

O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO COM CLÁUSULA DE EXPERIÊNCIA*

JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES
Juiz do Trabalho Presidente

A repetição significativa que vemos nas Juntas de Conciliação e Julgamento, nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, quando dezenas de feitos, girando em torno de contratos de experiência, são julgados, está a mostrar o interesse da matéria.

Tais contratos têm origem antiqüíssima, sendo que no século XVII o trabalhador, para ingressar no círculo mais restrito dos mestres das corporações, deveria "(...) ejecutar una obra mestra. Entre los alfilereros, el candidato debía fabricar un millar de alfileres; entre los cerrajeros, tres cerraduras (...)" (Martin Saint-Leon, *História de las Corporaciones de Oficio*, pág. 299). Os registros são ainda mais remotos, confundindo-se por vezes a experiência com a aprendizagem. A partir do *Livro dos Ofícios de Paris*, de 1258, "Cuando el joven artezano ha terminado su periodo de aprendizaje, trabaja aún generalmente unos años más en calidad de obrero a fin de perfeccionar su educación profesional" (F. Barret, *Historia del Trabajo*, pág. 16). Mas é Cesarino Júnior quem nos dá outro rumo, quando afirma: "Não se deve, porém, confundir o aprendiz com o escolar, por isso que este não é obrigado a prestação de trabalho. Também não se deve confundir o contrato de aprendizagem, com o 'de prova', pois que, enquanto um tem por fim a formação da capacidade para uma determinada espécie de trabalho, o outro se destina a comprovar a existência dessa capacidade" (*Natureza Jurídica do Contrato Individual de Trabalho*, pág. 94).

As muitas notas avulsas, a observação quotidiana, as postulações e objeções dos litigantes, são agora alinhadas em homenagem ao Tribunal Superior do Trabalho que, em boa hora, quando se comemora o sesquicentenário da fundação dos Cursos Jurídicos, instituiu os prêmios LINDOLFO COLLOR e OLIVEIRA VIANNA. Aqui e agora escrevemos sobre o contrato de experiência, palpitante aspecto do contrato individual de trabalho que, em nossas letras jurídicas, ainda não foi suficientemente versado.

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Não poucos são os autores a debater sobre a natureza jurídica do contrato de experiência. Nélío Reis¹ alinha dezenas de autores, principalmente baseado no clássico estudo de Cassi, sendo que outros tantos podemos lembrar, baseados nós no estudo de Cecília As-

* Este trabalho obteve o prêmio Lindolfo Collor (2.º lugar), em concurso de âmbito nacional promovido pelo Egr. Tribunal Superior do Trabalho, em 1978.

santi.³ Escrevendo sobre tal natureza, Nélío Reis afirma que *"Contrastam a este respeito, de forma profunda, as várias opiniões, podendo-se, de início, dividi-las em duas grandes correntes:*

"1.ª) a dos que vêem nesta prestação um contrato de trabalho sujeito a condição;

"2.ª) a dos que a encaram como consubstanciando um verdadeiro contrato de trabalho, com aspectos especiais".⁴

Assantis diz que *"a) Tre sono le teorie fondamentali sulla natura giuridica del contratto di lavoro a prova; esso è stato configurato come contratto preliminare, come contratto definitivo di lavoro sottoposto a condizione, come contratto per alcuni aspetti, ovvero in alcuni casi, autonomo".* Entre nós, em que pese a excelente tese de Nélío Reis sobre a matéria, cremos que a palavra final é de Catharinos quando, após páginas de brilho ímpar, afirma: *"Partindo-se da premissa de que o contrato não se confunde com a relação (ver n. 2.1.2), mas sem chegar ao separatismo, que são duas fases do fenômeno negocial, conclui-se que há um só contrato, uno e unitário, do qual surgem duas relações distintas: a de emprego experimental e a de emprego comum. Relações coligadas, internas do mesmo contrato, e não contratos diversos vinculados entre si.*

"A primeira experimental, a termo ou condição resolutiva; a segunda, comum, a termo ou condição suspensiva. Se a primeira extinguir-se, a segunda não se torna eficaz; caso contrário, sim. Nesse sentido, pode-se falar em duas relações em nexo de causalidade: uma, a primeira, causa de outra; a segunda, efeito. Relação dominante e relação conseqüente."

É de se salientar que a experiência que dá nome ao contrato não se refere à verificação, por exemplo, da confiança mínima indispensável à existência de um contrato de trabalho, nem à identidade em si da pessoa. A finalidade desse contrato é propiciar ao empregador a verificação das aptidões do trabalhador para certos e determinados serviços, assim como o empregado verificará no período de prova se as condições oferecidas pelo empregador são efetivamente satisfatórias. Nesse sentido tomamos a expressão "contrato de prova", tendo a prova o sentido dicionarizado por CABANELLAS⁵, quando informa que *"Prueba (...) También puede entenderse como prueba el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa"*.

Se a nossa Consolidação permite entre os contratos por prazo determinado o "contrato de experiência", deixa antever que o legislador entendeu este contrato como condicionado a ter existência, basicamente, no fator tempo. Há um lapso de tempo no qual as partes farão a experiência. No entanto tais contratos, mesmo dentro de prazo máximo (2 anos para os outros contratos — comuns —, 90 dias para o de experiência) são autorizados em situações apenas especiais e, não, quando não se justifica a predeterminação temporal. Assim, justifica-se o contrato de experiência em conseqüência desta ser a "execução de serviços especificados" (diríamos que a realização, a contento, dos serviços ou a satisfação do empregado) ou então a experiência seria culminada com uma prova que seria ou a "obra" em data certa (até 90 dias) ou a prova em si (um exame das aptidões do empregado — pelo empregador —, com todas as críticas que isto possa acarretar, por *arbitrium merum*), em momento que seria o "acontecimento suscetível de previsão aproximada" (dentro do prazo máximo de 90 dias a contar do início do contrato).

Pensamos que o contrato de trabalho pode ter dois momentos — interligados e bipartidos. Primeiramente a relação de emprego é regida pelo contrato de experiência ou de prova, sendo este o prelúdio do segundo contrato que poderá ou não se seguir. Se as partes se aprovarem no primeiro contrato, segue-se um segundo (dentro da mesma relação de emprego), por prazo determinado ou prazo indeterminado. Se a continuidade da relação se dá com um contrato por prazo certo não poderá haver outra prorrogação, eis que o legislador proíbe mais de uma prorrogação ou contratação nos pactos dessa natureza. Poderá ocorrer, o que é mais freqüente e normal, a sucessão de um contrato de experiência por um de prazo indeterminado.

Para se dar maior ênfase ainda ao fato de serem dois contratos distintos, embora interligados, lembramos que o legislador estabeleceu um "contrato de experiência" que é o que analisamos aqui e também um "período de experiência" que é o primeiro ano dos contratos por prazo indeterminado (previsto no art. 478, § 1.º da CLT). Este último, sim, é período de experiência, integrante total do contrato — único — por prazo indeterminado. O outro, o contrato de experiência, é autônomo, distinto do que lhe segue, embora muitíssimo-ligado.

Russomano esclarece, em definitivo, a dupla situação sobre o entendimento da natureza jurídica do contrato de experiência quando afirma: "O contrato de prova, por sua natureza, é aquele que o empresário e o trabalhador celebram, a curto prazo, sob a condição resolutiva de que qualquer das partes poderá rescindi-lo, a qualquer tempo, desde que não esteja satisfeita com os resultados da experiência.

"Essa é a natureza jurídica e, em consequência, por estar sujeito a uma condição resolutiva, a extinção do contrato, antes de escoado o tempo estabelecido, por iniciativa de qualquer dos contratantes, não dá à parte contrária direito a aviso prévio ou a indenização.

"Em que pesem opiniões em contrário, não pensamos assim, porque não é esse o feito jurídico do contrato de prova, tal como foi, pela primeira vez, admitido e regulamentado sob o nome de contrato de experiência, através do par. 2.º, alínea C, do art. 443, da Consolidação, consoante o Decreto-Lei n.º 229, de 28 de fevereiro de 1967.

"Naquele preceito traçou-se o elenco dos contratos por prazo determinado e, entre eles, foi indicado, expressamente, o contrato de prova.

"Assim, se o contrato de prova (que não poderá ter prazo superior a noventa dias, ex-vi do art. 445, par. único) for rescindido, sem justo motivo, antes do termo previsto, caberá a indenização prevista no art. 479 ou no art. 480, conforme o caso.

"Se o contrato contiver — como geralmente ocorre — a cláusula do art. 481 e essa cláusula for usada (direito recíproco de rescisão antecipada), o contrato de prova passará a reger-se pelas normas aplicáveis aos contratos por prazo indeterminado. O aviso prévio, portanto, é devido.

"Essa afirmação, que fazemos com ênfase, encontra resistências doutrinárias e nos tribunais da Justiça do Trabalho. Cremos que isso decorre do fato de que autores e juizes estão presos ao conceito, teoricamente correto, de que o contrato de prova está jungido a uma condição resolutiva, que torna incompatíveis com esse tipo de contrato a indenização de antiguidade e o aviso prévio. Esquecem-se, contudo, que outra é a orientação da lei brasileira, que, certa ou errada, o define como contrato por prazo determinado, sem abrir exceção às regras que disciplinam esse contrato, na sistemática da Consolidação."

Coqueijo Costa segue bem esta orientação, ao dizer que "O contrato de experiência ou de prova é contrato por prazo determinado e pelas regras deste se rege (...)"

É de se afirmar, assim, que o tratamento preponderante que tem tido o contrato de experiência é o de contrato por prazo determinado. Amauri Mascaro Nascimento¹⁰ nos dá uma boa visão da doutrina sobre a natureza jurídica do contrato de experiência, reafirmando que o entendimento é controvertido.

NOTAS

1. REIS, Nêlio. *Contrato de prova*. Rio, Freitas Bastos, 1963. 176 p.
2. CASSI, Vincenzo. *Il rapporto di lavoro in prova*. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1950. 160 p.
3. ASSANTI, Cecilia. *Il contratto di lavoro a prova*. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1957. 113 p.
4. REIS, Nêlio. Op. cit. p. 9.
5. ASSANTI, Cecilia. Op. cit. p. 12.
6. CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária, 1972. p. 384. v. 1.
7. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires, Atalaya, 1946. p. 395.
8. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio, José Konfino, 1972. p. 136.
9. COSTA, Coqueijo. Tribunal Superior do Trabalho. RR 00338, Decisão da 3.ª Turma, acórdão 0143, de 16.9.75: "O contrato de experiência ou de prova é contrato por prazo determinado e pelas regras deste se rege, isto é, não comporta aviso prévio nem indenização de antiguidade. Havendo rescisão ante tempus, a parte culpada pagará à outra a metade dos salários restantes até o termo final do pacto.

"Havendo, porém, nele prevista a cláusula a que se refere o art. 481 (quatrocentos e oitenta e um) da CLT, incide o Prejulgado n.º 42 (quarenta e dois), que assegura o aviso prévio, e passa a ser devida pelo empregador, se culpado pelo rompimento, a indenização de antiguidade do art. 472 (quatrocentos e setenta e dois) consolidado". Este texto foi fornecido pela terminal de computação eletrônica ligada ao computador do Senado Federal.

10. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr., 1976. p. 422. *"(. . .) sua natureza jurídica é controvertida; para Greco é um contrato de trabalho condicionado a uma experiência e que tem como características um termo máximo de duração, a faculdade das partes de rescindi-lo antes do término, sua transformação automática em contrato definitivo ao fim e a desnecessidade de aviso prévio; para Barbero é um contrato de trabalho com condição suspensiva; para Saracini, é um contrato de trabalho a termo final certo, sendo desnecessário o aviso prévio nos casos de rescisão antecipada; para Riva Sanseverino, é um contrato de trabalho com condição suspensiva potestativa; para De Litala é um contrato de trabalho autônomo, se não houver aproveitamento e continuidade; havendo a admissão definitiva é contrato sujeito a condição suspensiva potestativa; para Assanti é um contrato especial que tem por objeto a experiência e é autônomo do contrato principal; para Barassi, é um contrato sujeito a condição resolutiva; para Di Marcantonio, é um contrato de trabalho condicionado".*

BILATERALIDADE DA PROVA

Muito se pensa, quando se trata de contrato de trabalho de prova, nas conseqüências sofridas pelo empregado quando de seu rompimento. Isto só se justifica em razão do número de casos que batem às portas do Judiciário, onde empregados figuram como reclamantes em feitos girando em torno de despedidas antes do termo.

Contudo, sob o ponto de vista jurídico é de se afirmar que não só os direitos e obrigações do contrato de experiência são idênticos aos dos outros contratos de trabalho, como as condições da própria experiência têm causa e efeitos bilaterais e bidirecionais.

A experiência é bilateral porque as duas partes assentam no pacto tal condição, que é central e causa de sua própria existência. Assim o empresário, ao contratar o empregado, estabelece que a ele compete apreciar o trabalho do operário. O mesmo ocorre em relação ao empregado que, durante o desenvolvimento do contrato, por condição nele existente, observará as vantagens ou desvantagens do emprego. Se estabelecida a prova de forma bilateral (os dois a acolhem), qualquer dos dois poderá também proclamar, a final do prazo, a aceitabilidade das condições para terem vigência permanente num segundo período (que não mais é de prova). Tal manifestação é bidirecional, pois uma ou outra parte poderá fazê-la. Cremos que é bilateral a condição e bidirecional a manifestação sobre os resultados da experiência.

Em reforço ao que afirmamos, lembramos que a lei permite, nos contratos por prazo determinado, o direito recíproco de rompimento antes do termo. Está a expressão "recíproco" mostrando a dupla direção da desconformidade com a qualidade ou quantidade da prestação (do empregado ao empregador, ou, distintamente, do empregador ao empregado).¹

Dando reforço ao que afirmamos, Pontes de Miranda diz: *"Desde que o contrato de trabalho é contrato intuitu personae, compreende-se que o futuro empregador, que não conhece o futuro empregado, ou as suas qualidades profissionais, ou que o futuro empregado, que não conhece o futuro empregador, ou as suas qualidades profissionais, queira, antes, certificar-se. Ou que ambos o queiram".* Sobre o mesmo assunto, mais adiante afirma: *"A propósito dos figurantes, nada se tem a dizer, em especial, sobre o contrato de trabalho a contento ou prova. Quem pode concluir contrato de trabalho pode concluí-lo a contento ou prova"* e afirmamos que entre as características do contrato de trabalho está a bilateralidade. Bilateral também a experiência, sendo que afirmamos que ele, em si, é bidirecional.

NOTAS

1. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Art. 481 — “Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.”
2. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. v. 47, Cap. III, § 5.083, item 1.
3. *Ibid.*, § 5.084, item 1.

A FORMA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

O contrato de trabalho, no direito brasileiro, não segue forma solene ou mesmo formalizada através de documento escrito. A regra geral, salvo exceções que aqui não necessitam ser mencionadas, é de que possa ser o contrato tácito ou expresso, verbal ou escrito (CLT, art. 443).

Também por este art. 443 verifica-se que o contrato de experiência nada mais é do que um contrato por prazo determinado, onde igualmente as partes podem estabelecer as condições e termo sem documentá-los.

Nêlio Reis¹, sem afirmar de forma definitiva, escreveu em 1963: “Temos sempre sustentado, à guisa de regra das mais recomendáveis, que os contratos especiais de trabalho se subordinem, como outros de direito civil, às formas rígidas preestabelecidas, por isto que constituem exceções às normas gerais. Assim como algumas legislações expressamente exigem a forma escrita para o contrato de aprendizagem profissional, do mesmo modo se deve proceder com o de experiência”. Mais adiante, após mencionar a lei belga e colombiana, dizia aquele mestre: “Esta exigência é, a nosso ver, das mais recomendáveis. Se o contrato deve produzir efeitos de exceção às normas comuns, tudo indica que a intenção das partes precisa ficar expressa pela via direta da forma escrita, em duas vias, e onde se especifiquem, ao máximo, as condições estabelecidas, de acordo com os requisitos adiante mencionados”.²

Vicenzo Cassiz, numa das melhores obras que existem sobre o tema, afirma que “Nell’ordinario contratto di lavoro subordinato — come è noto — non è prescritta l’osservanza di alcun rigore di forma. Il vincolo giuridico bilaterale si costituisce mediante il semplice consenso validamente prestato dai soggetti del rapporto.

“Vige, pertanto, come regola il principio della libertà di forma, salve alcune eccezione stabilite dalle leggi e dai contratti.

“Una importante eccezione al principio della libertà della forma è costituita dal patto di prova, che deve risultare per iscritto.” No mesmo sentido, entre os italianos, afirma Cecilia Assanti.⁴ Entre nós, citados por Nêlio Reiss, podemos lembrar manifestações de Délio Maranhão e de Evaristo de Moraes Filho.

Se a prática demonstra a conveniência do pacto ser formalizado através de documento, nem por isso existe a obrigação legal. Apenas, como é óbvio, a existência de documento faz menos problemática a prova posterior. Perante os Tribunais a estatística é impressionantemente em favor da constatação de instrumento escrito, mesmo sem a obrigatoriedade de tal. Pela palavra de Russomano⁵ podemos ver que, mesmo apreciando feito onde o contrato de experiência era escrito, aquele mestre tratou este pacto como sendo simples pacto preliminar a uma desejada continuidade no futuro. Assim se manifestou: “Ou se entende que o contrato de experiência é legítimo por si mesmo, como pacto preliminar, e, nesse caso, é lícita ao empregador e ao empregado a celebração imediata de novo contrato por prazo certo; ou se entende — como nós entendemos — que o chamado contrato de experiência não constitui uma forma especial de ajuste entre empregado e empregador e, sim, mero contrato por prazo certo e curto, sendo lícita sua prorrogação, uma única vez, dentro dos limites temporais demarcados pelo consolidador”.

Estas palavras bem definem a situação jurídica do contrato de trabalho, de experiência, quanto à forma. Sendo como afirma Russomano um pacto preliminar e “mero contrato por prazo certo e curto”, impõe-se que siga a regra geral dos contratos de trabalho, onde mesmo os por prazo determinado não necessitam, no direito brasileiro do trabalho, de forma escrita.

Se entendemos que não há necessidade de instrumento escrito para validade do contrato de experiência, nem por isso deixamos de mencionar a necessidade da correspondente anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Esta Carteira não contém — é bom que se diga — o contrato de trabalho em si, mas é simples prova do contrato e ali o empregador deve lançar a anotação sobre a natureza do pacto, especificando que se trata, no caso, de contrato de experiência. Isto se dá em razão do art. 29 da Consolidação estabelecer: “A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo empregado à empresa que o admitir, a qual terá o prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais se houver, sob as penas cominadas neste Capítulo”.

Evaristo de Moraes Filho estabeleceu em seu anteprojeto de Código do Trabalho que “O contrato de prova deverá ser celebrado sempre por escrito, dele constando todas as condições de trabalho, especialmente a função que será objeto de experiência”.

NOTAS

1. REIS, Nélío. *Contrato de prova*. Rio, Freitas Bastos, 1963. p. 45.
2. Ibid. p. 47.
3. CASSI, Vincenzo. *Il rapporto di lavoro in prova*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1950. p. 28.
4. ASSANTI, Cecilia. *Il contratto di lavoro a prova*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 50.
5. Ibid. p. 46.
6. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Repertório de decisões trabalhistas*. Rio, José Konfino, 1965. p. 104. v. 5.
7. MORAES FILHO, Evaristo de. *Anteprojeto de Código do Trabalho*. Rio, Imprensa Nacional, 1963. p. 175. art. 476.

OBRIGAÇÕES DAS PARTES DURANTE O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Nos contratos de trabalho se pode afirmar que são obrigações das partes:

- I) Fundamentais
 - para o empregado: prestar trabalho.
 - para o empregador: pagar os salários.
- II) Complementares
 - para o empregado: não violar o art. 482 da CLT.
 - para o empregador: não violar o art. 483 da CLT.
- III) Especiais
 - para ambos, obrigações decorrentes de:
 - a) força de lei
 - b) acordo das partes
 - c) natureza da atividade
 - d) convenção coletiva.

As obrigações fundamentais e complementares estão sempre presentes em todos os contratos individuais de trabalho, e evidentemente nos contratos de experiência. A estes ainda podemos agregar obrigações especiais, derivadas de uma ou mais de uma das quatro fontes possíveis.

Afirma-se que o contrato de trabalho a título de experiência contém as mesmas e todas as obrigações que as partes irão ter quando da prorrogação desse contrato de experiência (ou melhor se dizendo, da transformação em contrato por prazo indeterminado).

Sempre que se fala em contrato de experiência é de se citar Cassi, que menciona as obrigações fundamentais e complementares e ainda, obrigações características e derivadas exatamente da causa do contrato — a experiência. Diz aquele conceituado mestre italiano: “Non pare dubbio che durante il periodo di prova il lavoratore abbia gli stessi obbligati che ha nel rapporto definitivo.

....

"Non può solo dirsi che il lavoratore abbia l'obbligo di lavorare perchè in detto obbligo vi è il germe della sperata assunzione definitiva (interesse unilaterale), ma dovrà ammettersi che l'obbligo gli deriva dalla legge la quale vuole soddisfare anche l'interesse di lavoro, (interesse bilaterale).

"Como il datore ha l'obbligo di porre il lavoratore nelle condizioni di potere dare la prova delle sue reali capacità e qualità, così il lavoratore ha l'obbligo di lavorare per porre il datore di lavoro nelle condizioni di valutare le capacità e qualità di lui.

"L'obbligo di lavorare è pertanto in relazione diretta con l'attuabilità dell'esperimento, e in quanto tale (cioè obbligo giuridico) trova corrispondente riscontro nell'obbligo della retribuzione che fa carico al datore di lavoro."

