segunda atividade, ainda que não preponderante.

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. NORMA COLETIVA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. MOTOBOY. TELE-ENTREGA DE REFEIÇÕES. ATIVIDADE PREVISTA NO OBJETO SOCIAL DO EMPREGADOR. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 374 DESTA CORTE. Nega-se provimento ao agravo quando o agravante não desconstitui os fundamentos contidos na decisão monocrática proferida. Agravo a que se nega provimento.

(TST - Ag-RR: 1077000320095040028 107700-03.2009.5.04.0028, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 13/11/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. O ENQUADRAMENTO SINDICAL DO EMPREGADOR ESTÁ VINCULADO À ATIVIDADE ECONÔMICA POR ELE EXERCIDA, A TEOR DO DISPOSTO NOS ARTS. 511, § 1º, E 570, CAPUT, DA CLT. ASSIM, PARTINDO-SE DA PREMISSE DE QUE A RECLAMADA EXERCE ATIVIDADE DE ENSINO, E QUE O SINDICATO PATRONAL SIGNATÁRIO DA NORMA COLETIVA, ORA OBJURGADA, REPRESENTA OS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO, POR CERTO QUE A RECLAMADA ESTAVA DEVIDAMENTE REPRESENTADA PELO SEU SINDICATO DE CLASSE QUANDO A NORMA EM QUESTÃO FOI AVENÇADA. DESSARTE, NÃO HÁ FALAR EM CONTRARIEDADE À SÚMULA 374 DO TST, E MUITO MENOS EM VIOLAÇÃO DOS ARTS. 8º, VI, DA CF, E 611 DA CLT. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(TST - AIRR: 383400220085030106 38340-02.2008.5.03.0106, RELATOR: DORA MARIA DA COSTA, DATA DE JULGAMENTO: 05/08/2009, 8ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 07/08/2009)

E num caso isolado e atípico, a Corte Máxima Trabalhista não aplicou a referida Súmula, pois a Reclamada era o próprio Sindicato e ainda que ele não tenha participado da negociação, se pode esperar que o sindicato seja representado por outro sindicato.

ENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA DIFERENCIADA. Inicialmente, cumpre ressaltar que a Súmula 374 desta Corte tem por intuito desobrigar as empresas a concederem aos seus empregados, integrantes de categoria diferenciada, vantagens previstas em instrumentos coletivos nos quais elas não foram representadas por seus respectivos órgãos de classe. Pois bem, perfilhando essa linha de entendimento, não há como se aplicar a referida Súmula ao presente caso, haja vista que o Sindicato-reclamado, não obstante a condição de empregador, não pode ser considerado uma empresa, não fazendo parte, portanto, de uma categoria econômica sujeita à representação de um órgão de classe patronal. Em verdade, o Sindicato-reclamado é o órgão de classe que representa os empregados no comércio de Novo Hamburgo, não se podendo exigir que fosse representado por um órgão de classe patronal, na Convenção Coletiva trazida aos autos, firmada entre o Sindicato dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul - SINPRO/RS e o Sindicato dos Estabelecimentos do Ensino Privado no Estado do Rio Grande do Sul - SINEPE/RS. É forçoso concluir, portanto, que a referida Súmula é aplicável, tão-somente, quando o empregador acionado em dissídio individual for uma empresa formalmente constituída e integrante de uma determinada categoria econômica, o que não é a hipótese dos autos. Por outro lado, no que diz respeito ao reconhecimento do exercício da função de professora com o conseqüente enquadramento em categoria profissional diferenciada, observa-se que a controvérsia envolve o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta Instância Extraordinária, nos termos da Súmula 126/TST. Conseqüentemente, não há de se falar em afronta aos artigos 317 e parágrafos, 511, § 2º, e 581, § 2º, da CLT. E também não há de se falar que a função de professor, nos termos do art. 317 consolidado, só poderá ser exercida em estabelecimento particular de ensino, pois, além de o referido dispositivo não fazer tal afirmação, o parágrafo único do art. 514 da CLT estabelece que é dever dos sindicatos de empregados fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais, que, por óbvio, terão em seus quadros professores e outros profissionais da área educacional. No que concerne à alegada ofensa ao art. 10 da Lei 4.725/65, verifica-se que a Corte Regional não emitiu tese nem a parte prequestionou a questão, por meio dos necessários Declaratórios, tornando-se preclusão, pois, nos termos da Súmula 297, I e II, do TST. Por fim, quanto aos arestos colacionados às fls. 301/303, por serem oriundos de Turmas do TST, desservem ao fim pretendido, nos termos do art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 1013002520035040305 101300-25.2003.5.04.0305, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 22/10/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/11/2008.)

Ainda na esteira de aplicação da norma coletiva para empregado integrante de categoria diferenciada, insta esclarecer que o simples fato de se pagar a contribuição sindical à categoria diferenciada não implica na aplicação automática da norma coletiva da categoria diferenciada. Assim, é necessário que o empregador ou o sindicato que o represente tenha participado das negociações da norma coletiva da categoria diferenciada para que esta lhe possa ser aplicável.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. TRABALHADOR PORTUÁRIO. USIMINAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICABILIDADE DAS NORMAS COLETIVAS FIRMADAS PELO SOPESP. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 374 DO TST. Ante a aparente violação de dispositivo legal (art. 1º, § 1º, inciso III, da Lei nº 8.630/93.), nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. TRABALHADOR PORTUÁRIO. USIMINAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICABILIDADE DAS NORMAS COLETIVAS FIRMADAS PELO SOPESP. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 374 DO TST. No âmbito da SBDI-1, a jurisprudência evoluiu para compreender que a Usiminas é, em última análise, uma operadora portuária que explora terminal privativo, numa simbiose que se justifica porque a ela deliberadamente se enquadrou a reclamada, ao mesclar dois modelos distintos de gestão portuária: titulariza porto privativo e contrata trabalhadores como se operasse em porto organizado. Não há pertinência, portanto, na alusão à Súmula 374 do TST, dado que a consciente contratação pela Usiminas de trabalhadores avulsos, como é próprio aos operadores portuários, faz a recorrida representada pelo sindicato que congrega os operadores portuários e celebra convenções coletivas voltadas à realidade do trabalhador avulso. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. III - RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO OGMO. PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. A pretensão recursal não foi objeto de pronunciamento por parte do Regional nem foi ele provocado a fazê-lo por meio de oposição de embargos declaratórios, de modo que incidente o óbice da Súmula nº 297 do TST. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 365008520095020255, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 01/10/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014)

RECURSO DE REVISTA DOS RECLAMADOS. CONDIÇÃO DE BANCÁRIA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O reconhecimento da condição de bancária da autora pelo Tribunal Regional decorreu do fato de ter havido efetiva prova do exercício de atividades típicas bancárias, inclusive com expressa e exaustiva menção à prova testemunhal, que sugerem os reclamados não ter sido levada em consideração, a afastar a alegação de cerceamento do direito de defesa. Assim, não comprovada a caracterização da autora como corretora de seguros, como sobressaiu da primazia da realidade do contrato e do conjunto fático-probatório dos autos, não há falar em

afronta à literalidade dos artigos de lei e constitucionais invocados, nem contrariedade à Súmula 374 do TST, tampouco são específicos os arestos válidos colacionados, na forma preconizada pela Súmula 296 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (...) RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMANTE . ADICIONAL DE 100%. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. Depreende-se do Tribunal Regional não haver previsão em norma coletiva do adicional de 100% para as horas extras, de modo que a determinação de incidência do adicional de 50%, nos termos da lei, não vulnera os artigos 59 e 225 da CLT, porque com eles encontra consonância. Além disso, invocação de precedente normativo de TRT não socorre à reclamante, de acordo com o estrito teor do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. DIVISOR 150. BANCÁRIO. SÁBADO. DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO. Uma vez existindo norma coletiva no sentido de considerar o sábado como dia de descanso semanal remunerado, deve ser aplicado o divisor 150, consoante item a do inciso I da Súmula 124 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (...)

(TST - RR: 8241001220055090009, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 12/02/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/02/2014)

Mas não é só.

Em decorrência da falta de liberdade do trabalhador em escolher o sindicato que melhor lhe representa, da liberdade de fundação de sindicatos, desde que respeitada a base territorial e da eterna busca de caminhos jurídico ou fático para não subserviência às normas que visam regular a defesa do trabalhador e de diminuição do lucro, as empresas financiam a fundação de novos sindicatos cada vez mais especializados, para a obtenção do controle do principal ator da defesa dos interesses dos trabalhadores.

Melhor explicando, a atual conjuntura jurídica sindical, “permite”, ou melhor, incentiva, que empresas, ou um grupo delas, fraudem o processo de negociação coletiva, financiando grupos de trabalhadores a fundarem um sindicato especializado para que controlem os dirigentes que negociaram as normas coletivas à(s) qual(is) estará(ão) sujeita(s).

Apenas a título de exemplo, o sindicato dos professores possui certa força na base territorial de Campinas, pela quantidade de professores que lecionam na educação básica, nos cursos de informática, no Senac, no Sesi, nos cursos de inglês e demais outros estabelecimentos que utilizam da mão de obra de professores. Em consequência dessa reunião de trabalhadores e dessa força, a negociação coletiva deste sindicato resulta em boas benesses aos trabalhadores por contemplados nessa categoria. As empresas que trabalham com curso de idiomas, pré-vestibulares, informática e demais outros ramos que não estejam enquadrados na educação básica, cientes que o

enquadramento se dá pela realidade dos fatos, podem financiar a fundação de sindicato dos professores dos cursos de idiomas, dos cursos pré-vestibulares, dos cursos de informática e etc. Esse incentivo para fundações de novos sindicatos visa, sem dúvida, desunir os trabalhadores, retirando-lhe forças para negociação, implicando em norma coletiva mais favorável à empresa. Isso somente ocorre porque o trabalhador tem tolhida a sua liberdade de escolha do sindicato que o representa.

Observe que neste exemplo, o professor do curso de idiomas, por exemplo, será enquadrado em sindicato da categoria diferenciada, mas que não lhe favorece.

Por outro lado, poder-se-ia aduzir que quanto mais especializado o sindicato, melhor será a negociação coletiva para essa categoria. No entanto, na realidade brasileira, esse argumento é um ledor engano, porque a força do sindicato só advém da união e da participação dos trabalhadores nesse sindicato, e estas razões de robustez são dirimidas quando os sindicatos são desmembrados e, sobretudo, **quando os trabalhadores são obrigados a se enquadrar nesse sindicato desmembrado**, sem sequer terem a liberdade de fundar outro que represente seus interesses.

Não é essa opinião de Arnaldo Süssekind, o qual defende a unidade sindical como modelo ideal, desde que seja engendrado da consciência dos trabalhadores em um modelo de pluralidade sindical. Vale dizer que unidade e unicidade sindicais são conceitos diferentes. A unidade sindical equivale a único sindicato e unicidade sindical implica na “existência de apenas uma entidade que detém a exclusividade da representação dos trabalhadores ou empregadores, em conformidade com a forma imposta, pelo poder público, para tal representação¹⁴³”.

A unidade sindical constitui meta defendida por expressivos movimentos sindicais, visando ao fortalecimento das respectivas associações. Mas ela deve resultar da conscientização dos trabalhadores e dos empresários, a qual se irradia na medida em que os sindicatos trabalhem com êxito na promoção dos interesses e na defesa dos direitos dos seus representados. Por seu turno a realidade evidencia que essa unidade de representação não se sustenta quando as entidades sindicais se vinculam a doutrina políticas ou religiosas, às quais subordinam os interesses profissionais ou econômicos. Na maioria dos países há pluralidade de direito e de fato (p. ex.: França, Itália, Espanha); em alguns, é facultada a pluralidade

¹⁴³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. rev. ampl. e atual – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 569

sindical, mas, por conscientização dos trabalhadores, vigora, de fato, a unidade de representação (p. ex. Alemanha e Reino Unido); em outros, o monopólio de representação sindical é imposto por lei (p. ex.: Brasil, Colômbia, Peru); na Argentina há pluralidade sindical, mas a um só é conferida a “personalidade gremial” para negociar como representante do grupo¹⁴⁴.

[...]

Também nós já defendemos o monopólio de representação sindical (unicidade sindical) e, até hoje, justificamos que Getúlio Vargas o tenha adotado visando a evitar o fracionamento dos sindicatos e o consequente enfraquecimento das respectivas representações, numa época em que a falta de espírito sindical dificultava a formação de organismos sindicais e a filiação de trabalhadores aos mesmos. Afinal, esse espírito resulta das concentrações operárias, que dependem do desenvolvimento industrial. Daí porque, hoje, defendemos a liberdade de constituição de sindicatos, embora reconhecendo que o ideal seja a unidade de representação decorrente da conscientização dos grupos de trabalhadores ou de empresários interligados por uma atividade comum. Outrossim, as centrais sindicais brasileiras, de diferentes matizes filosóficos, criaram uma realidade, que não pode ser desprezada, justificadora da pluridade sindical¹⁴⁵.

Nesse mesmo sentido estão os Verbetes 224 e 225 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, respectivamente transcritos.

Apesar de que os trabalhadores podem ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta, mediante intervenção do Estado, por via legislativa, pois essa intervenção é contrário ao princípio incorporado nos arts. 2º e 11 da Convenção n. 87.

Se é evidente que a Convenção não quis fazer da pluralidade sindical uma obrigação, pelo menos exige que isto seja possível em todos os casos.

O modelo de unicidade e obrigatoriedade do sistema de enquadramento sindical brasileiro é meio propício para o capital – impulsionado pela ganância – encontrar artimanhas para se desviar da previsão legal gramatical, cabendo, ao intérprete, encontrar meios legais, condizentes com a realidade dos fatos, que busquem preencher a teleologia das normas e dos valores do Direito do Trabalho, baseando-se, sempre, no princípio da boa-fé.

¹⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, volume 2 – 20ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2002. p. 1112.

¹⁴⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, volume 2 – 20ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2002. p. 1114

Entre as desvantagens da unicidade sindical, destacam-se: o artificialismo da vontade dos atores sociais interessados, porquanto imposta por lei; o cerceamento do direito de liberdade na constituição de sindicatos, não restando opções para a criação de uma nova organização sindical àqueles que eventualmente discordarem de orientação traçada pelo sindicato já existente; o intervencionismo exacerbado por parte do Estado.

Parafraseando Santoro Passarelli, Cássio Mesquita Barros leciona que a unicidade constitui um engenho formalmente perfeito, que evita todas as dificuldades da ação sindical; com ele, porém, desaparece a razão mesma da instituição, que é a autotela dos interesses dos trabalhadores. Estimula a acomodação das lideranças antigas que, na pluralidade, geralmente sofrem o perigo da concorrência. Incentiva também o nascimento da “profissão” de dirigente sindical¹⁴⁶.

Por derradeiro, Arnaldo Süssekind ainda observa que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que fora aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.91, do Congresso Nacional, tendo sido ratificado em 24.1.92, conforme Decreto de Promulgação n. 591, de 6.7.92, o qual, em seu art. 8º dispõe que, os Estados Partes comprometem-se a promover a liberdade sindical em sua plenitude, sendo somente possível restringi-la por segurança nacional ou ordem pública e deveria, frente ao seu compromisso internacional, modificar o modelo sindical na direção da pluralidade.

Artigo 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

- a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;
- b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.
- c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;
- d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

¹⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. rev, ampl. e atual – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 569

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

De qualquer forma, insta enaltece, sublinhar e concluir que, nas duas situações elencadas, **ainda que o professor não seja enquadrado sindicalmente na categoria diferenciada, a ele resta os direitos celetistas do professor que serão estudados no próximo capítulo**, porque estas são normas cogentes e, portanto, não cabe a argumentação fraca de que a empresa não tinha ciência porque não participou da negociação coletiva.

CAPÍTULO 3 - DOS DIREITOS E DEVERES DO PROFESSOR PREVISTOS NA CLT

Já foi dito que as normas específicas celetistas para professores, diferentemente do defendido, divergem, em muito, da realidade da profissão, não regulando condições ideais mínimas para o exercício digno dessa atividade que, no entanto, é alicerce para qualquer alteração cultural e vislumbre para uma nação desenvolvida cultural e economicamente. Contudo, há pequenos proveitos decorrentes do enquadramento na profissão que, por vezes, são discutidos na esfera judiciária.

O escopo deste capítulo é discutir a doutrina e a jurisprudência das normas celetistas especiais inerentes a esta profissão especial, contidas nos artigos 318 a 323 da consolidação.

3.1. DA JORNADA DE TRABALHO

3.1.1. DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS

Estabelece o artigo 318 da CLT que num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis, intercaladas.

De acordo com Emílio Gonçalves,

a limitação estabelecida na lei trabalhista, quanto ao máximo de aulas diárias num mesmo estabelecimento de ensino, como medida de tutela especial do trabalho objetiva, de um lado proteger o professor em sua saúde, evitando a fadiga mental e a neurose, em virtude de ser cansativa a tarefa de ministrar aulas, e de outro lado garantir a eficiência do ensino, que só poderá ser conseguida quando o professor se encontra em boas condições físicas e equilíbrio emocional¹⁴⁷.

Na mesma linha, Mozart Victor Russomano bem justifica a jornada diferenciada para os professores com os seguintes argumentos.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 43

Pode parecer, ao primeiro golpe de vista, muito baixa a limitação do horário diário do professor. Assim não é verdade. Primeiramente porque quatro aulas consecutivas ou seis alternadas, no decurso de um dia, constituem um exaustivo trabalho mental que só pode ser bem apreciado por quem já teve o dever de lecionar. Em segundo lugar, porque o trabalho de quatro ou seis horas de aula representa um esforço continuado por tempo muito maior do que esse. O trabalho do mestre é silencioso em dois sentidos: os brilhos recaem mais sobre o aluno do que sobre o professor; a aula, que ele expõe em poucos minutos, esconde atrás de si a meditação de muitas horas, os ensinamentos colhidos através de muitos anos e a preparação indispensável da matéria lecionada. De modo que, na verdade, quatro ou seis horas de aula representam, mesmo para os professores experimentados e profundos conhecedores da matéria que lecionam, um grande esforço mental e, no mínimo, mais algumas horas de estudo preparatório. Para a própria eficiência do ensino é que a lei assim dispõe¹⁴⁸.

Em outros termos, em decorrência do dispêndio de energia, durante e pré-aulas, defendem os doutrinadores que, a profissão exige uma carga horária reduzida para a preparação, estudo e correção das tarefas e avaliações, “a fim de combater o desgaste físico, a fadiga mental do docente e, em consequência, proporcionar um ensino mais eficiente e promissor.”¹⁴⁹,

Todavia, se essa era a teleologia da norma, errou, em muito, o legislador, ao estabelecer essa limitação de quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas para “um mesmo estabelecimento de ensino”.

Alice Monteiro de Barros e Emílio Gonçalves constatarem que “em face dos poucos salários auferidos, o professor necessita aumentar a sua renda mensal e para isso leciona em vários estabelecimentos, frustrando a finalidade da norma”¹⁵⁰, “chegando a ministrar doze ou mais aulas por dia, o que sem dúvida conduz à estafa e à doença, além de contribuir, como é evidente para que o nível das aulas seja o mais baixo possível”¹⁵¹.

Esta também é a opinião de Mônica Barbosa de Martins Mello:

¹⁴⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. vol I. 17ª ed. atual, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 359

¹⁴⁹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 379

¹⁵⁰ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 379

¹⁵¹ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 44

Com inteiro contrassenso ao regime de dedicação, a CLT, no art. 318, veda que o professor ministre mais de quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas em um mesmo estabelecimento de ensino, não vedando que o profissional possa partir de um lado para outro da cidade, expondo-se a risco, gastando a mais com a locomoção, para ministrar aula em outra instituição¹⁵².

De qualquer sorte, não sendo eficaz a norma em seu escopo principal, que seria imputar privilégio visando uma educação de melhor qualidade por meio do resguardo físico e mental do intermediador do conhecimento, definiu o Tribunal Superior do Trabalho que as aulas excedentes ao limite determinado **na mesma instituição** devem ser pagas com o adicional de horas extras, sendo o mínimo de 50%:

OJ 206 SDI-1 do TST: Excedida a jornada máxima (artigo 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento).

Ainda sobre a jornada de trabalho, a boa doutrina de Alice Monteiro de Barros, com base na analogia, entende que o diretor do colégio pode ser caracterizado enquadrado como cargo gerencial (artigo 62, II da CLT), se este percebe salário superior, no mínimo, a 40% em relação aos outros professores. Neste caso, não fará jus as horas extras¹⁵³. Ressalta-se, contudo, que há posição na jurisprudência que defende a inconstitucionalidade ou não recepção deste dispositivo.

3.1.1.1.DURAÇÃO DA AULA

Ainda sobre o tema, João José Sady muito bem registra que, aparentemente, o regramento é inócuo, vez que fixa o número de aulas mas não fixa a carga horária de cada aula deixando ao alvedrio “das partes” tal estipulação o que implica em deixar desprotegido o trabalhador ante o poder econômico do empregador¹⁵⁴.

¹⁵² Cf. MELLO, Mônica Barbosa de Martins. Professor Universitário. In: Santos, Jackson Passos; Mello, Simone Barbosa de Martins (orgs.). **Contratos Especiais de trabalho: homenagem ao professor Oris de Oliveira** – São Paulo: LTr, 2010. p. 199

¹⁵³ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 380

¹⁵⁴ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 41

Nesta esteira, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson – apoiado no Parecer 08/2004 do Ministério da Educação – esclarece que hora-aula e hora não são sinônimos¹⁵⁵, sendo esta uma unidade de tempo, enquanto aquela “é um critério normativo para aferir o salário-hora do professor, tendo fins estritamente acadêmicos¹⁵⁶”.

Neste parecer, o Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação interpreta a Lei de Diretrizes e Bases:

a hora-aula é o padrão estabelecido pelo projeto pedagógico da escola, a fim de distribuir o conjunto dos componentes curriculares em um tempo didaticamente aproveitável pelos estudantes, dentro do respeito ao conjunto de horas determinado para a Educação Básica, para a Educação Profissional e para a Educação Superior¹⁵⁷.

