

ALGUMAS OBSERVAÇÕES A PROPÓSITO DA PROTEÇÃO AO SALÁRIO.

Júlio Assumpção Malhadas^()*

Convidou-me o ilustre Professor e Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Dr. João Oreste Dalazen, Presidente da Comissão da Revista do TRT 9ª Região, a colaborar nesta edição. Honrado com o convite, enfrentei uma dificuldade com que poderia eu colaborar, sem desapontar a quem me convidou e aos leitores da Revista? Após algumas tentativas, centrei a atenção no título acima, porque sobre a mesma proteção outro Juiz do Trabalho escreveu tese⁽¹⁾ bem construída e bem fundamentada, diga-se de passagem, que está sob meu exame, para arguí-lo na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde busca o grau de Mestre em Direito.

Das observações que a leitura da tese me sugeriu, desenvolvi e ampliei algumas que me pareceram justificar a ocupação de algumas linhas na Revista.

1. O salário entre as obrigações do empregador

1.1. Será o salário o principal objetivo do Direito do Trabalho? Será o pagamento de salário a principal obrigação assumida pelo empregador ao contratar empregado?

Leio textos de GÉRARD LYON-CAEN (no sentido de que o Direito do Trabalho é construído em torno da questão do salário) e de FÉLIX

^(*) Ex-Juiz do Trabalho da 2ª Região, Professor Titular (aposentado) de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, membro, e Diretor da Revista, da Academia Nacional de Direito do Trabalho, integrante da Comissão Permanente de Direito Social do Instituto dos Advogados Brasileiros.

⁽¹⁾ BARACAT, Eduardo Milleo, "A Proteção do Salário no Direito Brasileiro", tese de mestrado, Curitiba, 1995, edição original destinada a Banca Examinadora.

PIPPI (no de que o problema dos salários é "a pedra angular da 'questão social'. e a preocupação dos dirigentes da maioria dos Estados").

Será que esses textos autorizam a concluir que a relação entre o desenvolvimento econômico e o social depende do "equilíbrio entre as aspirações do empresário quanto à obtenção do lucro e as do trabalhador no que tange às melhorias das condições de trabalho"? Autorizarão a salientar enfaticamente entre essas aspirações: "sobretudo salariais"? Autorizarão a afirmação de que o "Salário incondicionado, é, portanto, a principal obrigação do empregador em virtude do contrato de trabalho"?

Parece-nos que não.

1.2. É nossa opinião. (e seja-nos perdoado contrariar renomados autores citados e muitos outros). que não há como considerar que no Direito do Trabalho **tudo gire** em torno do salário. ou que a obrigação salarial seja **mais importante** do que qualquer das outras que se originam do contrato de emprego.

Assim considerar, seria retroceder no tempo, voltar ao século passado, a dizer que o trabalho humano é apenas mercadoria. Mais do que isto: seria dizê-lo mercadoria insignificante, da menor valia, desprezível até, porque em relação a ela só interessaria o preço e o pagamento deste

1.3. No contrato de emprego **não há** obrigações mais importantes e obrigações menos importantes. Se **houvesse**, porém, como classificar tais obrigações por ordem de importância, por certo não seria a salarial a mais importante.

Envolvendo o contrato de emprego a atividade de uma **pessoa** que vai prestar serviços **subordinada** a outra(s), por certo, **antes do salário** há outros aspectos a serem considerados, como a dignidade da pessoa que vai trabalhar subordinada; a segurança do trabalho; a higiene do trabalho e do ambiente; a moralidade.

A obrigação salarial é **apenas uma** das que o empregador assume. Não a mais importante, não a que deva ser prioritariamente considerada.

2. A equivalência trabalho/salário

2.1. Suscitam novas observações, a referência feita ao artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (que conceitua a remuneração

como a soma do salário devido e pago pelo empregador, mais as gorjetas que receber); a afirmação de que dessa forma "o legislador brasileiro de 1943 considerava salário o que era diretamente pago pelo empregador como contraprestação do serviço"; e o acréscimo de ser "Evidente que esta teoria encontra-se superada, visto que não há rigorosamente equivalência entre o trabalho prestado e o salário pago, pelo simples fato de que o homem não é uma máquina. ...".

2.1.a) Na verdade, não há rigorosa equivalência entre o trabalho prestado e o salário pago, mas não é certo que o legislador haja considerado o salário apenas como "contraprestação do serviço".

