

DISPENSA E DA DEMISSÃO
DISPENSA SEM JUSTA CAUSA
PARTE II

Rita de Cássia Tenório Mendonça

Olá!

Nesta aula trataremos da dispensa sem justa causa, percorrendo suas particularidades e institutos afins.

É tema por demais importante, pois quase sempre a cessação do contrato de trabalho ocorre dessa forma, ou seja, por iniciativa do empregador e sem justa causa.

Portanto, atenção para as informações, muitas das quais, inclusive, já são do conhecimento de todos, experimentadas até mesmo em razão das próprias relações profissionais que travamos.

Para que tenhamos bastante material, organizei um maior número de sub temas e informações. A aula está bem mais extensa do que de costume, para que tenhamos sempre algum material a mão para consultar, nesses dias de férias.

Só não vale para por completo os estudos! Afinal, como ensinam dez entre dez *experts* em aprovação, o segredo são as “doses diárias” de conhecimento, ainda que breves.

Vamos ao tema.

1.0. Generalidades:

Embora a denúncia seja a expressão da vontade unilateral de um dos contratantes, quando assume a forma de despedida, jamais é bem recebida pelo empregado e suas associações profissionais.

Mesmo o Estado encara com certa reserva esse direito do empregador, buscando, inclusive, criar restrições como forma de desestimulá-la e minimizar suas consequências (art. 7º, I, da CF).

Entre nós, é a lei que traça os limites dessas restrições e o faz, em determinados casos, de maneira enérgica, suprimindo do empregador o direito de denunciar o contrato de trabalho. Assim, temos que o direito de resiliir, por parte do empregador, não é absoluto, subsumindo-se a proteção prevista em lei.

Repare-se que a dispensa pode ocorrer com ou sem justa causa, merecendo, as duas modalidades, disciplinas jurídicas distintas. Em qualquer hipótese, porém, reconhece-se a desnecessidade da parte recorrer antecipadamente ao juiz para que este declare

dissolvido o vínculo. Com as condições e restrições já referidas, o empregador possui o direito de promover, por iniciativa própria, a rescisão unilateral, e vê-la consumada, independente de recorrer à autoridade judicial, que só deverá ser acionada em caso de controvérsia insolúvel instalada entre as partes.

A despedida não tem efeitos retroativos (*ex tunc*). Como ato constitutivo *ex nunc*, só cessa os seus efeitos a partir do momento da rescisão. Poderia surgir o interesse do empregador em não promovê-la, mas em ajuizar ação de anulação do contrato, alegando nulidade ou anulabilidade, como forma de orquestrar a proteção legal em seu favor, a fim de conferir ao ato o efeito *ex tunc* e liberar-se do pagamento de determinadas verbas trabalhistas resultantes do ato da dispensa. É inútil a resolução judicial do vínculo para conseguir efeitos retroativos, pois que, como já assentado, a regra dominante no Direito do Trabalho é a irretroatividade dos efeitos da nulidade contratual, tendo em vista a impossibilidade de devolver as partes o *status quo ante*, pois não há como restituir ao trabalhador a sua contraprestação, que vem a ser justamente sua força de trabalho.

A reparação comum prevista para o caso de dispensa sem justa causa, atualmente, é a do sistema do FGTS. Abandonou-se o sistema previsto no art. 478, *caput*, da CLT – um mês de remuneração por ano de serviço efetivo ou fração de ano igual ou superior a seis meses – que só permanece válido para os detentores de estabilidade decenal, em respeito a seus direitos adquiridos anteriormente a extinção do sistema da estabilidade decenal.

Repita-se que essa regra só vigora quanto ao tempo anterior a CF/88, para os que não tinham feito a opção pelo FGTS, até aquele momento. É que com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o regime fundiário passou a ser obrigatório. Os estabilidade tiveram seus regimes compulsoriamente transmudados, embora respeitados os direitos anteriormente adquiridos.

Válidos, portanto, os critérios previstos no art. 477, da CLT, razão pela qual todo despedimento, por razões de necessidade da empresa, determina o pagamento da reparação no montante de 40% do valor existente na conta vinculada do FGTS, ainda que motivado por força maior ou falência. No caso de força maior, a reparação será devida por metade (20%) dos valores constantes da conta vinculada (art. 502, II, da CLT).

Evidencie-se que a partir de outubro de 2001, o empregador passou a ter obrigação de depositar mais 10%, ou seja, 50%, no total, do montante existente na conta vinculada (Lei Complementar n.º 110/2001). No entanto, esses 10% não revertem para o trabalhador. Servem para fomentar o Governo, suprimindo despesas decorrentes da correção monetária relativas aos planos econômicos, determinado pelo STF e pelo STJ.

Em breve, também dedicaremos aula exclusiva para o FGTS.

Somente a partir do primeiro ano de duração do contrato de trabalho o empregado faz jus à indenização (art. 478, §1º, da CLT), por se tratar de período de experiência. Cabe evidenciar que aqui não se trata de contrato de experiência, previsto no art. 445, Consolidado. No caso de período de experiência, não obstante ser indevida a indenização de 40%, é direito do empregado, caso seja despedido sem justa causa, os valores relativos a

férias proporcionais, 13º salário proporcional, aviso prévio e acesso aos depósitos da conta vinculada do FGTS.

