

DIREITO DO TRABALHO: estabilidade, hora extra, trabalho noturno e seus adicionais.

JEAN CHARLES DE OLIVEIRA BATISTA¹

¹ADVOGADO. OAB/BA. Bacharel em Direito pela Faculdade Guanambi – FG. Guanambi – BA.

PRINCIPAIS ESPÉCIES DE ESTABILIDADE/GARANTIA DE EMPREGO DA ATUALIDADE

Estabilidade é sinônimo de permanecer, duração no seu respectivo emprego. De tal modo sendo, que o trabalhador será estável contra empregador que queira o dispensar sem justa causa. O artigo 7º, XXXIII da Constituição da República vem proteger o operário ao aludir que devem impedir ou dificultar a “dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro”. Como garantia de emprego temos as seguintes estabilidades:

A garantia de emprego é a estabilidade que pode ser DEFINITIVA OU PROVISÓRIA, sempre conferida ao trabalhador. Sendo assim, vejamos cada uma delas:

Primeiramente vamos adentrar pela estabilidade definitiva que pode ser:

Estabilidade decenal da CLT – Decenal eram para aqueles empregados que trabalhasse 10(dez) anos de serviço efetivo, seria estável, que poderia ser dispensado somente no caso de falta grave, desde, que fosse apurado em ação trabalhista privativa, chamada também de inquérito para apuramento de falta grave.

Assim, adveio o Fundo de Garantia no ano de 1966, deixando o empregado com a faculdade de optar ou não pelo o FGTS ou pelo o preceito da estabilidade celetista. Contudo com a Carta Magna de 1988, deixaram todos àqueles que trabalham sem opções e obrigando para o regimento fundiário, entretanto, garantiu aos que já tinha a estabilidade decenal com um direito adquirido.

Estabilidade do art. 19 do ADCT da CF – 1988. – Para tal questão vale transcrever de forma integral o mencionado artigo, pois, devido sua riqueza é de bastante presteza. Se não vejamos:

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.

Não poderíamos deixar de mencionar os seus parágrafos.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

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

Depois de fazer algumas considerações da estabilidade definitiva, cabe agora verificar acerca da estabilidade provisória. Se não, vejamos:

DIRIGENTE SINDICAL – Para o empregado que representa em sindicato a CLT não se furtou para a proteção dessas pessoas, para estes poder exercer suas atribuições com imparcialidade, sem medo de sofrer qualquer pressão. Para isso está positivada essa proteção no art. 543 § 3º, in verbis:

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Esse dirigente é diferenciado, por isso tem direito à estabilidade provisória em explanação, Salvo, quando essa atribuição seja exercida pelo o empregado e satisfaça à da categoria da associação em que é dirigente.

GESTANTE - Dispõe o ADCT, no artigo 10, II, b, da CF-1988: Empregada Gestante – No artigo 10 do ADCT prevalece em seu inciso II que “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa” nos casos “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” que está aludida na alínea b. Não só, mas também aduz o Art. 7º que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” e no seu inciso XVIII diz que a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”

Interessante que a doutrina majoritária segue a linha que a adotante não faria jus nesse sentido, vez que, a lei como um todo diz em gravidez e a adotante como se sabe não tem a tal gestação. Outra questão a ser abordada é a inobservância da gravidez pela a própria gestante, nesse prisma, é evidente, dizer que nesse caso deve prevalecer o

princípio do in dúbio pro operário, porque no momento da dispensa sem justa causa terá sentido tal postulado a partir do momento da confirmação.

Porém, vale salientar que na súmula 244 do TST, de forma clara vem ensinando que “a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”, portanto nesse caso a estabilidade é provisória.

ACIDENTADO – Outra garantia de estabilidade é ao empregado acidentado que está previsto no art. 118 referente aos afastamentos previdenciários reza que:

o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Essa estabilidade foi conferida para os trabalhadores que cumprisse 12 (doze) meses que sofreu um acidente no seu ambiente laboral, iniciando logo após a cessação do auxílio doença, ou seja, sem auxílio doença não possui estabilidade.

REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES NO CONSELHO CURADOR DO FGTS: A Lei 8.036/90 artigo 3º § 9º conferiu também uma estabilidade provisória ao dispor que:

aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

Acerca do tema Garcia aduz que “estende que o referido processo “sindical” é justamente o inquérito judicial para apuração de falta grave, o qual é exigido para a dispensa do representante “sindical” (GARCIA, 427).

REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES NO CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: Positivado está na Lei 8.213/91 artigo 3º § 7º.

aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

Garcia também ensina em seu magistério que “a referida lei expressamente exige o inquérito judicial para apuração de falta grave também no caso em questão (GARCIA, 427)”.

MEMBROS DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA: O artigo 625-B § 1º da CLT, assim prevalece que “é vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”. Porém essa estabilidade será conferida tão somente para os representantes dos empregados e vale lembrar que essa estabilidade terá início a partir da eleição, diferente do que acontece com os dirigentes de sindicatos que é partir da candidatura. Com relação aos representantes dos empregados a lei em si nada dispõe.

DIRIGENTES DE COOPERATIVAS: Para o cooperativismo a Lei nº 5.764/71 trata dessa política nacional, assim sendo foi instituído o regime jurídico das sociedades cooperativas. O legislador garantiu a esse empregado o seu retorno depois de cessada a representatividade em cooperativas. Assim dispõe o art. 55 ao rezar que “os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criados gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais”.

O art. 543 da CLT e seu parágrafo terceiro preleciona que:

O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)
“§ 3º Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

HIPÓTESES DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO E VERBAS DEVIDAS

A rescisão do contrato de trabalho pode acontecer das seguintes formas. Para tanto vejamos:

A) POR DECISÃO DO EMPREGADOR COM OU SEM JUSTA CAUSA

O empregador tem a faculdade em por fim o contrato de trabalho com seu empregado, para tanto se faz necessário averiguar o art. 7º da Constituição da

República, principalmente o inciso I, onde diz que a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Então, enquanto não sancionada em LC (lei complementar), ainda vigorará aquele percentual do Fundo de Garantia que prevê um percentual de 40 (quarenta) por cento. Assim, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966” conforme preceitua o inciso I do art. 10 do ADCT.

SEM JUSTA CAUSA – O empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, cessando, assim, o contrato de trabalho. Para tanto, porém, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. O empregador tem um direito potestativo de dispensar o empregado, ao qual este não pode se opor, salvo as exceções contidas na lei. Terá direito o empregado a aviso prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, saque do FGTS, indenizações do de 40% e direito ao seguro desemprego.

COM JUSTA CAUSA – O empregador tem a faculdade de dispensar o empregado que cometer qualquer falta grave, isto é, será o obreiro dispensado com justa causa. Esse procedimento incorreto vem a tornar uma justa causa, codificado na lei, que dá ensejo à quebra do liame empregatício.

B) POR DECISÃO DO EMPREGADO

PEDIDO DE DEMISSÃO

Na verdade o pedido de demissão é uma comunicação prévia do empregado ao empregador que a partir de certa data não irá mais trabalhar. E esse pedido deverá ser aceito, pois é um ato unilateral. O empregado afirma que não vai mais comparecer ao trabalho. Devido a esse pedido não terá o empregado direito a indenização, ao saque do FGTS e às guias do seguro – desemprego. Fará jus, porém, ao 13º salário proporcional, férias vencidas e férias proporcionais. Garcia conceitua “a demissão como a terminação do contrato de trabalho por ato de vontade, unilateral, do empregado, que deve avisar o empregador dessa deliberação”.

RESCISÃO INDIRETA

De forma bastante didática Garcia nos ensina, ao dizer que:

a dispensa indireta se configura por deliberação do empregado, mas ele ocorre em razão de **justa causa praticada pelo empregador**, tornando inviável ou indesejado a continuidade do vínculo de emprego. Assim, trata-se da hipótese inversa à dispensa com justa causa: enquanto nesta modalidade de terminação do contrato de trabalho a falta grave é praticada pelo empregado, na dispensa indireta a falta grave é praticada pelo empregador. Enquanto na dispensa com justa causa quem decide pôr fim ao contrato de trabalho é o empregador, na rescisão indireta tal deliberação é tomada pelo empregado (GARCIA, 361).

