

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E OS LIMITES NO EXERCÍCIO DO JUS
VARIANDI: O USO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTES DA
PROMOÇÃO DO EMPREGADO E O CABIMENTO DA RETROCESSÃO**

FÁBIO LEANDRO GUARIERO

São Paulo, 2024.

FÁBIO LEANDRO GUARIERO

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E OS LIMITES NO EXERCÍCIO DO JUS
VARIANDI: O USO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTES DA
PROMOÇÃO DO EMPREGADO E O CABIMENTO DA RETROCESSÃO**

Tese defendida e apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientação: Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato.

SÃO PAULO – SP –

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Guariero, Fábio Leandro.

A atividade empresarial e os limites no exercício do *jus varandi*: o uso do contrato de experiência antes da promoção do empregado e o cabimento da retrocessão. / Fábio Leandro Guariero. 2024.

225 f.

Tese (Doutorado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador(a): Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato.

1. Direito empresarial. 2. Direito do trabalho. 3. Liberdade de gestão. 4. Autonomia de negociação. 5. Função social da empresa. 6. Função social do emprego.
- I. ADEODATO, João Maurício Leitão. II. Título.

CDU 34

FÁBIO LEANDRO GUARIERO

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E OS LIMITES NO EXERCÍCIO DO JUS
VARIANDI: O USO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTES DA
PROMOÇÃO DO EMPREGADO E O CABIMENTO DA RETROCESSÃO**

Tese submetida a qualificação ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato

Orientador

UNINOVE

Profa. Dra. Samantha Ribeiro
Meyer-Pflug Marques
Examinadora Interna – UNINOVE

Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Examinador Interno – UNINOVE

Prof. Dr. Maurício Rands Coelho Barros
Examinador Externo – UNICAP

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Examinador Externo – FDV

Dedico esse material aos empregados e
empresários. Juntos, fazem acontecer!

“Porque nascemos para a cooperação, como os pés, como as mãos, como as pálpebras, como as fileiras dos dentes superiores e inferiores. Agir um contra o outro, então, é contrário à natureza; e odiá-los ou rejeitá-los é agir um contra o outro”

Estoicismo

Aurélio, Marco.

RESUMO

Discutimos nesse trabalho os limites do *jus variandi* empresarial, especialmente a validade jurídica em alterar o cargo de seus funcionários, em condicionar o trabalhador à submissão de um período prévio de experiência, antes de efetivar definitivamente sua promoção e, por fim, se é possível ordenar sua retrocessão ao cargo anterior, caso se mostre inapto na nova função. O debate sobre esses temas se justifica, porque a lei não prevê o contrato de experiência antecedente à promoção e há um consenso doutrinário e jurisprudencial contrário à validade da retrocessão. Enquanto isso, vários trabalhadores são dispensados, apenas por não conseguirem êxito no novo cargo, quando, a nosso ver, o risco de demissão seria reduzido, se fosse aplicado o contrato de provas antes da promoção e convencionado o retorno ao cargo anterior. No tocante a metodologia, usamos pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais sobre os assuntos. Nossa abordagem começa debatendo os limites da autonomia empresarial na gestão de sua mão de obra. Em seguida, discutimos sobre as vantagens (ou não) da promoção de carreira e esmiuçamos os requisitos legais para alterar os contratos de trabalho. Por fim, analisamos a importância dada pela Constituição Federal na busca do pleno emprego e em garantir às pessoas um trabalho digno. Após as pesquisas feitas, desenvolvemos uma conclusão crítica, juridicamente válida, alinhada com as bases constitucionais e capazes de mostrar à sociedade que, o contrato de experiência, usado apenas no momento da contratação do trabalhador, pode ser aplicado, por analogia, antes de sua promoção definitiva. Admitir essa possibilidade, não só demonstra prudência do empresário antes de consolidar o empregado em um novo cargo, como também prestigia outros valores, dentre eles, a autonomia gerencial (*jus variandi*), a proteção do próprio trabalhador e a preservação do emprego. Por fim, concluímos que, ao final do período experimental, se o empresário entender que a promoção não se mostrou viável, poderá retroceder o trabalhador ao cargo e salário anterior, sem que isso caracterize ato ilícito por alteração *in pejus* do contrato.

Palavras-chaves: autonomia gerencial; *jus variandi*; promoção do empregado; contrato de experiência; retrocessão.

SUMMARY

In this work, we discuss the limits of corporate *jus variandi*, especially the legal validity of changing the position of its employees, of conditioning the worker to the submission of a prior period of probation, before definitively effecting his promotion and, finally, whether it is possible to order his retrocession to the previous position, if he proves to be unfit in the new function. The debate on these issues is justified, as the law does not provide for the probationary contract prior to promotion and there is a doctrinal and jurisprudential consensus against the validity of retrocession. Meanwhile, several workers are dismissed, only for not being able to do well in the new position, when, in our view, the risk of dismissal would be reduced, if the contract of tests before promotion were applied and agreed to return to the previous position. Regarding the methodology, we used bibliographic and jurisprudential research on the subjects. Our approach begins by debating the limits of business autonomy in managing its workforce. Then, we discuss the advantages (or not) of career promotion and scrutinize the legal requirements to change employment contracts. Finally, we analyze the importance given by the Federal Constitution in the search for full employment and in guaranteeing people a decent job. After the research carried out, we developed a critical, legally valid conclusion, aligned with the constitutional bases and capable of showing society that the probationary contract, used only at the time of hiring the worker, can be applied, by analogy, before his definitive promotion. Admitting this possibility not only demonstrates the prudence of the entrepreneur before consolidating the employee in a new position, but also honors other values, among them, managerial autonomy (*jus variandi*), the protection of the worker himself and the preservation of employment. Finally, we conclude that, at the end of the trial period, if the entrepreneur understands that the promotion was not feasible, it will be possible to return the worker to the previous position and salary, without this characterizing an unlawful act by alteration *in pejus* of the contract.

Keywords: managerial autonomy; *jus variandi*; employee promotion; probationary contract; Retrocession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O impacto social e jurídico da promoção no contrato de emprego	
I.1 – A promoção vista no espectro social como premiação	17
I.2 – A ausência de lei regulando a promoção do empregado no setor privado	20
I.3 – A promoção do agente público. Um comparativo com o setor privado	23
I.4 – Consequências jurídicas pela não promoção do empregado (ou sua não aceitação) ante o preenchimento das condições estabelecidas	26
I.5 – As regras exigidas pela CLT para efetivação das alterações contratuais ...	32
I.6 – Diferenças entre alteração de tarefas, funções e cargo.....	39
I.7 – Promoção vertical e horizontal	50
I.8 – Promoção: ato unilateral do empregador ou dependente de consentimento do empregado?	55
I.9 – Reversão, retrocessão e rebaixamento: diferenças e peculiaridades	59
CAPÍTULO II – O contrato de experiência e sua finalidade.	
II.1 – O contrato de experiência junto à CLT	67
II.2 – Finalidade do contrato de experiência	70
II.3 – O contrato de experiência e o princípio da continuidade do emprego	72
II.4 – Natureza jurídica do contrato de experiência	77
II.5 – A forma do contrato de experiência	84
II.6 – O registro na CTPS do empregado sobre a relação de experiência	88
II.7 – Tempo máximo de duração do contrato de experiência	91
II.8 – Contrato de experiência e seu limite de renovação	94
II.9 – Contrato de experiência: obrigatoriedade ou facultatividade?	96

CAPÍTULO III – A tese do não cabimento do contrato de experiência antecedente à promoção e a proibição da retrocessão.	
III.1 – A lei estabelecendo que o contrato de experiência só pode ser pactuado uma única vez	98
III.2 – A promoção como caminho sem volta	102
III.3 – A proibição da retrocessão não decorre da literalidade da lei, mas por valoração sociológica	107
III.4 – O que fazer com o empregado promovido que não exerce satisfatoriamente as funções no novo cargo?	110
III.5 – Extinção do contrato: iniciativa de quem e quais os direitos devidos	114
CAPÍTULO IV – A tese do cabimento do contrato de experiência antecedente à promoção e possibilidade de retrocessão.	
IV.1 – A interpretação sobre o contrato de experiência	118
IV.2 – A principiologia e a hermenêutica sustentando o cabimento do contrato de experiência antes da promoção do empregado	125
IV.3 – A legalidade, tanto do período de experiência antes da promoção, como da retrocessão	129
IV.4 – A retrocessão como alternativa mais benéfica ao empregado	163
IV.5 – A retrocessão como cláusula prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho	168
IV.6 – A retrocessão convencionada no contrato individual de trabalho	176
IV.7 – A retrocessão como cláusula no contrato do alto empregado	179
IV.8 – A compatibilidade da condição suspensiva prevista no art. 125 do Código Civil como efetivação da promoção definitiva	182
IV.9 – Os problemas gerados ao empregador, caso pratique a retrocessão	188
CONCLUSÃO – A validade do contrato de experiência antecedente à promoção e a possibilidade de retrocessão do empregado	
CONCLUSÃO – A validade do contrato de experiência antecedente à promoção e a possibilidade de retrocessão do empregado	191
REFERÊNCIAS	196

INTRODUÇÃO

É graças a criatividade empresarial que as táticas de comércio são criadas, adaptadas e estabelecidas na rotina mercantil. Natural que seja assim, haja vista a necessidade de sobrevivência em um mercado de concorrência livre e competitiva.