O *serviço efetivo* mencionado na norma (art. 478, *caput*, CLT) é o tempo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (art. 4º, da CLT). O tempo de interrupção é considerado como de serviço efetivo. O de suspensão não conta, salvo os casos de acidente e serviço militar. Para quem quiser se aprofundar nos casos de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, nossa aula de n.º 07 foi totalmente dedicada ao tema.

O cálculo do salário que servirá de base a essa indenização varia conforme a forma de pagamento (art. 478, §§ 2º, 3º, 4º e 5º).

É de se ressaltar que a indenização devida, em caso de despedida sem justa causa, de empregado vinculado por contrato de trabalho a termo, não se calcula consoante o critério supra, mas da forma estabelecida no art. 479.

2.0. Declaração de vontade do empregador:

Não há maiores dificuldades quanto à definição da dispensa ou despedida – ato pelo qual o empregador põe termo à relação jurídica – nem quanto à sua natureza, tendo em vista se tratar de forma de extinção do contrato de trabalho. Sua função é desconstitutiva de vínculo jurídico, sendo *ato receptício, porque deve ser conhecido pelo empregado* (Mascaro).

O poder de despedir, de caráter receptício, é ato pelo qual o empregador exerce o direito potestativo de encerrar a relação jurídica que o liga ao empregado. Segundo Délio Maranhão, trata-se de uma declaração unilateral de vontade de natureza receptícia e constitutiva. Sua principal consequência é que sujeita o empregador ao cumprimento de certas obrigações impostas pela lei, como a concessão de aviso prévio, indenização de antiguidade (contrato por prazo indeterminado), indenização de rescisão *ante tempus* (contrato por prazo determinado) etc.

3.0. Do procedimento para resilir o contrato de trabalho. Breve estudo do art. 477, da CLT:

A forma que a lei estabelece para a rescisão, tanto por iniciativa do empregador, quanto do empregado, está contida no art. 477, da CLT.

O mencionado artigo assegura, em seu *caput*, para todo empregado contratado por tempo indeterminado, e quando ele não tenha dado motivo para a ruptura contratual (justa causa), o direito de haver do empregador uma indenização, que será calculada com base na maior remuneração que recebeu na empresa, que normalmente será o último salário pago.

Mas não necessariamente. Se durante a relação o empregado ocupou, por certo tempo, por exemplo, cargo de confiança e depois reverteu a seu cargo originário, terá o cálculo baseado naquele salário, caso seja maior.

Se a relação de emprego perdurar por mais de um ano, a dispensa só será válida se devidamente homologada (art. 477, §1º). Ressalte-se que, na prática, basta que a relação dure onze meses, que somados ao aviso prévio já exigem a incidência da norma legal.

É meramente formal o ato de homologação da quitação das verbas rescisórias. Em sua ausência, não obstante classificado como ineficaz o ato, caso o empregado confesse seu recebimento ou haja prova incontestada do efetivo pagamento pode o defeito ser considerado suprido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa do empregado.

A competência para homologar a quitação é do sindicato ou do Ministério do Trabalho, podendo as partes escolher qualquer uma delas. Na falta, o representante do Ministério Público ou o Defensor Público podem homologar a quitação. Não existindo nenhum deles na localidade, a competência é do Juiz de Paz (art. 477, §§1º e 3º).

Não poderá ser cobrado das partes (empregador e empregado) nenhum valor ou taxa para promover a homologação (§7º).

“É contrário ao espírito da lei(art. 477, §7º, da CLT) e da função precípua do Sindicato a cláusula coletiva que estabelece taxa para homologação de rescisão contratual” (TST, SDI, Orientação Jurisprudencial 16)

A homologação pode ser praticada em outra comarca, mesmo que lá não tenha ocorrido nem a prestação do trabalho, nem tenha sido firmado o pacto laboral. É que as normas de competência em razão do local, na administração pública de direitos privados, são flexíveis, embora, na prática, seja rara a ocorrência.

A homologação da quitação exige a presença física do trabalhador. Sendo menor de 18 anos, deverá estar acompanhado de seu representante legal, pois somente sob a vigilância de seu responsável a quitação será válida (art. 439).

Embora não seja comum, nada impede a quitação sem a presença do empregador, mediante a exibição de documentos hábeis, desde que clara e efetiva a manifestação de sua vontade para o ato, muito embora Instrução Normativa do Ministério do Trabalho exija presença de ambas as partes para a efetiva homologação. Na prática, isso acontece com frequência, pois por linhas transversas, comparece ao ato da homologação um mero mensageiro, geralmente, também trabalhador da empresa, portando os documentos necessários para o ato e os valores respectivos, mas sem que nada saiba sobre as particularidades da prestação do serviço, do porquê da rescisão e quase sempre se apresentando sem poderes de discutir ou ajustar os títulos e verbas contidos no documento de rescisão, o que equivale, em termos práticos, a ausência do empregador ao ato da dispensa, que terá de ser aceita ou recusada pelo empregado, sem possibilidade de discussão e ajustes naquele momento.

Infelizmente, tal prática ocorre como tentativa de fragilizar ainda mais o empregado, que por receio de quanto tempo terá de esperar para solução das divergências apontadas no ato da rescisão (já que sequer isso sabe informar o mensageiro de seu patrão), diante do montante que lhe é ofertado naquele momento, ainda que a menor, acaba por ceder, ante as dificuldades de manutenção e dívidas que, por certo, já coleciona.

