

PERÍODOS DESCONTÍNUOS DE TRABALHO

(Interpretação do Artigo 453, da Consolidação das Leis do Trabalho)

Dr. ANTÔNIO ALVES ARAÚJO

Assistente de Direito do Trabalho

1 — O presente estudo é uma contribuição para o solucionamento do problema relativo ao cômputo dos períodos descontínuos de trabalho no tempo de serviço do empregado.

A necessidade de uma análise mais sistemática da questão surgiu-nos quando da defesa de alguns casos perante a Justiça do Trabalho e, mais recentemente, quando, no exercício da Assistência de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, tivemos que dar para os alunos a interpretação do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A contribuição que oferecemos ao estudo da matéria é despreziosa. Deve ser considerada como simples apontamento para quem, com maior capacidade, se lançar a estudo mais profundo.

2 — A nossa legislação do trabalho tem muitos preceitos lacunosos. Esse defeito decorre da formação fragmentária do Direito do Trabalho e, às vezes, do fato de, entre nós, esse novo ramo do direito haver surgido antes de realmente reclamado pelas necessidades sociais, ou, mesmo, pelo fim propagandístico e demagógico que orientou a elaboração de certas normas.

Um desses preceitos, que tem causado certa desorientação doutrinária e jurisprudencial, é o que disciplina a inclusão, no tempo de serviço do empregado, dos períodos **descontínuos** de trabalho. Está assim concebido: "No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal" (1). Vê-se, de logo, que esse inciso legal exceptua apenas duas hipóteses em que o empregado não faz jus à contagem, no seu tempo de serviço, dos períodos descontínuos de trabalho: a) **se tiver sido despedido em virtude de falta grave** e b) **se houver sido legalmente indenizado**.

A interpretação dessa regra sugere as seguintes indagações: 1) para que efeito se computam no tempo de serviço os períodos não-contínuos de trabalho? 2) o direito à contagem desses períodos pode ser ilidido pela prescrição? 3) os períodos indenizáveis são computáveis? 4) nas rescisões voluntárias do contrato de emprêgo, por parte do empregado, subsiste o direito à inclusão desses períodos no tempo de serviço, no caso de o empregado retornar à empresa?

Concordamos em que o assunto, entre nós, tem sido ligeiramente estudado. Tentemos solucioná-lo.

3 — O primeiro problema, como vimos, é o de saber-se qual a profundidade do direito ao cômputo dos períodos descontínuos de trabalho no tempo de serviço do empregado.

Excusar-nos-emos de examinar as razões que determinaram a intervenção do Estado nas relações entre empregado e empregador, porque é matéria que foge ao âmbito deste trabalho, para partirmos do que já é:—o **direito ao emprêgo**.

Direito ao emprêgo é o que tem o empregado de ser mantido no emprêgo até que dê um motivo legalmente reconhecido como justo para a sua despedida. É uma das mais sérias garantias instituídas pelo Direito do Trabalho em benefício do titular de um emprêgo. Mas a sua inscrição nos Códigos do Trabalho

não resulta de mero arbítrio do Estado, nem visou à simples proteção do trabalhador. A sua explicação se encontra na natureza mesma do contrato de emprêgo: um contrato de prestação de serviços não eventuais, isto é, contrato celebrado entre empresa que exerce determinada atividade com o ânimo de permanecer, com caráter definitivo, e empregado que exerce nessa empresa função permanente, necessária, indispensável ao seu funcionamento, ou, melhor dito, função que, direta ou indiretamente, concorra para que a empresa atinja a sua finalidade. Por isso que tanto a empresa como a função que nela exerce o empregado têm caráter permanente é que o contrato de emprêgo pressupõe, sempre, a continuidade da prestação de serviço. É, como dizem os espanhóis, uma convenção de *tracto sucesivo*.

Por outro lado, além das conseqüências benéficas, que decorrem, para as partes contratantes, da estabilidade do empregado,—para este, porque isso representa a segurança da sua subsistência e da de sua família, e para o empregador, porque contará com a colaboração de pessoal mais integrado na empresa, melhor conhecedor das suas finalidades e mais especializado no serviço—há o interêsse social do Estado de manter o ritmo da produção e de evitar o problema da desocupação.

O problema tem assumido lugar tão relevante no mundo hodierno que autores há, como DURAND et VITU (2), que chegam a considerar o direito ao emprêgo como um direito de propriedade, tendência que já foi assinalada por OSSORIO e FLORIT (3), PEREZ BOTIJA (4) e outros.

A nossa lei do trabalho prevê a estabilidade ou o direito ao emprêgo nos artigos 477: — “É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para a cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na empresa”—e 492:—“O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido

senão por motivo de falta grave ou circunstância de fôrça maior, devidamente comprovados”.