Para fazer seu negócio prosperar, o empresário precisa ser arrojado, criativo, perseverante e, acima de tudo, adaptável, pois, ante as leis que regulam posturas, nem sempre suas ideias podem ser integralmente aplicadas.

Podemos questionar se estas leis se fazem necessárias, já que, de certa forma, restringem a atuação empresarial. Mas, a história mostra que se essas regras não existissem, consumidores seriam reféns de produtos com qualidade duvidosa e preços abusivos, o meio ambiente explorado de forma predatória, impostos sonegados, patentes e invenções pirateadas, trabalhadores explorados e tantos outros atos predatórios seriam impunemente praticados.

Não à toa, desde a revolução industrial e do nascimento do capitalismo, surgiram leis regulando as ações empresariais, sendo a legislação trabalhista uma das mais emblemáticas. Nela, parte-se da regra de que o empregado, por ser a parte hipossuficiente, estará protegido contra a exploração patronal.

Essa é a forma que o Estado encontrou para garantir o piso vital mínimo aos trabalhadores e, com isso, efetivar o exercício da dignidade humana no meio ambiente do trabalho. Nunca é demais lembrar que não basta ter um emprego, é preciso ter um emprego digno!

Buscar o lucro, respeitar às regulações e sobreviver ao mercado competitivo exige que o empresário invente e reinvente estratégias.

Dentre tantas manobras possíveis, uma delas consiste em remanejar seus trabalhadores em cargos e funções diferentes. Contratar empregados mais qualificados, produtivos e engajados; investir em tecnologia, treinamento

e aperfeiçoamento e, no pior cenário, dispensar a mão de obra inadequada, faz parte das táticas empresariais.

É um teatro de manobras! O empresário age como um treinador de futebol, que altera o posicionamento tático de seus jogadores, para garantir o placar a seu favor. O lema é “*um dia se vence e no outro também*”.

Já o empregado, como alguém subordinado, tem o dever de jogar na posição e no ritmo que lhe foi determinado. O técnico manda, o jogador obedece! O vínculo de emprego é isso e não há de ser diferente.

Claro que não se pode confundir subordinação com submissão. Essa é posição de resignação, de vassalagem, de quem se curva aos caprichos de outrem. A relação de emprego nem de longe assim se caracteriza, já que o empregado é subordinado e não submisso.

Tanto é verdade que o empregado pode exercer o *jus resistentiae*, que é o direito legítimo de confrontar o empregador e se recusar a cumprir ordens imorais, ilícitas, contrárias aos bons costumes, que exijam serviços superiores às suas forças ou mesmo alheias ao contrato. Caso contrário, valerá a máxima “*ordem dada é ordem cumprida*”.

Assim, nesse jogo estratégico de sobrevivência, a tese aqui é que o empresário pode (deve), dentre tantas manobras, redefinir a posição de seus empregados, os realocando em cargos diferentes, conforme suas habilidades, competências e formação técnico-profissional.

O empregado inicia sua vida laboral na empresa em um cargo e com o passar do tempo se mostra hábil a exercer um outro cargo, mais elevado, com maiores responsabilidades, *status* e, obviamente, maior salário. É a promoção!

Socialmente falando, a promoção ainda é vista como uma alteração contratual benéfica ao empregado. A leitura dada pela sociedade (e pelo Direito do Trabalho) é de que ser promovido à um cargo superior é algo que agraga benefícios ao trabalhador. Logo, é uma alteração *in mellius*, o que a torna perfeitamente válida aos olhos da lei.

Ocorre que um bom funcionário nem sempre será um bom chefe, um bom encarregado ou um bom gerente. Não há certeza sobre o sucesso da promoção.

É mais comum do que imaginamos, mas nem sempre o funcionário promovido será tão hábil e exitoso como era no antigo cargo. As expectativas criadas, tanto do empregador sobre o empregado, como deste para consigo mesmo, podem cair por terra.

Eis que o técnico mexeu mal no time! A estratégia antes desenhada previu um resultado e esse não ocorreu. O jogador foi realocado em outra posição e está tropeçando nas próprias pernas. Uma nova tática precisa ser implementada para consertar o erro, e com urgência!

Mas, o que fazer com esse trabalhador? Será retirado do campo (dispensado) ou alocado em outra posição? Dentre as posições possíveis, será válido retorná-lo àquela que ocupava antes?

Se fosse realmente uma partida de futebol, a mão do treinador seria livre nesse momento. Mas, no mundo corporativo trabalhista, nem de longe a liberdade da gestão empresarial é tão ampla.

As leis trabalhistas impõem limites! Limites esses por vezes tão inflexíveis que não é surpresa o empregador preferir dispensar o empregado, pois sabe que as opções de remanejamento são limitadas.

Promover o empregado pode, pois é mais benéfico. Mas, retrocedê-lo ao cargo anterior, é uma alteração proibida, já que prejudicial ao trabalhador. Assim, se o empregado foi promovido, e não se saiu bem no novo cargo, deverá ser remanejado para um cargo, de mesmo nível (promoção horizontal) ou de nível superior (promoção vertical), ou, na pior das alternativas, ser dispensado sem justa causa.

Por conta deste contexto, que não permite dar um passo atrás (retroceder para o cargo anterior), é que afirmamos ser a promoção um caminho sem volta! Se o empregado aceitar o cargo superior, que seja exitoso, pois, caso contrário, não poderá retroceder.

Surge então a questão: mas as partes não poderiam estabelecer um período de experiência antes de consolidar a promoção? Não seria prudente estabelecer um período de prova para consolidarem a certeza de que a promoção é aquilo que realmente querem? E, se após esse período de prova, as partes entenderem que a melhor opção é retornar as posições ao *status quo ante*, seria isso possível?

Entendemos que sim! Nossa tese defende que, em nome do respeito à autonomia gerencial do empresário, liberdade para negociar aquilo que for melhor para as partes e, principalmente, a manutenção do emprego, é possível firmar um contrato de testes antecedente à promoção e que, ao final, não havendo consenso de que a promoção é a melhor opção, seja o empregado retrocedido ao cargo e ao salário anterior.

Ocorre que essa manobra não tem previsão expressa na lei. E, pior que isso, a letra literal da lei sinaliza ser incompatível a utilização do contrato de experiência em uma relação já vigente e duradoura, bem como se mostra contrária em permitir a retrocessão.

Com relação ao contrato de experiência, a lei determina que só poderá ser pactuado uma única vez, podendo ser prorrogado também uma única vez e pelo prazo máximo de até 90 dias. A lei não obriga seja esse contrato experimental firmado, mas os costumes mostram que ele é sempre firmado, e apenas no início da relação, nunca durante o seu curso.

Além disso, a lei veda que o empregado seja alvo de alterações contratuais *in pejus*. E, há de se convir, perde o cargo superior e retornar ao cargo inferior, é nitidamente uma alteração ruim para o trabalhador.

Mas, se o empresário é responsável por diversas decisões, inclusive podendo alterar os cargos e funções de seus colaboradores (*jus variandi*), e, se a lei não proíbe, pelo contrário, enaltece a autonomia negocial das partes, desde que o negociado seja mais benéfico, por que não permitir a inserção de uma cláusula de experiência prévia à promoção de seu funcionário? Sendo o empregado exitoso no novo cargo, lá permanecerá. Não sendo, retrocede ao cargo anterior e tem seu vínculo mantido, evitando assim sua dispensa, o que

também é uma forma de defender o pleno emprego, como prevê a Constituição Federal de 1988.

Não faz sentido o Direito do Trabalho, que tem por excelência proteger o trabalhador e seu emprego, ser tão inflexível e prostrado a ponto de direcionar o empregador a preferir a extinção do contrato, fomentando mais um desempregado na sociedade, quando o ideal seria preservar a continuidade da relação.