A CLT no artigo 483 aduz que

o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por Lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) O empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Dessa maneira para aquelas rescisões de forma indireta do contrato de trabalho, o empregado que se sentir prejudicado poderá mover ação trabalhista perante o poder judiciário em face do empregador, sendo grave a conduta deste, o empregado será ressarcido dos seus danos.

E depois de comprovação da culpa por parte do empregador, deverá este pagar ao empregado o saldo remanescente do salário, salário-família, 13º salário proporcional, férias proporcionais e, quando houver, férias vencidas. Não só, mas também o direito de sacar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) acrescentado de multa de 40% (quarenta) por cento pagos pelo empregador sobre o valor do FGTS e ainda requerer o Seguro-Desemprego.

POR APOSENTADORIA

Parte da Doutrina também dá como ensejo da rescisão de contrato a aposentadoria do empregado, advindos pelo o tempo de contribuição. Contudo, depois da aposentadoria concretizada, se o empregado continua trabalhando não há encerramento do contrato. Assim prevê a lei 8.213/91 em art. 18, §2º.

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Mesmo assim com a aposentadoria e o empregado continuando a trabalhar, ele (empregado), tem direito ao Fundo de Garantia (FGTS), todavia, sem a incidir na multa de 40% (quarenta) por cento. Sendo dispensado posteriormente o trabalhador dispensado sem justa causa, terá direito ao Fundo de Garantia acumulado com multa de 40% (quarenta) por cento, calculado sobre a soma de todos os depósitos, inclui-se também a quantia sacada por momento da aposentadoria. Quebrando o contrato no instante da aposentadoria, o trabalhador não embolsará aviso prévio, e o 13º salário proporcional, da mesma forma receberá as férias vencidas (se existirem) e as proporcionais, acrescidas de 1/3 (um terço).

Então, tem a empresa a faculdade de manter ou não o empregado e poderá proceder à dispensa deste sem justa causa, com todos os direitos para o empregado em consequência deste ato-fato.

C) POR DESAPARECIMENTO DAS PARTES

MORTE DO EMPREGADOR (PESSOA FÍSICA):

Depois de encerrado a atividade laboral do empreendimento em função do falecimento do empregador, o pacto se extinguirá e os direitos são como se tivesse pela rescisão sem justa causa. Existindo herdeiros dará prosseguimento ao comercio sendo facultado ao empregado dissolver o contrato, dando ensejo a não cumprimento do aviso prévio.

Sendo empregador instituído em uma empresa individual, terá a faculdade o empregado de promover a rescisão do contrato.

MORTE DO EMPREGADO

Refere-se ao termino do contrato de trabalho pelo a morte do empregado, tem a mesma prevalência de pedido de demissão. Entretanto existe uma diferença que neste

caso terá o direito os herdeiros de reaver seus créditos e também o arrolamento do FGTS depositado, de acordo com o que diz a Circular 166, de 23/02/99.

Com a sua morte os herdeiros terão direito então de: saldo de salários (os trabalhados e não pagos), 13º salário, férias vencidas mais 1/3 (um terço), férias proporcionais + 1/3 (um terço), Fundo de Garantia. E com relação ao aviso prévio os seus herdeiros não terão o direito desses créditos.

EXTINÇÃO DA EMPRESA

A rescisão se dá na mesma forma da dispensa sem justa causa por parte do empregador, uma vez que, este mesmo empregador deu-se causa a falência da empresa, sendo assim receberá todas as verbas indenizatórias. Quais sejam: saldo de salários, aviso Prévio, férias proporcionais mais 1/3 (um terço), férias Vencidas mais 1/3 (um terço), 13º salário e FGTS com depósito sobre o salário do aviso e da rescisão mais 40% (quarenta) por cento de multa.

D) MÚTUO CONSENTIMENTO

Nesta modalidade, depois de avençado pelas as partes, estes têm a faculdade de pactuarem referente às verbas indenizatórias. No entanto, salários e férias, destarte como outras casuais verbas não pagas e não obstante superada a data limite como o 13º salário não podem ser objeto de negociação, devendo ser obrigatoriamente pagas.