Os dois dispositivos legais citados prevêm portanto, a estabilidade própria, a do artigo 492, e imprópria, a do artigo 477. A diferença entre uma e outra é que, no primeiro caso, a despedida é sumária e a indenização simples. No segundo caso, a despedida deve ser declarada pela Justiça do Trabalho em processo regular de inquérito e a indenização é prevista em dôbro, nos casos em que é permitida a conversão da estabilidade em indenização. Dessa forma, o instituto da estabilidade ou direito ao emprego é um só. A estabilidade, seja própria, seja imprópria, tem a mesma origem: o caráter de permanência, de continuidade da relação de emprego; e a mesma finalidade: proteger o empregado contra os riscos da desocupação, proporcionar ao empregador mão-de-obra mais especializada e experiente e assegurar à coletividade o ritmo normal da produção e defendê-la contra o problema da *chomage*. Em ambos os casos, o critério para cálculo da indenização por despedida é o tempo de serviço do empregado. Uma e outra formas de estabilidade, na prática, nascem com a prestação do serviço e o grau de intensidade da sua garantia varia proporcionalmente com a duração do contrato de emprego. Então, se tanto a estabilidade própria como a imprópria têm como elemento comum o tempo de serviço do empregado e se ambas podem resolver-se em indenização, não há como sustentar-se, como tem feito certa jurisprudência, que os períodos descontínuos de trabalho só são computáveis ao tempo de serviço do empregado para efeito de estabilidade. Não iniludivelmente, essa orientação não encontra razões jurídicas que lhe dêem forte amparo. Os períodos não-contínuos de trabalho se somam ao tempo de serviço do empregado tanto para o efeito de estabilidade, como para o de indenização.

4 — O efeito da prescrição sôbre o direito do empregado ao cômputo dos períodos descontínuos de trabalho no seu tempo de serviço é o segundo problema que vamos analisar.

Já se viu que o artigo 453 só indica duas hipóteses excludentes do direito à contagem dos períodos descontínuos de trabalho.

Face aos termos do referido inciso legal, autores e tribunais têm chegado à conclusão de que nem mesmo o transcurso do período de dois anos, entre a dispensa de um empregado e a sua readmissão, tem fôrça bastante para ilidir o direito do empregado de somar o tempo do primeiro contrato de emprêgo ao do segundo.

JOSÉ ANTERO DE CARVALHO, em seu livro mais recente (5), diz que—“de fato, sòmente em duas hipóteses deixa o empregado de ter direito ao cômputo do tempo anterior: **se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal**”.

MOZART VICTOR RUSSOMANO (6) se pronuncia a favor da mesma tese: — “Dois únicos casos, entretanto, existem em que os serviços descontínuos não são somados: é quando foi despedido, da primeira feita, mediante o pagamento de indenizações ou por ter cometido falta grave”.

Não são poucos os arestos de Tribunais do Trabalho que têm aderido a essa interpretação, decidindo, mesmo, que é imprescritível o direito ao cômputo dos períodos descontínuos de trabalho no tempo de serviço.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, decidiu que “a prescrição adotada na Consolidação das Leis do Trabalho, em sua introdução, não pode modificar o preceito contido em o artigo 453. Não determinando êsse artigo, como condição extintiva do direito, que prescreve no decurso de qualquer prazo, a prescrição de dois anos só pode ser aplicada nos casos de sua restrita aplicação” (7).

Em outro acórdão, o mesmo Tribunal reafirmou a orientação anterior, sentenciando, categoricamente, que a sua jurisprudência “tem se orientado no sentido de determinar que sejam computados os períodos descontínuos **sem quaisquer restrições,**

a não ser as enumeradas taxativamente nesse dispositivo consolidado (grifo nosso) (8).

Em outros julgados, quer do Superior, quer de Regionais, os nossos Tribunais do Trabalho têm mantido essa orientação, às vezes de modo implícito, outras vezes de maneira expressa.

Não nos parece, entretanto, data venia dos seus ilustres defensores, seja essa a correta orientação.

Efetivamente, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, em seu art. 11, que—“não havendo dispositivo especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”.

Ora, na técnica legislativa, a prescrição é matéria que pertence à parte geral de qualquer código. O que ali se dispõe aplica-se a todos os casos, porque os dispositivos subseqüentes são elaborados em harmonia com a parte geral. A Consolidação das Leis do Trabalho adotou com caráter geral, o prazo prescricional de dois anos, salientando, ainda, que êsse prazo prevalecerá para todos os casos, salvo disposição especial em contrário. Inexistindo essa disposição especial, portanto, a prescrição é bienal. E, no que tange ao cômputo dos períodos descontínuos de trabalho, não existe disposição especial estabelecendo prazo prescricional diferente.