Os valores das parcelas efetivamente pagas devem constar expressamente do termo de rescisão, pois a legislação nega eficácia a quitação genérica, onde não se faz possível constatar o valor relativo a cada título e verba trabalhista constante do termo de rescisão – TRCT – art. 477, §2º. A redação desse parágrafo é criticada, pois manda discriminar o valor, esquecendo-se que a quitação alcança também as parcelas, que igualmente necessitam serem apontadas.

A omissão foi corrigida com a edição da Súmula 330, do TST, que dispõe que a indicação da quantia e da parcela a que se refere, quitará em definitivo a parcela, deduzindo-se que o empregado não poderá pretender outra quantia referente à mesma parcela, quando a quitação foi homologada. A súmula não impede que o empregado faça constar sua ressalva expressa a alguma das parcelas quitadas, desde que aponte precisamente a verba objeto das restrições. Estabelece o precedente:

“A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e específica ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem do recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação (alterada pela Res. TST 108/01, DJ, 18.4.01).

A mesma sorte não teve a Súmula n.º 41, que lhe antecedeu, pois limitava a quitação apenas as importâncias.

O pagamento das verbas rescisórias deve ser feito no ato da homologação, em parcela única e em dinheiro. Pode ser feita em cheque visado, mas somente se o empregado não for analfabeto (art. 477, §4º).

Rescisão homologada tem valor de recibo, onde o empregado apõe que recebeu os respectivos valores, sendo seu o ônus de provar fatos que levem a conclusão diferente, em ocasião posterior.

Se no momento da quitação existirem parcelas de FGTS que ainda não foram recolhidas pelo empregador, poderão constar do termo de rescisão do contrato de trabalho, como verba rescisórias, sendo depositadas na conta vinculada, juntamente com o depósito de 40% para saque mediante a apresentação da documentação comprovadora da rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, perante o Órgão Gestor. É o que dispõe a Lei n.º 8.036/90, com as alterações conferidas pela Lei n.º 9.491/97.

Art. 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 ao imediatamente

anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

.....

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar da documentação comprobatória do recolhimento dos valores devidos a título de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, eximindo o empregador, exclusivamente, quanto aos valores discriminados."

As entidades estatais (pessoas jurídicas de direito público, autarquias ou fundações de direito público que não explorem atividade econômica) dispensam a homologação de seu ato de rescisão, pois seus recibos de quitação têm presunção de veracidade e plena eficácia (DL n.º 779/69).

A homologação é ato anulável perante a Justiça, por incapacidade do agente e por erro, dolo, coação, simulação ou fraude, como qualquer outro ato jurídico.

É permitida compensação no pagamento das verbas rescisórias, mas desde que não excedente a um mês de salário do empregado (art. 477, §5º). Se a quitação das verbas rescisórias for feita em juízo, não se subordina a essa restrição, porque as limitações se interpretam restritivamente. E o legislador se referiu somente aos casos de homologação feita pelo sindicato e demais legitimados para o ato. A finalidade da norma é evitar fraude contra o empregado, que se presume afastada, uma vez que as discussões e ajustes ocorrerão na presença do juiz.

4.0. Casos de impossibilidade de ruptura contratual pelo empregador:

Trataremos do tema 'estabilidade' em ocasião posterior. No entanto, faremos breve menção aos casos em que o empregador se vê privado de seu direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, por entendermos pertinente.

Interessantíssimo é observar que quando se trata de estável que comete falta grave, em verdade, estamos falando de resolução do contrato de trabalho, em virtude de inexecução faltosa, e não de rescisão unilateral, seguindo a clássica divisão das formas de extinção do contrato de trabalho preconizadas por Délio Maranhão.

É ilegal a dispensa de empregado sindicalizado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até um ano após o término do seu mandato, inclusive como suplente, salvo caso de falta grave, devidamente apurada (art. 543, §3º, da CLT e art. 8º, VIII, da CF/88).

Segundo a CLT, art. 165, o titular da representação dos empregados na CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – não poderá sofrer despedida, sem justa causa ou arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Se ainda assim for dispensado, deverá pleitear sua reintegração em juízo. O representante dos empregados na CIPA e seu suplente serão eleitos por escrutínio secreto, sendo o mandato de um ano e permitida uma reeleição. Preleciona o art. 10, II, dos ADCT, da CF/88, que *fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.*

Embora nem a CLT e nem a CF prevejam expressamente, a garantia se estende ao suplente, segundo interpretação do TST, que em seu Enunciado n.º 339 dispôs que:

O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea 'a', dos ADCT, da Constituição da República de 1998.

O empregador não pode despedir o empregado que esteja com o contrato de trabalho suspenso e, via de consequência, afastado do emprego (exigência do serviço militar, aposentadoria provisória etc.). Se o fizer, a dispensa será nula e o trabalhador será reintegrado.

Quanto as pessoas com deficiência habilitadas ou empregados reabilitados, contratados em razão da reserva legal prevista no art. 93, da Lei n.º 8.213/91, cabe salientar que as mesmas não detêm garantia de emprego, a não ser indiretamente, pois caso haja interesse de promover seu afastamento, o empregador tem de contratar um substituto em condições semelhantes, antes mesmo de promover a dispensa do empregado pessoa com deficiência. É o que dispõe o Decreto n.º 3.298/99, art. 36, §1º.

