

O CONCEITO DE SALÁRIO EM UTILIDADES

José Aparecido dos Santos^()*

Muitos e expressivos juristas já se debruçaram sobre o conceito de salário e, conseqüentemente, sobre sua natureza jurídica, o que pode parecer tratar-se de tema já esgotado e cujo estudo pouca relevância possui. Contudo, quando se analisa de forma mais profunda a matéria, constata-se que precisar o conceito de salário ainda é obra que se encontra por terminar. O presente trabalho não tem a pretensão de cumprir essa tarefa, mas apenas delimitar o problema e oferecer um grão de sal na sua discussão, em especial no que diz respeito à aplicação desse conceito às utilidades salariais, tema esse que é o objeto principal de nossa análise.

Definir o que seja uma palavra, mormente nas ciências jurídicas, muito mais do que mera exigência científica, decorre da necessidade de se compreender e ser compreendido. Deveras, se queremos extirpar confusões, deixando de atribuir um termo jurídico a outro, é forçoso que os delimitemos, sob o risco de atribuir significado igual para diferentes objetos, ou diferentes significados para o mesmo ente. Tal inferência ganha maior relevância quando observamos que, no nosso objeto de estudo, a palavra "salário" tornou-se tão banal, que se perde por vezes a visão exata da sua essência, o que gera sensível insegurança quanto ao alcance jurídico de inúmeros fatos relacionados com a atividade laboral.

Presenciamos atualmente uma mudança gradual nas relações entre o capital e o trabalho, que está se refletindo numa alteração do próprio conceito de emprego e, conseqüentemente, de salário.

Cada vez se fala menos em emprego e mais em trabalho ou ocupação. Precisar o conteúdo de salário, nesse contexto, é imprescindível não só para evitar que antigas figuras sejam apresentadas sob novas roupagens, como também para melhor compreender e definir aquilo que de novo está surgindo.

Infelizmente, nos meios jurídicos é por demais freqüente a utilização incorreta de conceitos, gerando por vezes conteúdos até

^(*) Juiz do Trabalho Substituto da 9ª Região.

contraditórios. Confunde-se autos com processo, multa com indenização (e vice e versa), arquivamento com extinção do processo, conciliação com desistência, etc. Numa ciência, como a nossa, que se serve basicamente da palavra como forma de obtenção da verdade e do seu próprio progresso, é por demais perigoso atribuir-se a significantes e significados correntes conteúdos diversos da estrutura legal e habitualmente utilizada, sob pena de se incorrer em raciocínios tautológicos ou em silogismos erísticos. Assim, pretendemos expor as dificuldades de se precisar o que seja salário, bem como, oferecer um pequeno contributo ao entendimento do que, no nosso entender, seja salário em utilidades.

1. Evolução histórica do conceito de salário.

1.1 - Teoria da contraprestatividade

Quando o contrato de emprego surgiu, a mentalidade jurídica se encontrava inteiramente imbuída dos padrões clássicos de contrato. Assim, é compreensível que num primeiro momento se tenha relacionado o novo sistema contratual à locação de serviços. Cedo, porém, percebeu-se as diferenças gritantes entre as duas modalidades de contrato, daí porque se debruçaram os juristas sobre a natureza jurídica dessa relação, surgindo assim as teorias anticontratualistas, contratualistas e acontratualistas, dos mais diversos matizes, tendo prevalecido de modo geral a teoria da sua natureza contratual e de sua espécie “sui generis”.

Partindo-se de uma visão contratualista da relação de emprego, mas ainda sob influência da “locatio operarum”, a primeira definição que surgiu para salário foi a de retribuição pelos serviços prestados pelo empregado. Trata-se da teoria da contraprestação do trabalho, que prevaleceu por significativo tempo, e, mesmo até hoje encontra defensores⁽¹⁾. Dessa teoria advém a expressão muito repetida de que sem trabalho não há

⁽¹⁾ Mozart Victor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*, Curitiba, Juruá, 1991, pág. 333, *idem*, em *Comentários à CLT*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. I, pág. 422), Délio Maranhão (*Direito do Trabalho*, Editora FGV, 1982, pág. 175) e Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*Curso de Direito do Trabalho*, Forense, 12ª ed., 1991, pág. 234) Essa parece ser também a posição de Otávio Bueno Magano pelo que se extrai da definição que propõe (*Manual de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, vol. II, 3ª ed., 1992, pág. 218), malgrado faça referência aos conceitos de Plá Rodriguez e ao art. 26 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

salário⁽²⁾, tese hoje superada mas que ainda encontra eco em alguns poucos sistemas jurídicos.

1.2 - Teoria da disponibilidade

Contudo, a definição de salário como mera contraprestação era insuficiente e disso logo se aperceberam os estudiosos. Com efeito, constatou-se que em inúmeras circunstâncias o empregado não trabalha, posto que se encontra aguardando ordens ou em afastamentos previstos na lei ou no contrato, mas ainda assim recebe salário. Salário, portanto, logo se percebeu, é mais do que mera retribuição pelo serviço prestado. Procurando dar resposta a essas indagações, surgiu a teoria da disponibilidade do trabalhador, segundo a qual o salário não remunera apenas o trabalho prestado, mas também o tempo em que o empregado se encontra disponível para a empresa. O sinalagma perfeito, que em tese é inerente aos contratos bilaterais, e que na teoria da contraprestatividade encontra rigorosa aplicação, foi remodelado de modo que se passou a entender que a correspondência entre as duas obrigações é relativa. O contrato é bilateral e sinalagmático como um todo, englobadamente, e não prestação por prestação, detalhe por detalhe⁽³⁾, não obstante seja correto dizer que o salário continua vinculado, na maior parte, ao trabalho efetivamente prestado⁽⁴⁾.