Assim, está demonstrado que, se fôr prescritível êsse direito, o prazo em que se deve verificar essa circunstância extintiva é o geral, de dois anos, fixado no artigo 11 da Consolidação. Mas é prescritível êsse direito? Poder-se-ia responder que não, porque, indicando o artigo 453 apenas aquelas duas hipóteses em que não é admissível o cômputo dos períodos descontínuos, subtraiu-o à prescrição. Funcionaria, dêsse modo, o artigo 453 como a disposição especial a que alude o artigo 11. Não entendemos, porém, assim. Já dissemos que a prescrição é matéria a que a técnica legislativa tem dado caráter geral: aplica-se a todos os casos, salvo disposição em contrário. O artigo 453 não precisava fazer

referência à prescrição para que o direito que êle institui fôsse prescritível. Precisava, sim, referir-se à imprescritibilidade, se quisesse considerar imprescritível êsse direito. Mas se não era êste o propósito do legislador, ali só se devia aludir mesmo às circunstâncias especiais relacionadas com o direito que se disciplina, subordinando-se no que fôr geral ao que está disposto na parte geral.

Ninguém se lançará à aventura de afirmar que é imprescritível o direito do empregado de reclamar contra o empregador que o demitiu. É prescritível êsse direito. Se, demitido, o empregado não promove a reclamação no prazo de dois anos, nada mais poderá pleitear contra o seu ex-empregador. Se o empregado tinha direitos contra o empregador, o decurso do prazo de dois anos os liquidou. Êsses direitos morreram em virtude da inércia do seu titular, deixaram de existir, porque sem ação o empregado para os reivindicar. Agora bem, se estava prescrito o direito de reclamar contra a rescisão do contrato por que haverá de assistir ao empregado a faculdade de somar o período a êle correspondente ao decorrente do novo contrato? Por que motivo um novo contrato de emprêgo haverá de revalidar aquêles direitos já prescritos? Que influência exerce o novo contrato sôbre o anterior, rescindindo há dois anos? A situação anterior, já consolidada, não pode ser alterada por ato posterior que, diretamente, não lhe diga respeito. Por conseguinte, entendemos que o que prescreveu prescrito está e o fato de se celebrar um novo contrato de emprêgo não importa, absolutamente, em reconhecimento, por parte do empregador, dos direitos do empregado decorrentes do contrato anterior.

Por essas razões, não podemos aderir às doutrina e jurisprudência que têm defendido a tese da imprescritibilidade do direito de somar os períodos descontínuos de trabalho ao tempo de serviço do empregado.

5 — As terceira e quarta indagações que fizemos versam sôbre: a) são computáveis no tempo de serviço os períodos de

trabalho inferiores a um ano? b) é somável ao tempo de serviço o de contrato que tenha sido rescindido voluntariamente pelo empregado?

A resposta a essas indagações envolve o exame da natureza jurídica da indenização de despedida, que tem sido, até hoje, uma das questões mais controvertidas do Direito do Trabalho.

A êsse respeito, podemos indicar as seguintes teorias: I) do salário diferido; II) do ressarcimento de danos; III) da participação do empregado no maior valor da empresa; IV) do dano à antiguidade; V) da propriedade do emprego; VI) do complemento à indenização de aviso prévio; VII) da instituição de natureza complexa; VIII) do prêmio à fidelidade do empregado; IX) da previsão e assistência social; X) da medida preventiva contra a desocupação forçada; XI) da pena convencional.

Passemos a uma sucinta análise dessas teorias.

I) Para a teoria do **salário diferido**, a indenização não é senão uma complementação salarial; é o pagamento de parte do salário a que fez jus o empregado, que não lhe foi paga oportunamente, acumulando-se, por isso, em poder da empresa. GUILHERMO CABANELLAS diz que a essa teoria parece haver aderido GALLART FOLCH (9). Mais exato, ao nosso ver, seria afirmar-se que FOLCH aderira à teoria da participação do empregado no maior valor da empresa. Aquela aderiu, sim, KROTOSCHIN, quando comenta: "La teoria del salario diferido atribuye a la indemnización por despido el carácter de un salario complementario que vence en el momento en que el trabajador se separa de la empresa. El pago de la "indemnización" lleva así la finalidad de remunerar, de modo adicional, los servicios prestados en lo pasado. Esta teoría que parece ser la más plausible, reúne en sí, al mismo tiempo, certo elemento de previsión, a cargo del patrono, sin tener carácter de asistencia, porque no es subsidio sino detribución de servicios prestados (10). DEVEALI indica como defensores dessa tese PAOLO GRECO e PERETTI GRIVA (11). No direito francês, há uma espécie de

indenização—*indemnité de licenciement*—que, de uma maneira geral, é considerada como um salário não percebido na época própria. DURAND et VITU (12) e LYON-CAEN (13) expressam bem essa orientação, quando opinam que — “on est ainsi amené à voir plus exactement dans l’indemnité un complément de salaires. La créance a pour cause l’accomplissement d’un travail, et doit être rapprochée des autres indemnités qui constituent, au sens le plus large, la rémunération du travail”—e que—“on est conduit, dans ces conditions, à voir dans cette indemnité de licenciement une sorte de salaire différé dans son versement. La cause juridique de cette indemnité est en effet l’accomplissement d’un travail dans l’entreprise; au lieu que ce travail ait donné lieu au paiement d’un salaire plus élevé, une partie du salaire a été capitalisée et est remise au salarié lorsqu’il quitte l’entreprise”.