Se o tivesse feito, estaria de pleno acordo com o que dispõe a Convenção nº 95 da O.I.T. (a ser observada no Brasil como lei interna que passou a ser pela ratificação em abril de 1957):

"Para os fins desta Convenção, o termo *salário* significa a remuneração ou ganho, seja qual for sua denominação ou método de cálculo, sempre que possa avaliar-se em dinheiro, fixada por acordo ou pela legislação nacional, devida por um empregador a um trabalhador em virtude de um contrato de trabalho, escrito ou oral, pelo trabalho que este último haja realizado ou deva realizar ou por serviços que haja prestado ou deva prestar".⁽²⁾

Mas não se pode dizer que o legislador da Consolidação das Leis do Trabalho assim o tenha considerado, porque o artigo 457 da Consolidação há de ser entendido em conjunto com o artigo 4º da mesma, que considera "como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens". Se o salário é estipulado por unidade de tempo (hora, dia, mês), é evidente que dentro do tempo a ser pago há de ser considerado, não apenas aquele em que houve prestação de serviço, mas também aquele a que se refere o artigo 4º.

Assim é por força da lei, e assim deve ser por justiça, porque o trabalhador não deve ser pago apenas pelo trabalho, esforço, atividade, mas

(2) Artigo 1º da Convenção nº 95, de 1949, in *Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo 1919-1984*, edição da Secretaria Internacional do Trabalho, da O.I.T., Genebra, 1985 (traduzimos).

também pelos espaços de tempo que coloca à disposição de seu empregador. Não importa se este o utilizou ou se deixou o trabalhador parado. Trata-se de tempo que o empregado não teve a sua própria disposição, que não lhe foi dado utilizar em qualquer outra atividade de seu interesse. Tal tempo, portanto, deve ser pago pelo empregador, como se tivesse havido trabalho.

É, aliás, o que se entende do que disse MÁRIO DEVEALI, em trecho transcrito na tese:

"O salário é a remuneração correspondente ao fato de o trabalhador colocar sua energia à disposição do empregador: se o patrão não utiliza ditas energias, porque não pode ou não quer, nem por isto estará liberado da obrigação de pagar o salário".

Assim, o salário paga não apenas o trabalho, o esforço do empregado, mas também o tempo colocado por ele à disposição do empregador. Foi assim, pensamos nós, que o legislador o considerou.

2.1.b) Os ensinamentos de JOSÉ MARTINS CATHARINO e LUDOVICO BARASSI, invocados em apoio à tese, *data venia*, não nos parece que lhe tragam socorro.

O que o ilustre mestre das Universidades baianas diz, é que a equivalência é relativa, não é absoluta (mas, indagamos: o que se pode dizer que seja absoluto, quando envolve o comportamento do ser humano?). Ele justifica, com razão, que a equivalência é relativa porque provém da "avaliação subjetiva que cada contratante faz da sua prestação, e também pela influência de circunstâncias materiais anti-jurídicas, parcial ou integralmente, fora do controle puramente contratual" (como transcrito na tese). Daí a dizer-se que a teoria da equivalência está superada, vai grande distância.

Realmente, é impossível estabelecer objetivamente a equivalência exata, rigorosa, absoluta, entre o trabalho humano e o salário dado em contraprestação. O trabalho humano não admite medida pelos instrumentos de que dispomos. Não é mensurável em comprimento, ou largura ou em altura, nem em peso ou em temperatura. Pode-se, apenas, no

máximo, medir o resultado que ele apresenta, e o tempo que ele exigiu: mas não a energia gasta ou a aplicação intelectual despendida.

Parece-nos que aí está a origem da afirmação marxista de existência de uma "mais valia" que deixa de ser paga ao trabalhador, partindo da "avaliação subjetiva que cada contratante faz da sua prestação", a que se refere MARTINS CATHARINO (obviamente, partindo da avaliação que permita acusar o capitalismo).

Portanto, restar-nos-ia conformarmo-nos com a pobreza de nossos conhecimentos sobre o comportamento humano, e aceitar, como premissa para qualquer raciocínio, que o salário equivale ao trabalho prestado.

Isto, aliás, a tese transcreveu de BARASSI:

"Por conseguinte, fica estabelecido um primeiro ponto: não há retribuição sem uma prestação correspondente de trabalho que está em relação de equivalência com ela."

2.2. Justificaria a afirmação da não equivalência entre salário e trabalho, a referência a "períodos em que o empregado recebe salário, mesmo não trabalhando, o que ocorre durante os repousos remunerados e nas férias"?