Vale destacar entendimento de Gustavo Filipe Barbosa Garcia que ensina:

o consentimento das partes, avençado o fim do contrato de trabalho, não é modalidade expressamente regulamentada pela legislação trabalhista. Mesmo assim, a hipótese ocorre na prática, observando-se casos em que o acordo judicial homologa a cessação do vínculo de emprego, com previsão da respectiva baixa na carteira de trabalho e previdência social, bem como do pagamento de verbas rescisórias (pactuadas no termo judicial) a serem pagas ao empregado.

Vale lembrar também que com o acordo em as partes não autoriza o levantamento do FGTS, salvo, se esse acordo for feito perante o juízo.

E) POR CULPA RECÍPROCA:

Essa modalidade de rescisão se dá quando tanto empregado como empregador dão ensejo a falta grave. Tiramos essa idéia a partir dos artigos 482 e 483, ao indicar justa causa para a anulação contratual. Ficaria então indenizado pela metade devido à reciprocidade de culpa. É o que dispõe o Art. 484 quando alude de forma clara que “havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal do trabalho reduzirá a indenização à que seria devido em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade”. Nesse mesmo prisma a sumula 14 do TST celebra que “reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”.

F) CESSAÇÃO POR ADVENTO DO TERMO DO CONTRATO

No término normal do contrato de trabalho por tempo determinado, o empregado faz jus é que seu de direito de acordo com o art. 481.

aos contratos por prazo determinado que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

Terá direito então ao Fundo de Garantia, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais. Infelizmente não terá ao aviso prévio e indenização de 40% (quarenta) por cento do FGTS.

G) FORÇA MAIOR

Poderá ter fim o contrato por motivos de força maior. Para o sábio legislador força maior é aquele evento não previsível, seja em relação ao empregado assim como ao empregador, qualquer deles que não concorreu para o fato danoso. Adotando dessa forma a teoria da inevitabilidade do acontecimento.

Diz o Art. 501 que “entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”. No caso de não afetação de forma considerável a empresa a empregado terá direito por inteiro as verbas rescisórias.

No entanto, o § 1º é bastante rigoroso para reconhecer a força maior ao positivar que “a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior”. E § 2º ensina que se deve fazer uma interpretação restritiva para não prejudicar o empregado, pois, é dever do empregador o devido cuidado de circunstâncias advindas da natureza. Vejamos tal parágrafo:

À ocorrência do motivo de força maior não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa, não se aplicam as restrições desta lei referentes ao disposto neste capítulo.

Vale reproduzir as palavras de lavra do professor Garcia para sabermos o que é devido ao trabalhador no caso de força maior. Em caso de falsidade por força maior é assegurado.

ao empregado o complemento da indenização compensatória do FGTS, no sentido de se alcançar o montante de 40% (quarenta) por cento. Sendo o empregado titular de eventual estabilidade, ainda que provisória, ou a garantia de permanência no emprego, a reintegração também será devida (GARCIA, 377).

E para o mesmo autor, este ensina que com a

Extinção do contrato de trabalho por força maior são devidas, assim, as seguintes verbas rescisórias: saldo salarial, férias vencidas e proporcionais com 1/3...décimos terceiros salários vencidos e proporcionais, indenização compensatória de 20% do FGTS, guias do seguro-desemprego, levantamento dos depósitos do FGTS (GARCIA, 377).

H) FACTUM PRINCIPIS

O fato do príncipe é um instituto do direito administrativo. Devido isso não poderíamos se furtar ao ensinamento do magistral, e saudoso Hely Lopes Meireles citado por Garcia. Para tanta sabedoria, vejamos:

fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma *álea administrativa extraordinária e extracontratual*, desde que *intolerável e impeditiva da execução do ajuste*, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis (destaques do original) (GARCIA 378).

Para um melhor entendimento vale transcrever na íntegra o art. 486 da CLT devido a sua riqueza de ensinamentos que infere sobre o a cessação do contrato por “factum principis”. Assim prescreve o artigo 486, que estabelece:

No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

§ 1º - Sempre que o empregador invocar em sua defesa o preceito do presente artigo, o tribunal do trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamada à autoria.