Entre nós, o principal divulgador dessa teoria foi José Martins Catharino, que inicialmente assim definia salário:

“Contraprestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de trabalho, contratual ou instituído”⁽⁵⁾.

É curioso observar que essa definição, malgrado o citado mestre adote expressamente a teoria contratualista da relação de emprego, faz

⁽²⁾ Ludovico Barassi (*Il Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè Editore, 1949, vol. III, pág. 3) e Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*op. cit.*, pág. 235).

⁽³⁾ Arnaldo Süssekind (*Instituições de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 1991, vol. I, pág. 322) e Arion Sayão Romita (*Temas de Direito Social*, Freitas Bastos, 1984, pág. 191).

⁽⁴⁾ Ernesto Krotoschin (*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Roque Depalma Editor, 1955, pág. 235).

⁽⁵⁾ *Tratado Jurídico do Salário*, Freitas Bastos, 1951, pág. 90.

expressa concessão à teoria institucionalista⁽⁶⁾. Talvez por isso, em obra mais recente, o citado jurista tenha alterado seu conceito de remuneração para:

“Prestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem por causa de uma relação de emprego”⁽⁷⁾.

No nosso entendimento, essa é a teoria que melhor apreende a essência do que seja salário, principalmente em face do sistema adotado no nosso ordenamento jurídico⁽⁸⁾, isso porque se baseia nas duas raízes primárias da natureza salarial: retribuição e disponibilidade. Retribuição da disponibilidade do emprego é uma definição sintética que bem delinea a essência jurídica de salário, embora vista apenas sob o prisma objetivo.

1.3 -Crítica aos novos conceitos

Mais recentemente, como magistralmente ensina Amauri Mascaro Nascimento⁽⁹⁾, surgiram novas indagações a respeito do conceito de salário, baseadas numa suposta insuficiência da teoria da disponibilidade. Os juristas têm asseverado que não só o trabalho prestado ou o tempo em que o empregado está à disposição geram direito à percepção de salários, posto que

⁽⁶⁾ *Em equívoco semelhante, a nosso ver, recam Guido Bortolloto (Diritto del Lavoro, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1935, pág. 143) ao conceituar que “retribuzione è il complesso degli emolumenti, che l’operario o l’impiegato riceve dal datore di lavoro, come corrispettivo delle sue prestazioni, fornite nell’interesse dell’azienda, dalla quale esso dipende”. Contudo, embora adote a tese contratualista, o conceito reflete as idéias corporativistas do renomado autor italiano*

⁽⁷⁾ *Compêndio de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1982, vol.II, pág. 31*

⁽⁸⁾ *Aqui não tem cabimento a crítica que Américo Plá Rodriguez (Curso de Direito do Trabalho, LTr, 1982, pág. 146-150) faz ao critério proposto por De Ferrari sobre a matéria. Com efeito, no nosso ordenamento jurídico não mais há a possibilidade de suspensão do contrato por motivo econômico, principal óbice vislumbrado pelo ilustre jurista a essa tese, pois ali o empregado ainda estaria à disposição, malgrado não recebesse salário. Contudo, quando a lei agasalha hipóteses extravagantes como essas (que escapam do conceito contratual da relação de emprego), parece-nos que durante a suspensão o empregado não se encontra mais à disposição do empregador em nenhum aspecto, podendo inclusive trabalhar para outrem, daí porque, infirma-se aquela objeção*

⁽⁹⁾ *Teoria Jurídica do Salário, LTr, 1994, pág. 102*

também se verificam circunstâncias em que o empregado está não apenas desobrigado, como até proibido de trabalhar.

Amauri Mascaro Nascimento, na obra citada, a esse respeito faz referência àquelas hipóteses que no direito brasileiro se denominam interrupção do contrato, como férias, licenças remuneradas, descanso semanal remunerado, e outras circunstâncias em que o empregado não trabalha e nem sequer se encontra à disposição do empregador, mas recebe. Menciona, ainda, a tendência atual para se definir salário não apenas em aspectos objetivos, mas também segundo o prisma do assalariado, definindo-o como conjunto das percepções econômicas do trabalhador.

Todos os novos conceitos sugeridos pelos mais diversos e renomados juristas não são imunes a críticas como bem realça o próprio Amauri Mascaro Nascimento, posto que a multiplicidade e a complexidade das relações que hodiernamente incidem no contrato de emprego tornaram multifacetado o conceito de salário. Contudo, sem descer a minúcias nem com o intuito de esgotar o tema, parece-nos que os novos conceitos sugeridos mais recentemente, em sua maioria, esbarram em dois equívocos básicos: primeiro, porque não observam os princípios lógicos que informam a definição; segundo, porque partem de uma concepção restritiva do que seja disponibilidade.