Mencionante também do problema, Cecilia Assantiz faz afirmativas no mesmo sentido. Existem, pois, as mesmas condições dos outros contratos e, ainda, as especiais do de experiência: a prova objetiva e subjetiva da excelência do empregado para o trabalho a que se propõe e, no mesmo sentido, a demonstração que o empresário faz ao empregado, tornando-se aceitável como empregador. Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam sobre isto que *"Durante a realização da prova ou experiência os efeitos comuns do contrato de trabalho cumprem-se normalmente. O empregado deve a prestação do trabalho, executando-a com diligência, obediência e fidelidade; o empregador, por seu turno, deve a contraprestação salarial e as complementares. Daí se extrai o argumento válido para o cômputo de todo o tempo da prestação de serviço, qualquer que seja a configuração jurídica do contrato em foco"*.

Assim não se devem confundir certos direitos que surgem para o trabalhador apenas em razão do decurso do tempo, com possíveis direitos inexistentes (que não ocorrem) por ser o contrato de experiência. Entre estes direitos que surgem com o tempo está o de indenização por despedida injusta (de empregado não optante), eis que o primeiro ano do contrato é considerado de experiência. Note-se que "período de experiência" não é, em absoluto, a mesma coisa que "contrato de experiência".⁴ O fenômeno não é apenas brasileiro, embora a discussão sobre o tema já esteja superada. Ramirez Grondas dá nota sobre isto na Argentina, na década de 40.

A plenitude de obrigações e direitos das partes, se bem que com as características próprias do contrato, também é ressaltada por Evaristo de Moraes Filhos quando diz: *"Em verdade, tanto de fato como de direito, o contrato de trabalho existe desde a sua formação (contrato de prova), sendo sujeito à dissolução caso a prova não seja satisfatória. É esta, sem dúvida, a intenção dos interessados, sendo desde logo fixado o conteúdo do contrato, que começa a vigorar desde o início em todos os seus elementos"*.

Além das obrigações usuais dos contratos de trabalho, o que estudamos agora tem — como dissemos — somadas outras obrigações peculiares e estas foram evidenciadas também por Evaristo de Moraes Filho⁵ em seu anteprojeto de Código do Trabalho, quando no art. 478 estabeleceu: *"O empregador e o empregado estão respectivamente obrigados a consentir na experiência e a fazê-la, conforme o objeto do contrato"*.

NOTAS

1. CASSI. Op. cit. p. 43.
2. ASSANTI, Cecilia. Op. cit. p. 71 a 85.
3. GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio, Forense, 1975. p. 260. v. 1.
4. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, art. 478, §1.º — "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".
5. RAMIREZ GRONDA. *Derecho del Trabajo de la República Argentina*. Buenos Aires, Editorial Claridad, 1940. p. 110, item 126.
6. MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Rio, Freitas Bastos, 1960. p. 433. v. 1.
7. —. *Anteprojeto de Código do Trabalho*. Rio, Imprensa Nacional, 1963. p. 175, art. 478.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA TERCEIROS DURANTE O CONTRATO DE PROVA

Quando escrevemos estas linhas não estamos pensando em dois contratos de trabalho, um em desenvolvimento e outro sendo a prova. Queremos nos referir, isto sim, à prestação de serviços, para terceiros, em consequência de um contrato de experiência. Assim o empregado "A" é contratado pelo empregador "X", a título experimental, mas em razão de contrato de natureza civil entre "X" e "Y", o empregado "A" labuta para "Y". Ou é a situação das empresas prestadoras de mão-de-obra ou daquelas prestadoras de mão-de-obra temporária (nos termos da Lei n.º 6019).

Cassi define tal situação, dizendo que *"Il problema sorge per il fatto che la somministrazione di lavoro non importa l'esistenza di un solo vincolo giuridico tra il datore di lavoro e i lavoratori; ma di un duplice rapporto: l'uno intercorrente tra somministrante e somministratario, e l'altro tra somministrante e i lavoratori (e in qualche ipotesi in virtù di delega anche tra il somministratario e i dipendenti)"*.

"Il rapporto tra il somministrante e il somministratario avrà per oggetto il lavoro da somministrare secondo determinati pati, e sarà regolato dalle norme di diritto comune."

"L'altro rapporto intercorrente tra il somministrante e i lavoratori avrà per oggetto le attività di lavoro che si pongono a disposizione non dello stesso datore di lavoro, ma di un terzo, e sarà regolato dalle norme del diritto del lavoro."

Entre nós o fato de ser editada a mencionada lei está a apontar o interesse da matéria. Contudo devemos distinguir — embora os efeitos não sejam muito diferentes — as situações de mão-de-obra permanente e mão-de-obra temporária. As obrigações todas são, basicamente, da fornecedora de trabalho e apenas na falta desta é que a tomadora responde subsidiariamente pelas obrigações contraídas pela primeira para com seu empregador. Todas as condições contratuais são regendo as relações entre o empregado "A" e a empresa "X", sua empregadora, mas a empresa "Y" poderá ter importante papel no contrato de experiência, pois será ela quem, muitas vezes, informará à prestadora sobre as condições satisfatórias ou não da experiência. De qualquer forma é de se afirmar que, não ficando a empresa tomadora satisfeita com o serviço do empregado (que mantém contrato de experiência com a prestadora) antes do decurso do prazo de prova, isto não significa o rompimento do contrato. Apenas na situação de justa causa é que o rompimento poderá ocorrer, quando a falta do empregado foi contra a tomadora (do mesmo da fornecedora). Significa que, má a experiência para "Y", o empregado retornará à empresa "X", sua verdadeira empregadora, concludindo a experiência noutro trabalho qualquer.

É de se notar, também, que o contrato de trabalho temporário, nos termos da Lei n.º 6019, é de um máximo de 90 dias, coincidentemente o mesmo que o de experiência. Laureano Baptista disse sobre isto: *"A Lei n.º 6019/74 não se aplica a relações de emprego cuja duração seja superior a 3 meses. O art. 10 limita em 3 meses o trabalho temporário e tal dispositivo encerra o debate. Não seria compreensível que uma Lei com finalidade específica viesse destruir todo um conjunto de normas tutelares do economicamente fraco"*. Assim, o contrato de experiência é firmado com o prestador, podendo o tomador apenas informar a este sobre o resultado da apreciação sobre as qualidades do empregado. Se o empregado permanecer mais tempo na empresa — mais de 90 dias — é o contrato de experiência transformado em contrato por tempo indeterminado (como regra), mas em relação ao dador de trabalho e não em relação ao tomador (que não é empregador). Por outro lado também cessa de se aplicar a Lei n.º 6019 em relação ao tomador quando ultrapassado o 3.º mês de serviço.⁴ Afirma-se com tudo isto que o rompimento do contrato, quer porque a prova não foi boa, quer pelo decurso do tempo, será em razão do relacionamento entre o empregado e a empresa empregadora (fornecedora da mão-de-obra).

NOTAS

1. CASSI. Op. cit. p. 108/109.

2. Lei n.º 6019, de 3 de janeiro de 1974, "Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências".

3. BAPTISTA, Laureano. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região. 2.^a Turma, Processo n.º 946/75, acórdão proferido em 27 de maio de 1975.
4. Lei n.º 6019, art. 10 — “O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra”.

A REMUNERAÇÃO DO EMPREGADO DURANTE O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Quer na situação de se entender o período de experiência como sendo integrante do contrato de trabalho definitivo, quer como um contrato anterior, independente mas coligado, é de se afirmar que a retribuição salarial do trabalhador deve ser a mesma que se seguirá durante o período posterior. A experiência é apenas um prelúdio ao contrato principal (ou período principal, se assim se quiser definir), e é parte integrante da experiência, por ser uma obrigação contratual, a remuneração do trabalhador. Perceberá ele, pois, o que deverá auferir após a experiência, já que esta é bidirecional (no sentido do empregado ser experimentado e igualmente estar verificando as condições do emprego).

Fora de dúvida que a experiência é remunerada, eis que o empregado que firmou tal contrato é “empregado” para todos os fins legais. Vale dizer que, sendo pessoa física, presta serviços de natureza não eventual a empregador, subordinado a este e, note-se, por este remunerado. Cassin, tantas vezes citado ao longo deste nosso estudo, diz que *“Non pare dubbio che durante il periodo di prova il lavoratore abbia gli stessi obblighi che ha nel rapporto definitivo.”*

“Il sorgere del sinallagma contrattuale anche nel repporto di prova nos può essere seriamente contrastato. All'obbligo del lavoratore prestare il lavoro corrisponde l'obbligo del datore di lavoro de retribuirlo.”

As obrigações contratuais de ambos, empregado e empregador, são — como afirmamos — as mesmas, sendo que em relação ao salário deve ser este atendido como se noutro qualquer contrato de trabalho. Isto vai a ponto de se dar inteira razão a Alvaro Sá Filho quando afirmou que *“Em contrato de experiência, não pagos os salários do primeiro mês, caracteriza-se a rescisão indireta do contrato com as cominações legais”*.

Presentes os requisitos comuns aos contratos de trabalho, é inadmissível um período de prova onde o empregado preste serviços gratuitos. O fato, contudo, não é desconhecido dos Tribunais e, muito menos, da vida trabalhista quotidiana. Quer sob a alegação — sem qualquer fundamento ou por simples ignorância — de estar o empregado ainda em posição precária, quer por argumentos maliciosos, é inadmissível a gratuidade. Assim entendeu, com inteira razão, Solon Vivacqua: *“Ainda que rotulado de estágio probatório, será um contrato de experiência e, em consequência, um contrato de trabalho”*³, o que vale dizer que impõe salário pago ao trabalhador.

Pontes de Miranda⁴ assume uma posição isolada e que somente pode ter justificativa histórica, eis que seu escrito é de 1962, antes da atual redação do art. 443, § 2.º, letra c, ditada pelo Decreto-Lei n.º 229. Mesmo assim, parece-nos sem razão. Diz ele: *“Se é permitida a gratuidade — Pode ser gratuito o contrato de trabalho a contento ou a prova? A resposta é afirmativa, mas apenas, se, in casu, não há ofensa às leis protectivas e se, com isso, não ocorre enriquecimento injustificado do empregador. Se o trabalhador faz as provas em horários que não altera ou não causa danos ao trabalho que então presta ao mesmo empregador, ou a outrem, nenhuma objeção se pode fazer à gratuidade. Se a prova enche todo o dia, com produção aproveitável pelo receptor da prestação, têm de ser respeitadas as regras jurídicas sobre remuneração, inclusive sobre salário mínimo. O art. 460 do Decreto-Lei n.º 5452 pode ser invocado, porque se podia prever a diferença entre o trabalho a contento ou a prova e o trabalho definitivo e isso não foi previsto”*. Mais nos parece que o ilustre e festejado autor estava pensando em simples prova, assemelhada a concurso, visando a contratação. Seria um verdadeiro teste de aptidões, preliminar ao contrato e não um verdadeiro contrato de experiência como o que entendemos.

NOTAS

1. CASSI. Op. cit. p. 45.
2. SÁ FILHO, Alvaro. TRT da 1.ª Região, 1.ª Turma, Processo n.º 4.199/73, acórdão proferido em 23 de janeiro de 1974.
3. VIVACQUA, Solon. TRT da 1.ª Região, 3.ª Turma, Processo n.º 3.221/72, acórdão proferido em 21 de março de 1973.
4. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 394. v. 47.