§ 2º - Sempre que a parte interessada, firmada em documento hábil, invocar defesa baseada na disposição deste artigo e indicar qual o juiz competente, será ouvida a parte contrária, para, dentro de 3 (três) dias, falar sobre essa alegação

§ 3º - Verificada qual a autoridade responsável, a Junta de Conciliação ou Juiz dar-se-á por incompetente, remetendo os autos ao Juiz Privativo da Fazenda, perante o qual correrá o feito nos termos previstos no processo comum.

Quando rescisão contratual aplicado ao “factum principis” fica Administração Pública com o ônus de ressarcir o empregado. Destarte, fica todas as verbas rescisórias como se tivesse sido dispensa sem justa causa. Todavia, o fato do príncipe ficará afastado em caso de conduta ilegal do empregador.

TRABALHO DE SEGUNDA A SÁBADO NO TURNO DA NOITE, DAS 00:00HS ÀS 08:00HS, COM UMA HORA DE INTERVALO. QUAIS OS DIREITOS TRABALHISTAS O MESMO FAZ JUS EM RAZÃO DE TAL JORNADA?

Mauricio Godinho Delgado dá uma definição bastante precisa sobre o tema do trabalho noturno como sendo a “prestação de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social” prelecionando em seu magistério que “provoca no individuo agressão física e psicológica intensas, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais”, sendo assim, é merecedor de fato a um plus a mais em seu salário. Uma por entender toda a doutrina e outra por estar positivada na CLT.

O trabalhador terá direito ao adicional noturno, fincado na Constituição da República na altura do artigo 7º inciso IX, no qual alude que o trabalhador terá direito a “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”. Referindo ao mesmo tema o artigo 73 da CLT em seu caput aduz que:

salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

E esse mesmo adicional noturno para todos os efeitos serão contados como salário.

Para os trabalhadores urbanos o horário noturno será contada diferente assim preceitua o parágrafo primeiro do mesmo artigo 73 da CLT. E o computo será da seguinte forma “a hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta dois) e 30 (trinta) segundos”. Para os trabalhadores rurais o horário noturno compreende entre as 21 (vinte e uma) hora até 5 (cinco) do dia posterior para aqueles que trabalha na lavoura e para aqueles que trabalha na pecuária fica compreendido como horário noturno aquele compreendido entre 20 (vinte) e 4 (quatro) do dia seguinte. Já para os trabalhadores urbanos são considerados horário noturno aqueles compreendidos entre 22 (vinte e duas) horas e 5 (cinco) do outro dia.

Para tanto, o trabalhador não perderá o horário noturno a partir das 5 (cinco), pois o horário não se interrompe e será contado até as 8 (oito) da manhã. Vale dizer que para o empregado é preciso descobrir o valor da sua hora de trabalho e depois dividir por 220 (duzentos e vinte) vezes 20 (vinte) por cento, para descobrir o valor de sua hora. Como no caso em tela não tem o salário base fica sem meios para fazer esse calculo.

Para melhor entender basta saber a quantidade de horas, como no caso em comento, o trabalhador descansa 1(uma) hora por dia, então faz jus, a 7(sete) horas por dia. O calculo deve ser feito da seguinte maneira: $7\text{hs} \times 60\text{min} \div 52.5 = 8\text{horas}$. Isto é, o empregado terá trabalhado 8 (oito) horas por dia e será acrescido mais 20%(vinte) por cento dos seus ganhos. E para finalizar, vale salientar que todas as horas noturnas serão computadas tipo espelho para a contagem no repouso semanal, férias, 13º e também no Fundo de Garantia.