Com efeito, quando se fala que “salário é o conjunto de vantagens econômicas, normais e permanentes, que obtém o trabalhador como consequência de seu trabalho prestado em virtude de uma relação de emprego”⁽¹⁰⁾, está se dizendo tudo, mas ao mesmo tempo nada se diz, posto que os elementos eidéticos que diferenciam o salário de outras percepções tidas como não salariais não entram na definição. Em igual equívoco se incorre quando se define salário como “pagamento feito pelo empregador ao empregado como consequência do contrato de trabalho”⁽¹¹⁾. A nosso ver, definir salário dessa forma seria equivalente a definir contrato de trabalho como o ajuste existente entre um empregado e um empregador, algo próximo do que dispõe art. 442 da CLT, tão criticado⁽¹²⁾ justamente pela redundância.

⁽¹⁰⁾ Amauri Mascaro Nascimento (op. cit., pág. 109).

⁽¹¹⁾ José Luiz Ferreira Prines (*Salário sem trabalho*, LTr, 1976, pág. 9)

⁽¹²⁾ A esse respeito Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*Curso de Direito do Trabalho*, Forense, 12^a ed., 1991, pág. 130/131).

Como bem realça Maria Helena Diniz⁽¹³⁾, alguns princípios devem ser observados ao se definir um objeto: 1º - a definição deve ser convertível ao definido (nem mais larga nem mais estreita, sob pena de não indicar sua essência própria); 2º - a definição deve ser mais clara que o definido; 3º - o definido não entra na definição; 4º - a definição deve ser de preferência positiva; 5º - a definição deve ser breve. Os exemplos citados no parágrafo precedente desobedecem a esses priscos princípios em diversos pontos. Primeiro, porque são muito amplos, de sorte que abarcam diversas figuras que normalmente não são incluídos no conceito de salário. Segundo, porque (em relação ao primeiro conceito) há excessos na definição (*definitio sit breves*), já que fala em duas causas idênticas (“conseqüência de seu trabalho prestado” e “em virtude de uma relação de emprego”). É óbvio que se o salário é recebido em virtude de uma relação de emprego, só pode decorrer do trabalho prestado. Além disso, não só do trabalho prestado, mas também do tempo disponível resulta o direito a salário. Terceiro, porque (no que diz respeito ao primeiro conceito) precisar o que sejam “percepções econômicas” nos leva aos mesmos questionamentos a respeito do que seja ontologicamente salário (*definitio sit clarior definito*), claro indicativo de que o definido, por via indireta, está entrando a definição (*definitum non debet ingredi definitionem*).

A esse respeito, convém analisar a definição proposta pelo próprio Amauri Mascaro Nascimento, influenciada pelo critério adotado no art. 26 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha:

Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho⁽¹⁴⁾.

Tal definição, embora bem delineada, oferece dificuldades na sua interpretação. Por ela, v.g., a indenização de antigüidade (art. 478 da CLT) poderia ser entendida como salário. Também o seriam o auxílio-acidente e o auxílio-doença pagos pela Previdência Social. Além disso, é enumerativa, o que não é desejável, e sobre ela também incide à crítica já mencionada a respeito do que sejam “percepções econômicas”.

⁽¹³⁾ *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, RT, 1979, pág. 5.

⁽¹⁴⁾ *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 435.

Muitos desses novos conceitos, por outro lado, sequer guardam a ponta da novidade e até representam o retorno a conceitos antigos e já superados, posto que genéricos por demais, daí porque muita semelhança guardam com antigas criações doutrinárias e legislativas. Tome-se como exemplo disso a definição inserta no art. 13 do Regulamento italiano da lei de acidentes de trabalho, de 13.03.1904, que assim descreve: “s” intende per salario o rimunerazione o guadagno tutto ciò che l’ operaio riceve per retribuzione del suo lavoro: ...”⁽¹⁵⁾, excerto que muito se aproxima de diversas das definições mais recentemente propostas.

Parece-nos, ante tais considerações, que para conhecer a “eidos” do salário se faz necessário antes de mais nada ter uma compreensão mais ampla do que seja “disponibilidade”. Por disponibilidade, na nossa concepção, deve ser entendido aquele estado de espírito em que se encontra imbuído o trabalhador para aceitar as solicitações do empregador. Um tal conceito, como se vê, está diretamente relacionado com o estado de subordinação jurídica do empregado, não uma subordinação típica dos esquemas legais clássicos, mas um elemento peculiar e que não se traduz em prestações e obrigações predeterminadas⁽¹⁶⁾, fato que parece decorrer de uma fidúcia especial da relação de emprego, mediante a qual as partes visam satisfazer diversos interesses convergentes. Assim, não há como se negar que mesmo em férias ou em repouso semanal o empregado se encontra em disponibilidade, já que por diversas razões está sujeito a solicitações ou determinações, quer sejam negativas (não trabalhar nas férias, v. g.), quer sejam positivas (vir trabalhar em situações de força maior, v.g.).

Se por um lado as novas definições, no nosso entender, não atingem de modo satisfatório a essência do que seja salário, por outro tiveram o mérito de demonstrar que o conceito de salário não é apenas objetivo, mas depende também da visão que os sujeitos da relação de emprego possuem desse objeto. Ou seja, fica evidenciado o caráter dúplice da natureza do salário, dentro de uma concepção relativista.