Com isso não se buscou proporcionar estabilidade a essas pessoas em seus empregos, mas apenas instrumentos de obstar qualquer intenção de empregadores menos escrupulosos de efetuarem um cumprimento inicial da lei, para mostrarem adaptação aos órgãos fiscalizadores, e num momento posterior, gradativamente, eliminarem essas pessoas de seus quadros, dispensando-as sem justa causa.

Tratamos da inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho em nossa Aula n.º 01.

O art. 10, inciso II, do ADCT, da CF/88, também confere estabilidade provisória a empregada gestante, vedando a dispensa da empregada desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto.

Ao empregado acidentado é conferida garantia provisória de emprego que se estende pelo prazo de 12 meses após a cessação do auxílio-doença acidentário, independente de percepção de auxílio-acidente (art. 118, da Lei n.º 8.213/91).

Há, ainda, a garantia provisória dos empregados que representam os trabalhadores em atividade no Conselho Nacional de Previdência Social (art. 295, II, b, do Decreto n.º

30.048/99), da nomeação até um ano após o término do mandato (três empregados e seus suplentes).

Também é vedada a dispensa dos representantes dos empregados, membros das comissões de conciliação prévia, titulares ou suplentes, até um ano após o término do mandato (art. 625-B, §1º, da CLT).

Os antigos empregados, cujos contratos de trabalho precedem a Constituição atual, com direito adquirido a estabilidade decenal (art. 492, da CLT), também não podem ser dispensados sem justa causa.

Quando se trata de relação de emprego firmada com o ente público, a rescisão também enfrenta obstáculos para se consumar, estabelecidos no intuito de proteger o trabalhador, hipossuficiente na relação de trabalho.

Os trabalhadores que adentraram sem prévia submissão e aprovação em concurso, nos quadros dos serviços públicos entre 05/10/83 e 04/10/88, ou seja, nos últimos cinco anos anteriores a entrada em vigor da atual Constituição, não são considerados servidores públicos *stricto sensu*, submetidos ao regime estatutário (art. 19, da ADCT, da CF/88). São empregados públicos, ligados ao regime celetista, sem que estejam protegidos pelo manto da estabilidade. São regulares e efetivos, mas não estáveis, eis que o regime celetista, que rege suas relações de trabalho, não mais prevê o instituto da estabilidade para tais casos, de modo que nada se modifica, mesmo que perfaçam o decênio previsto em lei.

Juntamente com os empregados públicos, que não obstante contratados mediante concurso, têm suas relações de emprego também reguladas pelo regime celetista, esses trabalhadores, dada a forma peculiar de demonstração de aptidão para a sua contratação (aprovação prévia em certame público), não podem ser simplesmente dispensados sem justa causa, sem que igualmente preenchidas uma série de requisitos para que se confira validade ao ato. Falamos da necessária conduta de motivar o ato administrativo da dispensa, devendo o mesmo se conter entre as hipóteses que permitem o desligamento de empregado concursado/efetivo (questões de ordem disciplinar, financeira, técnica ou econômica), ser o ato pessoal (ex: extinção de um setor ou de um determinado cargo e não afastamento imotivado de um empregado específico, pelo qual o representante do empregador não tem simpatia) e estar o ato vinculado ao motivo apresentado.

Explicando melhor, não se trata de ato vinculado o ato administrativo de despedir. Mas se apresentada determinada justificativa, a ela se vincula o ato, não podendo subsistir se posteriormente constatado que não foi aquele o motivo para o afastamento (ex: se o motivo apresentado foi o de extinção de determinado cargo dos quadros do ente público, por razões técnicas, não pode, posteriormente, se interpelado, o empregador alegar que o cargo não foi extinto, mas que a dispensa agora se justifica em razão de motivo disciplinar).

A medida busca salvaguardar o trabalhador pois, de outra forma, por questões políticas ou interesses escusos, os dirigentes de entidades e órgãos públicos dispensariam a seu bel prazer, em detrimento do trabalhador, que já mostrou sua capacidade quando da aprovação em concurso, e até mesmo em detrimento da coletividade, que arcaria com o ônus

de tais atos, pois novo concurso haveria de ser manejado, verbas rescisórias e despesas com nova contratação teriam de ser por ela suportadas etc.

O ardid poderia ser utilizado, ainda, como forma transversa de ferir a ordem de classificação do concurso, pois com sucessivas contratações e dispensas, esse arremedo de administrador da coisa pública faria chegar aos seus quadros o candidato apadrinhado que lhe aprovesse e, por ventura, não tenha se classificado dentro do número de vagas ofertadas.

O único servidor público demissível *ad nutum*, ou seja, sem necessária justificação, é o ocupante, apenas, de cargo de confiança.

Em ocasião posterior, dedicaremos aula especificamente para tratar da questão, bem como das pessoas contratadas irregularmente, sem prévia submissão a concurso público – os prestadores de serviços – e suas situações trabalhistas.

Caso interessante é quando prevista no contrato de trabalho cláusula de garantia de duração mínima desse contrato. Não se trata de contrato por tempo determinado, mas de contrato por tempo indeterminado, onde as partes acordam no sentido de que o empregador só estará livre para demitir após ultrapassado certo lapso de tempo. Trata-se de cláusula em favor do empregado.

Se, não obstante a existência da cláusula, a parte promover a despedida, não importará em reintegração, por não observância de estabilidade, mas somente em indenização, porque não se trata de infração a dispositivo legal de proteção ao trabalhador (norma cogente), mas de simples inexecução de estipulação contratual, resultante da autonomia da vontade dos contratantes. Nesse caso, a parte receberá a indenização em razão da despedida e também a compensação pecuniária prevista no contrato, por não ter sido respeitada a cláusula de duração mínima do contrato de trabalho.