“JOSÉ FILISBINO” TRABALHOU DE 1º/03/2009 A 6/03/2012, EXERCENDO A FUNÇÃO DE VENDEDOR. SUA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO CONSISTIA NO SALÁRIO-BASE DE R\$ 700,00, MAIS COMISSÕES NUMA MÉDIA MENSAL DE R\$ 300,00. NÃO RECEBEU 13º SALÁRIO DURANTE TODO O CONTRATO DE TRABALHO, E GOZOU FÉRIAS SOMENTE COM RELAÇÃO AO PERÍODO AQUISITIVO 2009-2010. FOI DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA EM 06/03/2012, DIA EM QUE RECEBEU A COMUNICAÇÃO DO AVISO PRÉVIO, SEM RECEBER A RESPECTIVA VERBA, NEM O SALÁRIO DO MÊS CORRESPONDENTE, E FOI MANDADO PARA CASA. POR FALAR NISSO, A EMPRESA SEQUEU DEU “BAIXA” NA SUA CTPS, NÃO FAZENDO CONSTAR A DATA DO TÉRMINO DA RELAÇÃO TRABALHISTA. FOI À CEF PARA PERGUNTAR A RESPEITO DO SEGURO-

DESEMPREGO, MAS RECEBEU A INFORMAÇÃO DE QUE PRECISAVA DA “LIBERAÇÃO DE DOCUMENTOS” POR PARTE DA EMPRESA. DE POSSE DE TAIS DADOS, QUAIS OS DIREITOS TRABALHISTAS AOS QUAIS “JOSÉ” FAZ JUS, COM OS RESPECTIVOS VALORES.

OBS: PARA EFEITOS DE CÁLCULO, DESCONSIDERE A PROGRESSÃO SALARIAL.

Para iniciarmos tal questão é de bom grado transcrever o enunciado de Delgado onde diz que as comissões integram o conjunto do salário e

além dos reflexos já mencionados (repouso semanal e horas extras), elas irão repercutir, segundo sua média ao longo do contrato, em FGTS, férias com 1\3, 13º salário, aviso-prévio, etc., compondo, também, é claro, o salário de contribuição previdenciário do empregado (DELGADO, 699).

A priori, vale salientar que será devido ao senhor José Filisbino um quantum de 40% (quarenta) por cento calculado em cima dos depósitos que a empresa vinha depositando. Contudo não é possível verificar no caso em comento o valor exato para fazer o devido calculo, mas, seu direito não irá ser negado. Assim sendo prescreve o artigo 18:

Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e o imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

Conforme prescreve o art. 488 da CLT “o horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador será reduzido de duas horas diárias sem prejuízo do salário integral” ou conforme preceitua parágrafo único do mesmo diploma.

é facultado ao empregado trabalhar sem redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço sem prejuízo do salário integral, por (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos na hipótese do inciso II, do Art. 487 desta Consolidação.

Com essas informações é sabido que o senhor José Filisbino fará jus dessa indenização trabalhista, ou seja, o salário vai ser devido de forma integral e computa-se para tempo de serviço. Destarte, fica assegurado o valor do seu salário base em R\$ 1.000,00 (um mil reais). Segundo a CLT e a doutrina dominante as comissões integram o salário base é o que entende Delgado ao afirmar que “as comissões têm evidente natureza salarial”.

Com relação às férias a própria Constituição da República em seu inciso XVII, do artigo 7º onde reza que são direitos dos trabalhadores o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” e esse tempo de férias também será computado para tempo de serviço. No caso em tela a empresa casa bacía terá que pagar essa indenização, porém, não vai poder contar como tempo de serviço devido a sua rescisão contratual.

As férias terão direito todo trabalhador que trabalhar 12 meses consecutivos a um período de 30 dias. Já no caso em tela não foi dito de nenhuma falta. Sendo assim, terá direito adquirido de 2 (duas) férias a serem pagas pelo o trabalhador. O artigo 137 CLT prescreve que “sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o Art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração”, portanto, fará jus também a esse direito. O legislador não se furtou de sua responsabilidade quando no art. 146 reza que “na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido”.

Nesse prisma, terá direito a um terço a mais do seu salário no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) mais seu salário de R\$ 700,00 (setecentos reais) e sua comissão de R\$ 300,00 (trezentos reais) totalizando a quantia R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais), com multa em dobro totalizando suas férias um quantum R\$ 5.200,00 (cinco mil e duzentos reais).