CONTRATO DE PROVA PARA EMPREGADO EM FUNÇÕES NÃO QUALIFICADAS

Não cremos plenamente justificada a contratação de trabalhadores, a título de experiência, para funções não qualificadas. A finalidade do contrato de experiência não é a de se estabelecer sem dúvida a identidade do trabalhador ou sua honestidade ou suas virtudes pessoais. Esta pessoalidade é necessária apenas e tão-somente para a contratação em si, mas não quando se tem em vista as funções que vão ser desempenhadas.

Catharino¹ é fulminante ao afirmar que *"Não é qualquer trabalho que justifica a prova. Há de ser técnico ou qualificado. Em virtude de sua 'natureza' (art. 443, § 2.º, a, da CLT). Não faz sentido absoluto submissão à prova de trabalho quase exclusivamente manual ou físico, como, p. ex., o de um servente, que 'se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal' (art. 456, § único). Se isto ocorresse o contrato deveria ser qualificado como de emprego comum"*.

Pensamos, contudo, que a prova não é apenas unidirecional, fazendo o empregador a experiência e o empregado sendo apenas o sujeito passivo. O trabalhador, por sua vez, também está verificando, durante a experiência, a aceitabilidade futura e mais ou menos permanente do emprego. Nesse sentido é que Geraldo Magelaz entendeu que *"Nada impede a contratação, a esse título, de empregado desqualificado"*.

Pontes de Miranda² também nos conduz a esse caminho, admitindo a contratação de empregado não qualificado a título de experiência. Assim entendemos porque afirma esse autor: *"O contrato de trabalho a contento ou prova tem sua razão de ser na incerteza quanto às qualidades profissionais e pessoais dos figurantes, ou, às vezes, só de um deles. Desde que o contrato de trabalho é intuitu personae, compreende-se que o futuro empregador, que não conhece o futuro empregado, ou as suas qualidades profissionais, ou que o futuro empregado, que não conhece o futuro empregador, ou as suas qualidades profissionais, queira, antes, certificar-se. Ou que ambos o queiram"*.

Bastante encontrada em nossa jurisprudência a situação de inadmissibilidade de contrato de experiência para trabalhos não qualificados³, mas também, em sentido oposto, podemos apontar o entendimento da impossibilidade de tal contrato em funções altamente qualificadas: *"Não se pode pretender usar contratos de experiência para certos cargos e funções que, a priori, demandam conhecimentos profundos de técnica e chefia e qualidades pessoais e profissionais definidas e comprovadas por outros meios, que não a simples experimentação"*.

NOTAS

1. CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária, 1972. p. 385.
2. MAGELLA, Geraldo. Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região, 2.ª Turma, Processo n.º 727/73, acórdão proferido em 8 de maio de 1973.
3. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Ed. Borsoi, 1964. p. 379. v. 47.
4. NÓBREGA, Fernando. Tribunal Superior do Trabalho, 2.ª Turma, RR 3.143/60, em 24.4.1961 — "(...) Ademais, não se justifica a admissão de experiência para trabalho de servente".
5. FERREIRA DA COSTA, Alvaro. Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região, Processo n.º 1.624/61, D. O. de 15.6.1962.

VARIAÇÕES NA PRESTAÇÃO DE TRABALHO E O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

A imutabilidade das condições da prestação de trabalho e das cláusulas contratuais está bem condensada por Coqueijo Costa¹ quando afirma que *"Enquanto a alteração, unilateralmente praticada pelo empregador, vale, se beneficia o empregado, é, ao contrário, nula aquela que o patrão faz em prejuízo direto ou indireto ao trabalhador"*. Está a afirmar o princípio estabelecido no art. 468 da Consolidação, onde se verifica que a alteração só e somente é válida com a concordância das partes (a) e assim mesmo quando não resulte qualquer prejuízo para o trabalhador (b).

São antiquíssimas as regras de imutabilidade dos contratos: *"Pacta dant legem contractui"* e *"Pacta sunt servanda"*. Em se tratando de Direito do Trabalho, as alterações devem merecer especial atenção; temos alterações quantitativas e alterações qualitativas. Tais alterações, em princípio vedadas, dizem respeito ao salário, ao local de prestação, ao horário de trabalho, à espécie de atividade (função na empresa), entre outras.

Não se vai aqui discutir sobre tais alterações em si, mas sobre estas e o contrato de trabalho de experiência.

Em primeiro lugar é de se afirmar a possibilidade de alteração contratual, quando as condições podem ser modificadas em consequência de autorização expressa do contrato. Não há falar aqui em descumprimento do contrato, pois a variação se deu, exatamente, em razão de previsão contratual.

Haverá possibilidade, dentro do contrato de experiência, do empregador determinar a prestação de trabalhos, por parte do empregado, em diversos setores da empresa ou em serviços de natureza distinta, se isto foi objeto contratual. Assim queremos nos referir à situação onde o empregado "se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal".⁴ Este trabalhador, desenvolvendo um período de prova ou experiência, firmou contrato com seu empregador, submetendo-se a qualquer serviço, sendo testado em diversas frentes de trabalho.

Outra é a situação quando a experiência visa certa e determinada atividade, normalmente em serviços especializados. No caso, se tais serviços especiais são objeto da prova, temos duas situações:

a) não poderá haver mutação de serviços, durante o período de prova decorrente de contrato de experiência;

b) após esse período, prorrogado o contrato de trabalho ou transformado, não poderá ocorrer mudança das condições, sendo diferentes as condições do período de prova e do segundo período.

Sobre o assunto escreveu Nêlio Reiss: *"Salvo as exceções que adiante examinaremos, a imutabilidade será a norma mais segura para garantir às partes a possibilidade de efetiva demonstração, no tempo, da capacidade para o cumprimento das tarefas a que se propuseram."*

"Esta regra, todavia, não deve ser entendida de forma absoluta. Precisamente para possibilitar os fins do contrato na fixação do trabalhador na empresa, através do segundo pacto, temos que reconhecer a necessidade de se permitir às partes a faculdade de alterarem as condições contratuais sempre que se evidenciar a inconveniência daquelas firmadas. Assim, por exemplo, demonstrado que o empregado se revelou incapaz para um determinado mister, a alteração da função para outra mais fácil deve ser reconhecida como possível, no encontro de vontades. E aqui surge uma norma indeclinável: na apuração desta mutação há que se seguir um critério especial na interpretação do princípio legal que fere de nulidade as alterações das quais possam resultar, direta ou indiretamente, prejuízos para o empregado."

Sobre o *jus variandi* dentro das obrigações contratuais, veja-se também o capítulo II do trabalho de Cassi.⁶

NOTAS

1. COQUEIJO COSTA. Tribunal Superior do Trabalho, 1.ª Turma, Processo RR 3.771/73. D. J. 15.1.1975

2. Art. 468 da CLT — “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.
3. Cf. REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. *phrases e curiosidades latinas*. Baldassari & Semprini, 1926. p. 583.
4. Art. 456 da Consolidação, sendo de se notar que se entende tal obrigação ou quando não existir cláusula contratual ou na falta de prova dessa condição.
5. REIS, Nélío. Op. cit. p. 101.
6. CASSI. Op. cit. p. 40.

EXPERIÊNCIA EM NOVAS FUNÇÕES, NO DECURSO DE CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO

Orlando de Rose¹ apreciou situação interessante onde estabeleceu que “Se o empregado já está vinculado à empresa e, posteriormente, assina contrato de experiência, deve ter este ato como despedida imotivada. Admitida esta, são devidos os itens indenizatórios pleiteados”.

Isto é perfeitamente afirmável em razão de que podemos dizer, com validade, que um contrato por prazo determinado (do qual o contrato de experiência é um) pode se transformar em contrato por prazo indeterminado; mas a recíproca não é verdadeira — um contrato por prazo indeterminado não se pode transformar em contrato com prazo. Joel Salgado Bastos diz que “O contrato de experiência é um verdadeiro contrato preliminar contendo a promessa de contratação definitiva, caso corresponda o empregado ao esperado (...)”. Tomado por este prisma, o contrato de trabalho de prova deverá sempre anteceder outro qualquer, quer seja por prazo indeterminado (o que é o usual), quer seja por prazo determinado (que também admitimos possível). Jamais, contudo, o contrato de experiência será sequência de outro, de trabalho, já existente entre empregado e empregador.

Cotrim Netoz, entretanto, menciona situação especialíssima: “(...) ocorre quando se realiza um contrato de experiência para que trabalhador, já incorporado numa fonte de trabalho como empregado, possa fazer jus à efetividade em cargo de acesso. Este contrato de experiência não é contrato preliminar, como aquele objeto do presente estudo, e a legislação nacional é omissa em referência à possibilidade de sua formulação, o que, também, ocorre na legislação italiana, por exemplo, circunstância que não impediu os especialistas e a jurisprudência dessa nação de admiti-lo, apenas com a restrição de que o período de experiência, neste caso, não excede àquele de que trata a lei.

“(...) Imaginamos que nada de abstruso haverá nesse contrato suplementar ou aditivo, eis que se reveste ele de pleno amparo legal e possui perfeita justificação econômica.”

Pontes de Miranda², com ousadia sem limite, afirma até mesmo a gratuidade desse contrato: “Se o trabalhador faz as provas em horário que não altera ou não causa danos ao trabalho que então presta ao mesmo empregador, ou a outrem, nenhuma objeção se pode fazer à gratuidade”.

À primeira das duas afirmativas em prol dessa experiência no correr de um já existente contrato responde Nélío Reis³: “Data venia e sem quebra do que temos sustentado nestes estudos, entendemos que a hipótese não constitui o caso do ‘contrato preliminar’, nem de um puro e autêntico ‘contrato de prova’ ou de ‘experiência’, mas tão-somente de uma convenção aditiva ao contrato em vigor no locante à sua execução que passa a realizar-se, de forma experimental e transitória (alteração provisória da natureza qualitativa do trabalho a executar e tal como a estudamos nos capítulos VI e VII do nosso *Alteração do Contrato de Trabalho*)”.

Entendemos que há apenas confusão em torno de palavras — “contrato de prova” com “prova” (no sentido de exame, teste). Nada impede que o empregado, contratado a prazo determinado ou indeterminado, preste exames ou provas para acesso a cargo mais elevado. Isto, contudo, não se confunde com “contrato de experiência”, que é sempre preliminar a outro contrato qualquer. Estes exames, envolvendo as mais variadas formas de testar conhecimentos, poderão ser não remunerados — como quer Pontes de Miranda — desde que não

sejam direta ou indiretamente produzindo trabalho em favor do empregador. Se, contudo, ocorrer trabalho que será levado em consideração para promoção do trabalhador na empresa, necessariamente será remunerado e a prova não será, de nenhuma forma, um "contrato de experiência".

Reafirmando o entendimento inicial: "*Não tem validade jurídica a transformação do contrato por prazo indeterminado em contrato de experiência*", mas podem ser feitas experiências ou provas com o empregado (sem que se constitua outro contrato) para acesso a outros postos ou funções. Claro está que nesta hipótese, não sendo a experiência satisfatória ou as provas não tendo sido respondidas a contento, o empregado permanecerá em suas funções normais, não se operando rescisão contratual.