Realmente, o pagamento de salário sem trabalho, à primeira vista, faz parecer que não se possa falar na equivalência em causa.

Mas a realidade é outra.

Repouso com remuneração e férias também remuneradas, são direitos reconhecidos ao trabalhador muito depois de se lhe haver reconhecido o direito a salário pelo trabalho prestado e/ou tempo à disposição.

Durante longo tempo, o empregado trabalhou todos os dias, sem direito a repouso nem a férias, e quando gozava aquele ou estas, era sem que o empregador lhe devesse qualquer pagamento durante esse gozo.

Pressionado por fatores que não cabe aqui relembrar, e atendendo a interesses que eram mais e principalmente da sociedade e até do empregador, do que do trabalhador, o Estado determinou que houvesse intervalos regulares de repouso semanal e anual.

Foi preciso, porém, evitar que tais repouso trouxessem ao trabalhador qualquer redução de seus ganhos. Porque, se assim não fosse, caso os repouso implicassem em redução de seu ganho, o trabalhador não se interessaria em gozá-los, e ajudaria o empregador a burlar a lei (aliás, mesmo sendo remunerados, em muitos casos eles não são gozados, por 'acordo' entre empregado e empregador, aquele ajudando a este a fraudar a fiscalização).

Os interesses em causa, justificaram que nos dias de repouso (semanal ou anual) imposto por lei se considere estar o trabalhador à disposição do empregador (o que constitui mais uma ficção, como tantas outras que o Direito admite).

Portanto, continua o salário a equivaler ao trabalho prestado e tempo à disposição do empregador (considerados dentro deste os dias de repouso semanal e de férias).

3. Adicionais e salário

Permitimo-nos um parênteses na apreciação da proteção ao salário.

3.1. A legislação do trabalho estabeleceu várias limitações e proibições quanto à prestação dos serviços do empregado.

O Estado criou limites e proibições, tendo em vista a saúde, a segurança e o conforto do trabalhador, mas na impossibilidade (e **também por falta de vontade**) de fazer valer efetivamente as limitações e proibições, sobretaxou o trabalho prestado com desobediência a elas.

Limitou a duração do trabalho, para permitir que o trabalhador repouse e tenha tempo para si e sua família, mas permitiu seja excedido o limite, desde que o tempo excedente tenha remuneração maior do que o contido nos limites.

Fêz distinção entre trabalho diurno e trabalho noturno, no sentido de que este seja evitado, porque mais desconfortável, desfavorável à

saúde ou (como agora é elegante dizer) "contrário ao biorítmo", mas permite-o, desde que haja o pagamento da sobretaxa.

Considerou prejudiciais à saúde do trabalhador certas ocupações, métodos e locais de trabalho, mas admite que o trabalhador enfrente os riscos a sua saúde, desde que o empregador lhe pague mais.

Agiu da mesma forma em relação a atividades ou locais de trabalho que considerou colocarem em risco a vida e/ou a integridade física do trabalhador: o risco é tolerado, desde que o salário seja majorado.

Até mesmo, considerou haver trabalhos penosos, que impõem maior desconforto, mas o desconforto pode ser pago...

Não pomos dúvida quanto à impossibilidade de **suprimir totalmente** o trabalho extraordinário (o realmente extraordinário, não o que é contraditoriamente chamado de extraordinário-habitual); também não a temos quanto à impossibilidade de **eliminar de todo** o trabalho noturno, ou em condições desfavoráveis à saúde, o perigoso, o penoso.

O que, todavia, não aceitamos como certo, válido, justo, é que a ação do Estado, dos sindicatos, dos trabalhadores, e dos próprios empresários, se limite à exigência e ao pagamento dos adicionais para cobrir a desobediência a limites e a proibições, e a negligência e o descaso em procurar eliminar os inconvenientes que justificaram as limitações e proibições.

Gostaríamos de ver o Estado e os sindicatos mais interessados em fazer cumprir (e aperfeiçoar) as normas de proteção à saúde e à segurança, do que em cobrança de adicionais e de multas. Gostaríamos de ver os empresários mais interessados e empenhados em eliminar os excessos de jornada, e as condições de insalubridade e de periculosidade, do que em calcular os adicionais para os repassar aos custos.

Voltemos ao salário.

3.2. Os acréscimos a que nos referimos, constituem os adicionais, também denominados salário condicionado (porque devido em razão de certas condições de trabalho). Adicional de horas extraordinárias,

adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade e adicional de penosidade.