O décimo terceiro salário é devido na proporção de 1\12 para cada mês trabalhado e que deve ser pago até o dia 20 (vinte) de dezembro. Nesse sentido, assevera o artigo 7º, VIII que é direito do trabalhador do “décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”. Dessa forma, o trabalhador no caso em tela terá direito a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), pois também nesse caso será contada a remuneração num todo. E, como foi despedido no dia 06\03 não fará jus a um mês de salário.

A orientação jurisprudencial número 82 aduz que “a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado”. Parte da Doutrina no magistério de cada um ensina que na hipótese da não entrega da CTPS no fim da relação empregatícia, deverá o empregado tentar resgatar tal carteira e depois do insucesso, este trabalhador deve fazer reclamação ao órgão competente (DRT), para daí o empregador ser notificado e devolver, caso ainda ocorrer à recusa da empresa, a Justiça do Trabalho tomará as medidas cabíveis.

Não tem motivos para nesse caso concreto, em que depois de demitido sem justa causa ainda reter a sua CTPS. Ficaria então o empregador retido ao empregador, vez que, a relação laboral já estaria extinta. Mesmo diante desse despotismo ainda não fica obrigado a pagar nenhum salário ao empregado que está com sua carteira retida, devido, entendimento de que salário é devido para aquele que trabalha. Porém o empregado segundo a jurisprudência assevera que este prejudicado pode recorrer ao poder judiciário e provando seus danos, deverá o empregador ressarcir. Depois disso tudo, senhor José com seus documentos poderá ir a Caixa Econômica para dar entrada e resgatar posteriormente o seu Fundo de Garantia.

Então, terá direito 3 vezes o décimo terceiro, duas férias a serem pagas em dobro, aviso prévio e salário mensal não pago. De tal modo, terá direito depois de somados todas as verbas trabalhistas somando um total de: R\$ 3.000,00 (13º), R\$ 5.200,00 (férias), R\$ 1.000,00 (aviso prévio), R\$ 1.000,00 (salário do mês) totalizando uma quantia de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais). Lembrando, outra vez, que tem direito ainda a 40% de indenização referente ao FGTS por ter sido dispensado sem justa causa.

Tendo direito ainda conforme art. 478 “a indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses”.

O art. 478 § 4º da CLT diz que “para os empregados que trabalhem à comissão ou que tenham direito a percentagens, a indenização será calculada pela média das comissões ou percentagens percebidas nos últimos 12 (doze) meses de serviço”. No mesmo entendimento vem o artigo 457 aduz “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Já com relação às férias o artigo 142 § 3º reza “quando o salário for pago por percentagem, comissão ou viagem, apurar-se-á a média percebida nos últimos 12 (doze) meses que precederem as férias”.

5 – LUIS INÁCIO, OPERADOR DE ETA (ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA) DA EMBAÇA, DURANTE UM ANO TRABALHOU EM CONTATO DIUTURNO COM CLORO GASOSO, ORTOTOLUIDINA, CAL HIDRATADA, SÓDIO, DENTRE OUTROS, ALÉM DE SEMPRE ESTAR EXPOSTO A RUÍDO MÉDIO DE 91 DB. TAMBÉM FOI RESPONSÁVEL NO MESMO PERÍODO PELA OPERAÇÃO DE

CONJUNTO MOTOR-BOMBA DE ALTA POTÊNCIA, INCLUSIVE SEU QUADRO DE ENERGIA. O COMPANHEIRO LUIS INÁCIO, EM FACE DO TRABALHO EM TAIS CONDIÇÕES, TEM DIREITO A ALGUM ADICIONAL? JUSTIFIQUE CITANDO A BASE LEGAL E INDICANDO, SE O CÁLCULO DO(S) ADICIONAIS, MAIS EVENTUAIS REFLEXOS. VALE DIZER QUE SEU SALÁRIO BASE É DE R\$ 1.500,00.

Sim. Contudo vale salientar que no caso ora em estudo é possível verificar que o senhor Luís Inácio trabalhava diuturnamente, sendo assim, a NR 15, da portaria 3.214/78 veio para resguardar esse direito, vez que, descreve que essa quantidade de ruído será permitida até 3 (três) horas e 30 (trinta) minutos. Portanto, é notável que ultrapasse percepção dessa duração de horário, ou seja, estaria o senhor Luís em condições insalubres. Vale lembrar que essa mesma resolução nos dá um parâmetro 85 db para e 8 horas e um grau máximo de 115 db para 15 minutos.