Frise-se, ainda, que o conceito de salário depende das diversas gradações que os mais diversos sistemas jurídicos lhe impõem, posto que malgrado a existência de um conteúdo eidético comum a esse objeto em todos os sistemas, há que se reconhecer que o tratamento legislativo diverso pode

⁽¹⁵⁾ *apud* Guido Bortolloto (*op. cit.*, pág. 157).

⁽¹⁶⁾ M. F. Rabaglietti (*La Subordinazione nel Rapporto di Lavoro*, Milano, Giuffrè Editore, 1959, pág. 74).

implicar na assimilação de uma teoria diferente. Por essas razões, neste trabalho não faremos a distinção, tipicamente brasileira, entre remuneração e salário, considerando-as como equivalentes.

Além disso, foge ao escopo deste trabalho uma análise do salário de forma ampla, em especial no que diz respeito à teoria do salário social, que embute diversas figuras jurídicas que fogem à tradição brasileira sobre a matéria. Assim, quando analisamos salário o fazemos sempre voltados àquilo que, como decorrência de estar à disposição (aí incluído o serviço efetivo) do empregador, o trabalhador recebe deste ou de terceiros.

Dentro dessa concepção, portanto, não estariam incluídas no conceito de salário as parcelas pagas pela Previdência Social, pois nessas circunstâncias, efetivamente, o empregado não se encontra à disposição do empregador (suspensão contratual). Também não se incluem as diversas indenizações previstas em lei, posto que nessas hipóteses o pagamento não decorre diretamente do fato de estar à disposição do empregador, mas apenas reparam o prejuízo acarretado com a extinção do contrato ou com a supressão de vantagens futuras.

2. O salário em utilidades

O ponto nodal do conceito de salários exsurge quando se analisam as chamadas utilidades salariais, como habitação, alimentação, vestuário, etc., que são fornecidas ao empregado em decorrência do contrato de emprego. A já referida complexidade das relações de trabalho dificulta crescentemente a distinção das utilidades salariais daquelas meramente instrumentais, ou seja, das utilizadas para a realização do serviço.

Em vista do nosso ordenamento jurídico, parece-nos relevante definir critérios para se distinguir salário em utilidades de instrumento de trabalho, posto que, diferentemente do que é adotado em outros países, a nossa lei estabelece importantes repercussões no contrato quando se fornecem utilidades salariais, tornando ainda mais gravoso o ajuste. Por outro lado, percebe-se com a crescente complexidade das relações de trabalho que o fornecimento de utilidades, sejam salariais, sejam instrumentais, representam vantagens consideráveis para ambos os contratantes, de forma que, até para uma melhor regulamentação, é preciso distinguir as duas espécies. Imagine-se a hipótese das regiões metropolitanas: o empregador que fornece condução aos seus empregados se beneficia com a maior certeza de comparecimento e

com a satisfação proporcionada aos seus empregados, com o conseqüente acréscimo de produtividade. Por outro lado, os trabalhadores, também se beneficiam, pois se livram do caos que reina no transporte público, ganhando tempo, e a sociedade talvez seja a maior beneficiada, posto que o transporte público fica menos sobrecarregado, gerando-lhe menor custo social. Seria esse fornecimento uma utilidade salarial, que deva produzir reflexos em repouso semanal remunerado, FGTS e outras parcelas? Mesmo permanecendo no campo meramente técnico, responder a perguntas como essa nem sempre constitui tarefa fácil, até porque há árdua divergência jurisprudencial e doutrinária, o que gera insegurança e inibe uma atuação empresarial naquele sentido.

É inquestionável que, para ser considerada salário, a utilidade fornecida deve representar vantagem auferida em decorrência do serviço prestado, e nunca meios (instrumentos) necessários à execução dos serviços, caso em que, embora existente relação de causalidade entre o atributo e o contrato, a sua natureza não é retributiva, mas meramente utilitária.

Na tentativa de melhor distinguir as utilidades salariais das instrumentais os juristas se bateram por diversos critérios. A mais conhecida e aplicada no Brasil é a regra traçada pelo mestre José Martins Catharino, segundo a qual é instrumento de trabalho toda utilidade necessária e indispensável à realização do serviço e salário aquela fornecida pelo serviço prestado⁽¹⁷⁾. Embora rigorosamente correta, essa regra não tem sido suficiente para uma adequada delimitação, posto que no caso concreto nem sempre é fácil dizer se a utilidade foi realizada para o trabalho ou pelo trabalho, havendo um campo cinzento que abrange as duas hipóteses.

O multicitado Amauri Mascaro Nascimento⁽¹⁸⁾ discorreu percucientemente sobre os diversos critérios utilizados para se proceder essa distinção, apontando para isso as seguintes características das utilidades salariais, segundo as várias tendências doutrinárias: a) habitualidade da utilização; b) fundamento contratual ou costumeiro; c) onerosidade no fornecimento; d) atendimento às necessidades individuais do trabalhador e não às necessidades do serviço.

⁽¹⁷⁾ *Tratado Jurídico do Salário*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951, pág. 171.

⁽¹⁸⁾ *Amauri Mascaro Nascimento (Manual do Salário)*. São Paulo, LTr, 2ª ed., 1985, pág. 221).