Para que a indenização pudesse ser considerada um salário complementar, ganho pelo empregado desde o seu primeiro dia de trabalho na empresa, e que somente lhe devesse ser pago quando resiliado fôsse o seu contrato, seria necessário que o direito a ela fôsse reconhecido ainda quando a rescisão contratual fôsse declarada livremente pelo empregado. Mesmo assim, caberia perguntar-se: qual o critério de fixação dessa complementação salarial? Meio mês, um mês de salário por cada ano de trabalho? Então a indenização poderia ser outra coisa qualquer, nunca salário. Se essa indagação pode ser feita em face das legislações que reconhecem o direito à indenização nas rescisões voluntárias por parte do empregado, com mais veras pode a teoria ser impugnada em face de legislações, como a nossa, em que só a despedida injusta gera direito a indenização. KROTOSCHIN (14), para contornar essa dificuldade, diz que a lei pode fazer depender o pagamento da indenização do cumprimento de uma obrigação: o trabalhador tem direito ao pagamento adicional, mas perde esse direito se se retira espontaneamente, ou se dá ao empregador justo motivo para a dissolução do contrato, ou se obtém aposentadoria. Se a indenização é parte do salário que

não foi paga, a lei não poderia, jamais, impor aquela condição, sob pena de favorecer o enriquecimento ilícito do empresário, atentar contra a liberdade de trabalho ou impedir o gozo de um benefício legal. Seria a coação elevada à categoria de direito.

Autores há que vêem no direito à indenização por despedida injusta um direito de caráter econômico, sem, contudo, esclarecer a espécie desse direito: se um salário adicional, se uma participação no maior valor da empresa. Está nesse caso GALLART FOLCH, que afirma, categórico, que—“el derecho de cobro por parte del obrero, en tales casos (despedida injusta), no puede tener otro fundamento doctrinal que el reconocimiento de un derecho, de carácter económico, nacido de su permanencia en una misma empresa, colaborando a su actividad productora” (parêntese nosso). (15). Está dito que o direito à indenização repousa no fato da permanência do empregado na empresa. Mas como se define esse direito? É um salário adicional, traduz-se numa participação no progresso da empresa, para o qual concorreu o empregado ou se constitui um prêmio de fidelidade e pela sua permanência na empresa? Qualquer explicação que se fundamentasse numa das três hipóteses formuladas, seria inaceitável.

Ao nosso ver, a indenização por despedida, tal como é atualmente disciplinada, especialmente em nosso direito, não pode ser considerada salário.

II) A teoria do ressarcimento de danos é defendida por BENITEZ DE LUGO (16), que assim a justifica: “Haciendo el preciso acoplamiento de esta figura jurídica indemnizatoria, proveniente del Derecho Privado al Derecho del Trabajo, y concretamente a este acto dissolutorio unilateral de la relación laboral, podremos observar que se ofrecen todos los requisitos exigibles para tal resarcibilidad; debiendo tener en cuenta que, no solo debe indemnizarse la disminución de una parte del patrimonio, o sea el daño positivo en sentido estricto (*damnum emergens*); sino, a la vez, la falta de aumento del patrimonio, que con el

exato cumplimiento del contracto se hubiera conseguido, o sea, el llamado daño negativo (**lucrum cessans**).

PEREZ BOTIJA (17), que também aceita essa tese, acrescenta que o legislador espanhol dá alguns dados para a avaliação da indenização, como sejam, dificuldades de recolocação, encargos familiares etc. No direito francês, a indenização por despedida injusta tem tôdas as características do ressarcimento de danos, e é até denominada **indemnité de dommage-interets**. Ali se confere ao juiz ampla liberdade na apreciação dos prejuízos decorrentes do ato demissório e as regras que norteiam essa apreciação são as da responsabilidade civil (18).

Assim, não há dúvida de que a indenização tem a natureza de um ressarcimento de danos. O mesmo, porém, não se pode afirmar em face de legislações com a nossa, que adotam um critério **forfaitaire** para a determinação do **quantum** indenizatório.