De fato, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional vigente (Lei 9.394/96) preceitua, no art. 24, que a educação básica, nos níveis fundamental e médio, possui a carga horária mínima anual de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

Por conseguinte, fica a critério da instituição, em seu projeto pedagógico, determinar o tempo da aula, sendo exigido apenas que seja cumprida a carga de horas limitadas no art. 24 da Lei 9.394/96. Isso permite, de maneira temerária, engendrar da eterna criatividade do empregador para o desrespeito das normas imperativas de cunho social – a qual objetiva, sempre, o lucro rápido e avantajado –, fixando um tempo de aula superior à hora (60 minutos).

A fim de solucionar esse problema, boa parte da doutrina – à qual se filiam Ralph Cândia¹⁵⁸, João José Sady¹⁵⁹, Arnaldo Sussekind¹⁶⁰ e Valentim Carrion – argumenta que a solução repousa na norma estabelecida no art. 4º da Portaria nº

¹⁵⁵ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Das garantias trabalhistas no Contrato de Trabalho do Professor**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.39, n.150, mar./abr. 2013. p.36

¹⁵⁶ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Das garantias trabalhistas no Contrato de Trabalho do Professor**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.39, n.150, mar./abr. 2013. p.37

¹⁵⁷ Disponível em: < <http://www.cref6.org.br/arquivos/parecer.pdf> > . Acesso em: 22 de jan de 2017.

¹⁵⁸ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 290

¹⁵⁹ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 42

¹⁶⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. vol II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A. 1961. p. 267

204, de 05 de abril de 1945 (equivalente ao art.7º da Portaria 887/52), que determina que a aula computar-se-á nos estabelecimentos particulares de ensino superior ou de segundo grau (ensino médio), o trabalho letivo de 50 minutos durante o dia, ou de 40 minutos à noite e, em qualquer outro caso, cada período de uma hora a ser contado do início ao fim do tempo, durante o qual fique o professor no estabelecimento, a seu serviço, de conformidade com o horário. Nesta hipótese, o período fracionário que se prolongue por mais de 30 minutos computar-se-á como uma aula, e o período igual a 30 minutos computar-se-á como meia aula.

3.1.1.2.OS DECRETOS E PORTARIAS COMO FONTE DE DIREITO DO TRABALHO

Uma das mais interessantes e delicadas questões discutidas na doutrina e na jurisprudência, desde a primeira regulamentação especial da categoria, é a validade e o alcance das portarias expedidas por Ministérios. É o equivalente a discutir se os atos normativos expedidos pelo Executivo classificam-se como fonte do Direito do Trabalho.

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, “Decreto é a forma de que se reveste os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador ou Prefeito)¹⁶¹”, enquanto “Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo¹⁶²”.

Em regra, são atos normativos e como tais,

possuem conteúdo análogo ao das leis – são ‘leis em sentido material’. A principal diferença – além do aspecto formal – é que os atos administrativos normativos não podem inovar o ordenamento jurídico, criando para os administrados direitos ou obrigações que não se encontrem previamente estabelecidos em lei¹⁶³

sendo, por conseguinte,

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 19ª ed. – 2ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 240 e 241

¹⁶² *Bis in dem*

¹⁶³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado** – 18ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 465

destinados a possibilitar a fiel execução de leis pela administração, devendo detalhar, explicitar o conteúdo das leis que regulamentam e, sobretudo, uniformizar a situação e os procedimentos a serem adotados pelos agentes administrativos, sempre que se deparem com situações concretas semelhantes¹⁶⁴. (grifos nossos)

É o que prevê o art. 87, § único, II, da Constituição.

Art. 87, § único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

Com efeito, em vista da definição proposta pelos doutrinadores da seara administrativa, conclui-se que, em regra, a Portaria não é fonte de Direito. É justamente por isso que há doutrinadores juslaborais que negam ou omitem que portarias são fontes do Direito do Trabalho.

Por outro prisma, há relevante número de doutrinadores que creditam esses atos normativos como fonte do Direito. Neste sentido, Amauri Mascaro afirma que,

no direito do trabalho a intervenção do Executivo por meio de decretos é de considerável importância, quer pela frequência, quer pelo conteúdo com que se apresentam. Regras de natureza técnica sobre higiene e segurança do trabalho, normas de previdência social, regulamentação de leis são providas por decretos¹⁶⁵.

Carlos Henrique Bezerra ensina que,

embora haja divergência acerca de tais atos normativos como fonte de direito, parece-nos que em nosso sistema jurídico não há razão para tal afirmação, uma vez que eles podem produzir efeitos idênticos aos das demais fontes formais. Tanto é assim que há previsão na própria Constituição (art. 102, I, a) para que o STF exerça o controle de constitucionalidade não apenas da lei, como também dos atos normativos do Poder Público. Destacam-se, nesse terreno, as portarias do Ministério do Trabalho e Emprego sobre saúde, medicina, segurança e meio

¹⁶⁴ *Bis in dem*

¹⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 445

ambiente do trabalho, que são verdadeiras normas equiparáveis à Lei Federal¹⁶⁶.

Vólia Bonfim, de forma mais completa, analisa que,

normalmente é função das circulares, portarias, instruções normativas ou normas regulamentadoras (decretos): a de dar procedibilidade ao direito criado pela lei. Nesse sentido, não são fontes de direito material, mas fontes de procedimento, isto é, só será fonte de direito na parte instrumental e não na parte material.

Mas, atenta que “excepcionalmente, podem ter força normativa, quando a lei deixar espaço (delegar) para o decreto criar o direito, hipótese em que será considerado como fonte criadora de direito, em face do seu caráter normativo¹⁶⁷” e finaliza afirmando o mesmo que Bezerra sobre a validade das normas regulamentadoras da segurança do trabalho, em vista da delegação dos arts. 192 e 193 da CLT.

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, **acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho**, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, **na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego**, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

No mesmo sentido, é a doutrina de Arnaldo Sussekind:

A Constituição brasileira confere privativamente ao Presidente da República competência para expedir *decretos* e *regulamentos* visando à fiel execução das leis (art. 84, n° III). Por sua vez, declara competir aos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, n° II). Essas instruções, como lembra DELIO MARANHÃO, em regra, ‘não constituem fontes de direito: obrigam, apenas, os funcionários nos limite da obediência hierárquica. Acontece, porém, que, quando um regulamento, baixado para a fiel execução de uma lei, determina, por sua vez, que o Ministro de Estado expeça portaria que o complemento, esta será fonte de direito, por

¹⁶⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. ver, ampl. e atual – São Paulo: Saraiva: 2014. p. 62

¹⁶⁷ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 62

integrar o próprio regulamento do qual tira sua força normativa'. Acrescente-se que a determinação ao Ministro de Estado pode provir diretamente da lei. É o que ocorre com a legislação brasileira de proteção ao trabalho, especialmente no campo da segurança e medicina do trabalho, cujo comando legal procura evitar imposições excessivamente casuísticas, atribuindo ao Ministério do Trabalho competência para regulamentar a aplicação das normas de caráter geral tendo em vista a natureza da atividade, o local de prestação de serviços e as constantes inovações científicas e tecnológicas.

Mas há um problema. O art. 25, I, da ADCT, estabelece que:

Art. 25. **Ficam revogados**, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, **todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional**, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

Isto é, todos os dispositivos de lei, anteriores à Carta Magna de 1988, que outorgaram poderes para que o Executivo legislasse, foram revogados 180 dias após a promulgação da Constituição (03 de abril de 1989).

Não obstante, insta enaltecer que, a revogação dos dispositivos que deleguem ao Executivo o poder de legislar **não retira a força de lei das portarias e decretos emitidos anteriormente**. Isso porque, a revogação deste poder implica no **impedimento de emissão de novos atos normativos pelo Executivo** decorrentes dos dispositivos legais anteriores à data supracitada prevista. Afinal, revogar o poder dado não é o mesmo que revogar a norma já expedida, pois esta adentrou ao ordenamento pátrio com o status de lei e somente assim pode ser revogada. Por esta razão, não estão revogadas as normas regulamentadoras de segurança emitidas por força dos art. 192 e 193 pelo Ministério do Trabalho que são anteriores ao termo já determinado.

Quanto aos atos normativos do Executivo posteriores ao dia 3 de abril de 1989, prevê o art. 49, V, da CF que, “compete ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

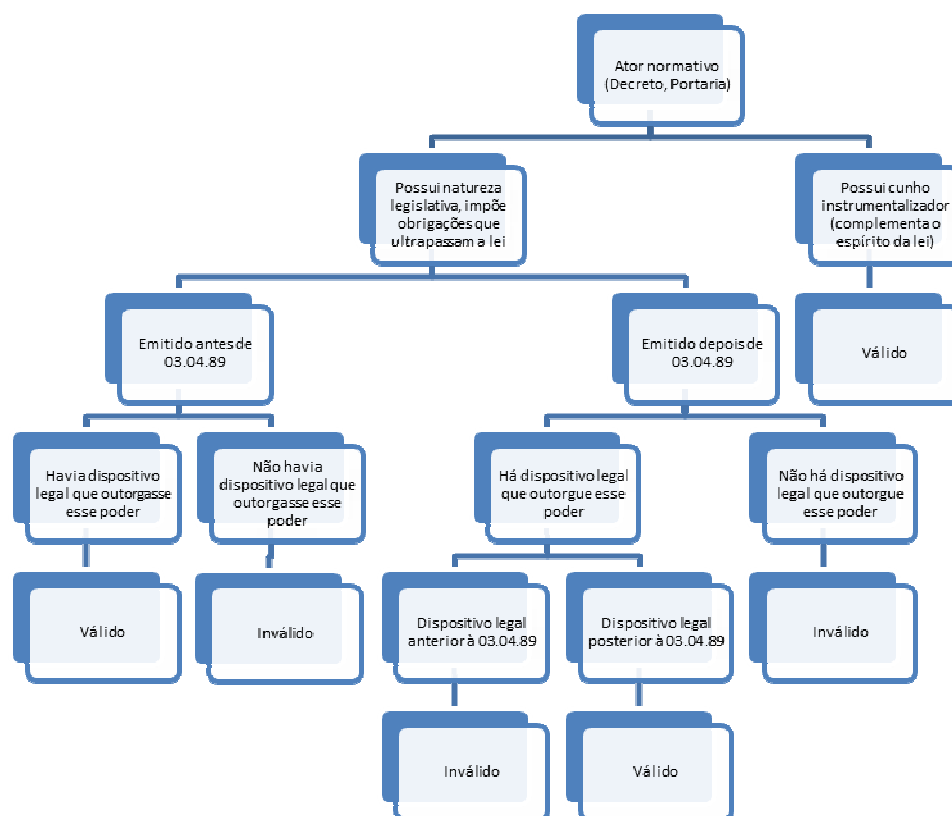
No fundo, quis o constituinte se opor ao autoritarismo, ainda em voga à época, expurgando do ordenamento jurídico as normas anteriores à Constituição que davam (excesso de) poder para o Executivo legislar. Sem embargo, conscientizado que a outorga exagerada desta competência implica em violação ao Princípio de Separação dos

Poderes, há a possibilidade de dispositivo legal posterior, que outorga poder para o Executivo legislar.

Por essa razão, ou pelo critério formal da hierarquia de Hans Kelsen, há espaço e força para quem defenda que decretos e portarias não são fontes de Direito do Trabalho pelo qual Vólia Bomfim adverte que a doutrina majoritária não o considera como fonte formal de direito.

De toda sorte, faz-se necessário seguir a coerência de ideias para assumir que tal posição implica na invalidade das normas regulamentadoras, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica e seguir apenas o casuísmo quando convém.

Em grande suma, para discutir a validade de ato normativo expedido pelo Poder Executivo, de maneira coerente, faz-se necessário seguir o organograma abaixo:



De maneira prática, a doutrinadora adverte que,

no caso concreto, é feita uma análise do direito criado pelo decreto autônomo ou normativo (o que extravasa ou excede os limites da lei), e se, mais favorável ao trabalhador, prevalece. Esta tem sido a tendência da

jurisprudência que ignora a hierarquia formal das leis quando para beneficiar o empregado¹⁶⁸.

Todavia, com toda a vênia ao raciocínio da ilustre doutrinadora, o princípio da norma mais favorável só deveria ser usado para normas válidas. Do contrário, estar-se-ia concedendo competência para legislar norma de conduta àquele que não a possui. O que, em última análise, resultaria no caos estatal e na violação ao direito fundamental previsto no art. 5º, II, da CF.

3.1.1.3.DA VALIDADE DAS PORTARIAS EMITIDAS PELO MEC

O Ministério da Educação e Cultura emitiu três portarias que regulamentam as normas celetistas relativas aos professores, quais sejam: Portaria nº 204, de 05 de abril de 1945, Portaria nº 522, de 23 de maio de 1952 e Portaria nº 887, de 13 outubro de 1952, que dispõem sobre a remuneração condigna dos professores nos estabelecimentos particulares de ensino.

Estas normas foram emitidas com duas finalidades: regulamentar o disposto no §único do artigo 323 da CLT (regulamentação) e suplementar demais normas celetistas da profissão, sobretudo, com relação às jornadas.

Pode causar pasmo que norma de Direito do Trabalho seja construída à base de portaria do Ministério da Educação. Tal extravagância, contudo, fazia parte da Ordem Jurídica da época em que tal norma veio a ser promulgada. Encontrava fundamento no Decreto-Lei n. 2.028, de 22 de fevereiro de 1940, que autorizava o Ministério da Educação a expedir normas nesse território¹⁶⁹.

Apenas como registro, o Decreto-Lei n. 2.028, de 22 de fevereiro de 1940, é norma que regulamentava o contrato de trabalho dos professores e que fora praticamente copiada na CLT. Afinal, a Consolidação fora a reunião de diversas Leis esparsas, e o Decreto-Lei provavelmente fora uma delas. Ou seja, o Decreto-Lei autorizou o Ministério da Educação nos mesmos termos que a CLT o fez com o dispositivo literalmente copiado.

¹⁶⁸ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 64

¹⁶⁹ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 42

Ocorre que, como já dito, além da remuneração, as referidas portarias versam também sobre a jornada de trabalho.

Inicia-se, neste ponto, as duas primeiras divergências:

- a) Regular a jornada de trabalho é o mesmo que regular remuneração, pois é impossível calcular esta sem o auxílio daquela?
- b) As portarias legislaram para instrumentalizar, ou fizeram-no com fulcro no poder instituído pelo dispositivo legal?

Não há previsão expressa na CLT e no Decreto-Lei n. 2.028, de 22 de fevereiro de 1940, que autorize o Ministério da Educação a regulamentar o horário das aulas. O que há, é a previsão, repetida pela CLT, de que o Ministério da Educação regulamentaria a remuneração dos professores.

Para aqueles que acreditam que regular a jornada é o mesmo que regular a remuneração, pois, parcela daquela é composição desta, então, há (ou havia) poder para que o órgão administrativo regulasse o tempo de hora-aula, sendo as Portarias válidas pelo poder legal disposto pelo art. 323, §único, da CLT. Observa-se, contudo, que não há mais poder para o MEC instituir tal regulamento, em vista da ordem constitucional prevista no art. 25, I, da ADCT.

Para aqueles que acreditam que a jornada de trabalho não compõe o salário, a portaria pode (deve) ser muito bem vista como complemento com cunho instrumentalizador da lei. Afinal, ele só cristalizou algo que já ocorria, sem com isso extrapolar os limites da lei.

Destarte, sobre a jornada de trabalho, parece notória a validade das portarias, observando que a validade não implica em aplicabilidade, pois é necessário que se passe pelo crivo do princípio da norma mais favorável.

Quanto à remuneração, não há dúvidas de que o disposto pelas Portarias só tem validade por força do dispositivo legal supramencionado.

Já fora julgado, em Recurso Extraordinário, em que se considerou inaplicável as normas de remuneração estabelecida pela Portaria nº 204, de 05 de abril de 1945, por incompatibilidade com norma superveniente constitucional de 1946.

PORTARIA N. 204, DE 5.4.1945 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE. - INAPLICAÇÃO PORQUE INCOMPATÍVEL COM

SUPERVENIENTE NORMA CONSTITUCIONAL (ARTIGO 123 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF - RE: 76300 MG, Relator: RODRIGUES ALCKMIN, Data de Julgamento: 03/04/1975, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 09-05-1975 PP-*****)

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 1975, que a Portaria 204 estabelecia normas e condições periódicas sobre a remuneração dos professores (observe trecho final do acórdão do julgamento infraexposto), o que implicava em limitação e esvaziamento da alteração constitucional, visto que a Constituição de 1946, por meio do art. 123 “*in verbis*”, outorgava à Justiça do Trabalho competência privativa para dirimir dissídios individuais e coletivos.

Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.

Assim, a persistência das disposições da Portaria n. 204, não se coaduna com a competência constitucionalmente assegurada a esta Justiça **para rever e reajustar a remuneração dos professores**.

De fato, a Portaria 204 legislava detalhadamente sobre a remuneração dos professores, determinando até que parte da mensalidade dos alunos compunha o valor da hora-aula do professor, assim como qual era a forma de reajuste do salário. Mas o fazia por força do art. 323, único da CLT que lhe concedia essa competência com força de lei. A partir da norma constitucional de 1946, a Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos poderia normatizar por meio de suas decisões e, na visão do STF, esta alteração fora hierarquicamente superiores à Portaria 204 nessa questão, derrogando-a.

Lembra-se, pois, que derrogar é revogar parcialmente. E em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à validade da referida Portaria, extrai-se da referida decisão que esta não abarcou avaliação sobre a incompatibilidade do art. 4º da Portaria 204, quanto à normatização suplementar sobre a jornada descrita no artigo 318 da CLT, quando esta apenas definia o padrão de tempo da hora-aula. Repise-se que o art. 4º da portaria regulamenta de maneira **suplementar**, padronizando o que já estava previsto em norma da CLT e, não havendo menção da derrogação do art. 4º, não pode o intérprete estender os efeitos da decisão.

Ademais, recorde-se que, a referida decisão do STF possui efeito intrapartes, não sendo compulsória a vinculação das decisões dos órgãos inferiores.

Alerta Emílio Gonçalves que, posteriormente, a Portaria nº 204, de 05 de abril de 1945, foi substituída pela Portaria nº 522, de 23 de maio de 1952, que, por sua vez, fora substituída pela Portaria nº 887, de 13 de outubro de 1952, as quais, respectivamente, nos artigos 6º e 7º, continuavam determinando que, no ensino secundário (ensino médio), as aulas, durante o dia, teriam a duração de 50 minutos e à noite, 40 minutos, restando às demais, a duração de 60 minutos¹⁷⁰.

Existe uma corrente que defende a invalidade dessas portarias, tendo em vista a posterioridade destas frente à Constituição, sob a mesma alegação de esvaziamento do poder administrativo para legislar, após a vigência do art. 123 da CF/46.

Registre-se, contudo, que não se extrai da leitura deste dispositivo a retirada dessa competência do poder administrativo. É notório que o dispositivo dá competência à Justiça do trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos, engendrando daí o poder da sentença normativa. Mas essa competência não é exclusiva porque, do contrário, somente, o judiciário poderia normatizar, o que, em regra, cabe ao legislativo.

Além disso, repise-se que salvo o Legislativo, que conferiu ao Executivo o poder de legislar nesse ponto, não há norma, constitucional ou infra, de derrogação ou revogação do § único do art. 323. Justamente por isso, seguem válidas as portarias, observando a praxe de que as disposições em contrário às anteriores foram revogadas pelas subsequentes.

Alice Monteiro de Barros diz que “a CLT é omissa, sendo a matéria disciplinada pelo art. 4º da Portaria n. 522, de 23 de maio de 1952, do Ministério da Educação (...)”¹⁷¹.

Enganou-se em algum ponto, a brilhante doutrinadora, uma vez que o artigo 4º da Portaria n. 522 determinava que “nenhuma taxa recairá sobre os

¹⁷⁰ GONÇALVES, Emílio. O magistério particular e as leis trabalhistas. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 44

¹⁷¹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 379

alunos dos estabelecimentos de ensino secundário”, não tendo relação com a duração da aula, restando ao artigo 6º desta Portaria a regulação desta matéria.

Provavelmente, ela quis mencionar o art. 4º da Portaria n. 204, tanto que, nas referências bibliográficas buscou apoio da doutrina de Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, João de Lima Teixeira Filho, Valentim Carrion e Amauri Mascaro, os quais apoiavam a aplicação da Portaria n. 204. Aliás, não teria razão sustentar a vigência da Portaria nº 522, posterior à Portaria nº 204, sem sustentar o vigor da Portaria nº 877.

Amauri Mascaro do Nascimento, na clássica obra *O salário*, registrou que a doutrina e a jurisprudência são majoritariamente inclinadas a aceitar o vigor da Portaria nº 204, inclusive para estabelecer a fixação do salário do professor.

Amauri cita lição de Alonso Caldas Brandão, que é acompanhado por Luiz Roberto de Rezende Puech, Roberto Barreto Prado, J. Antero de Carvalho, Arnaldo Sussekind, Pires Chaves e Délio Maranhão.

Predominante a orientação que afirma a validade da Portaria n. 204. Assim, a remuneração dos professores constitui salário profissional fixado de forma indireta pela lei, ao remeter poderes ao Executivo para estabelecer os respectivos critérios, como foi feito com a expedição da aludida Portaria. Após 1.946, entendeu-se que, competente a Justiça do Trabalho para estipular sobre os salários, não mais haveria sustentação para que o salário dos professores resultasse de ato do Ministro da Educação. Alguns autores não comungam com esse pensamento (Arnaldo Sussekind, *Comentários*, 1964). Porém, a ideia prevalecente é a de que, tendo sido elaborada a Portaria em época na qual eram discutíveis os poderes do Executivo para fazê-lo, sua eficácia permanece e persistirá até que lei venha dispor em contrário. Quanto às Portarias posteriores a 1.946, são consideradas ineficazes, porque expedidas quando não mais se legitimava a intervenção do Ministério da Educação¹⁷².

De qualquer sorte, para que a duração da aula não seja estipulada ao bel prazer do empregador – independente da discussão sobre a validade ou não das Portarias supramencionadas – há outro fundamento jurídico para o preenchimento da lacuna normativa sobre a duração da hora-aula: o costume (o direito consuetudinário), conforme impõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigo 8º da CLT.