5.0. Prazo de homologação e multa:

As verbas rescisórias devidas ao empregado deverão ser pagas no dia útil imediato ao fim do contrato, nos casos em que foi concedido o aviso prévio, ou até o décimo dia útil, na hipótese de ausência de aviso prévio, quando dispensado seu cumprimento ou quando indenizado (art. 477, §6º).

Em caso de não cumprimento dos prazos previsto legalmente, o empregador sujeitar-se-á a multa administrativa, assim como ao pagamento de multa em favor do empregado, no valor de seu salário, devidamente corrigido (art. 477, §8º), desde que o trabalhador não tenha dado causa a mora. As multas são aplicáveis, ainda que se tratem de empregadores pessoas jurídicas de direito público (TST, SDI-1, OJ n.º 238).

238. Multa. Art. 477 da CLT. Pessoa jurídica de direito público. Aplicável.

6.0. Indenização pelo tempo de serviço. Conceito:

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, cujas partes têm direito de encerrá-lo unilateralmente.

Dispõe o art. 477, da CLT, que não existindo prazo estipulado para a terminação do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado, quando não haja ele dado motivo para a terminação, o direito de haver do empregador uma indenização paga na base da maior remuneração que tenha percebido na empresa.

Do nosso sistema legal decorre que a indenização por antiguidade não está ligada a idéia de culpa do empregador, mas de ausência de culpa do empregado. O empregado perde o direito se der motivo a cessação do contrato (condição). O direito é adquirido no curso do contrato e é garantido pelos depósitos efetuados pelo empregador na conta vinculada do empregado.

7.0. Indenização por tempo de serviço. Natureza jurídica:

O pagamento da indenização por tempo de serviço é imposto, por lei, ao empregador, pelo fato de ter exercido o seu direito de rescindir unilateralmente o contrato. Necessário investigarmos o porquê do exercício de um direito gerar uma obrigação pecuniária. Para a análise das teorias que se propõem a explicar esse fenômeno, elegemos a obra Instituições de Direito do Trabalho, onde o tema é esposado pelo Mestre Délio Maranhão, e cuja atualização ficou a cargo do também ilustre João de Lima Teixeira Filho, que assim opinam:

a) Teoria do abuso de direito – na doutrina francesa, predomina corrente no sentido de explicar tal indenização por essa teoria, cujo fundamento consiste em que o empregador teria de indenizar o empregado, porque usando da faculdade da rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem justa causa, estaria abusando do seu direito, exercendo-o de maneira contrária a sua finalidade normal, causando prejuízo ao empregado. A crítica é que os argumentos não satisfazem, pois não correspondem aos anseios do direito positivo brasileiro. Rescindir significa usar da faculdade de dissolução do contrato pela só vontade do contratante, sem que haja um motivo. O empregador que dissolve o contrato porque quer, normalmente exerce um direito. E aí não se vê nenhum abuso. Outrossim, a teoria do abuso de direito, inevitavelmente, traz a regra de que o ônus da prova recai sobre quem alega. Assim, caberia ao empregado provar o abuso da rescisão, o que seria impossível na maioria dos casos. Abstraindo todas as discussões acerca da validade dessa teoria para explicar a natureza jurídica da indenização devida pelo empregador, quando encerra imotivadamente o contrato de trabalho, o que se conclui é que a mesma não serve para explicar o instituto perante o Direito Brasileiro, até porque entre nós a indenização é devida ainda que a extinção resulte de força maior, que não se coaduna com a existência de nenhum abuso por parte do empregador.

b) Teoria do risco criado (responsabilidade objetiva) – a aplicação da teoria do risco à dissolução do contrato de trabalho resolveria certa dificuldade que a teoria do abuso não consegue evitar. Assim, reconhece-se que a rescisão é um direito do empregador que, ao mesmo tempo, gera uma obrigação de indenizar. Quanto a questão do ônus da prova, a dificuldade também resta superada, porque, nesse caso, caberia ao empregador fazer a prova da ‘justa causa’ porque esta – traduzindo culpa exclusiva da vítima – faz desaparecer nexo causal entre o ato do empregador e a perda do empregado, livrando-o da obrigação de indenizar. Mas essa teoria esbarra em outro óbice, qual seja, não poderia haver o dever de indenizar, mesmo por força da responsabilidade sem culpa, quando o evento resultasse de

força maior, porque, ainda assim, desapareceria a relação de causalidade, sem a qual não pode haver tal obrigação. No entanto, a CLT garante ao empregado o direito à indenização no caso de força maior. Há mais, porém. Indenização, mesmo pela teoria do risco criado, é ressarcimento de danos e de prejuízo. A existência de dano certo é condição *sine qua* para que haja responsabilidade. Ora, mas o empregado faz jus a indenização, mesmo quando da dissolução do contrato não lhe advenha qualquer prejuízo, ainda que eventual. Tomemos como exemplo o da citada obra, de caso de empregado que no dia imediatamente seguinte ao da rescisão, consegue nova colocação profissional, com mais benefícios e maior salário. Não haveria motivo para indenizar, pois o empregado não sofreu qualquer prejuízo. Ainda assim, persiste a obrigação do empregador, razão pela qual também não serve a teoria do risco para explicar a natureza da indenização.