III) A terceira teoria que enumeramos sôbre a natureza jurídica da indenização de despedida é a que fundamenta êsse direito do empregado no maior valor que, com o seu labor, a empresa adquiriu. Faz, portanto, como assinala DEVEALI (19), a aplicação da teoria da **mais valia**. Entre nós, essa teoria foi defendida por ADAMASTOR LIMA, que lhe deu a denominação de **teoria do crédito**, e assim a expõe: — “O empregado, colaborando na indústria e no comércio, não adquire um direito de propriedade, mas sim um **direito de crédito** sôbre os fundos do estabelecimento (fundos de comércio que êle, empregado, ajuda a formar e a engrandecer). Êsse crédito está na razão direta do tempo de colaboração prestada”. E, prevendo a objeção que se lhe oporia, ajunta o autor que, se “a despedida injusta é acto do próprio empregado,—que abandona o estabelecimento—produz o efeito de renúncia ao aludido direito de crédito (20).

Comentando essa teoria, nota RUBEM BRAGA que—“a **theoria do crédito** para a indenização por despedida injusta tem suas analogias com a indenização devida ao locatário pela valorização do imóvel. O símile é perfeito. Não é o empregado do

commércio, em função do seu zêlo, habilidade, dedicação, que atrahe e conquista a freguezia? Não é êle—o caixeiro—o elemento decisivo no gráfico progressivo das vendas? Tanto o sedentário como o pracista são factores relevantes, dependendo o êxito dos negócios da sua intervenção directa, e, assim, como factores do patrimônio conseguido pelo commerciante, seria iniquo que se reduzisse ao ínfimo salário a participação nas realizações concretas do commerciante”. E, arrematando:—“A theoria do crédito decorrente da despedida injusta, pois, não é nova e será, em última analyse, a obrigatoriedade legal de um princípio já reconhecido e agora imposto pelo Poder Público, no sentido de assegurar a participação de todos aquelles que contribuem individual e effetivamente para a construção de um determinado patrimônio” (21).

Também ALMACHIO DINIZ, manifestando a sua concordância com a **teoria do crédito**, assevera que—“realmente, a colaboração do empregado na feitura e desenvolvimento do estabelecimento, seja ella de que natureza for, incorpora-se ao patrimônio dêsse mesmo estabelecimento, deixando, em parte, embora com desfalque actual, de estar integrada no patrimônio do empregado. De sorte que o empregado despedido por vontade do patrão seria um espoliado se se retirasse deixando de levar consigo uma indenização pelo que serviu, como produto de seu esforço collaborativo, para augmentar, ou, pelo menos, formar o desenvolvimento da cousa alheia. Dar-se-ia, de um lado, o enriquecimento do patrão com as energias do serviçal, e, do outro, o empobrecimento do operário, com assenhoreamento absoluto do esforço despendido para o interêsse do patrão” (22). É o mesmo o pensamento de DE LITALA (23) e ANASTASI (24). Para êste último, “la hacienda mercantil tiene una personeria sui generis, y su dueño no es sino uno de los tantos titulares de derechos”.

No nosso modo de ver, essa teoria, como a do **salário diferido**, se situa mais nos domínios do **dever ser**. É um ideal que ain-

da não foi atingido. Contra ela se tem argumentado que, se o direito a indenização assenta no maior valor que a empresa adquiriu em virtude da colaboração dos empregados, não seria devida no caso de a empresa não haver adquirido esse maior valor. Entre nós, cabe especialmente anotar que a indenização é devida mesmo nos casos de falência do empregador (25), fato que vem destruir pela base aquela teoria. Além do mais, é de repetir-se a mesma crítica feita à teoria do **salário diferido**: não seria justo privar-se o empregado, que, por vontade própria, rescinde o contrato de emprego, daquele crédito nos fundos da empresa ou daquela participação no seu maior valor, porque, se sua colaboração já foi dada, já foram adquiridos o direito de crédito e de participação, cumprindo fazer-se a advertência de que os direitos do empregado, em geral, são irrenunciáveis. E no nosso Direito do Trabalho, só a demissão injusta do empregado dá lugar ao pagamento de indenização.

IV) A teoria do dano à antiguidade como explicação da natureza jurídica da indenização por rescisão do contrato de emprego consiste na atribuição ao empregado do direito de ser reparado do prejuízo que lhe advém da ruptura do seu contrato, quer porque ele perde as vantagens já conquistadas em razão do tempo de serviço, quer porque o sujeita à formação de novo tempo de serviço em outra empresa, quer, ainda, em virtude da dificuldade de obtenção de novo emprego. Essa teoria se assemelha à do ressarcimento de danos e incorre nas mesmas restrições.