NOTAS

1. DE ROSE, Orlando. Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, Processo n.º 1.202, da 1.^a Turma, in *Ementário de Jurisprudência* do TRT da 4.^a Região, n.º 7. p. 105.
2. COTRIM NETO. *Contrato e relação de emprego*. Rio, 1944. p. 263.
3. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 394, § 5.084, item 5. v. 47.
4. REIS, Nélío. Op. cit. p. 113.
5. LANNA, Celso. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região, 2.^a Turma, Proc. 3.535/73, julgado em 13.11.1973.

ROMPIMENTO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTES DO TERMO

Indubitavelmente, existem diversos aspectos a serem focados quando se tratar do rompimento contratual antes de atingido o prazo fatal estabelecido em contrato. Primeiramente é de se dizer sobre a despedida do empregado ou sua demissão, quando, na primeira hipótese, isto ocorreu por ato do empregador, com justa causa. No segundo caso, o rompimento se deu por iniciativa do empregado, também por justa causa. A solução legal aponta, sendo o contrato de experiência um contrato por prazo determinado, a não obrigação de indenizar. Na segunda oportunidade, em se tratando de despedida indireta, há sem dúvida a indenização por metade, eis que os contratos por prazo determinado dão ao trabalhador uma indenização que corresponde aos salários faltantes até o termo contratual, por metade. Desta forma, quer na rescisão indireta, quer também na despedida sem justa causa, o trabalhador terá direito a indenização que se pode apontar como tendo a seguinte fórmula:

$$I = \frac{T_c - T_s}{2}$$

Onde I é a indenização, T_c é o tempo previsto contratualmente para a duração da experiência, T_s é o tempo de serviço desde a admissão até a despedida. Constatase que a indenização é inversamente proporcional ao tempo de serviço. Claramente é de se afirmar que cabe ao empregado, no caso de despedida imotivada, antes do termo, também a movimentação do FGTS.

A jurisprudência tem se mostrado notável principalmente nos casos de rescisão antecipada do contrato, através da discussão do merecimento ou não de indenização por rescisão antecipada ou a obrigação de pré-avisar.

Dois são os contratos de experiência, tomados sob o prisma de uma de suas cláusulas, que trazem até nós soluções diferentes:

A. — quando o contrato marca apenas o prazo de sua duração, sem qualquer ressalva.
B. — quando o contrato contém cláusula de rescisão antecipada. Nesta hipótese temos duas opções:

B.1. — a cláusula é usada, com rompimento do contrato.

B.2. — a cláusula, embora existente, não é usada por nenhuma das partes.

São os seguintes os caminhos traçados pela lei e pela jurisprudência:

A. — na situação de inexistência de cláusula rescisória antecipada, o rompimento do contrato faz com que o empregado venha a ser indenizado, pela fórmula já mencionada, e ainda receba o FGTS pelo Código 07 (*"optante — rescisão antecipada, por parte da empresa, do contrato de trabalho por prazo determinado ou por obra certa"*) ou pelo Código 14 da POS n.º 1 (*"não optante — rescisão de contrato de trabalho pela empresa, sem justa causa, antes de o empregado não optante completar um ano de serviço"*). Se o empregado é credor de indenização, quando despedido imotivadamente (art. 479 da CLT), também é devedor se se afastar do emprego sem justa causa, nos termos do art. 480. Importa aqui, na análise do rompimento do contrato de experiência, em que, quando da rescisão imotivada, aplicam-se as disposições destes dois artigos da lei, sendo que os contratos morrem como sendo de prazo determinado não atendido, e *"Descabe o aviso prévio na rescisão imotivada do contrato de trabalho a termo, desde que paga a respectiva indenização e quando não haja cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada"*, como afirma Carlos Alberto Barata Silva com a correção de sempre.¹

Sez *"A ruptura do contrato de trabalho a prazo certo, por iniciativa do empregador, dá ao empregado o direito à indenização correspondente aos salários do tempo restante, pela metade, conforme disposto no art. 479 da CLT"*, e quando existem prejuízos para o empresário, em consequência do rompimento imotivado pelo empregado, isto só e somente ocorre com a inexistência da já mencionada cláusula de rescisão antecipada.

Outro é o tratamento que se deve dar à indenização pelo rompimento do contrato (ou à inexistência de indenização em certo sentido) e aviso prévio, quando o contrato de experiência se rompe antes do termo, quando o contrato tem cláusula de rompimento antes do prazo fatal.

O primeiro caminho é quando há a permissão e nenhuma das partes a exerce. Neste caso o contrato de experiência teve vigência e fim como contrato por prazo determinado. Não há aviso prévio (que é instituto típico do contrato por prazo indeterminado), nem indenização por rompimento injusto do contrato. Há, como já se mencionou, a indenização do FGTS (cód. 04 — *"Término do contrato de trabalho por prazo determinado ou por obra certa"*, tratando-se de empregado optante).

Mas, em se tratando de rescisão antecipada do contrato de experiência com cláusula de rescisão antecipada, há lugar para a aplicação do art. 481 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido estabeleceu claramente o Ministro Ribeiro de Vilhena: *"Não tem qualquer eficácia a cláusula constante de contrato de experiência, que é contrato a prazo certo, e segundo a qual, ocorrendo rescisão antecipada, se aplicará o art. 479/CLT. Quem dispõe sobre qual a regra que incide em tais hipóteses é o art. 481/CLT, que, como norma imperativa, não pode ser afastado ou sofrer desvios pela vontade das partes"*.

Nem a doutrina, nem a jurisprudência, contudo, são unâimes sobre o que afirmamos acima. Argumentos de grande peso alinha Catharino⁴ quando diz: *"Sendo, portanto, contrato por prazo determinado, segundo a nossa lei, e sendo o prazo de 90 dias máximo e não mínimo, antes do seu vencimento, desligado o empregado por não ter trabalhado satisfatoriamente, não faz jus ao aviso prévio, previsto apenas sendo o contrato sem prazo (art. 487 da CLT). Em outras palavras, se não demonstrou, como insito de experiência, saber trabalhar a contento, como se dispôs a fazê-lo, deu justo motivo para ser desligado, e, por consequência, sem aviso prévio, indevido nos contratos a prazo."*

"O disposto no art. 481 da CLT, ao nosso ver, não é aplicável ao contrato de experiência, dada a sua inconfundível estrutura, não devendo ser esquecido ter sido ele elaborado muito antes do avento do Decreto-Lei n.º 229/67, que regulou o mesmo contrato."

Nesse mesmo sentido Hildebrando Bisaglias, quando liderou corrente vencedora na 2.ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho: *"A cláusula de direito rescisório recíproco no contrato de experiência lhe é inerente. Inaplicável o art. 481 da CLT que não se coaduna com o contrato específico, embora considerado por prazo determinado"*.

Carlos Alberto Barata Silva⁶ em seu apreciado Recurso de Revista na Justiça do Trabalho assume uma posição interessante ao denegar recurso de revista quando na Presidência do TRT da 4.ª Região, confrontando acórdão daquela corte com outro da lavra do ilustre Ministro Arnaldo Sussekind. Entre outras considerações bem lançadas afirma que *"Assim, firmado o pacto sob o título de contrato de experiência, mas para desempenho de funções*

genéricas no estabelecimento, determinadas, apenas, pelo título 'auxiliar de escritório', não poderia o empregador rescindi-lo, usando do direito da rescisão antecipada, sob fundamento de inaptidão do empregado, posto que essa inaptidão não decorre de funções preestabelecidas".

Gustavo Lages⁷, antecipando-se ao PREJULGADO n.º 42, concluiu trabalho de valor publicado na LTr afirmando que "Ao contrato de experiência, como uma das modalidades do contrato a prazo, se aplica o princípio estatuido no art. 481 da CLT".

Finalmente, Rezende Puech estabeleceu as linhas mestras sobre o assunto, a ponto de transformá-las em PREJULGADO. Este tomou o n.º 42 — "Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481, da CLT".⁸

No entanto, filiando-se à corrente que entende possível e juridicamente justificável o término do contrato de trabalho de experiência sem aviso prévio, citamos Jairo Polizzi Gusman⁹, que bem sintetizou a orientação jurisprudencial até 1972, mas superada pela decisão acima mencionada do Tribunal Superior do Trabalho.

Octavio Bueno Magano também segue esta corrente¹⁰ e é ele quem afirma que "(...) o contrato de experiência, previsto em nossa legislação, como modalidade de contrato por prazo determinado, pode ser rescindido, sem ônus para qualquer das partes, mesmo antes de vencida a sua duração máxima que é de 90 dias". Baseou-se também em diversos e respeitáveis autores, ressaltando-se entre estes Jean Rivero e Jean Savatier¹¹ que asseguram: "l'originalité principale de l'engagement à l'essai réside dans le faculté de rupture sans préavis ni indemnité".

Todos estes autores, que não são poucos e que, justamente, são de nomeada, põem em perigo a orientação consagrada pelo entendimento que foi elevado ao máximo com o Prejulgado n.º 42.

Algumas legislações, como a venezuelana¹², estabelecem claramente situações em que não há qualquer consequência para o rompimento dentro do prazo, mas antes de estar este esgotado: "El patrono o el trabajador podrán dar por terminado el contrato durante el periodo de prueba sin previo aviso ni pago de indemnización alguna, salvo los salarios devengados".

NOTAS

1. BARATA SILVA, Carlos Alberto. Tribunal Superior do Trabalho, 3.ª Turma, acórdão 1.494/72, DJU de 18 de dezembro de 1972.
2. GUIMARÃES, José Carlos. TRT da 3.ª Região, 1.ª Turma, Processo n.º 2.867/74, julgado em 11 de março de 1975.
3. RIBEIRO DE VILHENA. Tribunal Superior do Trabalho, 1.ª Turma, RR-1.265/74 (19/74), acórdão de 20 de junho de 1974.
4. CATHARINO, José Martins. Contrato de experiência — aviso prévio. *Vox Juris Trabalhista*, (14):50, fev. 1973.
5. BISAGLIA, Hildebrando. Tribunal Superior do Trabalho, 1.ª Turma, acórdão de 16 de setembro de 1971, RR-936/71 (25/71).
6. BARATA SILVA, Carlos Alberto. *Recurso de revista na Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1972. p. 66.
7. LAGES, Gustavo. O contrato de experiência e o aviso prévio. *LTR*, (38):35, jan. 1974.
8. REZENDE PUECH. Tribunal Superior do Trabalho, E-RR-985. Acórdão do Tribunal Pleno de 13 de junho de 1973, DJ 26 de junho de 1973.
9. GUSMAN, Jairo Polizzi. Contrato de experiência sem aviso prévio. *LTR*, 36:518, jun. 1972.
10. MAGANO, Octavio Bueno. Contrato de experiência. *LTR*, 32:149, mar./abr. 1968.
11. RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit du travail*. Paris, Presses Universitaires, 1964. p. 338.
12. VENEZUELA. *Reglamento de la ley del trabajo*. Decreto n.º 1563, de 31.12.1973, art. 40.