c) Teoria do salário diferido – diante das dificuldades de definir a natureza jurídica do instituto, outras construções foram sugeridas para caracterizar a indenização, juridicamente. Uma delas considera o instituto como salário diferido, tratando-a como parte da remuneração a ser paga como complemento do salário, por ocasião da rescisão. A interpretação parece correta do ponto de vista econômico. Afinal, o salário é denominador comum de todos os direitos que a lei assegura ao trabalhador (férias, repouso semanal remunerado, indenização etc.). No entanto, uma coisa é a expressão econômica da indenização, diversa da sua natureza jurídica. Se fosse complemento de salário, a indenização seria devida em qualquer caso, ainda que nos casos de resolução por justa causa ou saída espontânea. Não obstante, essa concepção ganhou entre nós um grande impulso com a implantação do FGTS.

d) Indenização-antiguidade como prêmio de colaboração – a indenização instituída pelo legislador compreende a uma prestação proporcional ao tempo de serviço. O empregado perde o direito a esse prêmio quando dá motivo a extinção do contrato, seja porque praticou uma falta ou porque tomou a iniciativa de romper a relação. O prêmio pressupõe a continuidade da colaboração por parte do empregado. Ao ver dos mencionados doutrinadores, essa é a escolha mais acertada para a definição da natureza jurídica do instituto, ressaltando que a expressão ‘prêmio’ não tem, aqui, o sentido de vantagem, mas de compensação legal correspondente ao reconhecimento de uma utilidade proporcionada ao empregador. A indenização-antiguidade, de fato, não constitui indenização. No transcórre dessa aula vamos denominar o instituto como “indenização”, por ser mais usual, mas que esteja em nossas mentes que não se trata de indenização propriamente dita.

8.0. Casos de aplicação da teoria da indenização-antiguidade:

a) indenização em caso de aposentadoria definitiva (por invalidez ou compulsória) ou morte do empregado – a doutrina é unânime e o art. 477, da CLT, não leva a outra conclusão, quando preceitua que há direito de receber indenização quando não haja o empregado dado motivo para a cessação da relação de trabalho. A aposentadoria definitiva e a morte (casos de força maior) fazem cessar tais relações, sem que, para tanto, haja o empregado dado motivo, pois não praticou ato voluntário, não havendo nexos causal entre o ato do empregado e a cessação da relação de trabalho. Não é correto dizer que na aposentadoria não se justifica o pagamento de indenização-antiguidade, apenas porque o empregado passará a receber um benefício. Relembre-se que a indenização-antiguidade é atribuída em função do passado. A aposentadoria não apaga os anos de colaboração do empregado, não ficando isento, o empregador, de pagar o respectivo “prêmio”. As obrigações (indenização e benefício

previdenciário) não se anulam, posto que distintas suas finalidades. Se nem quando o empregador é vítima de força maior está livre de pagar a indenização, não se conceberia o sistema, em evidente contradição, liberar o empregador da obrigatoriedade quando a força maior atinge, justamente, o empregado. Ressalte-se que quando a aposentadoria for espontânea, a requerimento do empregado, não se trata de força maior, mas de extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado. Com a aposentação espontânea, o empregado rescinde o contrato de trabalho, devendo receber o saldo do FGTS, mas sem a multa de 40% paga pela empresa, por ter sido sua a iniciativa. Receberá, ainda, o 13º salário proporcional e as férias proporcionais. Em seguida, querendo a empresa e o empregado, deve ser elaborado outro contrato de trabalho (art. 453, da CLT). Em nosso estudo para concurso, por mais brilhantes que sejam as alegações dos doutrinadores, nos ateremos ao pensamento dos tribunais. Portanto, a esse respeito, transcrevemos o *Enunciado n.º 295, do TST: “Aposentadoria espontânea. Depósito do FGTS. Período anterior à opção - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento de indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de que trata o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, é faculdade atribuída ao empregador”*;

b) morte do empregado por culpa de terceiros – a indenização-antiguidade não se constitui em verdadeira indenização, como já mencionado. Indenização pressupõe culpa contratual ou extracontratual. A rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador, constitui exercício normal de um direito, resultando de lei, e não de ato faltoso do empregador. Se se tratasse de responsabilidade contratual do empregador, se se tratasse de indenização propriamente dita, a culpa de terceiro exoneraria o empregador (morte do empregado resultante de culpa de terceiro), o que não ocorre. Não há que se falar, portanto, em responsabilidade civil, mas em direito do empregado, independente de culpa do empregador. Se a força maior não o exonera, menos ainda o fato de terceiro. Contra o terceiro, terá o empregador ação regressiva, mas não perde o empregado o direito à indenização a ser paga pelo seu empregador. Somente no caso da morte do empregado não decorrer de força maior, tendo ele concorrido culposamente para a realização do evento é que desaparecerá o direito à indenização, em virtude da condição resolutiva prevista no *caput* do art. 477 (*quando na haja ele dado motivo*);

c) impossibilidade de execução do contrato por motivo de acidente no trabalho – nesse caso, há de ser idêntica a solução, caso o empregado não tenha possibilidade de continuar prestando os serviços ou não tenha condições de aproveitamento em serviço compatível com o anteriormente exercido, por redução parcial e permanente de sua capacidade de trabalho. Não tendo culpa, ou seja, *quando não haja ele dado motivo*, é devida a indenização;

d) morte do empregador – mesmo que não importe em extinção do estabelecimento, tratando-se de firma individual, a lei faculta ao empregado (§2º, art. 483, da CLT) dar por findo o contrato de trabalho. Embora, de regra, não seja celebrado *intuito personae* em relação a pessoa do empregador, se o for, poderá o empregado considerar extinto o vínculo, sem a necessidade de conceder aviso prévio. Nesse caso, ser-lhe-á devida a indenização, como se estivesse sendo dispensado sem justa causa.