2.1 - habitualidade

O critério da habitualidade, com o devido respeito que merecem os ilustres juristas que o defendem⁽¹⁹⁾, não pode ser aceito como parâmetro. A habitualidade nunca foi requisito do salário *strictu sensu* e, pela mesma razão, não poderia sê-lo em relação às utilidades salariais, pois, ainda que fornecida eventualmente, a utilidade caracterizar-se-á como salário se de alguma forma for contraprestação, com acréscimo patrimonial para o empregado, o que via de regra ocorre.

Quando o empregado recebe, *verbi gratia*, uma gratificação, ainda que de forma eventual e aleatória, o valor recebido evidentemente decorre da relação de emprego e do fato de se encontrar disponível para a empresa. Da mesma forma quando recebe alimentação ou outra utilidade, sem que nada seja cobrado do empregado, sendo hialina a natureza retributiva dessas parcelas, o que as insere no gênero de salário. Asseverar, como o faz Antônio Lamarca⁽²⁰⁾, que nessas circunstâncias o fornecimento é mera liberalidade do empregador, tratando-se de um contrato paralelo e independente do empregatício (um ato meramente assistencial) é desconhecer a realidade das relações entre capital e trabalho, onde nada é ou deve ser fornecido de graça, desprezando-se ainda a sua natureza contratual. Trata-se de afirmação que é desmentida pela própria realidade contratual, até porque ainda não se viu empregadores distribuindo alimentação gratuitamente para terceiros, ou seja, lavrando esse “contratos paralelos” com quaisquer outras pessoas que não sejam seus empregados.

A habitualidade, portanto, nada mais é do que mero critério para se averiguar a existência de expectativa de continuidade no seu recebimento, como vem sistematicamente entendendo doutrina e jurisprudência (v.g. Súmulas 209 e 459 do STF). Diz respeito, portanto, à perspectiva de integração daquele bem ao patrimônio do empregado (continuidade ou durabilidade), mas não obsta o reconhecimento de sua

⁽¹⁹⁾ Dorval Lacerda (*O contrato individual de trabalho*, São Paulo, Livraria Acadêmica & Saraiva, 1939, pág. 173); Otávio Bueno Magano (*Manual de Direito do Trabalho*, LTr, vol. II, 1992, 3ª ed., pág. 219); Délio Maranhão (*op. cit.* pág. 177); Luiz José Mesquita (*Das Gratificações no Direito do Trabalho*, Saraiva, 1957, pág. 15), Roberto Barretto Prado (*Tratado de Direito do Trabalho*, RT, 2ª ed., 1971, vol. I, pág. 200) e Giuliano Mazzoni, (*Manuale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, vol. I, pág. 665).

⁽²⁰⁾ Salário-utilidade, Revista LTr 41/1292.

natureza salarial. A comparação com o prêmio é inevitável: em se tratando de parcela eventual sua integração é vedada, mas, por ser retributiva, a sua natureza salarial nunca deixou de ser reconhecida. Censurável, portanto, a inclusão desse requisito no texto legal (art. 458, *caput*, da CLT)⁽²¹⁾.

2.2 - fundamento contratual ou costumeiro

Diz-se que deixam de ser salariais as utilidades fornecidas sem fundamento contratual ou costumeiro⁽²²⁾. A assertiva, contudo, é redundante, posto que sejam instrumentais ou salariais, não nos parece possível que utilidades possam ser fornecidas à margem de um contrato. Se esse fornecimento pode decorrer de contrato distinto e “paralelo” ao de emprego, é questão que será analisada no item concernente à onerosidade.

No que diz respeito aos costumes, é muito estreito o seu campo de aplicação no que concerne ao fornecimento de utilidades salariais. Contudo, em se tratando de ordenamentos jurídicos do tipo “civil law”, como o nosso, a questão ganha pouca relevância, posto que os costumes tendem a ser associados ao próprio contrato. Nesse aspecto, perde importância a tese de Antônio Lamarca⁽²³⁾ de que o costume referido no *caput* do art. 458 da CLT é o costume da empresa, posto que de qualquer sorte seria uma mera cláusula que adere ao contrato de emprego. Ademais, aqui também cabe a observação do parágrafo precedente: mesmo as utilidades instrumentais são fornecidas em decorrência do contrato ou do costume, daí porque tal critério não pode se prestar a diferenciá-las das utilidades salariais.

2.3 - atendimento às necessidades do trabalhador

Apesar de inserir esse traço diferenciador em sua obra, Amauri Mascaro Nascimento não traça maiores considerações sobre seu alcance. Na doutrina, a expressão “atendimento às necessidades do trabalhador”, contudo, costuma assumir duas acepções diversas: uma quantitativa e outra qualitativa.

⁽²¹⁾ Nesse sentido Messias Pereira Donato (*Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, 2ª ed. 1977, pág. 185).

⁽²²⁾ Tese defendida por Antonio Lamarca (*op. cit.* pág. 1295 196), que afirmam tratar-se de critério superior ao de José Martins Catharino.

⁽²³⁾ *op. cit.*, pág. 1292, citando Pontes de Miranda.