¹⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O salário*. ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 357

Há mais de meio século, a hora-aula possui duração de 50 minutos no período diurno e 40 minutos no período noturno, para o ensino fundamental II e médio, e 60 minutos, para o ensino fundamental I.

Em grande suma, o artigo 318 da CLT prevê um limite para a jornada de trabalho do professor, escolhendo como unidade de jornada a hora-aula que é diferente da hora. A fim de buscar um padrão para a duração desta unidade de tempo, discutiu-se, neste item, a validade das Portarias 204/45, 522/52 e 887/52. Há decisão do STF que invalida a aplicação das portarias. Contudo, essa decisão não merece prosperar porque:

- a) a parte das Portarias que regulam o tempo das horas-aulas fora feita de maneira suplementar, não possuindo o status de lei, preenchendo, portanto, o escopo desse tipo de ato normativo (neste caso, deve-se aplicar a Portaria 887/52);
- b) ainda que se credite o status de Lei às portarias, a decisão do STF não pode ser aplicada para a duração das aulas, uma vez que ela se restringe à aplicabilidade desses atos normativos quanto às remunerações (neste caso, deve-se aplicar a Portaria 887/52);
- c) ainda que se credite o status de Lei às portarias, e que se estenda os efeitos da decisão do STF para a duração das aulas, o fundamento decisório não é sólido e, desta forma – sendo intrapartes (e não *erga omnes*) – não deve ser seguido pelos órgãos jurisdicionais inferiores, pois:
 - i. o Executivo tinha poder para legislar por outorga do Poder Legislativo, por força do §único, art. 323 da CLT (neste caso, deve-se aplicar a Portaria 887/52);
 - ii. ainda que esse poder tenha sido derogado pela Carta Magna de 1946, resta vigente a Portaria 204/45, pois fora emitida antes (neste caso, deve-se aplicar a Portaria 204/45);
 - iii. o Ministério da Educação, a partir da promulgação da Constituição, não pode mais emitir portaria com força da Lei, ainda que instituído pelo §único do art. 323, pela proibição constante no art. 25, I, do ADCT;
- d) Mesmo que não se aplique a portaria para determinar a duração das aulas (unidade de tempo), prevista no art. 318 da CLT, ainda assim a duração das aulas será de 50

min, para o período diurno, e de 40 min, para o período noturno, pela aplicação do costume como forma de preenchimento da lacuna legislativa.

Outras considerações sobre a validade da Portaria quanto à remuneração serão expostas em item posterior.

3.1.1.4.DAS AULAS INTERCALADAS (INTERVALO ENTRE AS AULAS)

Relembre-se que o dispositivo 318 celetista normatiza a jornada de trabalho do professor, limitando-a a quatro aulas consecutivas ou seis aulas **intercaladas**.

Novamente, a CLT foi omissa quanto à regulamentação desse necessário intervalo em jornada superior a quatro aulas.

A doutrina de Emilio Gonçalves apoia a aplicação da Portaria nº 204, pois, a norma

veio a preencher a lacuna deixada pela lei, estabelecendo que ‘após o decurso de três aulas consecutivas, nos termos do n.º I do art. 4º desta Portaria Ministerial, será facultado ao professor o período de 90 minutos, pelo menos, para descanso ou refeição’, dispositivo que foi reproduzido pelas Portarias nos 522 e 887, ambas de 1952¹⁷³.

Seguindo a linha de validade e aplicação das Portarias pela regulação suplementar, parece mais sensato aplicar a última, especificamente o seu artigo 10, pela regra básica temporal de hermenêutica.

Art. 10 – Num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis intercaladas.

Parágrafo único – Após o decurso de três aulas consecutivas, **será facultado ao professor o período de noventa minutos, pelo menos, para descanso e refeição.**

¹⁷³ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 45

Grifos na expressão “*será facultado*”, pois, a arbitrariedade, neste ponto, é do empregado, conforme determina a norma, podendo, pela faculdade, abdicar de tal direito.

Em complemento, o brilhante doutrinador complementa que,

ao estabelecer em noventa minutos, a duração do intervalo a ser obrigatoriamente obedecido, após a terceira aula consecutiva, fê-lo ao arrepio da lei, com a qual se colocou em flagrante contradição. Isto porque o art. 318 fala em quatro aulas consecutivas. Donde se concluir que esse intervalo após a terceira aula não é remunerado, o que implica em grave prejuízo para o professor, que permanecerá no estabelecimento durante os noventa minutos a aguardar a quarta aula¹⁷⁴.

É fato que o intervalo é necessário, como medida salutar e de segurança do trabalho, ainda mais quando se ministram três ou quatro aulas consecutivas. É impossível exigir a concentração do professor (e do aluno) para o exercício desta atividade em tantas aulas consecutivas.

Além do mais, o intervalo possui também o escopo de integração social, tão presente nesta classe, na conhecida sala dos professores.

Os intervalos para repouso têm como finalidade propiciar um melhor rendimento do trabalho e a proteção à saúde do trabalhador, com preocupações de ordem higiênica, psicológica e social que visam integrar o homem não apenas no complexo de atividades laborais, mas igualmente num contexto eminentemente social¹⁷⁵.

Na realidade, um intervalo de 90 minutos traria prejuízo ao professor, que não receberia por esse intervalo, que perderia aulas e rendimento neste período. Exatamente por isso, o próprio doutrinador constatou que a norma nunca alcançou a eficácia social, permanecendo letra morta.

Mais sábia é a solução encontrada por Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, que buscou resposta na própria CLT, em seu art. 71, §1º, que determina um intervalo de 15 minutos, quando a jornada ultrapassar quatro horas.

¹⁷⁴ Bis in idem.

¹⁷⁵ FERRAZ, Sérgio. **Duração do Trabalho e repouso remunerado**. São Paulo: RT, 1977. p. 106 (Apud) CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 47

Seguindo a lógica discutida nos itens anteriores, no qual se instituiu que a aula possui a duração de 50 min, conclui-se, matematicamente, que quatro aulas equivalem a 3h20min, cinco aulas equivalem a 4h10min e seis aulas perfazem cinco horas. Sendo assim, pelo disposto no art. 71, §1º, deve ser concedido intervalos de 15 minutos, quando o professor lecionar cinco ou seis aulas.

Tanto a(s) portaria(s) quanto o dispositivo são normas válidas. Sendo assim, deve-se aplicar a norma **válida** mais favorável que, pelos fatores expostos, é a norma celetista.

Perceba que esse dispositivo normativo coaduna-se com a redação do art. 318 da CLT, quando o mesmo determina a jornada máxima de 6 horas-aulas, ao professor, para o mesmo empregador, desde que intercalado, ou seja, descontínuo¹⁷⁶.

Dispõe o §2º do mesmo dispositivo, que esse intervalo não será computado na duração do trabalho, exceto se o intervalo de duração for diferente do permitido. Se for uma duração menor do que 15 minutos, implica no pagamento total do período correspondente e, não apenas daquele suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor total da remuneração da hora normal, sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração, possuindo, esta verba, natureza salarial (art. 71, §4º, da CLT e Súmula 437, I e III, do TST).

Por outro lado, se forem concedidos dois intervalos – por exemplo, um entre a segunda e terceira e outro entre a quarta e quinta aulas, prática comum no meio educacional –, ou se o intervalo for superior ao determinado por lei (15 minutos), tratar-se-á como tempo à disposição da empresa, devendo ser remunerado como serviço extraordinário, se acrescido ao final da jornada (Súmula 118 do TST).

3.2. Súmula nº 118 do TST. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, **não previstos em lei**, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

¹⁷⁶ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Das garantias trabalhistas no Contrato de Trabalho do Professor**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.39, n.150, mar./abr. 2013. p.37

Nesse sentido, é a doutrina de Luciano Martinez, a qual, em situação análoga, discutiu as consequências da extrapolação do intervalo previsto no *caput* do art. 71 sem que fossem satisfeitas as condições impostas no dispositivo.

A Súmula 118 do TST, apesar da duração truncada, parece corroborar o entendimento ora expandido. Melhor seria, entretanto, se, ao invés de mencionar “intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previsto em lei”, sinalizasse acerca de intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, fora dos limites previstos em lei”. Afirma-se porque a solução ali contida somente se aplicará ao empregador que conceder intervalo superior àquele previsto em lei sem adoção das formalidades insertas em lei, quando exigíveis¹⁷⁷.

Qualquer negociação coletiva que verse sobre a supressão ou redução do intervalo intrajornada será considerada como cláusula inválida, por tratar de norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, conforme Súmula 437, II, do TST e princípio da adequação setorial negociada.

Em tese, o professor não poderia ultrapassar a jornada de seis horas, mas se esta é ultrapassada habitualmente, é devido o gozo de intervalo intrajornada de, no mínimo, uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT (Súmula 431, IV, do TST).

Extraordinariamente, a interpretação dada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não é a defendida neste trabalho. Naquela, defende-se que o intervalo de 15 ou 20 minutos, vulgarmente denominado como recreio, não tem o condão de descaracterizar a conectividade das aulas. Em outros termos, as aulas separadas pelo recreio tão curto constituem, na visão do Tribunal, aulas consecutivas, sendo intercaladas aquelas em períodos da jornada diferentes, e este intervalo é considerado como tempo à disposição do empregador.

[...] PROFESSOR. HORAS EXTRAS. HORAS/AULA. INTERVALO ESCOLAR. CONSECUTIVIDADE DAS AULAS. O artigo 318 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer que o professor não poderá dar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas nem mais de seis intercaladas, não define o lapso necessário à configuração das aulas intercaladas. Obviamente, porém, tal insterstício deverá ser de tal monta

¹⁷⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 391

que importe aumento significativo do tempo à disposição do empregador, não servindo para tal fim o intervalo escolar de 20 minutos, concedido uma única vez a cada turno. **Ademais, esta Primeira Turma já teve a oportunidade de interpretar o artigo 318 da norma consolidada, concluindo que a concessão do intervalo escolar não descaracteriza a consecutividade das aulas ministradas.** Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 10867007220065090002, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 27/08/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014)

(...) PROFESSOR. ARTIGO 318 DA CLT. QUATRO AULAS CONSECUTIVAS OU SEIS INTERCALADAS. INTERVALO ENTRE AULAS. RECREIO. Esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que a exiguidade do intervalo destinado ao "recreio" não afasta a consecutividade de aulas prevista no artigo 318 da CLT. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (RR-2031900-88.2009.5.09.0029, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 22/05/2015)

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. QUATRO AULAS CONSECUTIVAS OU SEIS INTERCALADAS. INTERVALO. TEMPO À DISPOSIÇÃO, ART. 318 DA CLT. O intervalo concedido não tem o condão de significar interrupção da jornada de trabalho. Ao reverso, por ser tratar de período exíguo, não se afigura factível permitir ao professor deixar o seu local de trabalho, no intuito de exercer tarefas outras que não estar à disposição do empregador. Mantida a condenação de origem. Recurso de revista de que não se conhece. (RR-186000-13.2006.5.15.0081, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 24/02/2012)

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DE MATÃO - INTERVALO INTRAJORNADA - PROFESSOR - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - ART. 318 DA CLT - QUATRO AULAS CONSECUTIVAS OU SEIS INTERCALADAS - RECREIO - TEMPO À DISPOSIÇÃO. O art. 318 da CLT prevê a impossibilidade de o professor ministrar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas, hipóteses nas quais restaria configurado o direito à percepção de horas extraordinárias. **Não prospera, assim, nenhum argumento no sentido de que as aulas prestadas após intervalo de apenas quinze minutos devem ser tidas como intercaladas, e não consecutivas, pois tal entendimento tornaria inócua a segunda parte do dispositivo legal em questão, já que tal lapso, por tão exíguo, impede que o professor se dedique a outros afazeres fora do ambiente de trabalho.** Tal intervalo, nacionalmente conhecido como recreio, não pode ser contado como interrupção de jornada, e sim como efetivo horário de trabalho para fins de contagem das quatro horas a que se refere o art. 318 da CLT. Assim, se a duração da hora aula do professor no período diurno é de cinquenta minutos, conforme o art. 4º da Portaria nº 204/45 do Ministério da Educação, e o intervalo de recreio dos alunos é tempo à disposição para o professor, computando-se na jornada, deverá ser considerada como extraordinária a remuneração das aulas a partir da quarta consecutiva, e não a partir da sexta intercalada diária, como fixado na decisão recorrida,

em observância à norma do art. 318 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 648 648/2006-081-15-00.2, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/10/2009, 1ª Turma,, Data de Publicação: 06/11/2009)

PROFESSOR - INTERVALO QUE NÃO CARACTERIZA AULAS INTERCALADAS - EXEGESE DO ART. 318 DA CLT . O art. 318 da CLT estipula o limite diário da prestação laboral pelo professor em um mesmo estabelecimento de ensino, reportando-se a quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas. As aulas consecutivas pressupõem a impossibilidade de exercício de qualquer outra atividade pelo professor no hiato entre uma aula e outra, razão pela qual a ocorrência desse hiato não as desconfigura. Diferentemente, nas aulas intercaladas há espaço para o desenvolvimento de outras tarefas típicas do magistério, tais como a correção de exercícios e provas, a verificação das listas de chamadas, a elaboração de exercícios, etc. Ainda, em que pese o professor ficar à disposição do empregador nesse período, pode até mesmo valer-se do intervalo para atividades particulares, ressaltando, assim, o caráter intercalar da jornada. Todavia, é bom que se registre que a definição dessas jornadas, assim como dos intervalos destas, não foi matéria disciplinada pela CLT, cabendo à Portaria nº 204/45 do Ministério da Educação, considerada ainda em vigor pela doutrina (cfr. Alice Monteiro de Barros, - Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho-, 1ª ed., Ed. LTr, p. 308, São Paulo - SP, 2001), o entabulamento da duração das aulas e do intervalo entre os diferentes turnos. Com efeito, a aludida portaria consigna que a duração das aulas diurnas é de 50 minutos e de 45 minutos a das aulas noturnas. **Já o intervalo entre turnos diferentes é fixado em 90 minutos.** No que se refere ao intervalo conhecido como -janela-, que geralmente corresponde ao período de uma aula, à míngua de abordagem pela portaria em tela, tem sido enfocado e tratado pela jurisprudência (PN 31 da SDC do TST) como tempo à disposição do empregador, arrimado, portanto, no art. 4º da CLT. Nesse diapasão, o intervalo concernente ao -recreio-, verificado dentro de um mesmo turno (in casu, de 15 a 20 minutos), por não ter merecido enquadramento nem pela lei, nem pela interpretação jurisprudencial, e não permitindo ao professor o exercício das demais atividades atinentes à sua função, torna possível a ilação de que tal período não desconstitui a jornada consecutiva. Se assim o fosse, as normas que visaram a interpretar o dispositivo celetista, a exemplo da portaria referida, com evidente anseio protetor da atividade desgastante do magistério, teriam inserido o período do -recreio-, realidade extremamente comum nas instituições de ensino, como desqualificador da jornada de trabalho de aulas consecutivas, o que não exsurge de nosso ordenamento jurídico. Na realidade, apenas a denominada -janela-, consistente na ausência da obrigação de o professor dar uma ou mais aulas da grade horária que cobre um dos turnos do dia (matutino, vespertino ou noturno), é que caracteriza a intercalação de aulas. Recurso conhecido e desprovido.

(TST - RR: 4704441219985095555 470444-12.1998.5.09.5555, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 06/08/2003, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/08/2003.)

Vale observar que as decisões do Egrégio Tribunal consideraram e, portanto, validam as normas previstas na Portaria 204/45 do Ministério da Educação, inclusive do intervalo de 90 minutos aqui discutido. Todavia, nas recentes decisões expostas, a norma suplementar sequer foi citada, indicando clara esquiva quanto ao enfrentamento da discussão e chancela da norma, cabendo inclusive observar que a interpretação dada pela jurisprudência maior trabalhista é subjetiva, com ares de teleologia – **“pois tal entendimento tornaria inócua a segunda parte do dispositivo legal em questão, já que tal lapso, por tão exíguo, impede que o professor se dedique a outros afazeres fora do ambiente de trabalho”** – sendo omissa quanto à fundamentação, violando, desta forma, o art. 93, IX, da CF e o art. 11, do CPC.

Em posição conflitante, a decisão infra exposta enfrentou a questão aduzindo que o critério da especialidade previsto no art. 2º, §2º, da LINDB, não permite a aplicação do art. 71, §1º da CLT, quando há previsão específica no art. 318, senão veja-se:

RECURSO DE REVISTA. 1. PROFESSOR. DURAÇÃO DA HORA-AULA NOTURNA. NORMA COLETIVA. PORTARIA MINISTERIAL Nº 205/1945. É inviável o conhecimento de recurso de revista com base em violação de Portaria Ministerial, por ausência de previsão legal no art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. 2. PROFESSOR. INTERVALO INTRAJORNADA. TRABALHO NOS TURNOS MATUTINO E NOTURNO. É lícita a contratação de professor para ministrar aulas em períodos distintos, matutino e noturno, observado o limite máximo diário permitido de trabalho, nos termos do art. 318 da CLT. **Com base no critério hermenêutico da especialidade (art. 2º, § 2º, da LINDB), conclui-se que as normas especiais de tutela do trabalho do professor excepcionam a aplicação da regra geral do art. 71 da CLT no tocante ao limite máximo do intervalo intrajornada.** O lapso temporal entre o labor no turno matutino e noturno não pode ser considerado como tempo à disposição do empregador. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 5318720115090014, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

Ocorre que as normas não são conflitantes, mas complementares.

3.1.1.5.DA PREPARAÇÃO DE AULA, DA CORREÇÃO E PREPARAÇÃO DE PROVAS E TRABALHOS, DO PREENCHIMENTO DE DIÁRIOS E OUTRAS TAREFAS (HORA-ATIVIDADE)

Dentre as obrigações do contrato especial de trabalho do professor, encontram-se o tempo destinado ao estudo e à preparação de aulas, à correção de trabalhos, provas e tarefas, ao atendimento de pais e de alunos, às reuniões pedagógicas, aos Conselho de Classe e Congregações. Essas atividades, que antecedem e que sucedem à preleção, são tão ou mais intensas que a atividade de ministrar aulas¹⁷⁸.

Ao considerar que esta é uma característica essencial da função, a atual jurisprudência é majoritária ao entender que o tempo despendido para a correção de provas, trabalhos ou preparação de aulas não é contabilizado como tempo disponível ao empregador.

REDUÇÃO SALARIAL. O reclamante não logrou demonstrar a violação a lei nem divergência jurisprudencial passível de ensejar o conhecimento do Recurso. PROFESSOR. ATIVIDADE EXTRA CLASSE. **Esta Corte tem entendido que as atividades executadas fora de classe já estão remuneradas com o pagamento das aulas semanais.** HORA-REUNIÃO. Incide na espécie a Súmula 126 desta Corte, pois, no Recurso de Revista, a parte pretende o reexame do quadro fático descrito pelo Tribunal Regional. Todavia, a aferição da veracidade da assertiva do Tribunal Regional ou da parte depende de nova avaliação dos fatos, procedimento vedado em sede de recurso de revista. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. Não demonstrada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista de que não se conhece.

(TST - RR: 47004920095040751 4700-49.2009.5.04.0751, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 25/09/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013)

RECURSO DE REVISTA. ACOLHIDA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL POR ESTA CORTE. RETORNO DOS AUTOS DO TRIBUNAL REGIONAL, APÓS PROLAÇÃO DE DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ANÁLISE DOS TEMAS REMANESCENTES. PROFESSOR - "HORA ATIVIDADE" (violação aos artigos 4º da CLT e 67, V da Lei nº 9.394/96 (LDB) e divergência jurisprudencial). **O cálculo da remuneração do professor leva em consideração o número de horas das aulas prestadas e as atividades extraclasse, a denominada "hora atividade", como preparação de**

¹⁷⁸ Cf. OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado/homenagem a Evandro Lins e Silva**; José Luciano de Castilho Pereira, coordenador – São Paulo, LTr, 2008. P. 156

aulas e correção de trabalhos e provas, as quais têm sua remuneração incluída no valor pago pela hora-aula. Precedentes, inclusive desta 2ª Turma. Recurso de revista conhecido e desprovido.

(...)

(TST - RR: 375003820065040751, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 09/09/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015)

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. PAGAMENTO DESTACADO DE HORAS DESTINADAS A REUNIÕES PEDAGÓGICAS. I. Hipótese em que não se demonstrou a presença dos pressupostos previstos no art. 896 da CLT quanto aos temas ora consignados. II. Recurso de revista de que não se conhece. **PROFESSOR. HORA ATIVIDADE.** I. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que as atividades extraclasse, como elaboração de aulas e correção de provas, já estão remuneradas no salário base do professor, previsto no art. 320 da CLT. II. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento. Processo: RR – 128100 -03.2006.5.04.0203 Data de Julgamento: 19/02/2014, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014.

Segue no mesmo sentido, a doutrina de Alice Monteiro de Barros:

Convém frisar que o tempo despendido pelo professor na correção de provas e trabalhos, como também na preparação de aulas não é considerado como extraordinário, uma vez que essas atividades, conhecidas como extraclasse são inerentes à função docente e já estão remuneradas pelo salário ajustado¹⁷⁹.

Em que se pese a ilustre doutrina de Alice Barros, a análise mais profunda da questão exige e perpassa por uma interpretação sistemática do ordenamento pátrio, a qual, por certo, dará fulcro a uma melhor conclusão.

O art. 13 da Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96) elenca as tarefas atinentes à atividade de magistério, quais sejam:

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

¹⁷⁹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 379

II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

III - zelar pela aprendizagem dos alunos;

IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;

V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;

VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Nas palavras de José Geraldo de Santana Oliveira, “não é crível e, muito menos, razoável e legal, que as escolas remunerem os seus professores apenas pelas horas-aula ministradas e exija-lhes o cumprimento de todas essas tarefas, como sói acontecer de modo quase generalizado¹⁸⁰” (sic).