9.0. Indenização na dissolução do contrato a termo:

No contrato a termo nenhuma das partes têm o direito de dissolver o vínculo antes de expirado o respectivo prazo. O direito de não cumprir uma obrigação seria uma contradição com a sua natureza. Não há, portanto, rescisão unilateral do contrato a termo. Ou se verifica a rescisão bilateral, que é o distrato (novo acordo de vontade) ou a resolução contratual por inexecução faltosa de uma das partes, como já discorremos em aula anterior (Aula n.º 14).

Nesse caso – de dissolução de contrato a termo – a indenização é de natureza totalmente diversa daquela que corresponde ao empregado como indenização-antiguidade na extinção do contrato de trabalho por tempo indeterminado, por iniciativa do empregador. Daí porque, nesse caso, o empregado também está sujeito a indenizar o empregador, se não cumprir o contrato a termo, caso de seu ato resulte dano, o que não ocorre com a segunda situação.

A indenização será forma substitutiva de execução compulsória do contrato a termo. Não cabendo a execução específica, a execução coativa se faz pelo pagamento de indenização, nos termos do art. 479, da CLT (correspondente, por metade, a remuneração a que teria direito o empregado até o termo do contrato). No caso de a iniciativa para a dissolução ser do empregado (art. 480, §1º, da CLT) a indenização devida ao empregador não poderá exceder aquela a que teria direito, nas mesmas condições. Como já mencionamos na aula n.º 14 (Terminação do contrato de trabalho), na prática, tal obrigação do empregado é inoperante, pela ausência de bens e de seus salários serem impenhoráveis. Essa norma, com relação ao empregado, é exceção ao princípio de que o ressarcimento do dano tem de ser o mais completo possível.

Uma exceção a regra é o caso previsto na Lei n.º 2.959/56, que trata dos contratos por obra ou serviço certo. Prevê a norma que se tratando de construtor que admita empregado para obra certa (contratação por tempo determinado, portanto), desde que por ocasião do término da obra o empregado possua mais de doze meses de serviço, fica-lhe assegurado o pagamento da mesma indenização prevista para o caso de contrato por tempo indeterminado, com redutor de 30%.

Situação peculiar também ocorre com o safrista (contrato de safra é o que tenha sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrícola), eis que ainda que expirado normalmente o contrato, ser-lhe-á paga indenização por tempo de serviço, correspondente a 1/12 do salário mensal por mês de serviço ou fração superior a 14 dias (art. 14, da Lei n.º 5.889/73).

10.0. Empregado admitido como substituto:

Dispõe o art. 475, §2º, da CLT, que se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato, sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade, ao ser celebrado o contrato.

O dispositivo deixa lacunas e interrogações, pois menciona ‘rescisão’, quando estamos diante de caso de rescisão. E mais: não é somente o caso de contratação de aposentado que permite sua invocação. Da mesma forma, qualquer outro afastamento que dê

ensejo a contratação interina autoriza o manejo do artigo (empregado acidentado, empregada gestante, empregado afastado para cumprimento do serviço militar obrigatório etc).

Se o empregado sabe que está sendo contratado provisoriamente, para substituir outro que se encontra afastado, o contrato é a termo (art. 443), cuja duração depende de acontecimento de previsão aproximada, mas não certa (retorno do titular do posto de trabalho). Verificado o acontecimento, o contrato se extingue naturalmente, executando-se e esgotando seu objetivo. Se a cessação ocorre antes do termo, cabe indenização propriamente dita, prevista no art. 479, da CLT.

Nos termos do art. 481, aos contratos por prazo determinado que contiverem cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão, se encerrados por qualquer das partes, antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, os princípios que regem a rescisão dos contratos por tempo indeterminado. Reitere-se que a natureza jurídica dos contratos a termo não se coaduna com a rescisão unilateral, pois admiti-la seria como que conceder a parte o direito de não cumprir o contrato, o que seria uma contradição, como já mencionado. Assim, as partes estipulando o direito de encerrar o contrato previamente, mediante ato unilateral, o ajuste há de se entender como não subordinado a prazo, aplicando-se a regra das dissoluções de contratos por tempo indeterminado.

11.0. Força maior:

A força maior provoca a dissolução do contrato pela impossibilidade absoluta de sua execução.

Estamos falando de impossibilidade de execução do objeto do contrato. Em assim sendo, uma execução mais onerosa não justifica dissolução ao argumento de força maior.

Os elementos que caracterizam a força maior são a inevitabilidade do evento (elemento objetivo) e ausência de culpa (elemento subjetivo).

A CLT define a força maior como *todo acontecimento inevitável, em relação a vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente* (art. 501). No §1º reitera que a imprevidência (forma de culpa) do empregador exclui a razão de força maior.

Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa ou estabelecimento em que trabalhe o empregado, terá este o direito à metade da indenização que lhe seria devida se não ocorresse tal motivo (art. 502, II).