Assim, o objetivo de nosso trabalho é mostrar que essas práticas são possíveis.

Para isso, nosso estudo se inicia de forma indutiva, analisando situações fáticas vivenciadas no âmbito empresarial e corporativo. Inúmeros são os casos de empregadores frustrados com promoções de empregados malsucedidas, mas que, por apreço à competência do trabalhador no cargo anteriormente ocupado, manifestavam o interesse na retrocessão. Contudo, optaram por não fazê-la e, pior, preferiram dispensar o trabalhador, tudo isso para evitar “*problemas futuros com a justiça do trabalho*”.

Para bem estruturar nosso tema, adotamos a técnica da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisando os posicionamentos da doutrina e do Judiciário diante destes fenômenos sociais, que são: a) os limites da autonomia gerencial do empregador; b) a possibilidade de promoção do empregado a um cargo superior; c) a autonomia negocial das partes para criar cláusulas e condições não previstas na lei; d) a possibilidade de se permitir a retrocessão e, principalmente; e) a defesa da manutenção do emprego, o que se alinha ao propósito do curso que é promover a investigação e a produção científica do conhecimento jurídico e o desenvolvimento da pesquisa jurídica na área de regulação do direito empresarial.

Nosso trabalho se encontra dividido da seguinte forma:

No Capítulo I, discutiremos os efeitos sociais e jurídicos (positivos e negativos) decorrentes da promoção na carreira. Identificaremos a diferença entre cargos, funções e tarefas, como elas são definidas e de que forma a alteração no cargo pode influenciar na vida do empregado, seja com a

assunção profissional (promoção vertical ou horizontal) ou com o descenso (reversão, retrocessão e rebaixamento).

Em seguida, demonstraremos no Capítulo II em que consiste o contrato de experiência. Sua forma de pactuação, tempo de duração, finalidade e as formalidades legais exigidas pela lei quando da estipulação desse período, bem como, a polêmica doutrinária envolvendo sua conceituação e a possibilidade de ser pactuado no curso do contrato já vigente.

No Capítulo III traremos os posicionamentos contrários à possibilidade de inserir o contrato de experiência no curso do contrato, antecedente à promoção e condicionante à efetivação, bem como as negativas em permitir a retrocessão de cargos, haja vista a existência do importante princípio da inalterabilidade contratual lesiva aos interesses do empregado.

Já o Capítulo IV, seguido de nossa conclusão, contém os argumentos alinhados à nossa tese, de que permitir a inserção do contrato de experiência antecedente à promoção e, ao seu final, autorizar a retrocessão, é uma manobra não só juridicamente válida, conclusão essa obtida por meio da subsunção de várias fontes legais existentes no ordenamento jurídico, mas também socialmente importante, pois atende aos anseios do bem comum, já que alinhada ao princípio constitucional da preservação do emprego.

Nossa tese visa, portanto, enaltecer o *jus variandi* do empresário, privilegiar a autonomia negocial das partes e respeitar os mandamentos constitucionais que priorizam a manutenção do emprego.

CAPÍTULO I

O IMPACTO SOCIAL E JURÍDICO DA PROMOÇÃO NO CONTRATO DE EMPREGO

I.1. A PROMOÇÃO VISTA NO ESPECTRO SOCIAL COMO PREMIAÇÃO.

Comecemos pelo fundamento antropológico. A ambição é um sentimento inato em muitas pessoas¹. É uma característica de personalidade que pode ser mais ou menos intensa em cada um².

A princípio, “ambição” é uma palavra que pode ser mal interpretada. Geralmente, é um sentimento associado às pessoas gananciosas, obstinadas a conseguir algo custe o que custar.

Não é surpresa uma associação negativa, pois é sabido quantos males foram causados por conta de ambições desmedidas e deturpadas.

Contudo, o que torna a ambição algo ruim não é o sentimento em si, mas o seu exagero e a falta moralidade nas condutas aplicadas na busca do fim ambicionado.

No curso da vida e no exercício do convívio social, algumas pessoas perdem a têmpera e se prestam às mais sórdidas atitudes, tudo para atingir suas ambições.

¹ NABUCO DE ABREU, Cristiano. **Psicologia do cotidiano. Como vivemos, pensamos e nos relacionamos hoje.** Porto Alegre: Artmed, 2016, p. 74. “Algumas poucas investigações foram conduzidas para compreender melhor esse comportamento. Entretanto, concluiu-se que pessoas ambiciosas tendem, em geral, a ser mais ousadas em suas ações, o que as leva a melhores resultados em experimentos controlados.

Embora seja possível que tenhamos na ambição um comportamento com raízes em nossos ancestrais, ela ainda é muito presente nos dias de hoje e, curiosamente, continua sendo extremamente valorizada.

Dessa maneira, as pessoas se orgulham de ser ambiciosas, pois, além de assegurar valorização social, isso traz bons resultados em médio e longo prazos. No entanto, a ambição pode, em alguns casos, manifestar-se de maneira desmedida, fazendo com que certas pessoas se tornem excessivamente insatisfeitas”.

² LEITE, Luciano S. **Psicologia comportamental.** 1^a ed. São Paulo: Érica, 2020, p. 33. “Tipo colérico: são pessoas que chamam atenção pela ambição, pela capacidade de liderar com facilidade, por serem audaciosas, independentes e práticas e terem muita energia, mas, ao mesmo tempo, apresentam comportamentos explosivos, podendo ser intolerantes, vaidosas e até insensíveis”.

São essas posturas que despertam mágoas, desavenças, traições, tristezas, protagonizam litígios, rompem relações e que deveriam ser evitadas. Nesse aspecto, a aplicação da ética³ é fundamental.

Não há mal algum em ser ambicioso! O problema surge quando, em nome daquilo que se ambiciona, a pessoa se despe de valores morais e éticos e simplesmente “atropela” tudo e todos em seu caminho para alcançar a tão sonhada meta.

Fato é que não há oportunidades iguais (de estudo e de emprego) para todos. Os mais privilegiados têm os melhores recursos, não obstante muitos sequer fazem bom uso deles. Os desafortunados ficam relegados à sorte. Dentre estes, há os que reagem, os que se conformam e os que preferem caminhos marginais. É um jogo, por vezes sórdido, onde tudo vale para alcançar o que se ambiciona. O mal, portanto, não necessariamente está no fim, e sim no meio. É no comportamento desviante que assenta a reprovação⁴.

No meio ambiente de trabalho, principalmente naqueles corporativos, geralmente destacados por possuírem um grande número de cargos, uns mais elitizados que outros, natural que funcionários despertem interesse pelas posições mais elevadas, que além de melhor remuneradas, trazem maior *status social, institucional e profissional*.

Ambicionar aquilo que convém, inclusive cargos superiores, não é conduta reprovável, mas o exercício de um direito natural do ser humano⁵.

³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4. “Toda decisão ética – todo exercício da *phronesis* – é nova, empenhando a cada vez o homem sério na desocultação da verdade prática. O exercício da *phronesis* se liga assim ao sentido profundo da equidade, que torna o agir sempre um desafio, mantendo o caráter do homem a cada vez em jogo, assim como a sua própria felicidade. Como a lei tem sempre de ser ‘adeuada’ à circunstância atual do agir, ela tem de ser ‘descoberta’ sempre novamente. Isso impõe à razão prática, a cada vez que se exercita na descoberta do justo, sempre um problema novo”.

⁴ IAMUNDO, Eduardo. **Sociologia e antropologia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27. “Segundo Merton, a sociedade capitalista exige de cada um vencer na vida. Mas, o que é vencer na vida? Nada mais, nada menos que alcançar ou fazer fortuna, fama e prestígio. O sucesso posto culturalmente é altamente valorizado. As pessoas que não atingem tais metas são, então, consideradas perdedoras. As metas são democráticas, no sentido de que são postas para todos. As regras também são as mesmas para todos. Porém, as possibilidades, ou melhor, os instrumentos, não são distribuídos de modo igual”.

⁵ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 276. “A autoconservação é o grande fundamento ético do egoísmo, que parte da assertiva de que todo agir humano é motivado por esse simples princípio natural. Assim aparece com toda clareza não apenas o valor máximo dentro da axiologia, mas também toda sua hierarquia, resolvendo facilmente o problema da liberdade. O ser humano passa a ser visto como um animal, da

Nesse sentido, não há como negar a existência de um certo paradoxo comportamental entre os “colegas” em um ambiente de trabalho.