Isso porque, o professor não pode se recusar a elaborar ou corrigir provas e trabalhos, preencher diários. O empregador utiliza do seu poder diretivo, ordena, não restando opção ao professor de não elaborar, corrigir provas e tarefas, ir às reuniões, ou mesmo, não preparar aulas. Portanto, se é tarefa determinada pela instituição, ainda que realizada no domicílio do professor, deve ser remunerada de forma equiparada àquela paga pelo tempo de hora aula.

O não pagamento de tais atividades fomenta o abuso de inclusão de infinitas tarefas determinadas pelos empregadores – tais como, busca de notícias de jornal para discussão em sala, pesquisa e estudo do currículo de cada aluno etc. –, e se assemelha ao trabalho escravo, pois há enriquecimento da empresa sem contraprestação para o empregado, violando, com efeito, o previsto no art. 884 do CC.

Dispendeu tempo em favor do empregador, precisa haver contraprestação, não se distinguindo se o trabalho foi realizado no estabelecimento ou se foi feito a distância, desde que tenha sido ordenado pelo empregador, caracterizando a subordinação pressuposta da relação de emprego. Essa é norma básica contida na conjugação dos arts. 4º e 6º da CLT.

¹⁸⁰ Cf. OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado/homenagem a Evandro Lins e Silva**; José Luciano de Castilho Pereira, coordenador – São Paulo, LTr, 2008. p. 157

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.

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Essa também é a doutrina de João José Sady:

Não se pode conceber que o professor seja remunerado apenas pelo tempo em que está ostensivamente à disposição do empregador ministrando as lições. Na verdade, ele também está à disposição do empregador naqueles períodos em que, fora do estabelecimento, labuta na elaboração daquilo que irá apresentar a seus alunos¹⁸¹.

Sem dúvida, reside nessas decisões a patente e inegável desvalorização da profissão de professor e do valor social do “trabalho”, o que afronta o disposto no art. 67 da Lei 9.394/96 e os arts. 1º, IV e art. 170, da CF.

Art. 67. **Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação**, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

O argumento de que estas atividades já estão inclusas na remuneração instituída pelo art. 320 da CLT não merece prosperar, uma vez que o fator multiplicativo visa apenas equiparar o número de dias do mês, conforme se verificará em item posterior.

No âmbito público, esse direito já foi assegurado no art. 2º, §4º da Lei 11.738/08, no qual se exige limite máximo de 2/3 da jornada do professor em atividades de “interação com os educandos”, o que representa que o outro terço da carga horário deverá ser destinado ao preparo das aulas, atividades de aprimoramento, correção de provas e funções análogas.

Essa é realmente uma novidade em se tratando de legislação brasileira, pois antes o assunto era tratado, com parcimônia, por algumas normas coletivas. Normalmente se estabelece uma gratificação pelo preparo das

¹⁸¹ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 54

aulas em casa, mas sem o controle efetivo do tempo dispendido pelo profissional. A essa gratificação se chama hora-atividade. Tem natureza salarial, produz reflexos em outras parcelas trabalhistas, mas, como visto, não corresponde necessariamente ao tempo suplementar que todo e qualquer professor precisa para conferir aula adequada¹⁸².

Na visão de José Geraldo de Santana Oliveira “nada obsta, aliás, tudo recomenda que esse percentual seja extensivo às escolas particulares, posto que estas, como concessão do Estado, possuem as mesmas funções e iguais obrigações de uma escola pública, com exceção da oferta de ensino religioso¹⁸³”.

Insta ainda suscitar que a jurisprudência antiga considerava essas tarefas como passíveis de remuneração, como se depreende de trecho extraído do acórdão julgado no TST - E-RR: 5237379119985095555 523737-91.1998.5.09.5555, Relator: José Luciano de Castilho Pereira, Data de Julgamento: 18/12/2002, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/02/2003.

Assim, conquanto o art. 318 da CLT não tenha contemplado as atividades extraclasse, a jornada de trabalho do professor deve se ajustar àquela definida no referido preceito.

Note-se que o professor tem de se preparar da melhor forma possível para passar o conteúdo aos alunos e deles cobrar resultados, o que demanda tempo além daquele previsto na jornada.

Forçoso, portanto, entender como extras as horas dedicadas para os fins cogitados, em observância ao comando prescrito no art. 7º, XVI, que não distingue categorias profissionais.

Nesse sentido, há precedentes: Processos nºs TST-RR-339008/97, Rel. Min. Barros Levenhagen; TST-RR-231457/95, Rel. Juiz Convocado Márcio Rabelo e TST-RR-101823/94, Rel. Min. Vantuil Abdala.

João José Sady registra que para

suprir essa lacuna, a categoria econômica e a profissional têm buscado mecanismos contratuais que evitem a árdua tarefa de quantificar o tempo empregado nessa preparação. A solução que muitas convenções coletivas e sentenças normativas têm adotado é o sistema denominado de hora-atividade. Cuida-se de adicional fixado pela norma coletiva e que incidirá

¹⁸² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 137

¹⁸³ Cf. OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado/homenagem a Evandro Lins e Silva**; José Luciano de Castilho Pereira, coordenador – São Paulo, LTr, 2008. P. 158

sobre o salário contratual, sendo destinado a remunerar o tempo empregado pelo professor na preparação de aulas¹⁸⁴

, e cita que, em São Paulo, esse percentual corresponde a 5%, sendo este o costume no meio.

Se por um lado, tem razão o doutrinador, quando diz que a composição negocial põe término ao problema, por outro, assiste mais razão ao professor José Geraldo de Santana Oliveira quando conclui que,

não obstante o real significado dessa garantia, pois que ameniza o grau de exploração do trabalho docente, não se deve concebê-la como sendo a mais razoável e recomendável, porque, sobretudo, nem de longe representa a contraprestação pecuniária adequada para as atividades desenvolvidas fora da sala de aula, mas, um pequeno acréscimo financeiro por sua realização e também porque aquelas, que, necessariamente, devam realizar-se no âmbito da escola, e que são essenciais para garantir a educação escolar formadora, ou não são realizadas, em flagrante prejuízo desta e, por conseguinte, da cidadania, ou, são realizadas sem remuneração¹⁸⁵.

A par da discussão sobre as atividades supra-analisadas, não resta dúvidas de que as demais tarefas não inerentes à aula, tais como reunião fora do horário da aula, participação em projetos e festas convocadas pela empresa ou correção de vestibulares para divulgação no site devem ser remuneradas como trabalho extraordinário. Neste ponto, acertadas são a doutrina e as decisões de Alice Monteiro de Barros:

A atividade extraclasse é “inerente ao trabalho docente, relativa a classes regulares sob a responsabilidade do professor fora de seu horário”; ela compreende a correção de provas, preparação de aula, preenchimento de diário de classe, entre outras atribuições deste gênero. O período em que o professor despende nestas atividades não é considerado como extraordinário. O mesmo não ocorre com o tempo em que o docente permanece, nos intervalos de aula, à disposição do empregador (art. 4º da CLT), sanando dúvidas e discutindo temas debatidos em aula, com os alunos. Este período é considerado como trabalho suplementar, à

¹⁸⁴ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 55

¹⁸⁵ Cf. OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado/homenagem a Evandro Lins e Silva**; José Luciano de Castilho Pereira, coordenador – São Paulo, LTr, 2008. P. 158

semelhança do tempo em que o professor permanece após as aulas, aguardando pais ou responsáveis pelos alunos ou em reuniões¹⁸⁶.

PROFESSOR. HORAS EXTRAS. REUNIÕES. O artigo 318 da CLT limita a jornada de trabalho do professor e veda o trabalho diário ao longo de mais de quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas em um mesmo estabelecimento de ensino. Além do trabalho na efetiva regência de classe, o tempo despendido pelo professor na correção de provas e trabalhos, assim como na preparação das aulas, não é considerado extraordinário, pois essas atividades, conhecidas como extraclasse, são inerentes à função docente e já estão remuneradas pelo salário ajustado. A participação em reuniões com pais ou orientadores da escola, no entanto, não constitui atividade extraclasse, pois não se relaciona com a preparação das aulas. A participação nesses eventos gera direito à percepção de horas extras.

(TRT-3 - RO: 1568604 00481-2004-015-03-00-8, Relator: Alice Monteiro de Barros, Sétima Turma, Data de Publicação: 25/11/2004,DJMG . Página 14. Boletim: Sim.)

Igualmente nesse sentido é a jurisprudência majoritária dos tribunais regionais, consignando, entretanto, que há jurisprudência nos dois sentidos.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PROFESSOR. SÚMULA 338 DO TST. Diante da ausência de controles de jornada nos autos e restando demonstrado através do conjunto probatório que a reclamante participava de atividades extracurriculares, tais como reuniões pedagógicas e de pais e mestres, e participação em festividades (dias dos pais, dia das mães, oficinas de páscoa, etc) além da jornada praticada, deve ser mantida a condenação do réu ao pagamento das horas extras. (Processo: RO - 0000907-49.2014.5.06.0015, Redator: Jose Luciano Alexo da Silva, Data de julgamento: 21/07/2016, Quarta Turma, Data da assinatura: 25/07/2016)

(TRT-6 - RO: 00009074920145060015, Data de Julgamento: 21/07/2016, Quarta Turma)

PROFESSOR. REUNIAO AOS SÁBADOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS DEVIDAS. Comprovado nos autos a existência de reuniões aos sábados, fora do horário de trabalho do professor, é devido o pagamento das horas extraordinárias correspondentes ao horário de duração das reuniões.

(...)

(TRT-14 - RO: 601 RO 0000601, Relator: DESEMBARGADORA MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA, Data de Julgamento: 14/09/2011, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.172, de 15/09/2011)

¹⁸⁶ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 379 e 380

(...) HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REUNIÕES PEDAGÓGICAS. REUNIÕES DE PAIS E MESTRES. A jornada especial do professor se restringe à docência, isto é, à atividade de lecionar e não se estende a outras atividades, propugnando as horas extraordinárias. Assim, nas reuniões pedagógicas e de pais e mestres pode ocorrer o extrapolamento da jornada semanal para a qual o professor foi contratado, pois como bem afirmou-se na r. sentença, só haverá incidência das horas extraordinárias quando a reclamante já tiver cumprido a carga horária. Diante disso, mantenho a r. sentença que condenou a Reclamada a pagar horas extraordinárias quando o Reclamante participava de reuniões e estas extrapolavam o horário contratual. Nega-se provimento ao recurso, no particular. RECURSO DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REUNIÕES PEDAGÓGICAS. Apesar da prova oral ter afirmado que as reuniões pedagógicas ocorriam no período matutino e vespertino, o Reclamante na petição inicial aduziu que participava de tais reuniões apenas no período matutino, razão pela qual a condenação deve se ater aos limites do pedido. Sentença que se mantém. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PARTICIPAÇÃO EM FESTAS. A prova oral confirmou a participação dos professores nas festas, mas não a obrigatoriedade no comparecimento, o que implica o não deferimento do pedido. Recurso a que se nega provimento. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REUNIÕES DE PAIS E MESTRES. Quanto à periodicidade das reuniões de pais e mestres, a prova oral apenas confirmou a participação em 3 reuniões ao ano, não se podendo dar a interpretação que busca o Reclamante, ou seja, que havia dois tipos de reunião. No particular, mantenho a r. sentença que deferiu o pagamento como extra de 3 reuniões de pais e mestre. Nega-se provimento ao recurso.

(TRT-23 - RO: 131200600923002 MT 00131.2006.009.23.00-2, Relator: DESEMBARGADORA LEILA CALVO, Data de Julgamento: 23/09/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 30/09/2009)

Lembra-se, por fim, que a jurisprudência do TST entende que, em regra, as atividades executadas fora da sala de classe já estão remuneradas com o pagamento das aulas semanais, mas não enfrenta a divergência sobre a inclusão ou não das reuniões nessas atividades extraclasse, alegando reanálise do quadro fático e confronto à Súmula 126 do Tribunal.

REDUÇÃO SALARIAL. O reclamante não logrou demonstrar a violação a lei nem divergência jurisprudencial passível de ensejar o conhecimento do Recurso. PROFESSOR. ATIVIDADE EXTRA CLASSE. Esta Corte tem entendido que as atividades executadas fora de classe já estão remuneradas com o pagamento das aulas semanais. HORA-REUNIÃO. Incide na espécie a Súmula 126 desta Corte, pois, no Recurso de Revista, a parte pretende o reexame do quadro fático descrito pelo Tribunal Regional. Todavia, a aferição da veracidade da assertiva do Tribunal Regional ou da parte depende de nova avaliação dos fatos, procedimento vedado em sede de recurso de revista. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. Não demonstrada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista de que não se conhece.

3.1.1.6.DAS JANELAS

As “janelas” são o tempo compreendido à disposição do empregador, na qual o professor aguarda o intervalo de uma aula para outra. Tal circunstância é algo corriqueiro na docência, quando o professor ministra aula, por exemplo, nos dois primeiros horários, tendo que esperar o terceiro horário (livre), para ministrar a sua aula que acontece no quarto horário¹⁸⁷.

A doutrina – representada por João José Sady, Alice Monteiro Barros, Emílio Gonçalves, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Homero Batista Mateus da Silva – é unânime em afirmar que **a janela deve ser remunerada**, conforme o Precedente Normativo 31 do TST.

PN 31 do TST: Os tempos vagos (janelas) em que o professor fica à disposição do curso serão remunerados como aula, no limite de 1 (uma) hora diária por unidade.

Estranhamente, Homero Batista afirma que “a CLT passa ao largo da questão” e “a depender exclusivamente dela, o professor não tem direito às janelas¹⁸⁸”, esquecendo-se da norma prevista no art. 4º, exposta alhures. A justificativa do doutrinador reside no tempo perdido:

(...) aquele tempo de espera é necessariamente perdido para outros afazeres, que não aqueles relacionados com a própria escola, uma vez que o professor dificilmente terá liberdade efetiva de se deslocar para fora das instalações físicas da escola, pois os minutos são contados, nem mesmo para resolver seus problemas pessoais ou para alguma forma de lazer, nem mesmo podendo planejar aulas de outra escola em que leccione, porque é inviável carregar 100% do material de todas as escolas para todas as escolas”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Das garantias trabalhistas no Contrato de Trabalho do Professor**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.39, n.150, mar./abr. 2013. p.39

¹⁸⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 129

¹⁸⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 129

Homero muito bem adverte que,

o poder normativo se mostra bastante delimitado com a nova redação do art. 114, §2º, da Constituição Federal de 1988, após a Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, e, ainda, deve-se atentar para o fato de que Precedente Normativo absolutamente nada tem que ver com o direito individual do trabalho, não servindo nem mesmo para embasar petição inicial¹⁹⁰.

O doutrinador ainda suscita corrente que enxergue a autorização legal para as janelas, sem que a escola tenha de arcar com os custos desse interstício, decorrente da interpretação gramatical do art. 318 da CLT¹⁹¹; a janela substitui o intervalo previsto neste dispositivo.

Por fim, vale a discussão sobre a possibilidade de negociação coletiva quanto ao tema. Apenas como parâmetro para discussão, menciono que a Convenção Coletiva do SINPRO Campinas estipula cláusula que define janela como “aula vaga existente no horário do PROFESSOR, entre duas aulas ministradas no mesmo turno” e **autoriza o acordo entre as partes para celebrarem acordo de não pagamento destas.**

Em vista da coação econômica e subordinação, é sempre temerário deixar a cargo de um acordo simples entre empregado e empregador, a disposição de um direito. Por temor do desligamento, quase sempre, o professor assinará esse acordo sem qualquer contrapartida. Se era para abdicar do direito a janelas, em decorrência de negociação em que foi concedido outro em compensação, então, quem deveria fazer o acordo é o sindicato, que tem esse poder e finalidade.

Seria muito mais justo e eficaz, se a negociação coletiva versasse sobre a compensação deste tempo com o dispendido para a correção e elaboração de provas e trabalhos, preparação de aulas e demais tarefas discutidas no subitem anterior. Poder-se-ia estabelecer que cada prova elaborada por determinação do empregador corresponderia a uma hora-aula, a correção a duas, a reunião e a correção de vestibulares a quatro, podendo estas serem descontados de eventuais janelas.

3.1.2. DO HORÁRIO NOTURNO

¹⁹⁰ Bisidem

¹⁹¹ Bisidem

Em vista da duração da aula, discutido no item **3.1.1.1**, **delimitado pelo** art. 4º da Portaria nº 204, de 05 de abril de 1945 (equivalente ao art. 7º da Portaria 887/52), o qual determina o período de 50 minutos, para aulas durante o dia, e uma redução para 40 minutos, em aulas ministradas no período noturno, engendrou-se na doutrina o questionamento sobre a aplicabilidade do art. 73 da CLT.

Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.

De outra forma, alegou-se a inaplicabilidade do dispositivo, visto que “o adicional noturno está assim remunerado com a redução horária¹⁹²”.

Inicialmente, cumpre lembrar que é direito constitucional (art. 7º, IX) a remuneração superior do trabalho noturno em comparação com o diurno e, precisamente por isso, o adicional de 20%, estabelecido pelo art. 73 da CLT, possui validade com status de direito fundamental.

Nesse sentido, Sady relembra que em se tratando de normas protetivas, “não pode o intérprete distinguir para reduzir o espectro de incidência da norma onde ela mesma não faz qualquer distinção¹⁹³”, uma vez que não há restrição apontada no dispositivo em discussão.

Ainda, o art. 57 celetista normatiza a aplicabilidade das normas constante no Capítulo II (Duração do Trabalho) para todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I, do Título III. Portanto, na ausência de norma expressa, é devido o adicional previsto no art. 73.

Vale ainda ressaltar que “os adicionais, regra geral, têm natureza salário-condição e, normalmente, são calculados em forma de percentual

¹⁹² CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Edições Trabalhistas, 5ª ed. p. 186 apud SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 47

¹⁹³ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 46

incidentes sobre um determinado parâmetro salarial e quando habituais integram o salário para todos os efeitos¹⁹⁴”, repercutindo no cálculo do 13º salário, do 1/3 de férias, conforme Súmula 60 do TST.

Essa sempre foi a posição do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e persiste atualmente.

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL NOTURNO. APLICABILIDADE À CATEGORIA DOS PROFESSORES. **É devido aos professores que trabalham em jornada noturna o adicional previsto no art. 73 da CLT, uma vez que a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno se trata de direito constitucionalmente previsto (art. 7º, IX, da CF).** Recurso de revista não conhecido.

(...)

(TST - RR: 1124008020135170008, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 08/10/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROFESSORA. ADICIONAL NOTURNO. NORMA COLETIVA. **A tese do Instituto é no sentido de que a autora não faz jus ao pagamento do adicional noturno, tendo em vista previsão em norma coletiva de que o valor da hora-aula já era calculado levando-se em conta a hora noturna.** O e. Tribunal Regional, com base no conjunto fático-probatório dos autos, assentou que não houve a comprovação de que o pagamento da hora-aula acordada já considerava o pagamento do adicional noturno. Incidência da Súmula nº 126/TST.

(...)

(TST - AIRR: 9149020125030113, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 09/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014)

(...)

PROFESSOR. ADICIONAL NOTURNO. **O artigo 57 da CLT, referindo-se ao Capítulo "Duração do Trabalho" estabelece que "os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III". E, ao tratar das atividades dos professores, a partir do artigo 317, a CLT não exclui expressamente o pagamento do adicional noturno, de que trata o art. 73, o que torna devido o pagamento do adicional.** Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece.

¹⁹⁴ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada.** São Paulo: LTr, 2014. p. 65

(TST - RR: 554420115030005, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19/08/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015)

Em encerramento ao subitem, observe-se que as Portarias não definem o que seria horário noturno, restando lacuna normativa quanto à redução da duração de aula. Quanto à incidência do adicional – e, portanto, aplicação do *caput* art. 73 – considera-se noturno o trabalho executado entre às 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte. Por regra hermenêutica prevista no art. 4º da LINDB, por analogia, deve-se entender que a redução da hora-aula noturna se dará no mesmo período.

3.2. DA REMUNERAÇÃO

3.2.1. DA CORRETA MODALIDADE DE AFERIÇÃO

Sem dúvida, o tópico sobre retribuição do trabalho é o mais sensível de todos, afinal, esta é a principal obrigação do empregador, ao ponto de, no sistema econômico vigente, a perda de saúde ser calculada com base na contraprestação. Os melhores exemplos são o adicional de insalubridade, periculosidade, noturno e o adicional de horas extras que, em sua origem, são compensações econômicas decorrentes da extrapolação dos limites de saúde pré-definidos.

As premissas elencadas sobre natureza jurídica da contraprestação e sua classificação darão o tom da estrutura de pensamento e das consequentes conclusões lógicas. Exatamente por isso, o estudo preliminar destes preceitos se faz indispensável tanto quanto as conclusões, sendo esta a razão pela qual se iniciará a análise pela classificação da retribuição pelo trabalho do professor.

Poucos foram os doutrinadores juslaborais que enfrentaram esse tema, restando poucas referências para enriquecer a discussão e, em consequência, tornou-se escassa, para não avaliar como nula, a discussão sobre as repercussões.

Ensina Luciano Martinez que, a “fixação do salário-base depende fundamentalmente do estabelecimento de uma fórmula de aferição”, a qual se deve definir, para a completude do entendimento, “em função de que o estipêndio será pago”, considerando nessa fórmula dois tipos de variáveis: **unidade de tempo** ou **unidade de produção**.

De acordo com o doutrinador, a unidade de tempo “é a modalidade de aferição do salário-base em que a retribuição é fixada na proporção do tempo despendido pelo trabalhador na execução de suas tarefas, sem ter em conta a quantidade de energia realmente prestada ou a produção obtida”, devendo ser respeitados os limites legais de jornada; ou seja, o trabalhador é remunerado pelo tempo à disposição.

Já a unidade de produção

é a modalidade de aferição do salário-base em que a retribuição é fixada na proporção da quantidade de energia efetivamente prestada, medida pela produção obtida (normalmente nas grandezas comprimento, área e volume). O tempo é despendido em favor do próprio trabalhador, uma vez que, quanto mais tempo gasta em favor do seu trabalho, mais produtivo pode vir a tornar-se¹⁹⁵

, o que ocasionará em maior retribuição, sendo este o caso das comissões.