Há mais um adicional (haverá outros de que não nos lembremos ao escrever estas observações), o de transferência, devido nos casos em que a lei permite o deslocamento, não definitivo, não permanente, do empregado de seu local de trabalho para outro. Este, sim, é um adicional que se pode dizer correto, porque destinado a atender a inevitáveis despesas acrescidas que o empregado passa a ter enquanto deslocado de seu domicílio, sem condições de mudá-lo porque o deslocamento não é definitivo.

Para nós, todos esses adicionais, e outros semelhantes que não tenhamos referido, constituem salário. São retribuição de trabalho e/ou de tempo à disposição do empregador em condições especiais.

Já escrevemos⁽³⁾ serem as denominações "adicional ...", formas compactas, reduções das reais denominações: adicional de horas extras, e "salário adicional por trabalho além da jornada normal"; adicional noturno, é "salário adicional por trabalho em horas noturnas"; adicional de insalubridade é "salário adicional por trabalho em condições insalubres"; adicional de periculosidade é "salário adicional por trabalho em condições de perigo"; e adicional de transferência é "salário adicional por trabalho fora da localidade do domicílio".

São salário, porque retribuição de trabalho prestado e/ou de tempo colocado à disposição do empregador; são salário condicionado, porque justificados por condições determinadas.

Por serem condicionados, podem ser suprimidos quando desaparecida a condição prevista, sem que se possa dizer que houve redução salarial.

3.3. Quanto à possibilidade de supressão dos adicionais, assim como divergem os doutrinadores, também divergimos nós da conclusão do autor da tese que examinamos. A razão da divergência, decorre do que dissemos no item 3.1.

3.3.a) A jurisprudência também não é pacífica. O próprio Tribunal Superior do Trabalho tem mudado sua orientação. Exemplifica-se

(3) *"Vale-Transporte" e Sua Nova Regulamentação (Decreto nº 95.247, de 17/11/1987 - in Revista LTr., São Paulo, janeiro de 1988, ano 52, nº 1, pg. 41.*

com os Enunciados nºs 76 e 291, o primeiro, dizendo que quando suprimido o trabalho em horas além da jornada normal, deverá ser integrado ao salário o valor das horas extras trabalhadas habitualmente por mais de dois anos; o segundo, apenas prevendo uma indenização por ocasião da supressão do trabalho suplementar.

3.3.b) A defesa da incorporação do adicional ao salário quando desaparecida a condição que dava razão a ele, por vezes é feita com o argumento de que na continuidade de o receber, o empregado passou a contar com ele como parte efetiva de seu ganho, e a supressão desequilibrará seu orçamento. Assim, embora suprimido o trabalho noturno, ou o em horas suplementares, ou o em condições insalubres ou perigosas, o ganho do empregado não deve sofrer redução. Para tanto, defendem os que assim argumentam, a incorporação do adicional ao salário (uns, pelo total, outros, pela média).

Data venia, discordamos.

Se reconhecido que o trabalhador deve ter duração do trabalho limitada, para lhe proporcionar repouso indispensável ao refazer das energias e tempo que possa dedicar a si próprio e à família, a supressão do trabalho além do limite deve ser incentivada. Mas a obrigação de continuar a pagar por trabalho e tempo não mais dedicados à empresa não será incentivo ao empresário para a supressão.

Reconhecido que o trabalho no horário noturno é inconveniente à saúde do trabalhador, deve-se levar o empregador a, tanto quanto possível, eliminar o trabalho noturno. Mas isto não se conseguirá, obrigando-o a continuar a pagar um adicional por trabalho e/ou tempo que deixou de utilizar.

Insalubre ou perigoso o trabalho em determinada atividade ou em certo local, o razoável é interessar o empregador em afastar do trabalhador esse risco à saúde ou à vida ou à integridade física. Mas obrigando-o a continuar pagando o adicional correspondente, que interesse terá ele em fazer gastos para tal fim?

3.3.c) O que se poderá 'conseguir' com tal obrigação de manter o adicional, será exatamente em prejuízo do empregado: sua dispensa, para admissão de outro já sem trabalho suplementar, ou noturno, ou insalubre ou

perigoso e que, portanto, irá trabalhar pelo salário sem adicionais que o dispensado ganharia (ou, até, menor). Será isto do interesse do trabalhador, ou do da sociedade?