Se, de um lado, temos de ser colaborativos, engajados, solidários e obedientes às regras hierarquizadas, tudo isso visando atingir as metas indicadas e o êxito do “*time*”, mostrando assim tão quão somos pessoal e coletivamente úteis para o empregador (daí a justificativa do uso da palavra “*colaborador*” nos dias de hoje), de outro, há também o espectro concorrencial, onde é sempre importante mostrar um destaque próprio, individual e profissional (bem) acima da média, diferenciado dos demais colegas, para assim chamar a atenção do empregador, afinal, “*quem não é visto não é lembrado*”.

A promoção a um cargo mais elevado é o exemplo efetivo desse reconhecimento! Vista como uma premiação, como um reconhecimento da melhor capacitação do empregado em relação aos demais, a promoção ainda é considerada como uma mudança positiva em nossas vidas profissionais⁶.

Segundo os padrões de nossa sociedade (ocidental e capitalista) é um dogma a ideia da promoção, já que é um evento necessariamente positivo na carreira do trabalhador.

Certos empregados, contudo, preferem recusar promoção, pois têm outras metas mais importantes a atingir em sua vida, seja pessoal ou profissional.

Sabemos também que as narrativas sobre os benefícios de uma promoção não são tão romantizadas assim. Mas, no geral, a sociedade ainda enxerga a promoção como algo positivo, como consequência do mérito de um trabalhador exitoso, engajado, diferenciado dos demais e que, graças a ambição de crescimento, foi laureado com um cargo superior.

mesma maneira submetido às leis da natureza, pois o egoísmo não necessita de qualquer imperativo ético, sua ‘moral’ é somente a realização dos instintos humanos básicos. Mesmo quando o mais forte tem compaixão ou solidariedade, sua conduta é motivada por essa autoconservação, já que ele também precisa dos mais fracos para se realizar plenamente. Tal naturalismo axiológico, a ‘tendência ao eu’ (Ichtendenz no neologismo de Hartmann) faz desaparecer a distinção kantiana entre ser e dever ser, já que a ética ‘é assim’.

⁶ MATTAR NETO, João Augusto. **Filosofia e ética na administração**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 321. “*Nossa autodefinição ocorre em grande parte pelo trabalho. Por meio dele as pessoas definem sua natureza, seu caráter e sua personalidade. O trabalho garante ao ser humano um lugar seguro na sociedade, o que determina seu reconhecimento social*”.

Pensar dessa forma não é um erro. A promoção de emprego realmente representa algo positivo na carreira do trabalhador. Mas cabe ao empregado sopesar se ela será benéfica ou não. E essa subjetividade deve ser respeitada.

I.2. A AUSÊNCIA DE LEI REGULANDO A PROMOÇÃO DO EMPREGADO NO SETOR PRIVADO.

O Decreto Lei nº 5.452 publicado em 01 de maio de 1943, conhecido como CLT, Consolidação das Leis do Trabalho, não trata da promoção de cargos e salários.

A única menção sobre promoção está no art. 654 *caput* e no seu § 5º alínea *b* ao se referir que o ingresso na magistratura do trabalho será primeiramente no cargo de juiz substituto e que será promovido a titular por critérios de antiguidade e merecimento.

A Lei nº 9.029/95, em seu artigo 1º, prevê que é proibido adotar critérios discriminatórios para contratação e manutenção do emprego como sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. Obviamente, se a adoção desses critérios é proibida para contratar e para dispensar empregados, também não podem ser usados para alavancar ou negar promoções.

A CLT e a legislação esparsa nada falam em relação a promoção! Não mencionam quando deve ser concedida, a quem se deve conceder, quais critérios serão usados para sua efetivação, se o empregado pode (ou se deve) aceitá-la, se pode recusá-la e se é possível retroceder ao cargo anterior, caso não tenha êxito no cargo promovido.

Esses temas ficam à sorte do negociado, de previsão em regras institucionais internas, como regulamentos empresariais ou planos de carreiras, ou pelo modelo gerencial adotado pelo empregador⁷.

⁷ ORSI, Ademar. **Gestão por competências**. ARELLANO, Eliete Bernal. CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho (orgs.). **Gestão de pessoas nas empresas contemporâneas**

Por fim, a legislação não menciona se é possível (ou não) estipular contrato prévio de experiência antecedente à promoção.

Toda a pauta relativa à promoção de cargos e salários no setor privado não tem regulamentação legal.

O assunto é tratado com base em outras fontes do direito⁸, como doutrina, jurisprudência, negociações individuais ou coletivas (acordos ou convenções), analogia, direito comparado, usos e costumes.

Imergir nesses assuntos é, portanto, uma aventura social e jurídica, que naturalmente desperta pontos de vistas diferentes. E, na relação entre patrão e empregado, que fazem parte de “classes diferentes”⁹, natural que algumas pautas provoquem relevantes divergências.

Fato é que, quanto à promoção, a coisa toda funciona da seguinte forma: o empregador, por conveniência, quer promover o empregado e este aceita (ou não) ser promovido (ou vice-versa). Simples assim!

Isso justifica porque alguns trabalhadores desenvolvem a natural sensação de estarem sendo injustiçados quando são preteridos à promoção. O trabalhador proativo, imerso, engajado se sente indignado quando não lhe

brasileiras. São Paulo: Atlas, 2023, p. 39. “Um aspecto que diferencia fundamentalmente o modelo de gestão por competências da visão da organização baseada na divisão de tarefas é a sua desvinculação ao cargo e à estrutura organizacional, porque o conteúdo dos cargos, assim como a estrutura organizacional, tem sido objeto de alta volatilidade no ambiente empresarial atual em decorrência das mudanças já discutidas anteriormente.

Atrelar competências aos cargos nada mais seria do que dar outra roupagem ao que se chama de especificações ou requisitos dos cargos, o que significa manter uma visão taylorista, na qual a atuação das pessoas é limitada, pois tem foco na tarefa que deve ser realizada exatamente como foi estabelecido pelo gerente, o que não se harmoniza com a realidade das atividades consideradas neste capítulo.

Já as estruturas organizacionais são arranjos de unidades organizacionais que visam atender a uma determinada demanda e a um determinado contexto competitivo e, por isso, podem e são modificadas rapidamente para a adequação da organização a essas situações ...

Níveis de complexidade são patamares de dificuldade crescente para atuação nas atividades existentes na organização e que, consequentemente, exigem maior desenvolvimento das pessoas responsáveis por elas. Conforme ocorre o desenvolvimento dos indivíduos, eles se tornam capazes de trabalhar com mais autonomia, compreender melhor as interfaces das atividades nas quais está envolvido e o contexto em que se encontram, podendo assumir atividades revestidas de maior complexidade”.

⁸ RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 7^a ed. São Paulo: Método, 2017, p. 16.

⁹ MARX, Karl. **O capital**. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 8^a ed. resumida. Rio de Janeiro: LTC, 2018, p. 340. “As três classes que constituem os quadros da sociedade moderna – assalariado, capitalista explorador e proprietário explorador – acham-se, além disso, reunidas e reciprocamente opostas”.

oferecem a oportunidade. Ao invés disso, o empregador preferiu contratar um novo trabalhador ou convidar outro empregado.

Em situações como essa, o trabalhador entende que um direito seu foi ofendido. Mas não foi! No aspecto exclusivamente jurídico, não há lei que obrigue o empregador a promover o empregado.

É possível afirmar que o empregado foi prejudicado ou injustiçado por não ter sido promovido, mas isso analisado a partir de conceitos éticos e morais ou mesmo corporativos e meritocráticos¹⁰. Contudo, no aspecto jurídico, o empregador não praticou ilegalidade alguma já que a lei não o obriga a promover trabalhador algum.

Ao empregado frustrado, só resta o consolo de saber que a lei não lhe garante o direito de ser promovido (que o empregador não tem o dever de promovê-lo) e que isso, por mais injusto que possa parecer, não é ilegal, não obstante, possa servir de motivação para analisar a viabilidade de continuar ou não naquele emprego. Não é preciso discorrer quão ruim é estar envolvido em um emprego, mas totalmente desmotivado.

Esse descontentamento serve como indicativo de ordem puramente pessoal do trabalhador, que passa a fazer um juízo se realmente é melhor se manter ou não naquele emprego, haja vista o fato do empregador não lhe dar oportunidades de assunção na carreira. Mas, no aspecto legal, não há como o empregado obrigar o empregador a promovê-lo.

Até pode haver a obrigação de promover o empregado, mas se houver previsão em regulamentos de empresa, negociação individual ou coletiva.