Fixados as definições de tipos de retribuição, cumpre expor que a Consolidação, em especial para a categoria dos professores, assim dispõe:

Art. 320 - A remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários.

João José Sady conclui, no caput do dispositivo 320, que “o ajuste laboratório entre o professor e a escola não poderá ser por unidade tempo, mas por unidade-aula, e deve ser tido como espécie do salário por tarefa¹⁹⁶”, observando que, ainda que tarefeiro, não pode o contratado prestar serviço em jornada maior do que a fixada como máxima pela Carta Magna. Ao seu favor, acosta jurisprudência da corte máxima trabalhista:

O disposto no art. 320, caput, da CLT conduz à convicção de não ser o professor o que se convencionou denominar como ‘horista’. O salário respectivo é calculado com base nas aulas horas ministradas e estas têm, até mesmo, duração que não coincide com os sessenta minutos correspondentes à unidade de tempo hora. O quadro aproxima-o do pertinentes aos tarefeiros” (Ac. TST 1ª T, RR 0892, publ. In DJU de 24.10.1986, pág. 20388).

¹⁹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 432

¹⁹⁶ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 37

No mesmo sentido, de acordo com Emílio Gonçalves que se apoiou na doutrina de Arnaldo Sussekind, o TST decidiu, no processo nº 1465/53, publicado no DJ de 29/04/59, que:

Embora peculiaríssimo o trabalho do magistério quando tem por base horas de aula – unidade-tarefa – se o professor não trabalhando em certos dias da semana algumas horas ou fração de horas, fica, porém, à disposição do colégio nesses períodos, deve prevalecer para efeito de remuneração, o horário contratual¹⁹⁷.

Homero Batista apenas cita, sem discutir a fundo, que

a CLT concebeu uma sistema híbrido para o professor, de difícil assimilação para o leigo: contrato de trabalho remunerado pelo valor da unidade (aula), mas fixado pelo número de aulas semanais, o que o aproxima mais de um semanalista (espécie em extinção) do que de um horista (espécie que mais resiste)¹⁹⁸.

Ainda que não explicitamente, é somente por acreditar que a remuneração do professor é por tarefa, que há o mínimo de coerência lógico-dedutiva no posicionamento atual da corte máxima trabalhista, que acredita que a tarefa de ministrar aulas abrange também outras tarefas inerentes, tais como preenchimento de diário, elaboração e correção de provas e trabalhos, entre outras, que são inerentes ao exercício da função de docente, como já exposto anteriormente. Do contrário, se o TST considerasse o professor como horista, seria necessário remunerar o tempo dispendido para a realização das demais tarefas.

No mesmo diapasão:

Professor. Hora-atividade. O artigo 320 da CLT não estipula apenas a remuneração da tarefa de ministrar aulas, abrangendo, também, as atividades realizadas fora do estabelecimento de ensino, tais como elaboração e correção de provas e trabalhos, entre outras, que são inerentes ao exercício da função de docente.

(TRT-4 - RO: 00002108920145040821 RS 0000210-89.2014.5.04.0821, Relator: Denise Pacheco, Data de Julgamento: 09/09/2015, 7a. Turma)

¹⁹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar. vol II.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A. 1961. p. 268.

¹⁹⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 131

Contudo, faz-se necessário o questionamento e análise mais profunda sobre a pertinência ou não deste posicionamento, pelos seguintes motivos de fato e de direito.

Primeiramente, insta constatar que, se a aula é uma tarefa, na ausência de alunos, a tarefa não foi realizada e, apesar do tempo à disposição, não há a remuneração devida ao professor que se dirigiu ao local. Do contrário, repise-se, haverá inconsistência lógica de premissa, excetuando, para esse caso, o pagamento por tempo à disposição.

Em segundo plano, dar-se-á, na mesma esteira, a inconsistência das decisões e doutrinas que fixam como indevido o pagamento de tarefas inerentes à aula e determinam o pagamento de reuniões, que não ultrapassem a jornada máxima estabelecida na Constituição, como horas extraordinárias, inclusive acrescentando o adicional de hora extra, uma vez que se calcula o tempo excedente, não como uma tarefa, mas como tempo disponível ao empregador. O mesmo raciocínio dá-se para as decisões que determinam o pagamento de hora extra para o professor que é convocado para festas ou que despende de tempo à disposição para o atendimento dos alunos, fora da sala de aula.

Seria também contraditória a decisão que concede o pagamento de adicional de hora noturno para o período de 30 minutos de aula que ultrapassaram às 22 horas, uma vez que a aula, nessa perspectiva, é dada por unidade de tarefa, e não poderia ser analisada pelo tempo.

[...]

2. ADICIONAL NOTURNO. PROFESSOR. LABOR DE 30 MINUTOS APÓS AS 22:00 HORAS. HORA NOTURNA. FRAÇÃO. Hipótese em que o Tribunal Regional excluiu da condenação o pagamento do adicional noturno, sob o fundamento de que o Reclamante laborava apenas 30 minutos após as 22:00 horas. Contudo, o fato da jornada do Reclamante avançar apenas parcialmente além das 22 horas, não lhe retira o direito ao pagamento do adicional noturno. O art. 7º, inciso IX, da Constituição Federal assegura a todos os trabalhadores, sem distinção, o direito de perceber a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno. Nos moldes do art. 73, § 2º, da CLT, é considerado noturno, para os efeitos legais, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 05 horas do dia seguinte. A hora normal tem a duração de 60 (sessenta) minutos e a hora noturna, por disposição legal, é computada como sendo de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos (art. 73, § 1º, da CLT). Não há, por outro lado, previsão para que o trabalho noturno seja remunerado apenas no caso de alcançar a totalidade da hora noturna.

Assim, nas hipóteses em que o trabalho noturno é realizado por fração de hora, cabe o pagamento do adicional correspondente. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 1010002320085030012, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 28/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015)

João José Sady preceitua a aula como tarefa, mas, em tópico posterior, alude ao costume de convocação para reuniões pedagógicas, reuniões de pais, festividades e sentencia que “nesses horários, o mestre deverá ser remunerado como se estivesse trabalhando em serviços suplementares”, constituindo “horas extras que devem ser remuneradas com o adicional de lei previsto para serviços prestados além da jornada normal¹⁹⁹”.

O doutrinador inclusive apoia-se em decisão do TST, o qual, inconsistentemente, também considera esses períodos extraordinários.

Os professores têm direito ao pagamento correspondente pelos períodos em que forem solicitados para reuniões de conselho de classe, pedagógicas ou administrativas, desde que realizadas fora de seu horário de expediente (Ac. TST/TP RO-DC 175/85, publ. In DJU de 13.6.1986, pág. 10507, Rel. Marcelo Pimentel).

Ademais, considerar a aula como uma tarefa, é, no mínimo, aniquilar completamente a autonomia do professor, pois, como tal, possuiu um marco de realização como, por exemplo, ensinar o eletromagnetismo em 50 minutos, restando à instituição determinar qual é o conteúdo a ser ministrado em todas as aulas. Não haveria necessidade do plano anual de aula elaborado pelo professor e da adaptação deste, semana após semana, pois tarefa dada deveria ser tarefa cumprida, sob pena de faculdade ao empregador pelo não pagamento da remuneração. Essa linha de raciocínio recairia em alguns absurdos decorrentes, dentre os quais se destaca a aula interrompida – por qualquer evento, incluindo casos de indisciplina e utilização destes como meio de discussão e aperfeiçoamento social –, que não seria remunerada, caso não fosse alcançado o conteúdo predeterminado pela direção. Tratar-se-ia de uma ciência exata, de uma máquina de produção, o que, definitivamente, diverge de qualquer tipo de ensino, tendo possibilidade apenas aqueles que pensam com extrema exatidão.

¹⁹⁹ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 58

No mais, sendo tarefa, o empregador pode incluir, sem qualquer limite, diversas subtarefas inerentes à aula, sem que essas sejam remuneradas, tais como, busca de notícias de jornal para discussão em sala, pesquisa e estudo do currículo de cada aluno etc, dando ensejo ao enriquecimento sem causa, aproximando-se do trabalho sem ganho correspondente e em consequente desvalorização da profissão, conforme já debatido.

Pela análise do absurdo de considerar aula como tarefa, conclui-se que o professor é horista e, com efeito, é retribuído pelo tempo em que despendeu o seu conhecimento ou ajudou os alunos a alcançá-lo e, por esta razão, todo o tempo despendido precisa ser remunerado com base na pactuação do valor da hora-aula realizado entre as partes.

Além disso, pelas definições e características das modalidades de aferição de contraprestação supramencionadas, de autoria do professor Luciano Martinez, o professor não pode ser remunerado por tarefa, **porque o tempo não corre a seu favor**, não há remuneração majorada se ele produzir mais no tempo determinado. “Ensinar” mais conteúdo durante a aula, não deve, nem implica em aumento proporcional da remuneração. Se assim fosse, estar-se-ia estimulando uma torrente de conteúdo sem a preocupação com o resultado, aproximando a escola da estrutura de produção de uma empresa e acarretando, assim, o desamparo daqueles que porventura não acompanhassem o ritmo ditado pelo professor.

Na mesma toada, segue a doutrina de Emílio Gonçalves.

Enfrentemos a questão: o professor ganha o salário por aula. A aula, que constitui a unidade que serve de base para o cálculo da remuneração semanal e mensal, tem duração determinada: 50 minutos para os cursos diurnos e 40 minutos para os cursos noturnos. É unidade de tempo.

Por outro lado, a obrigação do professor consiste apenas em ministrar a aula durante o respectivo tempo de duração, trabalhando com diligência, obrigação normal de todo trabalhador. O resultado da atividade desempenhada pelo professor não é levado em conta. Não existe a obrigação de apresentar obra ou serviço durante a jornada de trabalho.

Não há, pois, falar em unidade de serviço, nem salário-tarefa. Repitamos, embora o trabalho do professor se revista de certas peculiaridades, o

salário-aula é iniludivelmente salário por unidade de tempo, exatamente porque tem por base horas de aula²⁰⁰.

Por estas razões, conclui-se que o professor produz para o empregador enquanto está à disposição, conforme o art. 4º da CLT, que considera como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, **salvo disposição especial expressamente consignada**, não havendo na legislação especial referente ao professor norma expressa delimitando como matéria.

3.2.2. DA REDUÇÃO NA QUANTIDADE DE AULAS

Outro ponto polêmico na doutrina e na jurisprudência especializada no contrato de trabalho do professor consiste na discussão da possibilidade do empregador em reduzir, unilateralmente, a quantidade de aulas do professor.

Alice Monteiro de Barros expõe que hoje, apesar da existência de interpretação em direção diversa, vence a posição na qual se alega que,

diante da oscilação do número de alunos e consequentemente de turmas, não pode o estabelecimento de ensino ficar adstrito a garantir ao professor número obrigatório de aulas, o que implicaria, no caso de diminuição do respectivo número, no pagamento de aulas não dadas pelo professor. Tal situação atenta contra a própria natureza do salário, que é contraprestação de serviços²⁰¹.

Esse é o posicionamento atual da Superior Corte Trabalhista, que cristalizou a interpretação por meio da Orientação Jurisprudencial 244 da Seção 1 de Dissídios Individuais, a qual exige como requisito processual para concessão dessa interpretação, a prova da redução do número de alunos, sem a qual se considerará a alteração contratual em prejuízo ao professor.

OJ 244 da SDI-1 do TST: PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE. A redução da carga horária do professor,

²⁰⁰ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 72 e 73.

²⁰¹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 382

em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

Aliás, a redução do número de alunos é a única justificativa que permite a redução do número de aulas dos professores, sendo esta um requisito processual para concessão dessa interpretação, sem a qual se considerará a alteração contratual em prejuízo ao professor.

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. REDUÇÃO DO NÚMERO DE AULAS. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. 1. Esta Corte Superior posiciona-se no sentido de que, estabelecida a carga horária semanal ou mensal, o professor adquire o direito à sua fiel observância pelo empregador, salvo diminuição no número de alunos matriculados na instituição de ensino, reduzindo a receita, o que pode importar na alteração de turmas, com reflexos sobre a carga horária semanal ou mensal. 2. A possibilidade de se reduzir a carga horária do professor universitário, todavia sem o efetivo registro da diminuição do número de alunos, não deve ser invocada de modo isolado como motivo para validar a alteração da jornada; na forma, aliás, expressamente proclamada nos precedentes que originaram a Orientação Jurisprudencial nº 244 da SBDI-1. **A causa da alteração - diminuição do número de alunos - há de ser demonstrada, não bastando a redução do número de aulas.** 3. Logo, a redução do número de horas-aula implica alteração contratual lesiva, ante o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. 4. Consignada, no caso concreto, apenas a redução do número de aulas, porém sem o registro do pressuposto da diminuição do número de alunos matriculados na instituição de ensino, consideram-se devidas as diferenças salariais correspondentes. 5. Violação, que se reconhece, do art. 468 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido .

(TST - RR: 1013002520095050034 101300-25.2009.5.05.0034, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2012, 1ª Turma)

O posicionamento do Tribunal é temerário e inconstitucional, pois viola a garantia de irredutibilidade do salário, constante no art. 7º, VI, da CF, cujo escopo é “combater duas modalidades centrais de diminuição de salários: a redução salarial direta (diminuição nominal de salários) e a redução indireta (redução de jornada ou do serviço, com consequente redução salarial)²⁰²”. Aliás, a redução salarial (ainda que de forma indireta) constitui uma forma de rescisão indireta do contrato de trabalho, prevista no art. 483, “d” e “g” da CLT, pois apesar de não ter havido a redução do valor da hora-aula, a remuneração será menor pelo número menor de aulas.

²⁰² DELGADO, Maurício G. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª. Edição. São Paulo: LTr, 2014. p.815

O próprio tribunal já firmou posicionamento impedindo a redução de jornada ou tarefas por violação ao princípio mencionado.

OJ 396 da SDI-1 do TST. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE 8 PARA 6 HORAS DIÁRIAS. EMPREGADO HORISTA. APLICAÇÃO DO DIVISOR 180. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

Para o cálculo do salário hora do empregado horista, submetido a turnos ininterruptos de revezamento, considerando a alteração da jornada de 8 para 6 horas diárias, aplica-se o divisor 180, em observância ao disposto no art. 7º, VI, da Constituição Federal, que assegura a irredutibilidade salarial.

Não havia motivo para que o TST excepcione, somente para os professores, a garantia constitucional, sendo que a própria Carta Maior prevê a negociação coletiva como ferramenta de redução salarial frente à crise financeira ou até mesmo na hipótese de redução de clientes (alunos). Deveria a Corte Maior do Trabalho incentivar a negociação coletiva e, não, legislar sem qualquer fundamento legal, violando novamente a Constituição em seu artigo 93, IX.

Art. 7º, VI, CF - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Aliás, as razões supracitadas para o sedimento da jurisprudência ignoram a pedra angular do direito empresarial, qual seja, o risco do negócio do empregador, e transpõem para o empregado esse ônus, violando, com isso, não só o art. 2º da CLT, mas o art. 468 da CLT, que impede a alteração “*in pejus*”, exigindo como requisitos de validade para modificação contratual o mútuo consentimento e alteração em benefício.

João José Sady muito bem coloca que o lucro não é dividido com o empregado, também o prejuízo pertence exclusivamente ao patrão, como reza o art. 2º da CLT. Destarte, não pode o empresário reduzir o salário do professor porque estaria violando a Carta Magna e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Por todo o exposto, existe jurisprudência atual dos tribunais regionais que vão de encontro à posição do TST:

PROFESSOR. REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL. A Constituição Federal de 1988

assegura expressamente aos empregados urbanos e rurais o direito à - irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo - (art. 7º, VI/CF). **O princípio da irreduzibilidade salarial atua em duas vertentes, no combate à redução salarial direta e indireta. Aquela, contra a diminuição nominal de salários; esta vedando a redução da jornada ou de serviços, com a consequente redução salarial.** Ambas as práticas, inclusive, constituem justa causa empresarial hábil a acarretar rescisão indireta dos contratos. No primeiro caso, por não cumprir o empregador com suas obrigações contratuais; no segundo, por reduzir o trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários percebidos pelo empregado, conforme, respectivamente, as alíneas -d' e g, do art. 483, da CLT. Paralelamente, a inalterabilidade contratual lesiva emerge como um dos mais importantes princípios contratuais trabalhistas, impingindo ao empregador o dever de observância do melhor e do anteriormente pactuado, de modo a vedar lesões aos direitos adquiridos pelos empregados por meio de violações às cláusulas contratuais, conforme teor do art. 468, CLT. Deste modo, consubstancia-se, simultaneamente, alteração contratual ilícita, violação do art. 468 da CLT e grave afronta ao princípio da irreduzibilidade salarial (art. 7º, VI/CF) a redução do número de horas-aula do professor, que implica em redução salarial, sobretudo por que a Consolidação das Leis do Trabalho determina que a remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, bem como lhes assegura a remuneração condigna (arts. 320 e 323). Recurso da reclamada conhecido e improvido.

(TRT-1 - RO: 00023023120125010421 RJ, Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Data de Julgamento: 27/04/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 26/05/2015)

Quanto à prescrição, incumbe dizer que o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que as diversas alterações implicam em hipótese de prescrição parcial e não total, iniciando a contagem da prescrição do momento de cada alteração unilateral.

(...)

REDUÇÃO DO NÚMERO DE AULAS. PRESCRIÇÃO. 1. A Corte de origem registrou que no ano de 2005 ocorreu apenas a primeira redução do número de aulas da reclamante, mas que ocorreram outras reduções nos anos que se seguiram, contra as quais se insurge a trabalhadora nesta reclamação, conforme reconhecido por ambas as partes em audiência. 2. Assim sendo, há de se concluir que o caso não diz respeito à alteração isolada do pactuado, geradora de prestações sucessivas, a partir da qual se contaria a prescrição total, nos termos da Súmula n.º 294 do TST. Ocorreram várias alterações em anos distintos (inclusive nos cinco anos que antecederam o ajuizamento da reclamação, conforme se infere do acórdão do TRT), reduzindo reiteradamente a carga horária da reclamante, e gerando prestações sucessivas. Assim, não há como reconhecer a alegada prescrição total, estando intacta a Súmula n.º 294 do TST, bem como o art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal. 3. Recurso de revista de que não se conhece. PROFESSOR. REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. A alegação da recorrente quanto à incorreta interpretação da

norma coletiva apreciada pelo TRT impõe a aplicação do art. 896, b, da CLT, de modo que o recurso de revista, nesse particular, somente seria cabível se demonstrado que outro Tribunal Regional conferiu interpretação distinta à mesma cláusula convencional. Os paradigmas colacionados, entretanto, são oriundos do mesmo Tribunal Regional que proferiu a decisão recorrida, de modo que não servem para a configuração de divergência jurisprudencial. Assim sendo, inviável o exame da alegada violação dos arts. 7.º, XXVI, da Constituição Federal, 114 do CCB e 125, I, do CPC. Por outro lado, quanto à alegação de que é possível a redução da carga horária do professor tendo em vista a redução do número de alunos, o recurso encontra óbice na Súmula n.º 126 do TST, pois a Corte de origem registra que não há prova dessa circunstância nos autos. Inviável, pois, apreciar a alegada contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 244 da SBDI-1 do TST, bem como os paradigmas colacionados quanto à questão. Recurso de revista de que não se conhece.

(TST - RR: 554420115030005, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19/08/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015)

3.2.3. DA FÓRMULA DE OBTENÇÃO DO SALÁRIO BASE

Homero Batista observa que para o trabalhador

contratado por tarefa ou por unidade de tempo muito reduzida, como a hora ou a aula, é suficiente que se faça a multiplicação pelo número e unidades ocorridas no mesmo mês. O acerto de contas mensal é o mais comum no direito do trabalho brasileiro, ao contrário de outros países em que se praticam os acertos semanais ou até mesmo diários²⁰³.

Em respeito a esse costume de periodicidade mensal de pagamento e buscando uma fixação de um salário mensal que traga segurança ao professor e tempo hábil para a organização contábil da empresa honrar com o pagamento no quinto dia útil do mês, a CLT, em seu art. 320, §1º, normatizou que a base salarial do professor dar-se-á pelo número de aulas semanais, multiplicado pelo valor da hora-aula e por 4,5 semanas.

§ 1º - O pagamento far-se-á mensalmente, considerando-se para este efeito cada mês constituído de quatro semanas e meia.

²⁰³ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 131

Apenas para esmiuçar a questão, explica, Homero, matematicamente, que

isso representa vinte e oito inteiros mais 3,5, ou 31,5 dias por mês. Como não existe mês algum com mais do que 31 dias, o art. 320 passou a ser interpretado como uma norma mais favorável para o professor empregado, algo a que as outras categorias não tiveram acesso²⁰⁴.

De fato, ao dividir 365 dias por 12 meses, obtém-se 30,42 como uma aproximação, ou seja, essa é média de dias de um mês no ano. Ao usar o fator 31,5 (4,5 semanas vezes 7 dias), a CLT concede aos professores norma mais favorável que lhe rende 1,08 dias ao mês; o que, multiplicado por 12 meses, resulta em 13 dias. Em sendo norma mais favorável, pelo princípio hermenêutico específico do ramo juslaboral, deve o operador do direito utilizar a norma contida no §1º do art. 320, para calcular o salário base da categoria especial dos professores.

Para o mesmo doutrinador, labora em erro quem sustenta que a essa regra vale para todas as demais normas em que houver referência ao período de um mês. Pois, o dispositivo em questão, menciona que a regra do mês de 31,5 dias serve apenas “para esse efeito” de pagamento mensal e não para todos os cálculos trabalhistas do professorado, dando a entender que a norma especial não vale para aviso prévio ou férias.

Pode-se discutir a questão, exceto para o décimo terceiro salário, o qual consiste, pela Lei 4.090/62, em uma gratificação salarial, independente da remuneração a que fizer jus, correspondente a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, para cada mês de serviço do ano correspondente, considerando como mês laborado integralmente aquele com fração igual ou superior a 15 dias de trabalho.

3.2.3.1. DO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO

O art. 7º, XV, da CF, o art. 67 da CLT e o art. 1º da Lei 605/49 asseguram, a todo empregado de qualquer categoria, um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, que deverá ser, preferencialmente, aos domingos, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com

²⁰⁴ Bis in idem

a tradição local, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço.