PRAZO MÁXIMO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E SUA PRORROGAÇÃO DENTRO DESSE PRAZO

Sempre são boas de lembrar as palavras de José Martins Catharino. Sobre o contrato de experiência, ao abordar alguns aspectos controvertidos, afirmou aquele ilustre professor: *“Não são confundíveis o período de experiência, automaticamente inserido em todo e qualquer contrato por tempo indeterminado, por força do § 1.º do art. 478 da CLT, e o contrato em experiência (ou de prova), regulado na nossa legislação pelo Decreto-Lei n.º 229, de 28.2.67, ao alterar o § 2.º do art. 443, e o § único do art. 445, também da CLT”*. Diz mais adiante: *(...) “É contrato sujeito a condição resolutiva, a ser verificada em prazo limite, de 90 dias, de acordo com a nossa lei” (...)*.

Esse prazo máximo de 90 dias é ditado pelo art. 443, § 2.º, letra “c”, da Consolidação. Não há, como se pode constatar na lei, prazo mínimo, atendendo o legislador apenas ao limite máximo. Seria desejável que o legislador tivesse estabelecido diversos prazos para tais contratos, de conformidade com a atividade ou profissão a ser desempenhada pelo empregado; com isto estaríamos evitando o longo prazo experimental de 90 dias para empregados não qualificados ou o prazo insuficiente quando se tratasse, por exemplo, de cargo ou função altamente qualificada ou técnica. Assim, simplesmente é de se afirmar que o legislador brasileiro estabeleceu um limite máximo e este é de 90 dias atualmente.

Cumpramos se indagar da possibilidade de prorrogação do contrato de experiência, sendo esta prorrogação também dentro do período de prova. Não nos parece que exista qualquer impedimento de ordem legal para tal prorrogação, desde que respeitados o limite máximo e as condições impostas por lei à prorrogação dos contratos por prazo determinado.

Temos assim que:

1. É possível a prorrogação do contrato de experiência.
2. Apenas é possível uma prorrogação, sendo que mais de uma resulta na transformação automática do contrato em contrato de tempo indeterminado.
3. De qualquer forma a soma dos dois períodos não pode ultrapassar a 90 dias.
4. Qualquer que seja a duração de cada período, não pode haver mais de uma prorrogação.

A segunda afirmativa que fazemos acima tem o beneplácito de Renato Machado, eis que este ilustre Ministro do Tribunal Superior do Trabalho afirmou: *“O art. 451, da CLT, autoriza a sua prorrogação apenas uma vez, e, em caso de outra, passa ele a ter as características de contrato a prazo indeterminado”*.

Isto está afirmando, automaticamente, a possibilidade da prorrogação. Russomano também entende nesse sentido, sendo que afirma claramente a prorrogabilidade de tal pacto quando pontifica: *“O contrato de experiência, que é, no fundo, um contrato por prazo certo, pode ser prorrogado uma vez, sem qualquer ofensa à lei em vigor”*.

Se os contratos de trabalho por prazo determinado não podem somar mais de quatro anos (dois períodos de dois anos), o de experiência não pode ser de até noventa, mais noventa dias. Há apenas um total de noventa dias, sendo que, ultrapassada essa raia, há sua transformação. Mário Hélio Caldas é quem afirma que *“Lícito o contrato de trabalho de experiência em dois períodos consecutivos — prorrogação — desde que não ultrapasse a 90 dias”*.

E a quarta e última afirmativa que fazemos neste capítulo, sobre a possibilidade de uma única prorrogação, é em consequência de ser o contrato que analisamos um dos contratos por prazo determinado e, assim sendo, segue a regra geral de uma única prorrogação, independente do período de tempo de cada um.

Não se pode omitir, contudo, a existência de corrente que entende improrrogável o contrato de experiência. Assim, Miguel Mendonças afirma que *“O contrato de experiência não admite prorrogação, a qual, se operada, transforma-se automaticamente em contrato por prazo indeterminado, passando o empregado a usufruir de todas as vantagens que lhe assegura a LCT, decorrentes do mesmo”*.

Justificando as palavras que usamos no início deste capítulo, quando entendemos que a natureza da prestação, a função, deveria ditar a duração do período de experiência, temos mais uma vez em Evaristo de Moraes Filho apoio certo. Em seu anteprojeto de Código do

Trabalho, de 1963, marcou diversos prazos para a duração do contrato, seguindo as necessidades profissionais e o tempo para as partes poderem avaliar a prova.

NOTAS

1. CATHARINO, José Martins. Contrato de experiência — aviso prévio. *Vox Juris Trabalhista*, 14:49, fev. 1973.
2. MACHADO, Renato. Acórdão de 3 de outubro de 1974, na 2.^a Turma do Tribunal Superior do trabalho, RR — 2.700/74 (27, 74). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, anos de 1973 e 1974, p. 262.
3. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Repertório de decisões trabalhistas*. Rio, José Konfino, 1965. p. 227. v. 5.
4. CALDAS, Mário Hêlio. Acórdão no Proc. 4.428/74, proferido em 5 de fevereiro de 1975, na 3.^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região, in Calheiros Bomfim, 1976, p. 143, ementa n.º 937.
5. MENDONÇA, Miguel. Acórdão no TRT da 3.^a Região, Proc. 959/69, na 1.^a Turma, por maioria de votos, em 24 de junho de 1969 — publicado in LTr, 33/512.
6. MORAES FILHO, Evaristo de. *Anteprojeto de Código do Trabalho*. 1963.
 “art. 477 — O contrato de prova não poderá ser superior a:
 a) oito dias para os empregados com mais de cinco filhos, pessoal subalterno ou de mão-de-obra não qualificada;
 b) quinze dias para o pessoal administrativo e a mão-de-obra qualificada;
 c) trinta dias para a mão-de-obra altamente qualificada e cargos técnicos de chefia e direção;
 d) sessenta dias para os viajantes, representantes e praticistas”.

O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E A CONTAGEM DE SEU PRAZO NO TEMPO DE SERVIÇO DO EMPREGADO

Embora muito freqüente nas Juntas de Conciliação e Julgamento a alegação patronal de que o contrato de experiência não seja levado em conta no tempo de serviço do empregado (daí a sonegação desse lapso na anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social), juridicamente a afirmativa não tem a menor consistência. Não se ignora que já houve entendimento doutrinário nesse sentido, quando se entendia que a prestação de serviço a prova apenas antecipava o contrato de trabalho, mas dele não fazia parte. Assim, Courel, referindo-se ao direito trabalhista argentino por volta de 1932, afirmou que “*Es necesario que transcurra el término de tres meses, al servicio del principal, para que se considere empleado (...)*”. Esta manifestação mereceu críticas de Ramirez Gronda, entendendo este que desde o início da prova o trabalhador já devia ser considerado empregado.

O tema que aqui abordamos encontra campo pacífico quer na doutrina, quer na jurisprudência brasileira atual, sendo que correta é a afirmativa de Alípio Amaury dos Santos quando diz: “*O período de prova, a que se submete o empregado para se engajar definitivamente no emprego, integra o seu tempo de serviço, dele se contando a admissão*”.²

Também nesse sentido João Antonio G. Pereira Leite, quando no TRT da 4.^a Região, disse: “*Se o último contrato de trabalho foi a prazo indeterminado, para fins de indenização de antiguidade conta-se o período anterior correspondente a contrato a termo. A lei considera pressuposto do direito a indenização e seu valor o tempo de serviço como tal.*

“(...) Somam-se, pois, não dois contratos — o que seria desarrazoado — mas o tempo de serviço prestado em virtude de contratos de natureza distinta.”

Afirmamos, portanto, que o período de trabalho sob um contrato de experiência vem a se somar ao período que normalmente se segue, sob tempo indeterminado. Isto, no entanto, segue as normas gerais de contagem de tempo de serviço que são suficientemente conhecidas. São aplicáveis, pois, as normas ditadas pelo art. 4.º da Consolidação: “*Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada*”. O

que nos leva a afirmar que o tempo do contrato de experiência é contado como de serviço, mesmo que a este período não se venha somar outro. Na hipótese de se seguir outro contrato há aplicação para o art. 453 da Consolidação⁴, sendo que podemos entender como aplicável a nosso estudo o que afirmou Afonso Teixeira Filhos: *"O art. 453 da CLT determina a soma de todo o tempo de serviço prestado ao mesmo empregador, não cuidando do tipo do contrato"*. Claro está que temos, aí, de dar atenção às situações que determinam exclusão dessa contagem. Estas hipóteses são, entretanto, comuns a todos os contratos e não revelam nenhuma situação especial pelo fato do primeiro contrato ser de prova. No mesmo sentido do acima citado temos a palavra de Luiz Menossi: *"Somam-se os períodos dscontínuos, qualquer que seja a natureza do contrato"*.⁶

A palavra final pode ficar, certamente, mais uma vez, com João Antonio G. Pereira Leite⁷, quando fez a perfeita análise da *"Garantia do tempo de serviço nos contratos a prazo determinado"*.

Algumas legislações deixam expressa a contagem do tempo de serviço do contrato de experiência, mais que a brasileira.⁸

NOTAS

1. COUREL. Discurso pronunciado no Congresso Argentino em 13 de setembro de 1932, mencionado por RAMIREZ GRONDA, op. cit., p. 110.
2. SANTOS, Alírio Amaury dos. TRT da 3.ª Região, 2.ª Turma. Processo 3.331/73, proferido em 30.5.1974.
3. PEREIRA LEITE, João Antonio G. TRT da 4.ª Região, 2.ª Turma, Processo 518/74, julgado em 4.7.1974.
4. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Art. 453: *"No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal"*.
5. TEIXEIRA FILHO, Afonso. Tribunal Superior do Trabalho, RR-E- 3545/61, Tribunal Pleno, em 7.11.1962.
6. MENOSSI, Luiz. Tribunal Superior do Trabalho, RR-6610/63, 3.ª Turma, em 7.7.1973.
7. PEREIRA LEITE, João Antonio G. Tese apresentada no 1.º Simpósio Regional sobre "Aspectos Jurídicos do Fundo de Garantia" promovido pelo TRT da 4.ª Região e pelo BNH, em setembro de 1968. Publicado também in LTr 33/257.
8. VENEZUELA. *Reglamento de la ley del trabajo*, Dec. 1563, de 31.12.1973, art. 41: *"El periodo de prueba se tomará en consideración para determinar la antigüedad del trabajador, cuando este continúe prestando servicios una vez vencido aquel periodo"*.

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E INTERRUPTÃO DA PRESTAÇÃO

É de se afirmar, em primeiro lugar, que entendemos como "suspensão" o que certos autores nominam como suspensão total; diríamos que a suspensão é a paralisação de todos os efeitos do contrato, sem que isto acarrete sua morte. Por outro lado chamamos nós de interrupção o que aqueles conhecem por "suspensão parcial", o que vale dizer que é a situação onde se opera a interrupção apenas da prestação de trabalho, continuando o pagamento de salários. É a hipótese da existência de certos efeitos do contrato (pagamento dos salários) sem que haja causa — que é efeito também do contrato — da prestação de trabalho. Aceitamos nesse sentido a orientação de Ferreira Prunesi, embora esse autor, em seu livro sobre o tema, não haja apreciado as situações decorrentes de interrupção nos contratos por prazo determinado. Entende-se em discorrer aqui sobre, exatamente, esta situação de interrupção ou de suspensão nos contratos de experiência, vale dizer, nos contratos por prazo determinado.