¹⁰ BARBIERI, Ugo Franco. **Gestão de pessoas nas organizações: a evolução do ser humano na vida e na carreira.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 85. “A injustiça é sempre percebida. Ela é rapidamente passada adiante na comunicação informal da organização.

Não é possível eliminar de todo os atos injustos, mas está ao alcance de qualquer empresa reduzi-los ao máximo.

Não se pode evitar ainda algumas aparentes injustiças. Se duas pessoas aguardam uma promoção e apenas uma a recebe, por existir somente uma vaga disponível, certamente a decisão final será muito difícil, e a pessoa preterida na promoção sempre terá uma reação emocional desfavorável, ao menos durante algum tempo.

Injustiça não se combate com a criação de sistemas burocráticos, e sim com o real compromisso dos responsáveis pelas decisões de aplicar regras muito simples.

Na realidade é fundamental que existam políticas e práticas de RH muito claras e bem divulgadas, que sejam aplicadas com bom-senso e que as decisões que envolvam, principalmente, admissão, desempenho, promoção e desligamento sejam tomadas com a participação de diversas pessoas”.

É sabido que a lei não é a única fonte das ciências jurídicas, podendo certos direitos e obrigações estarem previstos em fontes diversas, como bem prevê o art. 8º da CLT. É comum empresas estabelecerem em seus regulamentos ou normas negociais, critérios previamente condicionados para promoções de seus empregados.

Algumas empresas, inclusive, aplicam o sistema *hackathons*¹¹ para entender melhor as habilidades de seus empregados e, com isso, remanejá-los para setores ou funções estratégicas.

Critérios como antiguidade, produtividade, titulação acadêmica, assiduidade, pontualidade, metas produtivas diferenciadas podem ser estabelecidas de forma prévia e condicionante à evolução do cargo. À medida que as condições vão se realizando o empregado galga a promoção. É o *pacta sunt servanda* (o combinado faz lei entre as partes).

Dessa forma, o dever de promover o empregado só existe se previsto em outras fontes de Direito, pois não há na lei nada nesse sentido.

I.3. A PROMOÇÃO DO AGENTE PÚBLICO. UM COMPARATIVO COM O SETOR PRIVADO.

Ao contrário do setor privado, onde não há lei obrigando o empregador a promover o empregado, no setor público, pelo princípio da legalidade estrita e da impensoalidade, a promoção existe e está previamente estabelecida em lei (art. 10, parágrafo único da Lei nº 8.112/90).

¹¹ MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas.** 1ª ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2021, p. 52. “Os hackathons são ótimos para formar lideranças, integrar os funcionários com foco no trabalho em equipe. Por ser estruturado em equipes, é possível distinguir facilmente as habilidades de comando dos candidatos e aprimorar o networking nos participantes. As competições devem desafiar os participantes não só no domínio de sua habilidade técnica, mas também em melhorias, soluções para o dia a dia da corporação, inovações, entre outros temas importantes para o desenvolvimento da empresa ... Outro ponto de suma importância é que os hackathons são uma poderosa ferramenta tanto para o departamento de RH quanto para o de compliance, a fim de disseminar as políticas da empresa, as boas práticas, desenvolver processos de melhorias, criar um ambiente de trabalho seguro e empático; afinal, os participantes aumentarão o nível de convivência”.

A Constituição faz algumas menções sobre a promoção de agentes públicos. São exemplos: o art. 39, § 2º que fala da promoção dos agentes que participarem de cursos de formação e aperfeiçoamento; os arts. 93, II e IV; 107, II e 115, II que tratam da promoção de juízes por antiguidade ou merecimento.

A Lei nº 8.112/90 (lei do regime jurídico dos servidores federais) prevê que a promoção consiste em uma forma de provimento e também vacância no cargo público (arts. 8º, II e 33, III).

O art. 10, parágrafo único diz que as promoções serão estabelecidas conforme critérios definidos em lei. O art. 17 estabelece que a promoção não interrompe o tempo de exercício, que é contado no novo posicionamento na carreira a partir da data de publicação do ato que promover o servidor.

Assim, quando a pessoa é aprovada no concurso público e assume o cargo, haverá uma investidura originária (provimento originário no cargo). Ao ser promovido, já que preencheu os critérios estabelecidos na lei, será declarada a vacância do cargo que ocupava e passará a assumir outro cargo (investidura derivada).

A investidura derivada pode ser tanto vertical como horizontal.

Na investidura derivada vertical¹² há uma progressão na carreira. Geralmente, há exigência de um concurso público interno com a aferição de critérios previamente estabelecidos em lei. É o caso do juiz que é promovido por merecimento ou antiguidade.

Nesse caso, o agente evoluiu, ascendeu, mas mantém a mesma carreira.

Admitia-se a prática da ascensão¹³, que consistia na evolução da carreira. O servidor deixava um determinado cargo e assumia outro totalmente diferente sem necessidade de concurso público. Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional essa modalidade. A súmula vinculante nº 43 do STF declara que é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 306.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 343.

destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Assim, a promoção na carreira pública é uma modalidade válida de investidura derivada vertical, mas a ascensão ao cargo, por decisão da Corte Suprema Brasileira, não é mais considerada válida.

Já na investidura derivada horizontal¹⁴, que também exige concurso público, com critérios previamente definidos em lei para aferição, o agente público é investido em outro cargo, mas em decorrência de adaptação, haja vista as limitações físicas ou mentais que passou a ter (art. 24 da Lei nº 8.112/90).

Por fim, não se pode confundir promoção funcional com progressão funcional.

Na promoção funcional¹⁵ há uma assunção em um cargo de nível mais elevado (uma elevação vertical) e, consequentemente, um aumento salarial.

Fato é que, pelo princípio da legalidade, uma vez estabelecidos os requisitos para o servidor ser promovido, a administração pública terá o dever de fazê-lo¹⁶. Não se trata de mera conveniência ou oportunidade, mas sim uma vinculação.

Porém, muitos agentes políticos, invocando a teoria da reserva do possível¹⁷, alegam que sofrem escassez de recursos orçamentários e obstam a promoção de seus servidores.

Não é surpresa ver municípios, estados e até a União alegando que, por falta de recursos, não promoverão os servidores, ainda que estes tenham preenchidos os requisitos legais.

¹⁴ PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 154.

¹⁵ SPITZCOVSKI, Celso. **Direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 368.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 794.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 140. “Um dos grandes obstáculos para essa efetivação é justamente a falta de recursos financeiros do Estado. Por isso, se desenvolveu na Alemanha a teoria da ‘reserva do possível’, segundo a qual o Estado não seria obrigado a efetivar direitos sociais se não houvesse recursos disponíveis. O Estado se reserva o direito de realizar os direitos sociais na medida do possível, nas medidas das disponibilidades financeiras e orçamentárias”.

Obviamente, essa omissão por parte do Estado desagradou os servidores e muitos deles buscaram socorro ao Judiciário, exigindo o direito de serem promovidos ou de receberem a progressão.

A discussão chegou até o Superior Tribunal de Justiça que, em março de 2022, no tema repetitivo nº 1.075¹⁸, uniformizou o entendimento de que, uma vez que o servidor preenche os requisitos legais para progressão ou promoção do cargo, não pode a administração pública negar esse direito ao trabalhador.

Na seara pública, a promoção do agente público está prevista em lei e vincula as partes contratantes, não se eximindo a administração pública de fazê-la, ainda que sob a alegação de insuficiência de recursos financeiros. A tese das “escolhas trágicas”, “da medida do possível”, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não cabe aqui.

Já no setor privado, a promoção do empregado fica basicamente vinculada a um critério puramente discricionário das partes (muito mais do empregador, diga-se de passagem), pois não há lei obrigando o empregador a promover o empregado.

I.4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA NÃO PROMOÇÃO DO EMPREGADO (OU SUA NÃO ACEITAÇÃO) ANTE O PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS.

A falta de lei obrigando o empregador a promover o empregado torna esse tipo de alteração contratual um ato de mera vontade entre as partes. Contudo, esse dever pode estar estabelecido previamente em regulamentos

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.075), definiu que o poder público não pode deixar de conceder progressão funcional ao servidor que preenche os requisitos legais, mesmo que tenham sido superados os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) para gastos com pessoal. Acórdão publicado no DJe em 03/11/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14032022-Poder-publico-nao-pode-alegar-excesso-de-gasto-com-pessoal-para-negar-progressao-funcional-com-base-na-LRF.aspx>>. Acesso em: 02 ago. 2024.

internos, negociações coletivas, no contrato individual ou em outras fontes dentre aquelas previstas no art. 8º da CLT.