Para as atividades de comércio em geral, fica autorizado o trabalho aos domingos, desde que observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, I, da CF.

Art. 6º da Lei 10.101/00 - Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do [art. 30, inciso I, da Constituição](#).

Nota-se que, em qualquer situação – autorizada ou não –, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, o repouso semanal remunerado deverá coincidir com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva, conforme §único do art. 6º da Lei 10.101/00.

Sendo permitido o exercício da atividade aos domingos e havendo labor do empregado neste dia, deverá o empregador determinar outro dia de folga.

O mesmo raciocínio se faz para os feriados determinados pela Lei 9.093/95 (Art. 6º–A da Lei 10.101/00 e art. 1º da Lei 605/49).

Caso as normas discutidas não sejam cumpridas, a remuneração para os domingos ou feriados laborados deve ser o pagamento do dia em dobro – mais a remuneração devida para o dia de descanso que será discutida a seguir – além de multa, decorrente de fiscalização administrativa, que pode ser aplicada pelos delegados regionais do Ministério do Trabalho, conforme arts. 9, 12 e 13 da Lei 605/49 com alterações dadas pela Lei 12.544/11, restando ultrapassadas as normas contidas nos arts. 6º-B da Lei 10.101/00 e art. 75 da CLT.

Art. 9º da Lei 605/65 – Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias de feriados civis e religiosos, **a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.**

Art. 12 da Lei 605/65 - As infrações ao disposto nesta Lei serão punidas, com multa de R\$ 40,25 (quarenta reais e vinte e cinco centavos) a R\$ 4.025,33 (quatro mil e vinte e cinco reais e trinta e três centavos), segundo a natureza da infração, sua extensão e a intenção de quem a praticou, aplicada em dobro no caso de reincidência e oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.

Art. 13 da Lei 605/65. Serão originariamente competentes, para a imposição das multas de que trata a presente lei, os delegados regionais do Ministério do Trabalho e, nos Estados, onde houver delegação de atribuições, a autoridade delegada.

Em especial para o professor, não há a possibilidade de permitir o trabalho aos domingos, nem mesmo para exames, conforme art. 319 da CLT. Neste caso, aplicar-se-ão as sanções citadas alhures. No caso do professor, ainda que seja dado outro dia de folga, entende-se que o domingo deverá ser remunerado em dobro, mais o descanso semanal remunerado, mais o dia de folga concedido. Isso porque, a norma do art. 319 da CLT é absoluta ao proibir o labor aos domingos para esta categoria.

Resta a dúvida quanto à aplicação por analogia ou não, quando houver compensação de dia para os feriados. Ainda que incida a luz do princípio da norma mais favorável, a norma do art. 319 da CLT é clara ao restringir o trabalho somente aos domingos e em se tratando de norma punitiva, deve-se ter razoabilidade e justificativa para a aplicação extensiva.

Além do descanso devido, o art. 7º, XV, da CF determina que esse repouso semanal seja remunerado e, em complemento, o art. 7º, da Lei 605/49 estabelece que a remuneração corresponda:

- a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;
- b) para os que trabalham por hora, à sua jornada normal de trabalho, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;
- c) para os que trabalham por tarefa ou peça, o equivalente ao salário correspondente às tarefas ou peças feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestados ao empregador;
- d) para o empregado em domicílio, o equivalente ao quociente da divisão por 6 (seis) da importância total da sua produção na semana.

§ 1º Os empregados cujos salários não sofram descontos por motivo de feriados civis ou religiosos são considerados já remunerados nesses mesmos dias de repouso, conquanto tenham direito à remuneração dominical.

§ 2º Consideram-se já remunerados os dias de repouso semanal do empregado mensalista ou quinzenalista cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por falta sejam efetuados na base do número de dias do mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias, respectivamente.

Ralpa Cândia²⁰⁵ e Emílio Gonçalves²⁰⁶ registram que houve corrente que sustentasse que o professor não faz jus à remuneração do repouso semanal, alegando que este já estaria contabilizado no cálculo das 4,5 semanas. Dentre eles, destaca-se a posição de Antonio Lamarca, citado por ambos os doutrinadores:

Se o mês, para o efeito dos professores, é considerado como tendo quatro semanas e meia (CLT, art. 320, §1º), então eles recebem, mensalmente, 31 dias e meio, tendo frequência integral.

Isso está em perfeita consonância com §1º do art. 7º da Lei citada” (refere-se à Lei 605)

Em outros termos, para Lamarca, as 4,5 semanas, ou 31,5 dias, já contemplam os dias de remuneração das jornadas de descanso. Sendo assim, a categoria do professor recebe, em sua visão, um salário tipo “mensal” aplicando-se, dessa maneira, o disposto no art. 7º, §1º, da Lei 605/49.

Porém, o doutrinador esquece que o fator multiplicativo 4,5 é aproximação para o cálculo da quantidade de aulas horas lecionadas, ou seja, se o professor leciona 10 aulas por semana na instituição, aproximadamente ele lecionará 45 aulas em todos os meses, sem, com isso, contabilizar os dias de descanso que devem ser remunerados.

A tese de que os professores não tem direito aos descansos semanais remunerados acha-se completamente superada. Tinha como fundamento o singelo argumento de que a norma mais favorável dos 31,5 dias já englobava os descansos em seu bojo, mas isso seria impossível porque a CLT é de 1943 e os descansos datam de 1949. Uma lei não poderia dar por quitados direitos que surgiram seis anos depois, evidentemente²⁰⁷.

O Tribunal Superior de Justiça, em respeito ao art. 319, entendeu que o labor da categoria se dá em 6 dias por semana e, exatamente por isso, firmou posição que o professor tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal

²⁰⁵ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 290

²⁰⁶ GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 83

²⁰⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 132

remunerado, ainda que considerado o mês com 4,5 semanas, em conformidade com a alínea “c” do art. 7º da Lei 605/49, cristalizada na Súmula 351.

Súmula 351 do TST: PROFESSOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 605, DE 05.01.1949 E ART. 320 DA CLT (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia.

Poder-se-ia utilizar como fundamento jurídico a aplicação do disposto pela Portaria 887/52 do Ministério da Educação, a qual determina em seu artigo 5º que “é obrigatório o pagamento do repouso semanal remunerado, na forma da lei que o regula”, mas não foi esse o fundamento. Poder-se-ia, igualmente, imaginar que o fundamento jurídico repousaria na jurisprudência da Corte Máxima Trabalhista, que adotou o professor como tarefeiro, mas também não foi esse o fulcro da decisão. Isso porque, o mais completo acórdão que também deu ensejo a Súmula, da lavra do relator Ministro José Luiz Vasconcellos, revela que, na época da análise da interpretação (meados da década de 90), o TST entendia que o professor era horista, argumentando inclusive matematicamente, que o pagamento com o fator 4,5 não contempla os dias de descanso semanal remunerado. Vale a transcrição de parte do acórdão:

O problema do repouso remunerado do professor é menos de natureza jurídica do que de matemática. A lei que regulamenta a atividade é, com ligeiras alterações, o Texto Consolidado. Nele se explicita que os professores receberão remuneração pelo número de aulas semanais que ministrarem, com pagamento mensal, considerando-se para tal fim o mês de quatro semanas e meia (art. 320, e §§). A regulamentação do repouso remunerado (Lei 605) é posterior e, evidentemente, encontra respaldo constitucional. Vale dizer, o professor tem direito ao repouso semanal remunerado, nos termos do art. 7º daquela lei; segundo nosso entendimento, calculado nos termos do inciso "b", eis que a unidade da remuneração, embora paga por mês, é a hora-aula. **Considerando que antes da Lei 605 o repouso não era remunerado, se ele faltasse ao serviço, nos termos do § 2º do art. 320, seria descontado do número de aulas que deveria ter dado, o que significa o não enquadramento do professor no § 2º do artigo 7º da Lei 605, pois não sofreria o desconto na base de 1/30, mas sim de um dia útil e só. Portanto, nos termos da Consolidação e da Lei 605, o professor é um "horista" que percebe por mês e que, após o advento da Lei 605, passou a ter direito à paga do repouso e a sofrer os descontos das ausências e perda do direito à remuneração do descanso hebdomadário.** Assim, o professor, nos termos da CLT e da Lei 605, não é mensalista e a remuneração de quatro semanas e meia não cobre o pagamento do repouso semanal, ainda que não se constituísse, quando considerado

como tal, salário complessivo. No máximo, se fosse objeto do recurso, poderíamos entender que pode ser deduzido do débito relativo aos repousos o que se tiver pago por dia não trabalhado no cômputo de quatro semanas e meia. Todavia, como já se disse, seria afrontada a tese que veda o salário complessivo. Enfrentemos a matemática: *É evidente que o cômputo do mês como composto de quatro semanas e meia remunera o professor além das horas trabalhadas, eis que nenhum mês tem 31,5 dias. Evidente, todavia, no mês de 31 dias, que o meio dia a mais longe está de fazer frente a um repouso, após seis dias de trabalho. No mês mais favorável (fevereiro, com 28 dias), temos quatro semanas completas, do que resultaria (6 + 1) o débito de quatro repousos. Considerada meia semana a mais de dias trabalhados, teríamos, para o professor de "semana cheia" ou "grade completa", o pagamento de três dias e meio sem trabalho. No mês desfavorável (sete ao ano com 31 dias), o resultado é de, no máximo, meio dia remunerado sem trabalho, quando o direito do trabalhador seria de quatro repousos. Vale dizer: 7 meses X 4 repousos = 28, quando o recebido "a maior", admitido o salário complessivo, seria o correspondente a 3,5 dias, nos sete meses. Os meses de trinta dias (quatro por ano) resultariam em 4 meses X 4 repousos = 16, quando o recebido "a maior" seria 1,5 dias por mês, num total de 6 (seis) dias. Assim, pretender que quatro semanas e meia, que correspondem a 13 (treze) dias pagos a mais por ano retirem o direito constitucional e legal aos repousos, constitui aberração, eis que o trabalhador faria jus a 52 (cinquenta e dois) repousos, que é o número de semanas do ano, e recebe "complessivamente" apenas os 13 (treze) dias referidos.* Aqui o primeiro ponto polêmico a ser resolvido. Pode o professor, nos termos da lei, ser considerado mensalista? Caso assim seja, é óbvio que a remuneração mensal engloba os repousos. O artigo 320 da CLT coloca como básico o número de horas-aulas semanais ministradas, e determina o pagamento de quatro semanas e meia por mês. Então temos, na verdade, a unidade hora-aula como padrão de remuneração, e o número delas na semana, o básico para o devido no mês. Assim, o empregado é "horista" com pagamento mensal; embora com mês "dilatado". O § 2º do art. 320 consolidado resolve a questão, eis que explicita que, "vencido o mês, será descontada, na remuneração dos professores, a importância correspondente ao número de aulas a que tiverem faltado", o que implica no desprezo ao desconto de 1/30 que o caracterizaria como mensalista nos termos do § 2º do art. 7º da Lei 605. Em conclusão, a remuneração de 4 semanas e meia longe está de satisfazer o pagamento do repouso semanal. Nego provimento ao recurso. CONCLUSÃO. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial, mas negar-lhes provimento²⁰⁸.

PROCESSO: ERR NÚMERO: 86700 **ANO:** 1993, **PUBLICAÇÃO:** DJ 27.09.1996, ACÓRDÃO Ac. SBDI1- 1423/96) Ac. 1423/1996 - Min. José Luiz Vasconcellos

²⁰⁸ Disponível:

<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1658.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>, Acesso em 12/02/2017.

Contudo, admitindo o fundamento decisório como verdadeiro – o que de fato o é, pois a realidade do professor é o pagamento por hora-aula (tempo) –, aplicar-se-ia a norma contida na alínea “b” do art. 7º da Lei 605/49, a qual ordena que o cálculo do descanso semanal remunerado, dar-se-á por: a soma das horas normais realizadas, divididas pelo número de dias úteis laborados, multiplicado pelo número de domingos e feriados e multiplicado pelo valor da hora aula, o que de fato não ocorre e, em regra, excepcionado raras exceções fáticas, traz prejuízo ao trabalhador. Conclui-se, portanto, que o cálculo de 1/6 é invenção jurisprudencial que facilitou o cálculo, mas que é o incoerente com os fundamentos utilizados.

3.2.3.2. DOS DESCONTOS POR FALTA

Determina o §2º do mesmo dispositivo que, vencido cada mês, será descontada na remuneração dos professores a importância correspondente ao número de aulas a que tiverem faltado. Vale complementar que o desconto somente é permitido se a falta for injustificada, ou seja, faltas cometidas sem previsão legal de abono.

Julpiano Chaves Cortez enumera hipóteses de falta justificada pela lei, às quais se acrescentam hipóteses previstas no art. 6º da Lei 605/49. São elas²⁰⁹:

a) Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:

I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica;

II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;

III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana;

IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;

V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva.

VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na [letra "c" do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964](#).

²⁰⁹ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 72

VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior.

VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo.

IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro.

X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira;

XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.

b) a falta ao serviço com fundamento na lei sobre acidente do trabalho e a doença do empregado, devidamente comprovada por atestado de médico da instituição da previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de representação federal, estadual ou municipal incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha (art. 6º, §1º, “e” e “f” e §2º da Lei 605/49

c) Os dias de paralisação do serviço por conveniência do empregador (art. 4º da CLT e art. 6º, §1º, c, da Lei 605/49)

d) As faltas do empregado ao serviço quando for jurado (CPP, art. 430)

e) As faltas do empregado ao serviço para comparecimento a tribunal, como testemunha ou parte (CLT, art. 822; CPC, art. 419, §único, e Súmula n. 155 do TST)

f) a ausência do empregado devidamente justificada, a critério da administração do estabelecimento (art. 6º, §1º, “c”, da Lei 605/49);

g) outras faltas do empregado ao serviço previsto em lei, em regulamento da empresa, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Por derradeiro, insta enaltecer que, para falta ou atraso durante a semana não será devida a remuneração do descanso semanal remunerado, conforme *caput* do art. 6º da Lei 605/49.

3.2.3.3.DAS AULAS EXCEDENTES

Por outro lado, sempre que o estabelecimento de ensino tiver necessidade de aumentar o número de aulas marcado nos horários, este remunerará o professor, findo cada mês, com uma importância correspondente ao número de aulas excedentes (art. 321).

A dúvida reside em pagar as aulas excedentes com o adicional de hora-extraordinária, ou não. Isso porque, pode ocorrer da aula excedente requisitada e ministrada não exceder a quarta aula consecutiva ou a sexta aula intercalada e também não exceder o limite de jornada constitucional de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Nesse sentido é a doutrina de Ralph Cândia é a seguinte:

As aulas excedentes, ou seja, aquelas acima da programação semanal normal, serão remuneradas isoladamente, com base no salário-aula regular. Se ocorrer ultrapasse do número de horas normais diárias (art. 318), a aula excedente será considerada extraordinária e deverá ser remunerada com os adicionais legais já examinados²¹⁰.

Na mesma esteira, mas não de maneira clara, também é a lição de João José Sady, o qual se apoia na lição de Valentim Carrion:

O número de aulas não poderá ultrapassar o limite fixado de quatro consecutivas ou seis intercaladas. As aulas excedentes deverão ser pagas com o acréscimo de hora suplementar (art. 59) e o professor não estará obrigado a proferi-las salvo na raríssima hipótese de força maior... ressalvada a hipótese de o empregado estar livre de outras obrigações para com outros empregadores²¹¹.

Julpiano Chaves Cortez, apesar de citar o artigo em questão precedido da exposição da norma do art. 318, comenta em favor do pagamento com o adicional de hora extra da seguinte forma:

Portanto, se o professor em determinado mês ultrapassar a sua jornada normal de trabalho, as aulas excedentes serão remuneradas como aulas extras, acrescidas do adicional, no mínimo, de 50% como visto anteriormente²¹².

Nos termos do *caput* do art. 59, da CLT, é considerada hora suplementar aquela que excede a duração normal do trabalho, e essa hora suplementar deve ser paga com o adicional de hora extraordinária. No mesmo sentido, é a inteligência do art. 7º, XVI, da CF, o qual normatiza que serviço extraordinário é remunerado com adicional de no mínimo 50%.

²¹⁰ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 291

²¹¹ CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Edições Trabalhistas, 5ª ed. p. 186 apud SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 70

²¹² CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 81

Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.

Art. 7º, XVI, CF - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Para Luciano Martinez, duração normal do trabalho “é o trabalho ainda não realizado de modo extraordinário, ou seja, a atividade desenvolvida dentro dos limites legais ou contratuais exigíveis²¹³”. Em outros termos, a duração normal do trabalho está limitada também pela duração definida contratualmente, que é de tantas aulas por semana e, porquanto, se o professor ministrar uma aula além da jornada contratual, deverá ser pago com o adicional de hora extraordinária.

O adicional possui o escopo de remunerar o desgaste da saúde pelo trabalho extra e também possui a finalidade de inibir o empregador de exigir horas extraordinárias do empregado para não contratar outro empregado. Ou seja, quis o legislador impor ônus a mais ao empregador para o trabalho extra, a fim de estimular a contratação de mais empregados em homenagem ao princípio da busca do pleno emprego, constante no art. 170, VIII, da CF.

Por essa razão, é de se lembrar que o trabalho extraordinário é excepcional e, conforme previsto no art. 59, necessita de acordo individual ou coletivo de prorrogação de jornada. Pactuado, deve o professor cumprir com as horas extraordinárias exigidas pelo empregador, não excedentes a duas horas. A inexistência de acordo só obriga o empregado a cumprir ordem de serviço adicional, se for decorrente de força maior. Sendo prestado serviço extraordinário, ainda que superior a duas horas, por ordem ou não do empregador, mesmo que não tenha sido firmado acordo individual ou coletivo, é devida a remuneração correspondente com o adicional de horas extras, conforme anota Luciano

²¹³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344

Martinez baseado na Súmula 376, I, do TST e TST-ROAR-27000-37.2009.5.18.0000, SBDI-2, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJe, 17-6-2011, p. 393/394²¹⁴.

Ademais, imagine a situação em que o professor fora contratado para três aulas, e, quinzenalmente, há a necessidade de uma aula plantão de dúvidas. Na hipótese do não pagamento do adicional, a aula habitual ministrada será paga como aula normal e, portanto, acrescentada após o cálculo do salário-base, sem com isso receber, ao menos, a benesse do fator 4,5 semanas.

Não se deve pensar que a jornada do professor possui privilégio excessivo porque, no mais das vezes, o professor labora diversos turnos em diferentes instituições, desgastando-se não só com as aulas, mas com a locomoção de um instituto para outro e, trabalho extraordinário, implica em preparação de nova aula e dispêndio de energia.

Vale mencionar que, em tópico posterior, o próprio doutrinador elenca três únicos limites ensejadores de pagamento do adicional quando extrapolados, mas não cita o limite contratual estabelecido²¹⁵:

- a) a quarta aula consecutiva;
- b) a sexta aula intercalada;
- c) a oitava hora de trabalho, nos períodos de exame, conforme §1º do art. 322, que será estudado posteriormente.

Supõe-se que houve mero esquecimento, uma vez que ao conceituar “duração especial de trabalho”, o doutrinador apontou que a jornada de trabalho especial pode se dar por meio da contratação individual²¹⁶.

3.2.4. DA REMUNERAÇÃO CONDIGNA (ART. 323 DA CLT)

Homero Batista inicia a prelação deste tópico com a seguinte constatação:

²¹⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366

²¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 360

²¹⁶ Bis in idem, p. 347

Poucas vezes a sociedade brasileira terá a oportunidade de assistir a uma desvalorização tão grande de um ofício quanto o de professor. De personagem central nas pequenas e médias comunidades, o professor passou no curto espaço de duas gerações, a ocupação das menos valorizadas em termos financeiros e de prestígio social. Antes, a profissão era uma aspiração natural dos jovens, com perspectiva de realização pessoal e profissional na vida acadêmica. Hoje, o esforço se concentra no combate ao desencanto e ao completo desalento com as condições de trabalho²¹⁷.

A Constituição cuidou de resguardar tal preceito como norma princípio, mas pecou ao restringir a valorização apenas à rede pública, exigindo, apenas para esta seara, um piso salarial profissional nacional, conforme art. 206 da CF e art. 60 da ADCT.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 60 da ADCT. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

III - observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica;

²¹⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 133

Homero ainda muito bem observa que o dispositivo não é norma constitucional programática apenas para instituir e valorizar os professores, mas a educação básica (e os profissionais inerentes a ela) como um todo.

Nota-se, de toda forma, que o art. 60 foi bastante cauteloso quanto ao piso salarial. Não o chamou de “piso salarial dos professores”, pois o conceito poderia ser deturpado, mas de ‘piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica’. Cada uma dessas palavras tem sua razão de ser, como abaixo se verá. Fundamenta-se essa delimitação na expectativa de que melhorando aquilo que se mostra mais desvalorizado no magistério nacional (a educação básica da rede pública), produz-se efeito em cadeia²¹⁸.

Trinta anos após a promulgação da Constituição foi sancionada a Lei 11.738/08 que regulamentou o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

Talvez ainda na vigência da valorização da profissão, os professores do ensino particular conseguiram incluir no Decreto-Lei n. 2.028, de 22 de fevereiro de 1940, a norma contida e repetida na CLT, em seu artigo 323:

Art. 323 - Não será permitido o funcionamento do estabelecimento particular de ensino que não remunere condignamente os seus professores, ou não lhes pague pontualmente a remuneração de cada mês.

Parágrafo único - Compete ao Ministério da Educação e Saúde fixar os critérios para a determinação da condigna remuneração devida aos professores bem como assegurar a execução do preceito estabelecido no presente artigo.

A despeito da discussão acima apresentada – a qual já é suficiente para não desconsiderar o dispositivo –, lembra-se que já se discutiu, em item anterior, sobre a validade das Portarias 204, 522 e 887 emitidas pelo MEC, dando ênfase na oportunidade para a aplicabilidade das normas que versam sobre jornada. Neste momento, discutir-se-á a possibilidade de aplicação destas normas quanto à fixação da remuneração.