Pensamos que as causas de suspensão parcial do contrato (interrupção da prestação) não causam maiores problemas, pois há apenas a cessação da prestação de trabalho e a percepção dos salários correspondentes. Tais fatos, em regra, são de curta duração e os dias de

ausência não são subtraídos do prazo total do contrato. Assim as ausências por motivo de casamento, falecimento de pessoa da família, doação de sangue, alistamentos eleitorais e outras, são remuneradas e estão englobadas nos dias todos do contrato. É de se notar que apenas alguns efeitos é que não se realizam, ocorrendo outros.

Já bem mais complexa é a situação de suspensão total do contrato, quando não há a prestação, nem há pagamento do salário. E mais afirmamos: nas situações de suspensão total do contrato o prazo de afastamento do empregado é subtraído do prazo estipulado para a experiência, salvo se a lei — de forma expressa e abrindo exceção à regra — determina a contagem do tempo de serviço. É o caso do acidente do trabalho que, sendo suspensão parcial, evoluiu para suspensão total (com os pagamentos por conta da previdência social) mas com tratamento legal de simples interrupção (tanto que se conta no tempo de serviço do trabalhador). A situação é, pois, contraditória — há a contagem do tempo de serviço para efeitos de estabilidade e indenização, mas estas duas situações não são conhecidas pelo empregado em experiência em razão da curta duração do contrato, entre outros argumentos; e ao mesmo tempo, em oposição, entendemos que há a suspensão da experiência. Isto se dá porque a experiência, justamente, só e somente pode ser realizada com a prestação de serviço em si, eis que este é o objetivo do próprio contrato. Por outro lado não podemos esquecer a existência do art. 472, § 2.º da CLT, quando a lei determina que nos contratos a prazo determinado o tempo de afastamento não é contado, se as partes assim acordarem. Isto, no entanto, é situação privativa dos contratos em que o empregado tenha se afastado em consequência do serviço militar.

Aluizio José Gavazzoni Silva leva a que se pense que as suspensões totais não interrompem a contagem dos períodos de trabalho por prazo determinado. Diz ele: *"O disposto no parágrafo 2.º do artigo 472 consolidado deixou claro que a regra geral é a de que o afastamento do empregado, para prestação de serviço militar ou para ocupar outro encargo público, não interrompe a duração dos contratos a termo. Só o pacto em contrário autorizará a interrupção"*. Nesse sentido, também, Russomano afirma em seus sempre louvados Comentários: *"O § 2.º estabeleceu uma regra típica dos contratos de trabalho por prazo determinado. O tempo de afastamento é, em regra, contado para fins de terminação do contrato por prazo certo. Se o trabalhador foi admitido pelo prazo de seis meses e, logo após seu ingresso na empresa, foi chamado para o exército, onde permaneceu doze meses, não terá direito de retorno ao emprego"*. Menciona que as partes, nesse caso especial, podem abrir exceção à regra, fazendo a subtração do tempo de serviço militar do tempo do contrato.

Heros de Campos Jardim entende que *"Não convencendo as partes a prorrogação do contrato a prazo pelo tempo correspondente ao período em que o mesmo esteve suspenso, dar-se-á a sua extinção na data prefixada"*. Também praticamente nesse sentido encontramos Rider Nogueira de Britos, ao afirmar: *"O fato de ter havido acidente no trabalho não implica na prorrogação de qualquer contrato celebrado a prazo certo, inexistindo direito a salários do período posterior ao término do contrato"*.

NOTAS

1. FERREIRA PRUNES, José Luiz. *Salário sem trabalho*. LTr, 1977. 207 p.
2. GAVAZZONI SILVA, Aluizio José. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Ed. Nacional de Direito. p. 229. v. 2.
3. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 6. ed. p. 777. v. 3.
4. SOUZA JARDIM, Heros de. Acórdão no TRT da 3.ª Região, 2.ª Turma, Processo n.º 3.636/74, proferido em 8.5.75.
5. NOGUEIRA DE BRITO, Rider. TRT da 8.ª Região, Processo n.º 578/74, proferido em 17.2.1975.

CESSAÇÃO OU CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO APÓS O PRAZO

Estabelecido pelas partes o prazo de duração do contrato de experiência, cuida-se aqui da chegada do termo. Não há a menor dúvida de que, dentro do prazo máximo de 90 dias, as

partes podem estabelecer qualquer duração para o contrato. Não poucos são os doutrinadores a dizer, com razão, que o prazo deveria estar condicionado à natureza da prestação, à especialidade do empregado ou até a condições pessoais desse trabalhador. Assim, no anteprojeto de Evaristo de Moraes Filho podemos constatar os prazos máximos por ele sugeridos. No caso brasileiro atual, contudo, não há discussão sobre a duração e o prazo máximo: são 90 dias.

Já se fez menção, neste estudo, das situações em que o contrato à prova é rompido antes do termo. Fala-se agora da cessação ou da continuidade da prestação após este prazo fatal. Temos alguns caminhos a mencionar, sendo que o primeiro é o da não continuidade da relação. Isto ocorrerá em consequência da experiência não ter resultado satisfatória para uma ou para ambas as partes. Resta saber se a não continuidade necessita ser expressamente consignada pela parte que não a deseja. Pensamos que a cessação do contrato em consequência do estabelecimento de prazo máximo não necessita ser devidamente avisada pela parte, pois isto seria pensar em aviso prévio em contrato a prazo. Assim, basta chegar o termo final para a morte do contrato. Este poderá ser prorrogado, isto sim, por ato das partes, de forma tácita ou expressa. Mas a cessação se operará automaticamente. Bem verdade que na legislação brasileira, atualmente, as consequências dessa cessação não são muitas, eis que o sistema do FGTS alterou substancialmente o merecimento às indenizações. Se anteriormente (em época em que não havia regulamentação para o contrato de experiência) quando chegasse o termo não havia qualquer indenização, hoje temos a indenização por tempo de serviço. É evidente que o aviso prévio é indevido. Nesse sentido Mario Hélio Caldas: *"Indevido o aviso prévio na rescisão de contrato por prazo certo ao seu término. O contrato de experiência — modalidade de contrato por prazo determinado — foi pactuado pelo prazo de 30 dias e prorrogado por mais 60 dias. Tem-se contrato de experiência — por prazo determinado — de duração máxima de 90 dias e apenas uma vez prorrogado. Não há que se falar em aviso prévio"*.²

Evidentemente as férias proporcionais e a gratificação natalina são devidas ao trabalhador, nem mesmo havendo necessidade de citação jurisprudencial, tal o aspecto pacífico da questão.

Já, quando da prorrogação do contrato, outros e bem variados são os aspectos que merecem a atenção. Em primeiro lugar é de se mencionar a forma da prorrogação. Quer o contrato tenha sido verbal ou escrito, sua prorrogação necessariamente não precisa seguir a forma do contrato primitivo. Poderá ocorrer recondução tácita ou expressa do trabalhador. Note-se que com isto estamos afirmando a dificuldade prática da existência de um contrato de experiência ser pactuado de forma tácita. Mas entendemos que a prorrogação pode ser assim, eis que assim pode ser feito qualquer contrato de trabalho e ainda a lei menciona estas formas de prorrogação.

Temos, assim, que o contrato de experiência:

- 1 — pode se extinguir quando do termo.
- 2 — pode ser prorrogado.
 - 2.1. — de forma tácita
 - 2.2. — de forma expressa
 - 2.2.1. — verbalmente
 - 2.2.2. — por escrito

Se pode ser prorrogado, somente o poderá ser também e ainda a título de experiência, se isto for constatado antes dos 90 dias (para que a soma atinja no máximo 90 dias) e de forma expressa. O caminho natural é a prorrogação do contrato ou sua transformação — como querem muitos autores — em contrato por prazo indeterminado. Entretanto pensamos que um contrato de experiência pode se transformar em contrato por prazo determinado, desde que esta prorrogação tenha duração máxima de 2 anos e quando atende uma das duas hipóteses do art. 443, § 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho.⁵ É claro que havendo um contrato de experiência — que é a prazo certo — e sendo prorrogado por prazo determinado, não poderá haver nova e segunda prorrogação a gerar um terceiro período, já que o art. 451 da CLT dispõe claramente em contrário, dando um limite à vontade das partes.

O mais usual é, *"Vencido o prazo do contrato a termo e prosseguindo-se a execução do trabalho, passa a ser considerado por prazo indeterminado"* como afirmou Amaro Barreto.⁶ E se isto ocorrer, pretendendo uma das partes a rescisão contratual sem causa, segue-se o que

assegura Mário Hélio Caldas: *"Ultrapassado o prazo do contrato a tempo determinado — experiência —, devido o aviso prévio"*. Nessa situação não há mais lugar para considerações sobre o rompimento do contrato de experiência, uma vez que se está agora frente a contrato por prazo indeterminado.

É interessante a posição de Pontes de Miranda, que entendemos a ponto de merecer citação: *"Se o contrato de trabalho a contento ou a prova prevê contrato de trabalho dito definitivo, a dualidade de contratos pode advir, no tempo. Ou o conteúdo ou satisfação pela prova ocorre e surge o outro contrato, ou não ocorre e o outro contrato não surge: de qualquer modo, extingue-se o contrato de trabalho a contento ou a prova porque existia termo incertus quando. Se o contrato de trabalho a contento ou a prova alude a contrato de trabalho, dito definitivo, que já existe, ou se resilem os dois, ou só o contrato de trabalho a contento ou prova."*

"Se há rescisão por descontento ou insatisfação da prova, precisa haver comunicação disso, porém não aviso prévio. Se o figurante, que se tem de contentar ou satisfazer com a prova, é culpado de não haver tido bom êxito a prova, não pode alegar o descontento ou a satisfação."

Finalmente é de se mencionar, mais uma vez, Vincenzo Cassi, que analisando a situação do direito trabalhista italiano, afirma que *"Il silenzio osservato delle parti al termine della prova produce l'affetto di operare la trasformazione del rapporto in prova in rapporto definitivo"*.

NOTAS

1. MORAES FILHO, Evaristo de. *Anteprojeto de Código do Trabalho*. 1961. art. 477.
2. CALDAS, Mário Hélio. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região, 3.^a Turma, Processo 2.817/74, prolatado em 9 de outubro de 1974.
3. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO:
"Art. 443 — O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado".
4. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO:
"Art. 451 — O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo".
5. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO:
"Art. 443 (...)"
"§ 2.º — O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:
"a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
"b) de atividade empresarial de caráter transitório".
6. BARRETO, Amaro. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região, 1.^a Turma, Processo n.º 3.936/73, proferido em 16 de janeiro de 1974.
7. CALDAS, Mário Hélio. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região, 3.^a Turma, Proc. n.º 2.238/74, proferido em 29.10.1974.
8. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 398, § 5.086, 4. v. 47.
9. CASSI, Vincenzo. Op. cit. p. 92, item 36, in fine.