A questão é: e se as partes preencheram as condições previamente estabelecidas, fazendo surgir o direito-dever de promoção, mas uma delas se recusar ao seu cumprimento, o que deve ser feito?

Não há dúvidas que estamos diante de um inadimplemento contratual, com derivações consequenciais a serem analisadas.

A cláusula estabelecendo a promoção do empregado gera expectativa em ambas as partes. O empregador passa a considerar a possibilidade de contar com o empregado no novo cargo e o empregado sabe é possível se engajar em um cargo elevado. O não cumprimento da obrigação de um junto ao outro gera frustração e isso provoca consequências jurídicas.

Vejamos primeiro as medidas que o empregado pode adotar se o empregador for a parte inadimplente (não efetuar a promoção).

A primeira alternativa seria o trabalhador demandar judicialmente o empregador e exigir que este cumpra a obrigação de fazer que lhe foi contratualmente imposta.

Em reclamação ajuizada na justiça do trabalho (art. 114, I da CF) o empregado pedirá a condenação do empregador a uma obrigação de fazer (alterar o cargo do trabalhador) inclusive com imposição do pagamento de multa diária (*astreintes*¹⁹) ante o descumprimento da ordem judicial (arts. 497 e 500 do CPC). Caberá, ainda, o pedido de pagamento das diferenças salariais pertinentes ao cargo superior, compreendidas desde a data que a promoção deveria ter sido efetivada (e não o foi) até o momento de sua concretização.

¹⁹ TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Tutela específica de obrigação de fazer e de não fazer: as regras do Novo CPC e seus impactos no âmbito das relações de trabalho.** LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). **CPC – Repercussões no processo do trabalho.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288. “*Em virtude da inadmissibilidade de medidas como punições físicas ou privações de liberdade, o uso de astreintes, sanções pecuniárias correspondentes a multas diárias pelo atraso no cumprimento de prestações, nos casos envolvendo obrigações de fazer (ou de não fazer) acaba representando uma das opções mais adequadas para alcançar a tutela específica.*

No âmbito da CLT, assim, as ameaças por meio da estipulação de penas pecuniárias representam a fórmula procedural adotada para proporcionar a adequada satisfação do jurisdicionado vencedor da demanda”.

O lado negativo dessa manobra é que nada impede seja o empregado dispensado logo em seguida. É ingenuidade crer que o empregador será compreensível com o empregado, pois é “natural” responder uma demanda judicial e manter a relação na mais pura normalidade, como se nada estivesse acontecendo.

Na maciça maioria das vezes, empregadores acionados por seus empregados durante a vigência do vínculo de emprego, optam por dispensar o trabalhador. O patrão prefere encerrar o vínculo de vez, pois considera insuportável manter a relação, enquanto se discute em juízo a existência deste ou daquele direito. Em rasa comparação, seria tão desgastante como discutir um divórcio enquanto ainda se divide o mesmo colchão.

Aliás, importante destacar que o fato do empregado ter direito à promoção e consegui-la judicialmente, não lhe garante o direito de permanecer no cargo. Não seria surpresa o empregador, cumprindo à risca a decisão judicial, promova o empregado ao cargo superior, mas, em seguida, o dispense de forma imotivada, afinal, não foi obrigado a manter o trabalhador em seus quadros, seja de forma permanente ou temporária.

É muito importante sopesar qual opção o trabalhador adotará, pois, para cada uma delas, haverá efeitos prós e contras.

A segunda alternativa seria o empregado ajuizar ação de rescisão indireta do contrato por falta grave do empregador, baseada na tese de descumprimento das obrigações contratuais pela parte patronal, conforme art. 483, d da CLT.

O empregado não é obrigado a continuar no emprego, mantendo seu dever de lealdade, fidelidade, pontualidade, assiduidade etc., se o empregador não cumpre com suas obrigações contratuais. O contrato de emprego é bilateral e comutativo²⁰, ou seja, há direitos e obrigações recíprocas entre as

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 70. “Comutativo é o contrato quando os contratantes celebram uma relação em que recebem a vantagem e prestam a obrigação, consistente em coisa certa e determinada, embora sem escapar aos riscos relativos à mesma, nem à oscilação sobre o seu valor ... Tão importante este requisito que alguns sistemas jurídicos o inseriram em suas codificações, como ocorreu com o Código Civil francês, em seu art. 1.104: ‘É comutativo quando cada uma das partes se compromete a dar ou a fazer algo que é considerado equivalente ao que lhe é dado, ou ao que é feito para ela’.”.

partes. Se o empregador não cumpre com suas obrigações, isso caracteriza falta grave, o que autoriza o empregado considerar extinta a relação por culpa do contratante.

Essa situação é chamada de “*justa causa patronal*” ou “*falta grave patronal*”, na qual o empregado pede demissão de forma motivada, por justo motivo (justificada).

Nesse caso, o trabalhador deixará o emprego por sua própria iniciativa, mas terá direito a receber todas as verbas rescisórias, inclusive sacar o FGTS, receber a multa de 40% e gozar o seguro-desemprego, como se tivesse sido dispensado imotivadamente, já que foi o empregador quem deu causa à extinção do contrato.

O empregado que adota essa conduta atesta que não quer mais manter o vínculo, tanto que a pretensão principal deste tipo de ação é obter judicialmente a declaração de que a relação está rompida²¹ por culpa grave do contratante.

Ainda que o empregado continue trabalhando durante o trâmite da ação, sabe ele que, ao final, sendo seu pedido julgado procedente (o reconhecimento da falta grave patronal), o judiciário declarará extinto o contrato por justa causa.

Enquanto na primeira alternativa o empregado não quer se desligar do emprego, mas apenas ser alocado ao novo cargo, o que explica a busca pelo reenquadramento via judicial, na segunda alternativa, o empregado não quer mais permanecer no emprego, pedindo demissão motivada ante o descumprimento das obrigações contratuais pelo empregador.

A terceira alternativa, que não nos parece ser a melhor opção, mas que na prática é a mais usada, será ficar inerte e nada reclamar, deixando para fazê-lo somente após o encerramento do vínculo.

Sua inércia seria uma forma de “*estratégia de sobrevivência*” e manutenção no emprego já que não estaria se indispondo com o empregador. Esse tipo de decisão, é típica de quem muito precisa do emprego e procura

²¹ CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado**. 2^a ed. São Paulo: Método, 2018, p. 144.

fazer de tudo para não criar atrito com o empregador, evitando assim exposição e risco de dispensa. No futuro, após ser desligado, o trabalhador demandaria o empregador, reclamando as diferenças salariais não recebidas, desde o momento em que passou a ter direito à promoção até a data de seu desligamento, bem como eventual indenização por danos materiais e morais decorrentes desse inadimplemento.

Importante lembrar que o empregado pode provocar o empregador não só pela via judicial, mas também extrajudicial²². É possível acionar o sindicato da categoria, a comissão de conciliação prévia e, no caso dos trabalhadores que ganham mais que o dobro do teto previdenciário, açãoar a arbitragem (art. 507-A da CLT).

Já pela ótica patronal, e se for o empregado que não quer assumir o novo cargo, o que deve o empregador fazer?

A questão não é simples de responder e demanda dois posicionamentos.

O primeiro, sinaliza que o empregador nada poderá fazer, pois é um direito do empregado renunciar²³ a oferta de promoção. Ainda que aparente ser uma obrigação, caso o empregado não queira assumir o novo cargo, basta renunciá-lo, ainda que prevista em regulamento interno ou negociação coletiva.

A renúncia, nesse caso, é validada com base no próprio princípio da proteção que é inerente ao direito do trabalho. Se considerarmos que a promoção nem sempre trará benefícios ao empregado, sua renúncia será vista

²² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 22^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 77. “Embora haja divergência doutrinária a respeito desta temática, é possível identificar três métodos de solução dos conflitos trabalhistas: a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição ... A autodefesa (ou autotutela), que é o método mais primitivo de solução dos conflitos, pressupõe um ato de defesa pessoal em que, com ou sem formas processuais, uma das partes do litígio impõe a outra um sacrifício não consentido ... A autocomposição, que também é forma direta de solução do conflito, consiste em uma técnica em que os litigantes, de comum acordo e sem emprego da força, fazem-se concessões recíprocas mediante ajuste de vontades ... A autocomposição, que também é forma direta de solução do conflito, consiste em uma técnica em que os litigantes, de comum acordo e sem emprego da força, fazem-se concessões recíprocas mediante ajuste de vontades”.