Na acepção qualitativa, poderíamos dizer que o salário deve atender às necessidades do próprio trabalhador, ou seja, deve lhe ser útil, bem como à sua família. Se determinada utilidade é exclusiva ou preponderantemente útil ao empregador ou a terceiros, é evidente que sua natureza não é salarial, mesmo que decorra do contrato. Essa inferência, aparentemente óbvia, está relacionada com a disponibilidade que o trabalhador terá da utilidade, posto que de pouco lhe aprovem, como indivíduo isolado, determinada cláusula contratual se seus efeitos não representam acréscimo ao seu patrimônio.

Uma concepção quantitativa do tema também é admitida por alguns juristas, que entendem ser a suficiência elemento integrante do salário⁽²⁴⁾. Trata-se, a nosso ver, de tese indefensável. Com efeito, a suficiência do salário é diretriz a ser perseguida pela lei e pela sociedade, como corolário da realização da sonhada justiça social, mas o seu atingimento não pode ser tido como premissa necessária (*conditio sine qua non*) do conceito de salário, até porque, do contrário, teríamos no Brasil uma grande massa de empregados que não recebem salário, consabida que é a insuficiência do salário mínimo.

2.4 - onerosidade e gratuidade

Outro critério que não se presta à distinção (ao contrário, obscurece seu entendimento) é o da onerosidade. Isso porque, é forçoso concluir que todos os ajustes do contrato de emprego são onerosos e, assim sendo, tanto as utilidades salariais como as instrumentais são onerosas, o que torna inútil tal critério para se definir a natureza da utilidade fornecida pelo empregador.

O contrato de emprego, por se inserir entre os contratos bilaterais comutativos, implica necessariamente em um sinalagma: a obrigação de um contratante tem como causa a prestação do outro⁽²⁵⁾. A unir essa relação de reciprocidade, um importante nexos de causalidade: o sacrifício patrimonial de uma das partes ligado a uma correspondente vantagem a ser proporcionada pela outra, em relação de equivalência

⁽²⁴⁾ Otávio Bueno Magano (*op. cit.*, vol. II, pág. 178 179).

⁽²⁵⁾ Arion Sayão Romita (*O princípio da equivalência das prestações na execução do contrato de trabalho. In Revista Jurídica do Trabalho, Ano I nº 1, Salvador/Lisboa, abril/junho de 1988, pág. 152*).

subjetiva⁽²⁶⁾. Esse nexos insere o contrato de emprego entre os ajustes onerosos. Não obstante a existência de antiga controvérsia a respeito da essencialidade do caráter oneroso para configuração da relação de emprego, predomina o entendimento de que se trata de elemento imprescindível⁽²⁷⁾.

Tradicionalmente, por influência de uma visão estaticamente civilista dos contratos, têm-se enfatizado a relação de emprego como o vínculo através do qual alguém transmite (aliena) sua força de trabalho a outrem mediante remuneração⁽²⁸⁾. Há que se ter, entretanto, quanto às obrigações resultantes do vínculo de emprego uma visão “complexa” ou “orgânica”, como bem ensina o Prof. Antônio Monteiro Fernandes⁽²⁹⁾, inspirado na literatura clássica alemã. Em verdade, o empregado cede ao empregador bem mais do que mera atividade laboral (trabalho efetivo), recebendo em contrapartida algo mais do que mera retribuição pecuniária (salário). É crescente, pois, a ampliação conceitual de retribuição⁽³⁰⁾.

Como esclarece o mencionado mestre, por força do peculiar vínculo de subordinação existente (e do poder diretivo do empregador, que representa a outra faceta do mesmo fenômeno), o empregado mais que ceder seu trabalho, obriga-se a permanecer à disposição da empresa, ainda que sem prestar serviços. As hodiernas necessidades sociais, por outro lado, que em muito ultrapassam meras necessidades vitais imediatas, implicam em expectativas outras por parte do empregado, que acaba por receber “em troca” não apenas a remuneração (salário em moeda corrente ou em utilidades), mas outras vantagens imanentes. Algumas dessas vantagens constituem, para o empregador, obrigação de dar (material indispensável para o trabalho e vestimentas, v.g.), outras de fazer (ministrar aprendizagem, v.g.) e outras de não fazer (não rescindir o contrato, caso pactuada estabilidade contratual, por exemplo).

⁽²⁶⁾ Ludovico Barassi (op. cit., vol. III, pág. 3 5).

⁽²⁷⁾ Amauri Mascaro Nascimento (*Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr EDUSP, 1976, pág. 491 492).

⁽²⁸⁾ Jean-Claude Javillier (*Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1988, pág. 139).

⁽²⁹⁾ *Inexecução da Obrigação de fazer no contrato de trabalho*. In *Revista Jurídica do Trabalho*, ano II, nº 5, Salvador/Lisboa, abril/julho de 1989, pág. 53.

⁽³⁰⁾ José Martins Catharino (*Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1982, vol. II, pág. 30).

É evidente que, em se tratando de benefícios oriundos do contrato e que resultam da contraprestação laboral, com sacrifício patrimonial por parte do beneficiário (empregador), tais parcelas são oferecidas aos empregados a título oneroso. Há que se ressaltar, conseqüentemente, a impossibilidade de se utilizar o critério da onerosidade para distinguir as utilidades salariais das meramente instrumentais, pois ambas, representam benefícios oriundos do contrato e decorrentes da prestação dos serviços, sendo concedidas onerosamente. Esse aspecto não passou despercebido a José Luiz Ferreira Prunes⁽³¹⁾, em sua instigante obra, sendo forçoso reconhecer que, via de regra, o fornecimento de qualquer utilidade "gratuitamente", em verdade, mascara o pagamento de salário, com prejuízo para o empregado, que fica privado das respectivas repercussões.