MORTE DO EMPREGADOR COMO CAUSA DO ROMPIMENTO ANTECIPADO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Se o contrato individual de trabalho é firmado levando em conta a personalidade da prestação por parte do empregado (tanto que só e somente pessoa física pode ser empregado), o mesmo — em regra — não ocorre em relação à pessoa do empregador. Quanto a este não há personalidade e na fusão, incorporação ou sucessão de empresas a própria lei diz que isto em nada altera o contrato de trabalho.

Mas há situação, particularíssima, quando o empregador é também pessoa física, onde se revela personalidade também em relação a este. Queremos nos referir à situação de morte

do empregador. Normalmente não ocorre problema de continuidade do pacto laboral, mas diz a lei que o empregado, no caso, poderá dar por rescindido o contrato de trabalho. Vale a menção, principalmente em se tratando de contrato de experiência, por ser este um contrato por prazo determinado. Assim podemos imaginar o empregado "X" e o empregador "Y". Morrendo "Y", seu sucessor — "Yz" assume os direitos e obrigações. Não há, contudo, obrigação do empregado "X" para com "Yz", eis que a morte de "Y" tem a faculdade de permitir ao empregado a denúncia do contrato. Assim, se o contrato de experiência tem cláusula de rescisão antecipada o sucessor não poderá exigir do empregado "X" demissionário o pagamento de aviso prévio e, igualmente, mesmo tendo prejuízos com o afastamento, não poderá pretender indenização por metade.

É claro que, por outro lado, não poderá também o empregado demissionário pretender o aviso ou a indenização por rompimento do contrato, restando a ele — apenas — a indenização de tempo de serviço do FGTS.

Afirma-se aqui que a experiência, principiada com o empresário "Y", não necessita ser prosseguida com o empresário "Yz" — mesmo sendo este sucessor do primeiro — eis que a lei faculta ao empregado dar fim ao contrato. Por ser "Y" pessoa física e havendo certa pessoalidade, com sua morte cessa a experiência que era preliminar a um contrato por prazo maior.

NOTA

1. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, art. 483, § 2.º.

ROMPIMENTO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA POR JUSTA CAUSA

Se afirmamos noutra passagem do presente estudo a presença de todos os direitos e obrigações comuns aos contratos individuais de trabalho no contrato de experiência, com mais ênfase dizemos agora sobre o rompimento do contrato à prova em razão de falta praticada por qualquer das partes.

Haverá a denúncia do contrato por parte do empregado quando o empregador praticar qualquer daquelas violações mencionadas no art. 483 da CLT — "despedida indireta". No mesmo sentido o empregador, sem atentar para o caráter experimental do objetivo do contrato, irá rompê-lo por violação do art. 482 pelo trabalhador (despedida com justa causa).

Na primeira hipótese — despedida indireta — quando há justa causa para o rompimento, mas de iniciativa do operário, há indenização a ser paga. Esta ou será a do art. 479 ou a do art. 481, conforme o caso. Além disso, também, a liberação do FGTS do período trabalhado.

Já quando a despedida do empregado é baseada em falta por ele praticada (como as mencionadas no art. 482 ou outra causa especial — não pagamento de dívida por parte de bancário, não uso de equipamento de proteção pelos empregados de Itaipu, entre outros exemplos) nenhuma indenização é devida pelo empresário.

A matéria, em se tratando de contrato de prova, não enseja maiores digressões, eis que não possui aspectos particulares. Segue este contrato, pois, em se tratando de rompimento com justa causa, a regra geral dos contratos de trabalho. Apenas mencionamo-las aqui para dar unidade à exposição.

É de se citar, como corolário do que afirmamos sobre "Obrigações das partes durante o contrato de experiência", que a jurisprudência dos nossos tribunais também é copiosa sobre rescisões motivadas de contratos de experiência.

FÉRIAS INDENIZADAS E O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Se o gozo de férias normalmente é concedido após o primeiro ano de duração do pacto laboral, quer nos contratos por prazo indeterminado, quer naqueles por prazo determinado, em se tratando de contrato de experiência as férias serão, sempre, indenizadas.

Evidentemente afirmamos que as férias serão indenizadas supondo que o contrato de experiência tenha conhecido seu fim através do decurso de seu prazo total. Na hipótese, viável, de rescisão por justa causa (por iniciativa do empregador, baseada em falta do empregado) não confere a indenização de férias em consequência às disposições do atual texto do art. 147 da Consolidação, com texto ditado pelo Decreto-Lei n.º 1535. Este texto dá a indenização só e somente quando a despedida tenha sido sem justa causa ou tenha o contrato por prazo determinado chegado a termo. É o caso do contrato de prova, que é, no direito brasileiro, contrato por prazo determinado. Igualmente, pelo que se constata no art. 147, mesmo no contrato de experiência, não chegando este a seu prazo fatal em consequência de pedido de demissão (sem justa causa), não são as férias indenizadas.

É clara a lei nesse sentido, eis que diz: *"O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo determinado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior"*. Tais férias indenizadas serão de tantos doze avos quanto os meses trabalhados, calculadas sobre 30, 24, 18 ou 12 dias. Apenas para exemplificar: se o trabalhador, contratado a título de experiência, labutou 90 dias (3 meses) sem nenhuma falta ao serviço, terá a indenização de férias calculada em 3/12 de 30 dias de salário. Se, eventualmente, nesses 3 meses teve 6 a 14 faltas, receberá a indenização de 3/12 de 24 dias. Se suas faltas foram de 15 a 23 receberá 3/12 de 18 dias. É de se afirmar que serão indenizados 3/12 de 12 dias se o empregado teve de 24 a 32 faltas e, finalmente, se nos 90 dias de duração do contrato teve mais de 32 faltas, nenhuma indenização de férias receberá.

Afirma-se aqui, claramente, que a matéria estava regulamentada pelo art. 26 da Lei n.º 5107 e que está, agora, revogado. Isto vem a dar as férias indenizadas — no contrato de experiência — também ao trabalhador rural, já que anteriormente a 1.5.1977 o rurícola não tinha aquele direito, pois era ele proveniente de um artigo da lei sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Temos assim, no contrato de experiência, o pagamento das férias proporcionais (a) quando o contrato chega a termo e (b) quando o empregado é despedido sem justa causa antes do prazo. Na hipótese de pedido de demissão (c) sem justa causa — rescisão indireta — não há a indenização; também (d) não haverá tal indenização nos casos de despedida com justa causa.

Com a nova redação dada à Consolidação das Leis do Trabalho pelo Decreto-Lei n.º 1535 surge uma situação de gozo de férias mesmo no contrato de experiência: quando são concedidas férias coletivas aos empregados de uma empresa, de um estabelecimento ou de um setor. Podemos imaginar um empregado que tenha sido contratado a título de experiência, pelo prazo máximo de 90 dias. Este empregado, mal completando um mês de trabalho, pode receber férias do empregador, eis que todos os restantes empregados as estão gozando. Terá este trabalhador, pois, 1/12 de 30 dias de férias gozadas (não indenizadas, mas aproveitadas efetivamente como férias) e quando de seu retorno terá seu tempo de serviço "emparelhado" com os outros trabalhadores para efeito de férias futuras, caso seu contrato venha a se transformar em contrato por prazo indeterminado.

A primeira situação que mencionamos nas linhas anteriores não enseja maiores problemas práticos e a doutrina é tão pacífica quanto a jurisprudência é silenciosa. Eduardo Gabriel Saad diz que: *"Requisitos para o pagamento proporcional das férias: Tem o empregado direito a haver do empregador o pagamento proporcional das férias se for dispensado sem justa causa ou se concluir contrato a prazo determinado, antes de completar um ano de serviço na mesma empresa"*. Depreende-se daí que apenas estas férias, do atual artigo 147 da CLT, e aquelas gozadas quando das coletivas é que podem ser conhecidas pelo empregado contratado para prova.

NOTA

A GRATIFICAÇÃO NATALINA E O CONTRATO DE PROVA

A gratificação natalina instituída pela Lei n.º 4090 não revela maiores problemas de aplicação aos contratos de experiência. Os textos legais são suficientemente claros para fazer com que o trabalhador apenas deixe de perceber o "13.º salário" quando a despedida ocorrer com justa causa. Vale dizer que em todos os outros casos de desaparecimento da relação de emprego o obreiro faz jus a esta gratificação. Assim, quando do término do contrato de experiência (que é um contrato a prazo determinado), quando do pedido de demissão — com ou sem justa causa —, ou outro motivo qualquer, encontraremos entre os créditos do empregado o valor correspondente ao "13.º salário".

Haverá uma casuística sem maiores interesses se afirmarmos que, v.g., um contrato de experiência venha a ser firmado em princípios de dezembro, por 90 dias. Posteriormente, já em janeiro, venha este trabalhador a ser despedido com justa causa. Em princípio, pela regra geral, não deve receber a gratificação natalina. Mas como em dezembro seu contrato de experiência estava em desenvolvimento, deve o trabalhador receber tal gratificação. Perde ele, isto sim, a gratificação proporcional a janeiro (1/12), pelo cometimento da falta que ocasionou a despedida.

Poderá, ainda, ocorrer situação inversa: a do empregado, contratado a título de experiência, vir a ser despedido antes do termo final do contrato. No caso de inexistência de cláusula permissiva de rescisão antecipada, o empregado deverá receber metade dos salários faltantes — o que é pacífico sob o ponto de vista legal e jurisprudencial. Luiz José Guimarães Falcão, hoje ilustrando o Tribunal Regional do Trabalho da nova 9.ª Região, quando tinha assento no Tribunal da 4.ª Região estabeleceu: "*O pagamento dos salários por metade até o final do contrato de experiência é indenização e, como tal, não pode ser acrescido ao tempo de serviço para efeitos de 13.º salário e de férias proporcionais*".

Contudo poderá se argumentar, com grande validade, que o tempo de serviço faltante não será incorporado ao tempo de serviço do trabalhador, eis que é indenização e tal período não foi também trabalhado. Mas estabelece a lei — art. 479 da CLT — que "*Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado, será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato*". Isto pode nos conduzir ao seguinte raciocínio: se a gratificação natalina faz parte da remuneração do empregado, no caso do art. 479 também o "13.º salário" faltante (do período não trabalhado em consequência da despedida imotivada) é devido por metade.

Afirma-se aqui, sem dúvida, que a gratificação natalina é sempre devida ao trabalhador quando o contrato de prova chega a seu termo, mesmo que não transformado em contrato por prazo indeterminado ou então quando da despedida injusta ou pedido de demissão do trabalhador. Tal entendimento — o primeiro — já foi consagrado através da SÚMULA n.º 2 do Tribunal Superior do Trabalho, quando estabeleceu aquela alta corte: "*É devida a gratificação natalina proporcional (Lei n.º 4.090, de 1962) na extinção dos contratos a prazo, entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja findado antes de dezembro*". Note-se que foram incluídos todos os contratos por prazo — entre estes o de experiência — e até mesmo os de safra.

NOTAS

1. GUIMARÃES FALCÃO, Luiz José. Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região. Proc. n.º 2.275/72, in *Ementário de Jurisprudência do TRT da 4.ª Região*, n.º 7, p. 104.
2. Súmula n.º 2, aprovada com ressalvas dos Senhores Ministros ANTONIO RODRIGUES AMORIM, FORTUNATO PERES JR. e CHARLES MORITZ.