²³ JORGE NETO. Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 719.

como um exercício regular de defesa de seu direito, o que contempla o ideário de liberdade de escolha profissional²⁴.

O empregado sabe o que é melhor para si. Se o ideal é não assumir o novo cargo, ainda que previamente convencionado, não poderá o empregador obrigá-lo. Não poderá sequer aplicar alguma medida punitiva ao trabalhador, pois ele age em defesa de um direito seu (art. 188, I do CC).

O empregador não pode se furtar ao dever de promover o empregado, mas o empregado pode renunciar ao direito de ser promovido.

Apesar do direito do trabalho ser regido pelo princípio da irrenunciabilidade²⁵, a promoção pode não soar como algo necessariamente benéfico ao empregado, o que justifica a validade de sua renúncia.

Claro que essa postura do empregado pode não cair no agrado do empregador, que pode em seguida dispensar o empregado de forma imotivada.

Cabe ao empregado sopesar o que lhe é mais conveniente. Essas decisões não são fáceis de tomar e invocam equilíbrio e ponderação. Aceitar a promoção a contragosto, só para não se indispor com o empregador, é uma coisa; renunciá-la, e se expor ao risco até de ser dispensado, é outra. São os dilemas que passamos no curso da vida pessoal e profissional.

Fato é que, por esse primeiro entendimento, não pode o empregador exigir que o empregado aceite a promoção, ainda que prevista em instrumento negocial.

Fique claro, contudo, que nosso posicionamento não é consenso. Há quem afirme que, se a promoção estiver previamente determinada em instrumento negocial (individual ou coletivo) ou no plano de carreira da

²⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182. “O direito à liberdade é o poder de escolher como agir. Seu grau de indeterminação permite grande manipulação retórica. Refere-se ao poder de ir e vir e estabelecer-se, à manifestação pública do próprio pensamento, ao direito de escolha profissional, ao direito de contratar, às opções sexuais... Pode ser muito ampliado”.

²⁵ FREDIANE, Yone. **Direito do trabalho**. São Paulo: Manole, 2011, p. 9.

empresa, uma vez preenchidas as condições, o empregado não poderá recusá-la²⁶.

A esse entendimento, contudo, não concordamos. A nosso ver, o empregado tem total liberdade e autonomia para decidir sobre seu futuro profissional, podendo recusar a promoção, ainda que previamente estabelecida em instrumentos negociais. A promoção deve ser oferecida e não imposta.

Já o segundo posicionamento sugere a possibilidade de ser aplicada uma punição ao empregado ante seu inadimplemento contratual. Por ser a promoção uma obrigação que vincula tanto empregado como empregador, a recusa do trabalhador não pode passar impune, sendo passível de punição.

Caberá ao empregador, analisando a proporcionalidade e razoabilidade do ato faltoso do empregado, aplicar a medida punitiva compatível e adequada. Poderá ser desde uma advertência verbal até uma dispensa por justa causa baseada na alínea *b* do art. 482 da CLT ante o mau procedimento decorrente da conduta do trabalhador.

Há de se lembrar que o empregador goza de poderes diretivos, fiscalizatórios e punitivos sobre seus empregados. Isso quer dizer que o empregador tem poderes para dar ordens (poder direutivo), vigiar a conduta do empregado durante a execução dos trabalhos (poder fiscalizatório) e, no caso de alguma conduta irregular praticada pelo trabalhador, aplicar a punição compatível (poder punitivo).

I.5. AS REGRAS EXIGIDAS PELA CLT PARA EFETIVAÇÃO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.

Promover o empregado a um cargo mais elevado caracteriza uma alteração no contrato de emprego. Mas, para entender melhor o instituto da

²⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 5^a ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 120.

promoção, é preciso antes analisar os regramentos celetista que tratam sobre alteração do contrato de emprego.

E, esse tema, não é de todo simples, pois a legislação impõe regras e limites quanto à possibilidade de o contrato de emprego ser alterado. Estas regras estão disciplinadas nos artigos 468 a 470 da CLT.

O artigo 468 em especial traz de forma cumulativa a exigência de dois requisitos para que as alterações sejam válidas: a) o mútuo consentimento, e; b) a inexistência de prejuízo direto ou indireto ao trabalhador. A não observância desses requisitos caracterizará a nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Em leitura afobada do dispositivo, é possível criar a ideia de que toda e qualquer alteração no contrato de emprego sempre dependerá da presença cumulativa desses dois requisitos. Mas, a coisa não funciona assim. Se toda alteração na relação contratual assim dependesse, o empregador teria sua autonomia gerencial mitigada, a tal ponto que sempre ficaria refém do aval do empregado, caso decidisse implementar alguma mudança.

Qualquer novidade incorporada pelo empregador passaria a depender da concordância do trabalhador, o que tornaria inviável o gerenciamento do empreendimento. O exercício do *jus variandi* (autonomia gerencial e administrativa) estaria praticamente inutilizado.

É nesse sentido que a doutrina e a jurisprudência bem definem a diferença entre alterações contratuais ordinárias e extraordinárias, a qual passamos a distinguir.

As alterações contratuais ordinárias²⁷ são aquelas consideradas como comuns, usuais, simplistas e que são determinadas unilateralmente pelo empregador, sem que o consentimento do empregado seja necessário para sua validação.

O empregador, ante o poder diretivo que tem, já que é ele quem assume os riscos do negócio (art. 2º da CLT) pode implementar novo *modus*

²⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1062.

operandi de trabalho, de acordo com seu critério de pura conveniência (*jus variandi*)²⁸.

A alteração desta ou daquela atividade poderá causar impactos, positivos ou negativos, na rotina do empregado. E, mesmo este não gostando das novas ordens, terá de aceitá-las, pois a consolidação destas independem do seu consentimento.

A obrigatoriedade em acatar essas ordens está prevista em lei, precisamente no art. 2º da CLT, que determina ser o empregado sujeito subordinado ao empregador.

Assim, por exemplo, se o empregador decide que seus empregados devem usar uniforme, essa ordem não dependerá do consentimento do empregado. Pouco importa se o empregado gosta ou não da cor ou modelo do uniforme. Desde que este não exponha o trabalhador a situação vexatória, ridícula, humilhante, desconfortável ou perigosa, o empregado deve usar o uniforme, independentemente de seu consentimento.

Não cabe ao empregado, nesse caso, exercer o *jus resistentiae* (oferecer resistência diante da alteração implementada). Deverá acatar a ordem imposta, pois tem o dever de subordinação (obediência).

Aliás, destaca-se que a desobediência do empregado caracteriza falta grave, podendo sua dispensa por justa causa²⁹.

Citemos outros exemplos de alterações ordinárias: a alteração do horário de trabalho do período noturno para o diurno é válida e independe do consentimento do empregado, ainda que haja a perda do pagamento do

²⁸ CAMPOS, José Ribeiro de. **O contrato de trabalho e sua alteração.** Revista IMES, julho/dezembro, 2003, p. 63-64. “O poder hierárquico do empresário, que resulta do contrato de trabalho, tem sua causa primeira no direito de propriedade, é a propriedade da empresa que justifica a imposição dos fins desta em detrimento dos fins particulares de cada empregado ... O poder de direção do empregador tem como fundamentos a propriedade individual dos meios de produção e a tutela legal da iniciativa privada, por isso é um direito contratual que está assentado sobre a própria causa jurídica do contrato de trabalho ... O *jus variandi* se caracteriza por ser o complexo de modificações naturalmente supostas no poder diretivo patronal, necessárias ao desenvolvimento regular do trabalho na empresa, sem que haja a necessidade de autorização legal ou acordo de vontades, e deve ser compreendido como parte do poder diretivo do empregador, que pode ser exercido dentro dos limites legais, não devendo acarretar prejuízo para o empregado”.

²⁹ O empregado que desobedece às ordens patronais surge em falta grave, precisamente em indisciplina, que é a desobediência às ordens gerais (como fumar em um local proibido), ou em insubordinação, que é a desobediência a uma ordem pontual e específica (art. 482, *h* da CLT).

adicional noturno (súmula 265 do TST)³⁰; a alteração do trabalho telepresencial para o presencial, desde que mediante registro de aditivo contratual e com prévio aviso antecedente de no mínimo 15 dias (art. 75-C, § 2º da CLT); a alteração da data do pagamento do salário, desde que respeitado o prazo máximo, que é o 5º dia útil do mês subsequente ao mês trabalhado (OJ 159 da SDI-1 do TST)³¹.