V) Orientação muito avançada é a que equipara o direito ao emprego a um direito real, semelhante, para uns à propriedade e, para outros, à simples posse (26). O assunto já foi aqui afluído (27), mas acentue-se o ponto de vista de RIPERT (28), quando, estudando a integração do trabalho na empresa, a exemplo do que ocorre com o capital, entende que, muito embora repugne às normas do direito comum a transformação de direitos em propriedade, o Direito do Trabalho já deu os primeiros sin-

tomas dessa mutação. Tais são a indenização de clientela, que o Direito francês do Trabalho confere aos representantes do comércio, com fundamento na clientela que formaram para a empresa; o direito à indenização, ainda nos casos em que a despedida não tenha resultado de ato do empregador; e a conservação dos direitos oriundos da relação de emprego, no caso de modificação na propriedade da empresa. Na justificação da tese, traça o autor um paralelo entre o acionista e o empregado, observando que o acionista de uma empresa não pode ser dela expulso, direito que deveria assistir também ao empregado. E acrescenta, logo mais, que, se o acionista não pode ser expulso da empresa, como o empregado, pode dela voluntariamente se desligar, contanto que nela permaneça a cota de capital com que entrou, o que ocorre por via da cessão, para concluir que o que interessa à empresa não é a personalidade do acionista, mas a coletividade-capital, e que, com relação ao trabalho, o que importa é a coletividade-trabalho. Servindo-se dessas premissas, tira a conclusão de que—“o operário adere à empresa como o acionista. Adquire um direito que não pode mais ser tirado enquanto exercer o papel de trabalhador e que deve ser compensado por indenização se fôr despedido sem culpa sua. Tem, portanto, verdadeiro direito de propriedade do emprego” (29).

No nosso Direito do Trabalho ocorrem casos semelhantes aos citados por RIPERT, tais são os previstos nos artigos 10º, 448, 472, 475 e 476 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo os quais a mudança de estrutura jurídica ou na propriedade da empresa não afetará o contrato de emprego; o empregado afastado para o serviço militar, licenciado por enfermidade ou aposentado por invalidez, prestado o serviço militar ou recuperada a capacidade de trabalho, tem direito à reversão à empresa.

Mas, ao nosso ver, entre o direito ao emprego e o direito de propriedade há uma distinção essencial: a propriedade se exerce sobre uma coisa própria. O emprego não é coisa, nem pertence

ao empregado, mas à empresa. Esta é que o dá ao trabalhador. Daí decorre que não é perfeita a comparação de RIPERT entre o empregado e o acionista. Este é proprietário de sua cota de capital na empresa. Por isso, pode negociá-la. O empregado não pode negociar o seu emprego, pois esse não lhe pertence. Não pode, sequer, fazer-se substituir no seu exercício. A ofensa ao direito de propriedade, quando importa em demissão da posse, é reparada pela reintegração do proprietário no exercício do seu direito, enquanto que, na demissão do empregado, só no caso de estabilidade própria pode isso ocorrer. Ainda assim, no nosso Direito, pode a reintegração ser convertida em indenização (30).

Portanto, o direito que assiste ao empregado de não ser demitido sem a ocorrência de uma das justas causas previstas pelo Direito do Trabalho, decorre da natureza permanente do contrato de emprego, e a reversão, nos casos de afastamento para prestação de serviço militar e em virtude de enfermidade, da inoccorrência de uma daquelas causas rescisivas, uma vez que o afastamento se deveu a justo impedimento do empregado. A propriedade interessa diretamente ao proprietário, ao passo que o direito ao emprego corresponde a um interesse mais geral, do Estado, de evitar a instabilidade da massa trabalhadora.

VI) A teoria da **complementação de aviso prévio** é defendida por DEVEALI (31). Para justificá-la, recorre êle à formação histórica do instituto e explica: a primeira forma de proteção do empregado consistiu na adoção do aviso prévio. Mas, como era mais fácil ao empregador encontrar novo empregado, do que ao empregado encontrar nova colocação, a lei estabeleceu prazos diferentes para o aviso prévio, conforme se tratasse de renúncia ou de despedida. Ocorreu, porém, que sendo muito dilatado o prazo a ser observado pelas empresas, na dação do aviso prévio, estas, ordinariamente, preferiam despedir o empregado antes de esgotado todo o prazo do aviso, indenizando-o pelo restante. Este fato levou o legislador a unificar os prazos de aviso

prévio, criando, para o empregador, a obrigação de pagar ao empregado uma indenização correspondente ao seu tempo de serviço. Essa indenização, na sua opinião, não corresponde senão ao restante do prazo do aviso prévio, que fôra suprimida pela lei, porquanto seria injusta a adoção de prazos iguais.

Adimtamós tenha sido essa a origem do instituto da indenização de despedida. Não importa, porém, porque êsse fato não impede que se tenha êle autonomizado em relação ao do aviso prévio, a ponto de, por outra forma disciplinado, como, de fato, é hoje, haver assentado em novos fundamento. A diferença entre a indenização de despedida e a de pré-aviso é, hoje, palpável: a primeira é paga em função do tempo de serviço, enquanto a segunda, pelo menos em nosso Direito, é atribuída em função da forma de pagamento do salário (32). Critérios, portanto, absolutamente distintos. Não vemos, assim, como possa a indenização de despedida ter o caráter de complementação de pré-aviso.