3.3.d) Por outro lado, não se há de esquecer que o adicional é **salário condicionado**. Portanto, cessada a causa, forçosamente há de cessar o efeito, e isto não é dicção nova, já assim se dizia em latim (*sublata causa, tollitur effectus*, ou, *effectus durat durante causa*).

Acresce que o empregado a quem é pago o adicional sabe que ele lhe é pago "em razão de ...". Portanto, não há como considerá-lo surpreendido ou prejudicado quando desaparecida a razão, cessa o pagamento do adicional.

3.3.e) Aliás, o artigo 194 da Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente, prevê a cessação do débito de adicional insalubridade ou periculosidade, quando cessada a causa do mesmo.

Não havia, assim entendemos, necessidade de o legislador o dizer, mas desde que o disse, e como a mesma razão deve levar à mesma solução, o intérprete não poderá deixar de convir em que o mesmo se aplica aos demais adicionais: cessada a razão que obrigava a seu pagamento, desaparece o débito.

3.3.f) A estes argumentos, acrescentamos: embora o Direito do Trabalho seja de proteção ao trabalhador (como reconhece a maioria da doutrina), não se há de esquecer -- e a Consolidação das Leis do Trabalho nos lembra em seu artigo 8º --, que a aplicação da lei se há de fazer de modo a que "nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

Qual é o interesse público, o interesse da sociedade e da nação?

É que o indivíduo continue trabalhando quanto suas forças lhe permitam (para ganhar adicional de horas extras) prejudicando sua saúde e o convívio com a família, afetando a estrutura desta e a educação dos filhos? ou que ele trabalhe apenas o que se considerou conveniente para evitar tais prejuízos?

É que o indivíduo trabalhe em serviços, ambientes e/ou condições insalubres (para ganhar o adicional insalubridade) candidatando-se à invalidez (ou morte) precoce? Ou que seja eliminada a insalubridade?

É que o indivíduo trabalhe em condições de perigo (para ganhar o adicional periculosidade) arriscando-se a aleijões e morte? Ou que se lhe dê segurança para trabalhar?

Será o de que o empregado que recebia adicionais, quando desaparecida a razão para esse pagamento seja dispensado? Ou, ao contrário, será o da manutenção do emprego?

Temos para nós, que as respostas não de ser, nos três casos, pela afirmativa da segunda alternativa, porque qualquer das outras atingirá o interesse público (doença, invalidez, morte precoce, desestruturação da família, desemprego, etc.). O fato de o empregado que ganhava adicional deixar de o ganhar, porque desaparecida a razão que o justificava, nada ou pouco influirá sobre a coletividade.

Mas, repetimos, se o empregador estiver obrigado a continuar pagando o adicional, não irá se interessar em alterar horários, sanear ambientes, adotar métodos e equipamentos de proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores, a menos que possa trocar o empregado.

3.3.g) Quanto à orientação adotada pelo enunciado nº 291 do E. Tribunal Superior do Trabalho, estabelecendo uma indenização a ser paga na supressão dos adicionais, também não nos parece, *data venia*, acertada.

Sabemos que o enunciado cuida apenas do adicional de horas extras, mas a orientação poderá vir a ser adotada também para o noturno e, embora contrariando o já referido artigo 194 da Consolidação, até mesmo para os de insalubridade e periculosidade.

Indenização é reparação devida a quem sofreu prejuízo injustamente, por ato ou omissão (ilícitos) daquele que a deve pagar.

Na supressão do trabalho em horas excedentes da jornada normal (como na do trabalho noturno, insalubre ou perigoso), não há ato ilícito. Pelo contrário, tal supressão corresponde a obedecer a normas legais que estabelecem a duração do trabalho (ou que defendem a saúde e a

segurança do trabalhador). Não há ilicitude, nem injustiça e, portanto, não há base para que se pretenda esteja o empregador na obrigação de indenizar.

Por outro lado, sabendo o empregado que o adicional lhe é pago por estar trabalhando em condições contrárias às previsões legais, não se pode, a rigor, dizer que sofre "prejuízo" ao ser posto o seu trabalho dentro das exigências e permissões da lei.

Já está longo este trabalho. Mais do que o aconselhável a um convidado, que não deve monopolizar a atenção do anfitrião nem a dos eventuais ouvintes (no caso, leitores) de suas palavras.

Assegurando que não tive a intenção de fazer doutrina, mas apenas a de levantar observações que venham a ser discutidas por quem mais saiba, agradeço o convite e a acolhida.