É de se verificar também, que tais compostos químicos são insalubres, para tanto o senhor Luís Inácio que é operador de ETA trabalha constantemente em estação de tratamento de água, tornando assim, obrigação da empresa (embaça) em proporcionar equipamentos para que não danifique ainda mais a sua saúde. Mas, não eximirá a empresa de pagar os adicionais pelo o simples fornecimento de equipamentos.

De acordo com o caso em tela é de se notar que o senhor Luis Inácio terá vários direitos dentre eles a insalubridade, conforme preleciona o artigo 189 da CLT onde aduz que:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Então caberá o órgão competente classificar quais as atividades insalubres, para que o trabalhador fique atento para não perder seu direito no caso concreto. Insalubridade são os agentes prejudiciais a saúde do trabalhador, e, observando principalmente todo o seu tempo de exposição.

Já o artigo 7º da Constituição da República em seu inciso XXIII vem corroborando com esse entendimento, pois, é direito do trabalhador um “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. Para um entendimento melhor o art. 192 do mesmo diploma legal (CLT) vem asseverando de forma clara que:

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.

Não só, mas também, a periculosidade que de forma bastante didática o art. 193 reza que:

são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

No caso em comento caberá também ao advogado pedir tanto a insalubridade quanto a periculosidade, uma vez que, por um determinado de tempo supervisionou e operou o Motor-Bomba de alta potência. Caso o Juiz não entender a insalubridade concederá a periculosidade. Na NR-10 da parte de segurança em instalações e serviços em eletricidade no item 10.2.7 aduz que “Os documentos técnicos previstos no Prontuário de Instalações Elétricas devem ser elaborados por profissional legalmente habilitado”.

Sendo assim, melhor seria para o Luís Inácio pedir insalubridade por ser um grau máximo (40%), portanto receberá o trabalhador a quantia de R\$ 248,80 (duzentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos) a mais de seu salário base, dessa forma, somando 1748,80 (um mil setecentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos).

É mister, lembrar ainda, que o artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho assegura que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”, para isso, tem-se entendido, que o trabalhador deverá optar por este (insalubridade) ou por aquele (periculosidade). Logo, o trabalhador não fará jus de ambos os adicionais. Entretanto, não são poucas as críticas como bem ensina o professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao celebrar que:

se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre, como também a periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais...pois os fatos geradores são distintos. Além disso, a restrição a apenas um dos adicionais, acaba desestimulando que a insalubridade e a periculosidade sejam eliminadas e neutralizadas o que estaria em desacordo com a constituição (Garcia, 623).

As atividades insalubres terão reflexos nas férias, é que aduz o art. 142 § 5º ao afirmar que “os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias”.

Também terá reflexos no 13º é o que diz o art. 7º, inciso VIII, da Constituição da República, assim dispõe, que o “décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”. Portanto, terá reflexos no 13º do trabalhador, vez que, este (insalubridade) integra o salário. Para as prorrogações de jornadas de trabalhos para aqueles que estão em condições de insalubridade é preciso verificar o artigo 60 da CLT, onde reza:

nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do trabalho, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do Trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e a verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais, e municipais, com quem enterro em entendimento para tal fim.

Para tanto alguns entendem que esse artigo 60 já estaria revogado pelo o artigo 7º, inciso XIII da CR\88 ao positivar que “duração do trabalho normal não superior a oito horas e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Em caso de faltas injustificadas, o empregador ao seu critério poderá também descontar além do dia não trabalhado o adicional de insalubridade. E para aqueles trabalhadores que não completarem o mês trabalhado tem o direito de receber o adicional de acordo com os dias trabalhados, ou seja, proporcionalmente.

REFERÊNCIAS:

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9º Ed. São Paulo. 2010

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª Ed. rev. E atual – Rio de Janeiro. Método. 2010

VADE MECUM. 11ª edição. amplamente atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2011

http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt. Acesso em 25.04.2013