VII) Para outros autores, como HERNAINZ MARQUEZ (33) e CABANELLAS (34), a indenização por despedida é uma instituição de natureza complexa.

O primeiro enxerga nela, ao mesmo tempo que uma sanção ao empregador, um pagamento que se faz ao empregado para que êle possa subsistir enquanto consegue nova colocação. Para o segundo, a indenização de despedida tanto participa do ressarcimento de danos, da previsão e assistência, como da complementação de aviso prévio. Nenhuma dessas teorias, entretanto, consegue solucionar a controvérsia.

VIII) As teorias do prêmio de fidelidade (35), da previsão e assistência social (36) e da medida preventiva contra a desocupação forçosa (37), são também, insuficientes. Não há negar que pode a indenização funcionar como medida preventiva contra a desocupação forçosa e como assistência ao empregado demitido. Mas essas são conseqüências da indenização e não fundamentos. Por outro lado, tem-se argüido contra a teoria do prêmio de fidelidade que os prêmios, como as gratificações, os abonos e as

gorjetas, pagos pelo empregador, integram o salário do empregado e que, por isso, essa teoria iria desembocar na do **salário diferido**.

IX) Ao nosso ver, a indenização por despedida, pelo menos em nosso Direito, em face do qual é feito o presente estudo, só pode ser corretamente explicada como sanção imposta ao empregador que infringe o contrato de emprêgo, rescindindo-o sem justa causa. É sem dúvida, uma indenização, mas em sentido lato. Jamais poderia ser entendida como **indenização** em seu sentido técnico, porque esta pressupõe a apuração dos danos emergentes e lucros cessantes. É uma indenização **forfaitaire**, da natureza das que se estabelecem nas cláusulas penais dos contratos. Pode-se, assim, afirmar que o inciso legal que prevê e fixa a indenização por despedida funciona como cláusula penal do contrato de emprêgo.

Há um caso, em nosso Direito do Trabalho, em que a indenização a que faz jus o empregado não tem a natureza de sanção.. Tal é o caso da extinção do contrato em virtude do término da obra, nos serviços de construção. Dispõe, com efeito, a Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956, que—"tendo o empregado mais de 12 (doze) meses de serviço, ficar-lhe-á assegurada a indenização por tempo de trabalho, na forma do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, com 30% (trinta por cento) de redução. Nesse caso, a lei tomou em consideração o fato de se tratar de serviço, geralmente, de pequena duração, nem sempre fácil de ser encontrado novamente, e a circunstância de não estar o empregador obrigado a pré-avisar. Funciona, então, a indenização como medida de previsão e assistência ao empregado. Esse caso, porém, não interfere com a tese que vimos defendendo, porque esta diz respeito aos contratos por prazo indeterminado.

6.— Tentemos, agora, solucionar as duas últimas indagações que formulamos a respeito do assunto:—devem ser computados no tempo de serviço do empregado os períodos correspon-

dentes a contratos de emprêgo de duração inferior a um ano? Devem ser computados no tempo de serviço do empregado, em caso de readmissão, o período de trabalho decorrente de contrato rescindido voluntariamente pelo empregado?

Além da questão, já examinada, da natureza jurídica da indenização por despedida, outra há que também se constitui dado importante para a resposta à primeira indagação: — quando o empregado passa a gozar do direito ao emprêgo? O artigo 478, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho o responde, ao preceituar que—“o primeiro ano de duração do contrato por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida. Está claro, face a êsse dispositivo legal, que o empregado só adquire direito ao emprêgo após a fluência do período de experiência, isto é, após doze meses de vigência do contrato de emprêgo. Sendo assim, o empregado, antes de completar um ano de emprêgo, é demissível *ad nutum*, e isso ocorrendo é êle desligado da empresa sem levar contra ela crédito algum. Nestas condições, pensamos que a regra do art. 453 da Consolidação não alcança os períodos de trabalho correspondentes a contratos de duração inferior a um ano.

Poder-se-ia objetar que essa interpretação implicaria grave injustiça para o empregado, porque facilitaria a fraude. Mas é de se responder que, nessa hipótese, o caso concreto fornecerá ao juiz seguros elementos que lhe possibilitarão apurar se está, ou não, em face de uma fraude à lei, e, então, recorrer ao artigo 9º da Consolidação, que torna nulos os atos que tenham por objetivo desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos nela contidos.