Para tanto, deve-se relembrar a existência de discussão quanto à invalidez das Portarias 522 e 887 frente à Constituição de 1946, restando apenas

²¹⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 134

válida a Portaria 204, ou se nem mesmo essa é válida, por ser ato normativo administrativo que extrapola o seu escopo.

Julpiano Chaves Cortez advoga que,

o artigo em análise é praticamente inútil, sem aplicação prática, e deveria ser revogado, pois o conceito de remuneração condigna é ambíguo e depende daquilo que o mercado estabelece e de acordo com as normas coletivas da categoria. Se esse dispositivo fosse aplicado à risca, muitas escolas já teriam fechado, pois, de modo geral, o professor ganha mal e, para ter um salário melhor, tem de ministrar aulas em várias escolas ao mesmo tempo, trabalhando em três períodos (manhã, tarde e noite)²¹⁹.

E acrescenta – apoiado na lição de Sérgio Pinto Martins e citações de Valentim Carrion e Abelar Soares Junior – que o Supremo Tribunal Federal, entendeu que o art. 323, da CLT, foi revogado pela Constituição de 1946 (AI n. 18.845/57, Rel. Min. Luis Gallotti), não tendo mais o Ministério da Educação a prerrogativa da fixação do salário mínimo do magistério particular, tratando-se de letra morta ou carecedor de efetividade. Para tanto, expõe, logo em seguida, o seguinte julgado do STF:

PROFESSORES. SALARIOS. REVOGAÇÃO DO ART. 323 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1946. NÃO HÁ CONFUNDIR ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO, POIS ESTA NÃO IMPORTA EM ANULAR ATOS ANTERIORES, PRATICADOS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, A UM TEMPO EM QUE, POR LEI, A COMPETÊNCIA LHE CABIA.

(STF - AI: 18835, Relator: Min. LUIS GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/01/1970, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05-09-1957 PP-11153 EMENT VOL-00312-01 PP-00084 RTJ VOL-00002-01 PP-00607)

Inicialmente, importa dizer que os argumentos expostos – regulação pelo mercado e que muitas escolas fechariam – são axiomáticos e não podem ser considerados sem dados minimamente científicos.

Além disso, cumpre observar que há duas normas previstas no art. 323 da CLT e, estranhamente, quase nenhum doutrinador discute a segunda que aparenta ter bastante força, qual seja: não será permitido o funcionamento do estabelecimento particular que não pague as contraprestações pontualmente.

²¹⁹ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 97

Não parece ser letra morta essa norma, a qual dá grande força para a propositura de Reclamação por um professor que não recebe salários em dia, pleiteando a paralisação da atividade até que o pagamento seja realizado. Seria excessivo uma liminar “*inaudita altera pars*”, mas não seria improcedente exigir que apresente o comprovante de pagamento em determinado prazo sob pena de paralização da empresa.

Ademais, o preceito defendido, o qual retira a competência do Ministério da Educação para fixar salário mínimo do magistério em decorrência da decisão do STF alhures exposta (AI n. 18.845/57), não possui fundamento sólido para sustentar a inaplicabilidade da Portaria 204 para remuneração, porque o voto do relator não anula a referida portaria. Ao contrário, nesta decisão, o relator julga válida a Portaria 204 e inválida as portarias posteriores. Aliás, o Ministro muito bem coloca a diferença entre anulação e revogação, senão veja-se a transcrição do voto do relator:

Nenhuma razão assiste ao agravante.

O art. 323 da Consolidação das Leis do Trabalho foi revogado pela Constituição de 1946.

Mas não há confundir revogação e anulação.

Se o que houve foi revogação, esta não importou em anular atos anteriores, praticados pelo Ministério da Educação, a um tempo em que, por lei, a competência lhe cabia inteira razão, teve com válida a Portaria do Ministério da Educação, anterior à Constituição 1946.

E o agravante, contraditoriamente, pretende que tal Portaria esteja revogada por outra posterior, do mesmo Ministério, mas expedida quando, já vigente a atual Constituição, não mais tinha competência aquele Ministério para expedí-la.

Nego provimento ao agravo.

Porquanto, não é essa decisão que dá fulcro ou não para a invalidade do uso da Portaria 204 para a remuneração. Melhor seria se o doutrinador tivesse utilizado a decisão do STF de 1975, colacionada anteriormente no tópico 2.1.1.3, a qual determinou a incompatibilidade da Portaria 204 com norma constitucional superveniente. Ela por vezes é citada como justificativa para a não utilização do regramento dado pela Portaria.

O acórdão desta decisão merece leitura e releitura atenta para os fundamentos aos quais se apoia. Nela, como já dito anteriormente, a decisão restringe a inaplicabilidade das normas da Portaria apenas quanto à remuneração, sem que isso afete as demais normas destinadas à jornada – ver fundamentos e parte final do acórdão – e,

ainda assim, há diversos julgados que não analisam a decisão por completo e invalidam a sua aplicação para a jornada.

Como segundo ponto, é importante também delimitar que a referida decisão admite que houve **derrogação (e não revogação) o que não acarreta a insubsistência dos atos dela oriundos** e os atos emanadas de autoridade competente, ao tempo, não perdem a sua eficácia pela cessão da competência, ou seja, a derrogação anularia os atos posteriores (Portarias posteriores, 522 e 887), mas não invalidam os anteriores (Portaria 204).

Contudo, neste caso, para justificar a inaplicabilidade da Portaria quanto à remuneração, o Ministro Relator aduz que, se válida o ato normativo, então a norma contida no dispositivo 123 da CF/46 não teria eficácia real para a categoria dos professores, uma vez que a Justiça do Trabalho, em oportunidade para dirimir conflito sindical de norma coletiva, apenas utilizaria as normas de reajuste prevista pela Portaria, esvaziando, dessa forma, a competência privativa para conciliar e julgar os dissídios coletivos. Sendo assim, se esses atos, quer por se mostrarem inconciliáveis com disposições constitucionais, quer pelo fato de, ao regularem situações futuras, implicarem em fazer subsistir nos seus efeitos uma competência que cessou na sua origem, também eles serão atingidos pela derrogação.

Em poucas palavras, o Relator admitiu a derrogação e desvirtuou o instituto para que a decisão fosse ao encontro do que ele acredita, sem que constasse competência privativa para Justiça do Trabalho no art. 123 da CF/46 e, ainda que constasse, a fixação de salário mínimo não atrapalharia em nada o julgamento e a conciliação de dissídios coletivos.

Observe o dispositivo e a decisão para melhor juízo. A decisão está anexa a este trabalho.

Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.

Por fim os embargantes, com o valioso apoio da douta Procuradoria-Geral em que, a despeito de derogado o parágrafo único do art. 323 da Consolidação das Leis do Trabalho, subsistem as Portarias baixadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Educação, com fundamento naquele dispositivo.

É certo o princípio de que a derrogação de lei, por incompatibilidade dos seus preceitos com norma constitucional superveniente, não acarreta a

insubsistência dos atos dela oriundos. Particularmente o caso dos autos, os atos emanadas de autoridade competente, ao tempo, não perdem a sua eficácia pela cessão da competência.

Contudo se esses atos quer por se mostrarem, por sua vez, inconciliáveis com disposições constitucionais, quer pelo fato de, ao regularem situações futuras, implicarem em fazer subsistir nos seus efeitos uma competência que cessou na sua origem, também eles serão atingidos pela derrogação.

É evidente que a derrogação não alcança senão a dinâmica do ato, resguardados os efeitos produzidos até o momento em que ele se tornou incompatível com a norma constitucional.

A Portaria n. 204, por cuja subsistência propugnam os embargantes, estabeleceu critérios para a fixação condigna remuneração dos professores. Por ela, aquela remuneração será fixada, inicialmente, por contrato, tendo em vista a renda do estabelecimento, o custo normal da vida na localidade, as qualificações pedagógicas dos professores e a necessidade do seu aperfeiçoamento cultural e técnica (art. 2º). Ainda pela mesma Portaria tal remuneração será reajustada periodicamente, em função da elevação do salário mínimo regional e da contribuição dos alunos, de acordo com a fórmula estabelecida (art. 5º).

Tendo a portaria n. 204 estabelecido as normas e condições para o reajustamento periódico da remuneração dos professores, se subsistentes as suas disposições, evidente que esta Justiça não poderia, na apreciação de dissídio tendente à revisão daquela remuneração, fixar outras normas e condições. E, se não podia, a função da Justiça do Trabalho, em tais dissídios ficaria confinada ao preenchimento da fórmula preestabelecida com a atualização dos elementos correspondentes ao salário mínimo e à contribuição dos alunos. Dúvida não há que uma tal limitação implicaria no esvaziamento da competência normativa da Justiça do Trabalho, em relação aos dissídios salariais de professores, ao tempo em que configuraria um meio indireto de fazer subsistir a competência do Ministro da Educação para rever a remuneração em apreço.

Ora, a Constituição Federal, no art. 123, atribuiu privativamente à Justiça do Trabalho a competência para dirimir os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho. E lhe assegurou ainda privativamente, a competência para fixar normas e condições, nas decisões em dissídio coletivo, quando for caso especificado em lei como na hipótese de revisão de salários (art. 766 da Consolidação das Leis do Trabalho).

“Assim, a persistência das disposições da Portaria n. 204, não se coaduna com a competência constitucionalmente assegurada a esta Justiça **para rever e reajustar a remuneração dos professores.**”

Observo que no precedente citado (RE 21.233) também se teve como revogada a Portaria.

A decisão recorrida, validando-a, vulnerou o art. 123 da Constituição Federal de 1946, reiterado no art. 142 da vigente EC n. 1/69, porque desatendeu a área de competência da Justiça do Trabalho.

Conheço do presente recurso e lhe dou provimento²²⁰.

Não há, pela leitura do dispositivo acima, qualquer menção à competência privativa. Não há, na norma em discussão, qualquer menção quanto à retirada de poderes do executivo legislar por outorga de poderes do legislativo. Não há menção quanto à competência para fixar salários profissionais pelo Judiciário. E, com efeito, questiona-se: qual seria o problema do executivo legislar sobre o salário mínimo profissional dos professores por outorga de lei e o Judiciário dirimir negociações coletivas e individuais, inclusive estabelecendo norma diversa da mesma matéria por meio de sentença normativa? O que ocorreria seria situação natural no Direito do Trabalho e aplicar-se-ia a norma mais favorável, levando em consideração que a norma sindical é, em regra, mais benéfica.

Nesse sentido são as opiniões de Arnaldo Sussekind e Amaro Barreto:

A par da competência constitucional da Justiça do Trabalho, para estabelecer normas e condições de trabalho, há a competência também constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, para instituir e fixar o salário-mínimo, sendo que o salário profissional é o salário mínimo da categoria, e para legislar sobre o direito do trabalho, no qual se entrosa o salário profissional, como forma de proteção aos trabalhadores de determinada categoria (art. 5º., no. XV, alínea “a”, e art. 157, e se inciso I).

O caso era e é, pois, de conjugação e harmonização dos dois dispositivos constitucionais e das suas competências que eles outorgam, como dissemos acima²²¹.

Não obstante os valiosos acórdãos transcritos, entendemos que o explícito reconhecimento do poder normativo da Justiça do Trabalho pela Constituição em vigor em nada se atrita com a competência legal do Ministério da Educação para fixar os critérios determinantes da remuneração condigna dos professores.

[...]

Para que isto ocorresse, imprescindível seria que a Constituição atribuísse a fixação dos níveis mínimos de remuneração, de caráter geral ou profissional, privativamente ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Mas tal não se verifica.

²²⁰ Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14623100/recurso-extraordinario-re-76300-mg>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

²²¹ BARRETO, Amaro. **Tutela Especial do Trabalho**, vol. II, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1967, p. 365.

[...]

Destarte, pode o dispositivo no parágrafo único do art. 323 da CLT ser considerado desaconselhável e até desnecessário, em virtude da competência da Magistratura do Trabalho para reajustar salário. Não nos parece, todavia, inconstitucional, pois não configura delegação de poder, nem obsta à Justiça do Trabalho o exercício de sua competência normativa²²².

Os pontos de apoio da decisão não são nem de perto convincentes, trata-se de teratologia, mas a jurisprudência e a doutrina, em vista da segurança jurídica e de uma crise jurisprudencial, assentou a matéria e somente a discute quanto à aplicabilidade na fixação da jornada (hora-aula).

Neste sentido, registra que há divisão jurisprudencial da Corte Maior Trabalhista quanto à aceitabilidade da aplicação da Portaria para delimitar o tempo da hora aula, restando a favor os julgados atuais listados abaixo, donde destacamos uma ementa.

TST - ARR: 713006320055090004 71300-63.2005.5.09.0004, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 02/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/10/2013.

TST - RR: 10867007220065090002, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 27/08/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014.

TST - RR: 3414008120075090071 341400-81.2007.5.09.0071, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 07/08/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013.

TST - RR: 3414008120075090071 341400-81.2007.5.09.0071, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 07/08/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013.

TST - ARR: 29600000520095090651, Data de Julgamento: 29/06/2016, Data de Publicação: DEJT 29/07/2016.

[...]

PROFESSOR. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ART. 318 DA CLT. QUATRO AULAS CONSECUTIVAS OU SEIS INTERCALADAS. RECREIO. TEMPO À DISPOSIÇÃO. Se a duração da hora aula do professor no período diurno é de cinquenta minutos, conforme o art. 4º da Portaria nº 204/45 do Ministério da Educação, e o intervalo de recreio dos alunos é tempo à disposição para o professor, computando-se na jornada, deverão ser consideradas como extraordinárias a remuneração das aulas a partir da quarta consecutiva, que não se descaracteriza com o intervalo para recreio, aí considerada como unidade aula o tempo de cinquenta minutos, e não a partir da sexta intercalada diária, como fixado pela decisão recorrida, em observância da norma do art. 318 da CLT. Recurso conhecido e provido.

²²² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar. vol II.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A. 1961. p. 275, 276 e 277

[...]

(TST - RR: 5632571219995040304 563257-12.1999.5.04.0304, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/09/2004, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 15/10/2004.)

Os julgados atuais da mesma Corte listados abaixo defendem a inaplicabilidade de Portaria para a fixação do tempo de aula sob o pretexto de:

- a) o julgado de 1975 do STF já decidiu sobre a inaplicabilidade;
- b) a norma coletiva que definiu o tempo de aula;
- c) a Portaria contraria todas as Leis de Diretrizes e Bases posteriores que dão para o planejamento de aulas.

São eles:

TST - RR: 7248002920095090012, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 12/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015.

TST - AIRR: 2352008020095200004, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 05/11/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/11/2014.

TST - ARR: 4572520105090028, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015.

TST - RR: 9600320105090010, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/08/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015.

TST - RR: 2806120125090652, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/06/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016.

TST - RR: 18223020125090001, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/09/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015.

TST - RR: 5906920115090016, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 21/09/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.

As justificativas “a” e “c” já foram discutidas neste item e no item 2.1.1.3, merecendo assente apenas a justificativa “b”, em vista da valorização da norma coletiva, que possui presunção relativa de ser norma mais favorável pela negociação entre partes teoricamente não vulneráveis, art. 7º, XXVI, da CF.

Por sepulcro à análise da validade da Portaria, é estranho pensar que o Ministério da Educação não pode definir o mínimo valor para a remuneração condigna de um professor, mesmo que dispositivo legal outorgue poder, porque é ato

derivado do poder Executivo, mas aceita o fato deste próprio poder definir o salário mínimo nacional.

enquanto a fixação do Ministério da Educação é lançada através de mera portaria, o salário-mínimo é fixado por Decreto do Poder Executivo, assinado pelo próprio Presidente da República. Apesar de isso acontecer, ninguém nega que a Justiça do Trabalho possa majorar os salários vigentes. Isto não altera o salário-mínimo, que continua a imperar. O empregador pode continuar contratando empregados mediante essa remuneração. Mas, a Justiça do Trabalho, em atenção ao movimento ascensional dos preços e às necessidades dos trabalhos, pode ditar sentença normativa que majora os salários dos empregados em trabalho nas empresas atingidas por sua decisão. Se isso pode acontecer em relação à generalidade dos trabalhadores, por que não poderá acontecer relativamente aos professores? Só porque ao Ministério da Educação e, não, às Comissões de Salário-Mínimo, cabe a fixação da remuneração condigna dos mesmos?²²³

Ainda na esteira do salário condigno, cabe suscitar que o Tribunal Superior do Trabalho decidiu e cristalizou decisão, por meio da OJ 393 da SDI-1, de que o professor tem direito de percepção de um salário mínimo integral quando trabalhar no limite máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT.

393. PROFESSOR. JORNADA DE TRABALHO ESPECIAL. ART. 318 DA CLT. SALÁRIO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

A contraprestação mensal devida ao professor, que trabalha no limite máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT, é de um salário mínimo integral, não se cogitando do pagamento proporcional em relação à jornada prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Vólia Bomfim analisou que esta interpretação do TST é pontual para a categoria, pois vai de encontro à interpretação dada pela própria Corte, quando este interpretou a questão sob o viés administrativo para as demais categorias²²⁴.

OJ 272 da SDI-1. SALÁRIO MÍNIMO. SERVIDOR. SALÁRIO-BASE INFERIOR. DIFERENÇAS. INDEVIDAS (inserida em 27.09.2002)

A verificação do respeito ao direito ao salário mínimo não se apura pelo

²²³ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. 2v. p. 515, Apud GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. ver. E atual. São Paulo: LTR, 1975. p. 69

²²⁴ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 659

confronto isolado do salário-base com o mínimo legal, mas deste com a soma de todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador.

OJ 358 da SDI-1. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.
II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A decisão refutou a colisão com a OJ 358 da SDI-1 do TST supracitada, “uma vez que não se trata, pura e simplesmente, de reconhecer a possibilidade do pagamento de salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado, mas, sim, de verificar a extensão dos efeitos da jornada especial outorgada à categoria profissional dos docentes” prevista no art. 318 da CLT. E, sendo assim,

não condiz com a garantia de jornada especial, que visa a preservar a higidez física e mental dos profissionais contemplados, o pagamento de salário proporcional à duração de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, assegurada aos trabalhadores em geral no art. 7º, XIII, da Magna Carta. Do contrário, a tutela conferida por lei ao professor e a outras categorias profissionais (bancários, jornalistas, radialistas etc.), em razão de opções políticas e condições laborativas específicas, transmudar-se-ia em indesejável prejuízo para os beneficiários, sujeitos a mais elevado divisor para o cálculo do salário-hora e, ipso facto, na dependência de dois ou mais empregos para auferir o salário mínimo mensal. Inteligência do art. 6º, § 2º, da Lei 8.542/92, que estabelece fórmula diferenciada para o cálculo do salário mínimo dos trabalhadores em jornada especial²²⁵.

Art. 6º da Lei 8.542/92 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, por jornada normal de trabalho, capaz de satisfazer, em qualquer região do

²²⁵ Trechos retirados do Acórdão da lavra da Ministra Relatora DORA MARIA DA COSTA no Recurso de Revista - 239/2006-021-07-00. DEJT - 11/12/2009. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5021293.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> >. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

País, às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

§ 1º O salário mínimo diário corresponderá a um trinta avos do salário mínimo mensal, e o salário mínimo horário a um duzentos e vinte avos do salário mínimo.

§ 2º Para os trabalhadores que tenham por disposição legal a jornada máxima diária de trabalho inferior a oito horas, o salário mínimo será igual ao definido no parágrafo anterior multiplicado por oito e dividido pelo máximo legal.

Conclui-se, portanto, que é devida a contraprestação de, pelo menos, um salário mínimo mensal, para todo o professor que perfizer a jornada máxima prevista no art. 318 da CLT.

3.3. DAS FÉRIAS E DO RECESSO ESCOLAR

3.3.1. DO PAGAMENTO NO PERÍODO DAS FÉRIAS

Em repetição ao disposto no art. 142 e seus parágrafos, o *caput* do art. 322 denomina como direito especial dos professores, receber no período de exames e no de férias escolares o pagamento do mesmo valor pago periodicamente durante o período de aulas.

Art. 322 - No período de exames e no de férias escolares, é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas.

Art. 142 - O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão.

§ 1º - Quando o salário for pago por hora com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

§ 2º - Quando o salário for pago por tarefa tomar-se-á por base a média da produção no período aquisitivo do direito a férias, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa na data da concessão das férias.

Trata-se, em regra, de direito inócuo, muito melhor regulado pelo Capítulo IV da CLT (DAS FÉRIAS ANUAIS), uma vez que os §§5º e 6º do art. 142

da CLT, preveem que, no cálculo das férias, deve-se incluir a média das horas extras no período aquisitivo, o adicional noturno ou de insalubridade.

§ 5º - **Os adicionais por trabalho extraordinário**, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias.

§ 6º - **Se, no momento das férias, o empregado não estiver percebendo o mesmo adicional do período aquisitivo, ou quando o valor deste não tiver sido uniforme será computada a média duodecimal recebida naquele período, após a atualização das importâncias pagas, mediante incidência dos percentuais dos reajustamentos salariais supervenientes.**

Na mesma linha, segue a interpretação do TST que cristalizou a sua posição por meio da Súmula 347.

3.4 Súmula nº 347 do TST

HORAS EXTRAS HABITUAIS. APURAÇÃO. MÉDIA FÍSICA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas.

Obviamente, a interpretação deste artigo precisa harmonizar com o disposto pelo art. 7º, XVII, da CF, o qual determina o pagamento das férias com o acréscimo de um terço da remuneração.

Diz-se “em regra”, pois se houve majoração da carga horária do professor durante o ano letivo, ter-se-á, como direito mais benéfico, a percepção do último salário em comparação com a média de horas trabalhadas durante o ano.

Com efeito, com baliza na aplicação da norma favorável, é necessário analisar qual das hipóteses é mais benéfica ao trabalhador: a média do período aquisitivo, acrescentado das horas extras, ou a remuneração regular devida no momento de concessão das férias.

3.3.2. DA JORNADA NO PERÍODO DE EXAME

Dispõe, o §1º do art. 322, que, no período de exames, somente haverá pagamento do adicional de hora extra quando o horário exceder 8 (oito) horas de trabalho.