Nesse passo, há de se ressaltar, mais uma vez, que a indenização-antiguidade, de indenização só tem o nome, não se prendendo a prejuízo resultante da inexecução do contrato. É um direito que o empregado adquire durante a execução do contrato e que somente perde quando haja dado motivo para sua extinção. Por isso persiste mesmo em caso de força maior.

Nos moldes civis, quando da ocorrência de força maior o devedor não responde pelos prejuízos resultantes, o que parece colidir com a conduta na esfera trabalhista. Mas

não é isso o que acontece, pois o direito a indenização-antiguidade se adquire antes da extinção do contrato de trabalho e a força maior não é retroativa, não apagando a contribuição pelo serviço já prestado. Se se tratasse de ressarcimento de prejuízo resultante da dissolução do contrato, decorrendo força maior, por certo, o legislador teria determinado que nada seria devido.

O art. 502, III, da CLT manda pagar, também por metade, a indenização na extinção do contrato a termo por motivo de força maior. Evidenciamos a crítica de Délio Maranhão, que relembra que no contrato a termo a indenização é forma de execução do contrato, possuindo caráter diverso da indenização-antiguidade. Constitui uma violência jurídica executar, compulsoriamente, pela forma substitutiva da indenização, uma obrigação cujo implemento se tornou impossível sem culpa do devedor. Note-se que enquanto a indenização-antiguidade, nos contratos sem prazo se refere ao passado, a indenização nos contratos a termo diz respeito ao futuro (a parte do acordo que não poderá ser cumprida).

Em verdade, nesse caso, torna-se impossível o cumprimento da obrigação pactuada, sem culpa do devedor. Diante disso, o contrato dissolve-se para ambas as partes, não havendo que se falar em indenização por inexecução do contrato, pois a força maior impossibilita a sua continuação. Mas esse entendimento não deve prevalecer diante da literalidade da lei, que é o que deve ser levado em consideração quando se objetiva a submissão a concurso público.

12.0. Falência e concordata:

A falência e a concordata do empregador não constituem força maior e nem acarretam, necessariamente, a dissolução do contrato de trabalho. Extinto o contrato, subsistirão, para os empregados, os direitos dele oriundos (art. 449). O §1º desse artigo dispõe que, na falência, constituirão crédito privilegiado a totalidade dos salários e das indenizações.

A Lei de Falências dispõe expressamente que os contratos bilaterais não se resolvem com a sua superveniência. Por exemplo, pode a massa falida continuar suas atividades, sob a administração do síndico, requerendo a continuidade das relações de emprego, para dar continuidade a produção.

Fica claro, portanto, que a falência não traz qualquer restrição aos direitos dos empregados, por não constituir caso de força maior. Mas apesar de a falência não dissolver os contratos bilaterais, como o de trabalho, pode o empregado diante da falência, e em defesa de seus legítimos interesses, optar pela resolução do contrato, por força do pacto comissório tácito subentendido nos contratos sinalagmáticos. O empregado não é obrigado a proporcionar sua força de trabalho se antevê o risco de não receber os respectivos salários.

Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornarem sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e, conseqüentemente, a indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno.

8.0.Fato do príncipe:

Dispõe o artigo 486 que 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 de indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

É o fato do príncipe (*factum principis*), que consiste em “*todo empecilho resultante de uma ordem ou de uma proibição emanadas de autoridade pública e que, estritamente falando, deve se assimilado à força maior*” (De Page).

É uma espécie do gênero força maior.

Para que o fato do príncipe transfira a obrigação de indenizar para o governo do qual emanou, necessário que reúna os mesmos requisitos da força maior (fato inevitável, para o qual não haja concorrido o empregador e que torne absolutamente impossível a execução do contrato). A culpa do empregador, ainda que indireta (art. 501), impede a aplicação do art. 486, como também o fato de a ordem ou medida governamental tornar mais onerosa ou mais difícil a execução do contrato. Não havendo possibilidade absoluta de execução, não há força maior, de que o fato do príncipe é manifestação especial.

O cancelamento de uma concessão a título precário não configura o instituto, mesmo que impossibilite a continuação do contrato. A força maior é uma causa não imputável ao devedor, devendo ser entendido como “*todo fato que está fora da consciência e da vontade do obrigado*”. O empregador que explora uma atividade econômica em virtude de uma concessão precária sabe, de antemão, que esta a qualquer momento pode ser cassada. O fato não está fora de sua consciência. Trata-se de um risco voluntariamente assumido.

Bons estudos!

Referências:

- . Instituições do Direito do Trabalho, Délio Maranhão, 18ª ed., LTr, SP, 1999.
- . Curso de Direito do Trabalho, Amauri Mascaro do Nascimento, 11ª ed., Saraiva, SP, 1995.
- . Comentários à CLT, Valentim Carrion, 28ª ed. Saraiva, SP, 2003.
- . CLT Comentada, Eduardo Gabriel Saad, 28ª ed., Ltr, SP, 1995.
- . Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins, 5ª ed., Malheiros, SP, 1998.
- . Curso de Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, 2ª Edição, LTr, SP, 2003.
- . Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Paulo Bonavides, Coordenador José Ronald Cavalcante Soares, LTr, SP, 2001.
- . Considerações sobre as contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001, Antonio S. Poloni, Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2520>; Acesso em 28 dez. 2003.