Noutra ordem de argumentação, para melhor esclarecer o assunto: o tempo de serviço do empregado, em caso de demissão injusta se resolve em indenização. Se o empregado que conte mais de um ano de trabalho é motivadamente dispensado e não recebe indenização, ao reingressar na empresa leva contra ela o crédito daquele tempo de serviço, observada a regra da pres-

crição. Mas, no caso que vimos analisando, de períodos de trabalho inferiores a um ano, ao empregado, quando demitido, não assiste direito a indenização. Readmitido, não leva, portanto, contra a empresa, aquêlê crédito. Dessa forma, não temos dúvida sobre o desacerto da doutrina e jurisprudência que tem opinado pela computabilidade no tempo de serviço dos períodos não-contínuos inferiores a um ano.

7— A solução à outra indagação—computam-se no tempo de serviço do empregado os períodos correspondentes a contratos rescindidos voluntariamente por êle?—também parte do pressuposto de que a indenização por despedida é uma sanção. Efetivamente, se, como se deduz dos termos do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho e da exposição atrás feita, a indenização em que se converte o tempo de serviço é mera sanção por infração do contrato, êsse tempo de serviço só pode convalescer nos casos em que é aplicável aquela pena. Quando inaplicável é a sanção, como no caso em que o empregado é o rescindente, os direitos decorrentes do tempo de serviço, como êle próprio, se extinguem pelo só ato do empregado. A cominação da pena, na verdade, é sinal de que o tempo de serviço convalesce. Não existindo aquela cominação, não subsistem os demais direitos consequentes ao tempo de serviço. A rescisão do contrato pelo empregado importa em renúncia .

8.— A nossa conclusão, por conseguinte, é no sentido de que: a) o cômputo dos períodos descontínuos de trabalho ao tempo de serviço do empregado se dá para os efeitos de indenização e estabilidade; b) no cômputo dêsses períodos, deve-se observar a regra precricional; c) os períodos de trabalho inferiores a um ano, não se computam no tempo de serviço; e d) no caso de rescisão voluntária do contrato, por parte do empregado, não assiste a êste, sendo readmitido, a direito de inclusão, no seu tempo de serviço, do período correspondente ao contrato por êle rescindido.

N O T A S

- 1 Art. 453 da C. L. T.
- 2 L'économie libérale acceptait une grande mobilité dans l'empioie. Puisqu'elle ne considerait le travail que comme une marchandise, il lui paraissait souhaitable que la main-d'ouvre se déplaçat selon les besoins du marché. Dans le droit moderne au contraire, le travailleur est incorporé dans l'antreprise, et tend à ne pouvoir en être detaché cans une juste cause. L'empioie devient plus stable, le marché du travail moins fluide. Un droit nouveau apparait: la proprieté de l'empioie. (Traité de Droit du Travail, t. II, n. 49).
- 3 cf. HORÁCIO D. J. FERRO, "El Derecho a la Estabilidad", in "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro Unsain", p. 143.
- 4 Curso de Derecho del Trabajo, p. 23.
- 5 ????????
- 6 Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, v. II, p. 563.
- 7 Trabalho, Indústria e Comércio, v. 50, p. 768.
- 8 Direito, v. LXXII, p. 315.
- 9 Tratado de Derecho Laboral, t. II, p. 730.
- 10 Tratado Prático de Derecho del Trabajo, v. 1, p. 577.
- 11 Lineamientos de Derechos del Trabajo, p. 232, nota 7.
- 12 Traité de Droit du Travail, t. II, p. 912.
- 13 Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Social, p. 212.
- 14 ob. cit., p. 578/579.
- 15 Derecho Espanol del Trabajo, p. 85.
- 16 cf. Cabanellas, ob. v. cits., 729.
- 17 Curso de Derecho del Trabajo, p. 189-180.
- 18 Durand et Vitu (ob. v. cits., p. 901) e Lyon-Caen (ob. cit. p. 211).
- 19 Lineamientos de Derecho del Trabajo, p. 234, nota 10.
- 20 Despedida Injusta, p. 112.
- 21 cf. Adamastor Lima, ob. cit. p. 112.
- 22 cf. Adamastor Lima, ob. cit., p. 115.
- 23 cf. Deveali, ob. cit., p. 234, nota 10.
- 24 cf. Deveali, ob. cit., p. 234, nota 10.
- 25 Art. da C. L. T.
- 26 Krotoschin, "Tratado Práctico", v. I, p. 519.
- 27 V. n. 3.
- 28 Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, p.
- 29 ob. cit. p. 318.
- 30 Consolidação, art. 496.
- 31 Lineamientos, p. 237.
- 32 Art. 487, da C. L. T.
- 33 Tratado Elemental de Derecho del Trabajo, p. 327
- 34 Tratado de Derecho Laboral, t. II, p. 732.
- 35 Barassi, cf. Deveali, ob. cit., p.
- 36 Ponsa, cf. Deveali, ob. cit., p. 236, nota 14; De Litala, cf. Cabanellas, ob. t. cits., p. 730.
- 37 Unsain, Ramirez Gronda, cf. Cabanellas, ob. t. cits., p. 731.