§ 1º - Não se exigirá dos professores, no período de exames, a prestação de mais de 8 (oito) horas de trabalho diário, salvo mediante o pagamento complementar de cada hora excedente pelo preço correspondente ao de uma aula.

Contudo, é mister lembrar que o art. 318 delimita jornada de quatro aulas consecutivas ou seis aulas que, nos moldes da Portaria 204, implicaria em jornada menor do que a oito horas aqui estipuladas.

Provavelmente, a ideia do legislador naquela oportunidade fora baseada na conjuntura daquele professor que somente leciona em um único colégio. Neste caso, na ausência do desgaste de ministrar aulas, o professor poderia laborar a jornada padrão celetista.

Ocorre que, em decorrência da desvalorização da profissão, e da consequente necessidade de trabalho em demais instituições, a norma contida neste dispositivo passa a ser impraticável.

Além do mais, a referida norma não possui validade quando confrontada pelo disposto no art. 468 da CLT, o qual proíbe a alteração “*in pejus*” para o empregado. Traz prejuízo ao professor, quando este labora um número determinado de horas por certa contraprestação e, durante o contrato, atribui-lhe período superior sem remuneração adicional nos termos da lei.

Para Julpiano Chaves, o dispositivo não fora recepcionado pela Constituição, por se tratar de situação que implica em redução salarial, o que viola o princípio da irredutibilidade salarial previsto no art. 7º, VI, da CF, a qual somente seria permitida por meio de norma coletiva.

Por sua vez, o parágrafo primeiro do artigo em análise preceitua que não se exigirá dos professores, no período de exames, a prestação de mais de 8 (oito) horas de trabalho diário, salvo mediante o pagamento complementar de cada hora excedente pelo preço correspondente ao de uma aula.

Esse dispositivo está fora da realidade, em desuso, atritando com o princípio da irredutibilidade salarial assegurado pela atual Constituição Federal (art. 7º, VI)²²⁶.

Neste contexto, e utilizando de uma interpretação sistemática e gramatical, §1º do art. 322, só teria aplicabilidade quando a carga horária do professor fosse regularmente maior do que quatro ou seis aulas e menor do que oito horas, pois não haveria a aplicação habitual do adicional de hora extraordinária por jornada acima da quarta ou sexta aula intercalada (OJ 206 da SDI-1 do TST), o qual somente seria utilizado após a oitava hora. O professor que laborasse regularmente 7 aulas de 50 min (350 min), durante o ano letivo, teria direito a receber a sétima aula com o adicional de 50%, exceto no período de exames.

3.3.3. RECESSO ESCOLAR (ART. 322, §2º, DA CLT)

Inicialmente, cumpre esclarecer que há distinção entre férias e recesso escolar. Férias é período de interrupção do contrato de trabalho obrigatória após o decurso do período aquisitivo, no qual o empregador não pode exigir labor do empregado em hipótese alguma, no qual é devido o acréscimo de um terço do salário e sua violação implica na incidência da multa do art. 137 da CLT.

Férias dispõem de regulamentação e conceitos próprios. Envolvem pagamentos proporcionais e dobrados, dependendo do caso; podem ser convertidas em abono pecuniário, até o limite de um terço dos dias disponíveis; recebem o acréscimo de um terço da remuneração, por força da Constituição Federal de 1988. Desta forma, não é razoável chamar de férias qualquer período da paralisação dos trabalhos, pois as implicações trabalhistas são múltiplas²²⁷.

Recesso é período de interrupção do contrato deliberada pelo empregador, o qual,

corresponde muito mais ao período de descanso do aluno do que propriamente do professor. Por certo, o professor descansará alguns dias integralmente e em outros dias parcialmente, além do fato de que não ter de lidar com as classes cheias. No entanto, a escola aproveitará o recesso

²²⁶ CORTEZ, Julpiano Chaves. **PROFESSOR: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014. p. 86

²²⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 129 e 130.

estudantil para fins de planejamento, reuniões e trabalhos internos sem que o professor possa se opor aos trabalhos²²⁸.

Nesse sentido, o doutrinador alerta que o disposto no art. 322, §2º, da CLT, possui notório engano, visto que a norma permite que a escola exija trabalho relacionado a exames, durante o período de férias, o que é proibido por desvirtuamento do instituto. O correto seria substituir férias por recesso escolar, senão veja-se:

§ 2º No período de férias, não se poderá exigir dos professores outro serviço senão o relacionado com a realização de exames.

Fica notório que o dispositivo celetista 322 quis, originalmente, apenas regular as férias escolares dos alunos, classificadas também como recesso escolar, ao ponto de proibir que seja exigido qualquer outro tipo de trabalho para o professor que não sobre os exames finais (§2º), que a remuneração não pode diminuir neste período, mesmo que haja menos trabalho (*caput*), que neste período a jornada de trabalho poderia ser maior porque não haveria mais o desgaste com as aulas (§1º). Posteriormente, na década de 90, fora proposta nova regulamentação também sobre as férias escolares (recesso), que será objeto de estudo do próximo subitem.

Nesta toada é a lição basilar de Arnaldo Sussekind:

é evidente que, na fluência das férias escolares, os professores se encontram, praticamente, em licença remunerada, eis que somente estão obrigados a prestar, aos respectivos estabelecimentos, os serviços relacionados com a realização de exames. Tal repouso anual remunerado não corresponde, entretanto, ao instituto das férias, visto que, durante o seu transcurso, permanece o professor à disposição do empregador para a prestação eventual dos serviços que a lei autoriza, o que impede, a nosso ver, a configuração das férias.

Com efeito,

para que o empregado esteja em férias, mister se faz que ocorra a interrupção das prestação de serviços, através da suspensão do vínculo de dependência que o coloca, para esse fim, à disposição do empregador. De conseguinte, no decurso do período de férias o empregado tem a liberdade de se transportar para onde lhe aprouver, sem se sujeitar ao chamado da empresa. Outrossim, interessa ao Estado que o empregado goze suas férias em ambiente diverso do seu local de trabalho, alheando-

²²⁸ Bisidem

se completamente da atividade profissional empreendida no respectivo período aquisitivo²²⁹.

3.3.4. FÉRIAS ESCOLARES CUMULADAS COM AVISO PRÉVIO

Ensina João José Sady que, a legislação anterior

impõe paralisações de uma atividade periódica para as férias escolares. De outro, a Consolidação das Leis do Trabalho obriga a que os professores sejam remunerados durante tais períodos, eis que, teoricamente, encontram-se à disposição da empresa para trabalhar. Não prestam serviços concretamente porque a empresa está vinculada a este mecanismo e não porque se recusam a cumprir suas obrigações²³⁰.

Em combate a esta situação, os empregadores escolares despediam professores antes das férias escolares (recessos) e os recontratava para o início da aula. E esta notória fraude fora combatida pelo Tribunal Superior do Trabalho, o qual determinou, por meio da Súmula 10, que era assegurado aos professores o pagamento dos salários no período de férias escolares. Se despedido sem justa causa, ao terminar o ano letivo ou no curso dessas férias, faz jus aos referidos salários.

A Lei 9.013/95 positivou essa interpretação, no §3º do art. 322, da CLT, que possui a mesma redação da Súmula 10 antiga.

§ 3º - Na hipótese de dispensa sem justa causa, ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares, é assegurado ao professor o pagamento a que se refere o caput deste artigo.

A infeliz redação deu azo a diversas interpretações de defesa que prejudicavam a medida protetiva ao professor como, por exemplo, a dispensa antes do término do ano letivo, ou antes do início das férias escolares, retirando, dessa forma, a eficácia do dispositivo.

A Jurisprudência e a doutrina continuavam a utilizar a interpretação teleológica. Primeiro, porque “se admitíssemos que estes salários compusessem o valor do aviso prévio, teríamos um só pagamento atendendo duas

²²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. Vol. II. Livraria Freitas Bastos S.A. Rio de Janeiro. 1961. p. 292

²³⁰ SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 76

prestações distintas e impostas por lei²³¹”; mesmo porque, se assim não fosse, “não lograria o mestrado dispensado como obter nova colocação antes do reinício das aulas, ficando forçosamente sem perceber vencimentos durante um mês ou mais²³²”. Segundo, porque a interpretação sistemática da Súmula 305 do TST, das Orientações Jurisprudências 82 e 83 da SDI-1 do TST e, sobretudo, a interpretação gramatical da primeira parte do artigo 489, da CLT, implica que, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o prazo do aviso prévio.

OJ 82 da SDI-1. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997)

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder a do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

OJ 83 da SDI-1. AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997)

A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.

Art. 489 da CLT - Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

3.4. Súmula nº 305 do TST - FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito à contribuição para o FGTS.

Em outros termos, o legislador determinou que a projeção do aviso prévio deve repercutir sobre o contrato de trabalho para todos os efeitos. E, sendo assim, a instituição deve pagar o aviso prévio indenizado, acrescido do tempo de interrupção pelo recesso escolar ou férias para a rescisão contratual, quando a projeção daquele (aviso prévio) recair nos mesmos (recesso escolar ou férias do professor).

Para cristalizar tal posicionamento, o Tribunal alterou a redação da Súmula 10, elucidando que o direito às férias escolares e ao aviso prévio são concomitantes.

²³¹ BARROS, Alice M. **Contratos e Regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 5ª edição revisada e ampliada: LTr 2012, São Paulo – SP, p. 384 e 385

²³² SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996. p. 78

3.4. Súmula nº 10 do TST - PROFESSOR. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. TÉRMINO DO ANO LETIVO OU NO CURSO DE FÉRIAS ESCOLARES. AVISO PRÉVIO (redação alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

O direito aos salários do período de férias escolares assegurado aos professores (art. 322, caput e § 3º, da CLT) não exclui o direito ao aviso prévio, na hipótese de dispensa sem justa causa ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares.

Destarte, observa-se que o novo dispositivo e as interpretações dadas pela Corte Máxima Trabalhista nada mais são do que frutos de interpretação sistemática, a qual impedia que o contrato de trabalho fosse rescindido enquanto os efeitos estavam em vigor pelo aviso prévio projetado.

É tanto que Ralph Cândia alerta que,

há controvérsia sobre a validade do aviso-prévio, concedido durante as férias escolares, quando não se dá interrupção total dos serviços do professor. Os pronunciamentos judiciais ou doutrinários se dividem, havendo certa pendência para a aceitação do aviso-prévio durante o recesso, desde que não ocorra prejuízo do salário integral durante as férias escolares²³³.

A posição do professor é, de fato, delicada, pois, em regra, o mercado de trabalho se abre apenas em duas épocas do ano, quando das férias escolares, e a referida possui o escopo de garantir o mínimo de subsistência para o professor em um eventual desligamento, seguido de ausência de contratação de nova instituição que substitua a anterior. Por esta razão, a mudança legal poderia ter sido mais efetiva e poderia abarcar uma estabilidade semestral. E, nesse sentido, versa a doutrina de Homero Batista:

Uma preocupação maior do professor diz respeito a eventual dispensa sem justa causa no meio do ano letivo, pois sabidamente as escolas não contratam professores nessa época. Ou já estão com seus quadros lotados, ou ainda vão abrir novas salas de aula no semestre ou no ano seguinte. Em educação básica e fundamental, é praticamente impossível a recolocação do professor com o ano letivo em andamento, salvo se ele for chamado às pressas para cobrir a vaga de um professor falecido ou transferido.

²³³ CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 292

Embora o legislador tenha mostrado preocupação quanto às férias asseguradas ao professor, nada dispôs sobre a hipótese de uma dispensa sem justa causa no meio do ano letivo²³⁴.

Dessa forma, resta aos sindicatos essa tarefa, uma vez que os direitos especiais de uma profissão tendem e devem ser regulados pelos sindicatos especializados; pois a legitimidade real para legislar bem advém, quase sempre, do conhecimento pleno e experimental do contexto. O que ocorre, ou deveria ocorrer, nos sindicatos, conforme já citado e analisado no capítulo anterior.

²³⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado, vol. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 131

CONCLUSÃO

Iniciou-se este trabalho sem ter a exata dimensão do alto grau de dificuldade que seria exigido para a discussão das poucas normas celetistas direcionadas ao professor. Pois, embora se trate tão somente de um conjunto de sete artigos, devido à imprecisão de suas formulações, eles têm gerado, por mais de setenta anos, algumas divergências doutrinárias, sobretudo no que tange a três pontos essenciais ainda hoje remanescentes, quais sejam: os pré-requisitos tipificadores para a configuração de um contrato de trabalho especial do professor, as consequências do exercício da profissão sem a habilitação legal necessária e a jornada de trabalho especial do professor.

Atualmente, o primeiro ponto essencial – a tipificação e preenchimento de requisitos para aplicação das normas celetistas – parece estar sedimentado em vista da aplicação do contrato realidade, do princípio da isonomia e da vedação ao benefício pela própria torpeza do empregador, que, dentre outros, são importantes alicerces do ramo juslaboral.

Quanto ao segundo, referente às consequências da realização de trabalho proibido desenvolvido por profissionais sem habilitação adequada, a questão, sem dúvida, ainda está em aberto. Isso porque, o tema de nulidades no contrato de trabalho encontra alto grau de divergência, e falta padronização doutrinária. Destarte, considera-se que o presente trabalho apenas contribuiu para a exposição das principais correntes e das supostas soluções, sem contudo dirimir o problema, propondo apenas rascunhos de um caminho para a solução que se vislumbra no presente momento, mas que demandaria um trabalho mais longo e aprofundado, como se exige no caso de uma dissertação de mestrado ou, ainda mais, na elaboração de uma tese de doutorado.

Sobre o terceiro ponto, jornada de trabalho especial do professor e validade das portarias, o tema parecia bem estruturado e resolvido neste trabalho. Para tanto, procurou-se (novamente) expor todas as teses, reestudando com profundidade os argumentos que lhes davam suporte. Processo que levou, em definitivo, à conclusão de que não havia suporte jurídico razoável para sustentar a invalidade das portarias.

Parecia definida esta posição quando, no final do trabalho, ou mais precisamente no dia 16 de fevereiro de 2017, o atual Presidente da República

sancionou a Lei nº 13.415 que alterou o artigo 318 da CLT, resultando na seguinte redação: *“O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição.”*

Em outros termos, não há mais jornada especial para o professor. E pior, a norma contida no dispositivo acima é tão ineficaz, que permite que o professor trabalhe em mais de um estabelecimento, mas proíbe que seja ultrapassada a jornada semanal de trabalho; ressalte-se: somente a semanal.

Pertinente seria indagar como seria aplicada uma sanção no caso de trabalho em uma instituição por 5 horas e em outra por 4 horas.

Impende mencionar que o dispositivo que regulava a jornada fora revogado por lei, cuja finalidade inicial era a conversão (ou não) da Medida Provisória nº 746 de 2016, a qual se delimitava apenas à reforma da Educação, no seguintes termos:

Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências.

Ocorre que foram realizadas tantas emendas durante a discussão da Reforma da Educação, que o tema principal – alteração da Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96) – foi desvirtuado e, na calada da noite, sem qualquer discussão democrática com as instituições relacionadas ao tema, e sem dar qualquer satisfação à sociedade civil, incluiu-se diversas outras regulamentações, dentre as quais, ressalta-se neste trabalho, aquela atinente à jornada dos professores, restando a seguinte finalidade para a nova lei:

Altera as Leis nºs 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral

É provável que a referida Lei, nesta parte, seja inconstitucional por desvio de finalidade, mas este tema é árduo e exigiria novo estudo.

O fato é que os sindicatos terão que lutar muito para garantir os direitos dos professores, para que seja regulada jornada compatível com a profissão. Aliás, foi discutido ao longo deste trabalho que a regulamentação de qualquer atividade deve ser realizada por meio de norma coletiva – este seria o cenário ideal –, não havendo razão plausível para o Estado regulamentar determinadas profissões em detrimento de outras.

Contudo, é mister lembrar que a atual estrutura do Direito Sindical não contribuiu para a sedimentação de sindicatos fortes. Sendo assim, nessa conjuntura, e sem a regulação do Estado, por certo os professores não terão a sua jornada regulada de maneira a abarcar as peculiaridades da profissão.

Com efeito, restará então ao professor a jornada padrão de trabalho e, considerando a jurisprudência que não garante a remuneração para o trabalho realizado fora da instituição (preparação de aulas, formulação e correção de vestibulares), o professor alcançará o nível mais baixo dentre as profissões; pois, com a nova legislação, está instituído, por essas duas conjunturas, o trabalho acima do permitido pela Constituição, sem a devida contraprestação.

Provavelmente, o Tribunal Superior do Trabalho revisará a condição de tarefeiro e o professor passará para a condição de horista.

De qualquer modo, a alteração da lei, da forma como foi feita, demonstra apenas o desvalor da profissão frente às entidades governamentais e, até mesmo, perante a sociedade civil.

Ainda que não tenham sido abordados todos os direitos do professor – escopo que será alcançado em outra oportunidade –, sobretudo aqueles não previstos na CLT, espera-se que este trabalho seja fonte de consulta, que dê ensejo a novas discussões e traga luz para novas ideias, de modo a reverter o quadro apresentado e para que a educação seja posta no seu devido patamar, com vistas a um futuro melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado** – 18ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e Súmulas do TST Comentadas**. 4. ed. atual, São Paulo: Rideel, 2011.
- BARRETO, Amaro. **Tutela Especial do Trabalho**, vol. I, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1967
- BARRETO, Amaro. **Tutela Especial do Trabalho**, vol. II, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1967
- BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3ª ed., vol I, São Paulo, Francisco Alves, 1927
- BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014
- CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais: doutrina, jurisprudência, legislação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987
- CHOHFI, Thiago e CHOHFI, Marcelo Chaim. **Relações sindicais e negociações trabalhistas** – Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CORTEZ, Julpiano Chaves. **Professor: categoria profissional diferenciada**. São Paulo: LTr, 2014
- CUNHA, Renan Severo Teixeira da. **Introdução ao Estudo de Direito** . Campinas . SP: Editora Alínea, 2008
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4ª ed. Rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DELGADO, Maurício G., **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

DERVICHE, Vitor Raphael. **Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho**. 11ª ed. atual. – Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 19ª ed. – 2ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Faltas de professor e reposição de aulas**. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 32, p. 153-156, abr. 2012.

GOMES, José Cairo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GONÇALVES, Emílio. **O magistério particular e as leis trabalhistas**. 2ª ed. rev. E atual. São Paulo: LTR, 1975.

GONÇALVES, Emílio. **Os professores e o direito do trabalho**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral** – 6ª edição revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e atos unilaterais** – 6ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Professor do ensino superior**. Obrigatoriedade de plano de carreira. **Revista Ltr**. São Paulo, v.73, n.11, p.1349-1357, nov. 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5ª ed. – São Paulo, Saraiva: 2014.

MARTINS, Adalberto. **Manual Didático do Direito do Trabalho**. 5ª ed. atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho** . 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrai de. **Assédio Moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho** – São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Mônica Barbosa de Martins. **Contratos Especiais de trabalho: homenagem ao professor Oris de Oliveira** / Jackson Passos Santos e Simone Barbosa de Martins Mello organizadores. – São Paulo: LTr, 2010.

MIESSA, Élisson. **Estudos Aprofundados: Magistratura do Trabalho**. Salvador: Editora JusPodiVm, 2014

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª ed – São Paulo: Saraiva: 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário** - Ed fac-similada. São Paulo: LTr, 1996.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Da efetivação dos direitos trabalhistas do professor** . Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v. 32, n. 374, p. 75-91, fev. 2015.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Da relação jus laboral do professor**. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v.49, n.007, p. 39-44, jan. 2013.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Das garantias trabalhistas no contrato de trabalho do professor**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.39, n.150, p.33-49, mar./abr. 2013.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual de prática trabalhista**. 48ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado / homenagem a Evandro Lins e Silva**; José Luciano de Castilho Pereira, coordenador – São Paulo, LTr, 2008.

OLIVEIRA, Rodrigo Fernandes de. **A liberdade de cátedra como garantia de emprego do professor universitário privado**. Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v. 30, n. 357, p. 72-76, set. 2013.

PEREIRA, José Luciano de Castilho (Coord.). **Professores: direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores no ensino privado : homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: LTr, 2008. 239 p. ISBN 978-85-361-1179-7.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003

PROSCURCIN, Pedro. **Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade: nova forma de regulação das atividades do mercado de trabalho**. São Paulo, LTr, 2003.

REIS, Nélío. **Contratos Especiais de Trabalho**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1955.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr: 1978

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 1 26ª ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1996

RUSSOMANO, Mozart Victor **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. vol I. 17ª ed. atual, rev. e ampl Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SADY, João José. **Direito do Trabalho do Professor**. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Jackson Passos e MELLO, Simone Barbosa de Martins. **Contratos Especiais de Trabalho: Homenagem ao Professor Oris de Oliveira**. São Paulo: LTr, 2010

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2015

SILVA, Adriano Gonçalves da. **O Professor Sem Dedicção Exclusiva. JUSTIÇA DO TRABALHO** , 216 : 20-24. DEZ. 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado, Vol 1: Parte Geral**. 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**, v. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado, v. 4: livro das profissões regulamentadas**. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**, v. 5: livro da remuneração. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado, v.6: contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Campus, 2009

SILVA, Julio Cesar de Paula e CASTAN, Vitor Manuel - **DO EMPREGO DESDOBRADO E CONTRATO SIMULTÂNEO COM O MESMO EMPREGADOR** - Suplemento Trabalhista LTr, 148/2010, Ano 46, São Paulo

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Dano moral nas relações de emprego**. 1ª ed. – São Paulo: Estúdio Editores. Com, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A. 1960.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. vol II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A. 1961.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Cuo d Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, volume 1 – 20ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, volume 2 – 20ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2002.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual Prático das relações trabalhistas**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

VEIGA, Cecília M. **Contratos**. 2ª Ed., Desafio Cultural Editora, 2001

ZIANAGUI, Domingos S. - **CONTRATO DE TRABALHO SIMULTÂNEO E EMPREGO DESDOBRADO** - Revista de Direito do Trabalho, RDT 141. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. Referência: v. 37, n. 141, p. 485–487, 2011