Convém ressaltar outra ilação: o simples fato de o empregador descontar dos salários quantias (irrisórias ou não) por conta do fornecimento de quaisquer utilidades não retira o caráter oneroso do ajuste. Isso porque, o acerto bilateral nesse sentido faz parte orgânica do contrato de emprego, não implicando em coexistência com contrato de natureza diversa, mas uma mera cláusula contratual. O contrato de emprego incorpora todas as obrigações acessórias e correlatas (teoria da absorção) e a onerosidade, conseqüentemente, contamina todas as suas cláusulas⁽³²⁾.

O que acima se dessome é aplicável, inclusive, às utilidades instrumentais. Inconsistente, pois, a afirmação de que o fornecimento de vestimentas para uso no trabalho, v.g., é efetuado a título gratuito, ainda que o empregado nada pague por elas. Contratado o empregado com a expectativa de receber esse instrumento, estabeleceu-se o dever correlato de continuidade no seu fornecimento. Admitir a supressão unilateral por parte do empregador de tal vantagem implicaria em desequilíbrio contratual, com perdas injustas, mormente quando, na maioria dos casos, representaria sensível prejuízo para o empregado, que se veria na contingência de pesados gastos com vestuário a ser utilizado como instrumento de trabalho. O mesmo

⁽³¹⁾ *Salário em utilidades*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1973, pág. 21.

⁽³²⁾ Nesse sentido, Martins Catharino (*Tratado Jurídico do Salário*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951, pág. 178-179). Em sentido contrário, Santoro-Passarelli (*Noções de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, 1973, pág. 151).

ocorreria, v.g., no caso de utilização de carro exclusivamente para uso em serviço ou o fornecimento de vaga em garagem no local de trabalho⁽³³⁾.

Não se pode confundir, portanto, onerosidade com a possibilidade ou não de desconto das utilidades fornecidas ao empregado. Admitir a existência de onerosidade no fornecimento dessas vantagens, entretanto, não significa concluir que possuam sempre natureza salarial. Isso porque, o conceito de remuneração (salários) é mais restrito do que o de contraprestatividade. O sistema legal é que estabelece o conceito e alcance da remuneração, adequando-a à realidade das relações de trabalho. O conceito técnico de remuneração, entretanto, há que se vincular às vantagens auferidas pelo empregado em virtude da prestação laboral, que impliquem em um acréscimo (*plus*) ao seu patrimônio pessoal, vantagens essas que serão utilizadas pelo empregado como bem entender, sem interferência do empregador.

3. O salário em utilidades e o duplice caráter do princípio da disponibilidade.

Entendemos, portanto, em vista do que foi expandido no item precedente, que para facilitar a definição da natureza da utilidade, deve ser ressaltado o princípio basilar do salário, e que revela grande parte de sua essência: o da disponibilidade. O princípio da disponibilidade nada mais é do que a constatação de uma ambivalência ontológica: o empregador utiliza livremente da mão-de-obra colocada à sua disposição (o mero fato de o empregado estar à disposição já é prestação), segundo seus critérios de conveniência e utilidade, e o empregado, por sua vez, dispõe livremente dos seus salários, sem qualquer interferência por parte do empregador, o que aliás distingue o trabalho livre da servidão

As utilidades salariais nada mais são do que modalidade de pagamento dos salários. Destarte, seguem os mesmos princípios ontológicos e tuitivos do salário, gênero de que são espécie. Portanto, toda e qualquer utilidade para ser salarial, há que se situar no campo da livre disposição do empregado. Se o empregador pode limitar ou dispor dessa utilidade segundo seus critérios de conveniência, ou nela interferir, evidentemente não se trata de salário. Se acaso o empregado não pode cedê-la a terceiro ou utilizá-la

⁽³³⁾ *Questão proposta por Amauri Mascaro Nascimento (O salário no direito do trabalho. São Paulo, LTr, 1975, pág. 244).*

como lhe aprouver, esse benefício pode ser instrumento de trabalho ou mero ajuste acessório, mas nunca salário.

Esse elemento diferenciador, ontologicamente aferível, que denominamos princípio da disponibilidade, é que justifica a exceção promovida pelo parágrafo 2º do art. 458 da CLT, pois, naquelas hipóteses não se faz presente. As conseqüências práticas dessa observação elementar são consideráveis, e passaremos a destacar algumas delas.

É comum se encontrar nos contratos de emprego doméstico, os denominados “descontos” por conta de habitação e alimentação. Via de regra são indevidos, pois não se inserem as pretensas utilidades entre aqueles benefícios que o empregado recebe e livremente dispõe. Dormir em quarto da residência, sem efetiva e completa fruição da “habitação”, ou se alimentar da refeição que o próprio empregado prepara e serve (às vezes só os restos), não podem ser consideradas utilidades salariais, pois revertem em maior benefício para o empregador, que pode dessa forma dispor com maior comodidade da mão-de-obra contratada. Caracterizar-se-á, entretanto, o pagamento de utilidade salarial se acaso o empregado recebe habitação salubre e completa, em local onde possa receber quem quiser e abrigar sua família (posse indireta), sem que esse uso se submeta ao crivo do empregador. Da mesma forma se dá se o empregado recebe a alimentação de forma a poder, inclusive, cedê-la a terceiros, gozando inclusive de intervalo próprio e habitual para a refeição.

Seguindo igual *iter* lógico no que diz respeito à já referida questão proposta pelo mestre Amauri Mascaro Nascimento⁽³⁴⁾, concluímos que a hipótese por ele aventada não é utilidade salarial. Com efeito, a permissão de estacionamento de automóvel nas dependências da empresa, concedida ao empregado, não é salário, mas mero instrumento que lhe é oferecido, pois se trata de benefício do qual o empregado não pode dispor livremente. A vedação de supressão do benefício não decorre da natureza salarial do ajuste, mas da proibição legal de alteração das condições de trabalho de forma unilateral ou em prejuízo do empregado (art. 468 da CLT).

O mesmo ocorre em relação ao transporte oferecido pelo empregador. Em se tratando de transporte exclusivo e não flexível, que não possa ser cedido ou livremente utilizado, claro está que se trata de um meio

⁽³⁴⁾ *ob. cit.*, pág. 244.

utilizado pelo empregador para melhor usufruir do trabalho dos seus empregados. Diverso é o entendimento quando o empregado recebe vales ou equivalentes, utilizando transporte público ou próprio, podendo ceder a terceiros os benefícios por ele auferidos, pois, nesse caso, trata-se de fato de vantagem que se incorporou ao seu patrimônio em decorrência dos serviços prestados, e que utiliza segundo seus próprios critérios.

Diversos autores⁽³⁵⁾, dos mais respeitáveis, afirmam que existe utilidade salarial não só quando ocorre um acréscimo patrimonial direto, como também quando o empregado deixa de gastar certa quantia em função do recebimento da utilidade. Assim, por exemplo, quando transportado pela empresa até o local de trabalho, o empregado deixou de pagar pelo transporte público e, dessa forma, o respectivo valor deixou de ser desembolsado, representando assim uma vantagem salarial.

Data venia, encontra-se equivocado esse entendimento, que não se baseia numa análise metódica da natureza do salário, mas apenas em aspectos secundários do ajuste contratual. Assim fosse, teríamos que admitir que quando o empregado presta serviços em veículo fornecido pela empresa, utilizando-o inclusive para ir ao serviço e para voltar, mas exclusivamente para a realização do trabalho, como deixou de despende quantias que certamente desembolsaria, os respectivos valores correspondem a salário. Forçoso ainda seria admitir que o fornecimento de uniformes para o trabalho possui natureza salarial, já que, indubitavelmente, implica em o empregado deixar de despende quantias no pagamento de vestuário próprio, a ser utilizado no emprego. Esse equívoco conceitual é que levou Dorval de Lacerda, a defender que o fornecimento de uniformes é utilidade salarial⁽³⁶⁾. É verdade que, quando o ilustre jurista assim se pronunciou, não vigia o parágrafo 2º do art. 458 da CLT, mas esse dispositivo passou a prescrever que as utilidades referidas não são salários, justamente porque, nesse caso, é o empregador quem mais se beneficia com o seu fornecimento, embora seja inegável que o empregado também seja favorecido. É sob esse prisma que a distinção das utilidades, no nosso entender, deve ser realizada.

4. Conclusão

⁽³⁵⁾ Antonio Lamarca (*Contrato Individual de Trabalho*, RT, São Paulo, 1969, pág. 312-313), citando Süsskind e Mascaro Nascimento.

⁽³⁶⁾ Dorval Lacerda, *ob. cit.*, pág. 176.

Essas perfunctórias análises resultam em algumas conclusões de cunho prático, como convêm a esse ramo do Direito:

a) toda utilidade é proporcionada pelo empregador a título oneroso, descontadas ou não dos salários;

b) só pode ser considerada salarial a utilidade da qual o empregado possa livremente dispor;

c) a utilidade, para ser salarial, deve ser exclusiva ou preponderantemente útil ao empregado, e não ao empregador ou a terceiros;

d) ainda que o empregado “pague” parcialmente pela utilidade, permanece o seu caráter oneroso e a contratualidade do seu fornecimento, se decorrentes da relação de emprego, razão pela qual não podem ser suprimidas ou alteradas, exceto em caso de alteração bilateral sem prejuízo para o empregado (art. 468 da CLT);

e) o desconto de determinada utilidade dos salários, além de não afastar a onerosidade, pode representar violação à lei (parágrafo 2º do art. 458 da CLT), caso sua natureza seja instrumental;

f) é impossível a coexistência de comodato (sempre gratuito) com o contrato de emprego⁽³⁷⁾.

g) o fornecimento de alimentação e habitação a empregado doméstico não é utilidade salarial, exceto se demonstrado que o trabalhador possa livremente dispor desses benefícios, em seu favor ou em favor de sua família;

h) a permissão de estacionamento de automóvel nas dependências da empresa, concedida ao empregado, não é salário, mas mero instrumento.

⁽³⁷⁾ Nesse sentido, Cesarino Júnior (*Direito Social*, São Paulo, LTr, 1980, pág. 270).