A lei não traz um rol taxativo apontando quais são as alterações ordinárias. Sua identificação depende de previsões esparsas da lei, da casuística e dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Desta forma, alterações ordinárias podem ser determinadas unilateralmente e não dependem do aval do empregado, já que são alterações comuns, corriqueiras e cuja prática são respaldadas em nome do poder diretivo (*jus variandi*) que o empregador tem.

Já as alterações extraordinárias, por serem atípicas, impactantes de forma incisiva na rotina de vida do empregado, para serem válidas, dependem do seu consentimento.

É o caso de alterar o local de trabalho do empregado de forma a implicar na mudança de seu domicílio (art. 469 da CLT); de transferir-lhe da atividade presencial para telepresencial (art. 75-C, § 1º da CLT).

A falta de um rol taxativo legal, identificando as alterações contratuais como ordinárias ou extraordinárias, exige a análise pontuada de caso a caso. É o amadurecimento jurisprudencial e doutrinário que servirá de paradigma e indicará se a alteração contratual é do tipo ordinária ou extraordinária.

Importante destacar também que a concordância do empregado diante da alteração contratual ordenada pelo empregador, por si só, não a torna lícita. É preciso bem mais que isso!

³⁰ Diz a súmula 265 do TST que a transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno. Ainda que haja a perda desse pagamento, entende-se que houve alteração para melhor no contrato de emprego, pois a inversão do relógio biológico (dormir durante o dia e trabalhar à noite) é vista como prejudicial à saúde. Se o empregado perde em matéria salarial, ganha em qualidade de vida, o que consolida a validade desta alteração.

³¹ Diz a OJ 159 da SDI-1 do TST que diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único, do art. 459, ambos da CLT.

Primeiramente, não se deve descartar a hipótese de existirem vícios de consentimento como dolo, coação ou simulação praticados pelo empregador sobre o empregado. Nesse caso, o ato de aceitação do empregado não é válido, pois foi maliciosamente obtido.

É preciso considerar, ainda, que o empregado tende quase sempre a concordar com a alteração ordenada pelo empregador, ante o temor reverencial que tem de perder o emprego ou de ser prejudicado no seu dia a dia, caso o confronte.

Assombrado pela possibilidade de ser perseguido, retaliado ou mesmo dispensado em caso de recusa, o empregado, mesmo a contragosto, quase sempre concorda com as novas determinações ditadas pelo empregador.

Não há dificuldades para o empregador obter o consentimento do empregado. Na velha máxima de que “*patrão não pede, patrão manda*” o empregado sabe quão arriscado é oferecer resistência.

Por este motivo, o legislador condicionou o segundo requisito (e mais importante) para validar a alteração do contrato que é a inexistência de prejuízo direto ou indireto ao empregado.

O contrato não pode ser alterado para pior! É preciso respeitar os limites estabelecidos em lei, pois se deve respeito à dignidade humana do trabalhador³².

Prejuízo direto é aquele ligado diretamente a perda salarial do trabalhador. Se implicou em redução salarial, a alteração é nula.

O prejuízo indireto, por sua vez, é deveras subjetivo e deve ser analisado caso a caso.

³² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. SILVA, Nathan Lino da. *O jus variandi empresarial*. “Ressalte-se que o empregador deve zelar pelos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais dos trabalhadores, bem como pelas normas trabalhistas heterônomas e autônomas. Por isso, é necessário que o Jus variandi seja exercido de acordo com os limites da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional. Conclui-se, pois, que o Jus variandi encontra limites basilares na dignidade da pessoa humana do trabalhador. Fundar o Direito sobre a dignidade da pessoa humana por intermédio da aplicação plena dos Direitos Fundamentais trabalhistas representa fazer valer o ideário de justiça social tão preconizado pela CF/88. Caso contrário torna-se válido – e juridicamente protegido – o direito do obreiro de resistência no âmbito empregatício, que visa a eliminar ou a atenuar o uso excessivo e abusivo do poder diretivo no Direito do Trabalho”. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgzQXJszvpTdkQpHzglqDxRZWRxvX?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

Geralmente, a alteração que provoca prejuízo indireto é aquela que atinge o estilo de vida do empregado, a rotina já estabelecida e que lhe é muito conveniente, mas cuja alteração lhe trará sérios prejuízos, ainda que não necessariamente financeiros³³.

Mas, chegar a essa conclusão, depende da análise pontuada. Por exemplo: o empregado trabalha há anos no período diurno, então resolve se matricular na faculdade no período noturno. Logo em seguida, o empregador o transfere para o turno da noite-madrugada. A princípio, essa alteração é válida! Trata-se de alteração ordinária e que independe do consentimento do empregado. Mas, como essa alteração lhe trará prejuízos, poderá o empregado oferecer resistência. Se o empregador, contudo, comprovar que a alteração se faz necessária (real necessidade), o empregado terá de aceitá-la. Cabe então ao empregado readequar o horário de sua faculdade ante a nova jornada de trabalho. Mas, suponha que, meses depois, agora trabalhando à noite e estudando de manhã, o empregador altera a jornada de trabalho para o período manhã-tarde. Essa segunda alteração pode levar a questionamentos como: não havia outro empregado mais apto a ser remanejado de horário? Havia mesmo a real necessidade de se transferir o empregado de horário, tanto na primeira como na segunda alteração? Não estaria o empregador provocando um cansaço mental no empregado para que ele pedisse demissão? Esse tipo de postura do empregador fatalmente despertará a sensação de que as transferências não se faziam necessárias, e que foram feitas visando prejudicar o empregado.

³³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 139. “Nem unicamente, porque a nulidade nasce desses prejuízos, sejam eles diretos ou indiretos, mas, sobretudo, porque, ao que se depreende do teor daquele preceito, não importa que esses prejuízos fossem ou não previsíveis no ato da novação. Isso equivale dizer que mesmo quando as desvantagens oriundas, para o trabalhador da alteração do contrato forem previsíveis, tanto para ele próprio quanto para seu empregador, a nulidade perdurará. Assim, os prejuízos são considerados como causa de nulidade absoluta da alteração do contrato de trabalho, com a maior objetividade possível. O fundamento lógico daquele dispositivo está na ideia de que ninguém aceita, livremente, a modificação das condições do contrato, quando tal modificação é contrária a seus interesses. A isso devemos acrescentar, naturalmente, o fato de que o trabalhador, por sua ignorância ou pela sua condição dentro da empresa, pode, facilmente, ser induzido a erro, pelo empregador, e sofre, não raro, coração patronal, no transcurso do contrato”.

Quando o contrato é alvo de alterações ordinárias e que independem do consentimento do empregado, mas que no fundo se mostraram prejudiciais, pode este oferecer resistência.

A existência do prejuízo direto ou indireto torna nula a alteração, ainda que o empregado tenha consentido³⁴. Gera ainda a obrigação do empregador ressarcir o empregado por todos os prejuízos que sofreu, desde a data da alteração, tendo a declaração de nulidade efeito *ex tunc*³⁵.

Na prática, é comum os empregadores serem acionados após o término da relação. Os trabalhadores evitam acionar judicialmente o empregador enquanto vigente o contrato de emprego, pois sabem que haverá um desgaste na relação contratual, aumentando o risco de serem dispensados.

Assim, o empregado que sofreu uma alteração contratual prejudicial indireta, tende a ficar inerte, só vindo a reclamar indenização pelos prejuízos que sofreu após ser dispensado.

Devido ao temor de perder o empregado, são raros os casos em que o empregado oferece resistência a tais alterações ou acionam o empregador com o contrato ainda em curso.

Mas, caso o empregado resolva ajuizar a ação com o vínculo de emprego ainda em curso, poderá pedir não só a indenização correspondente, mas também a obrigação de fazer do empregador, para que as condições de trabalho retornem ao seu *status quo ante*, de modo a não perpetuar a situação prejudicial que o trabalhador agora se submete.

Geralmente, pretensões nesse contexto, são ajuizadas por trabalhadores detentores de estabilidade ou que não mais se importam em perder o emprego, pois é sabido o desânimo em manter uma relação vigente, mas paralelamente discutida em juízo.

³⁴ ZARPELLON, Carlos Fernando. **Curso de relações trabalhistas para pequenos e médios empresários**. São Paulo; LTr, 1996, p. 142.

³⁵ COSTA, Marcus Vinicius Americano da. **O direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991, p. 101.

I.6 – DIFERENÇAS ENTRE ALTERAÇÃO DE TAREFAS, FUNÇÕES E CARGOS.

A promoção e a retrocessão implicarão na alteração do cargo do empregado. Como consequência imediata, impactará também nos afazeres do trabalhador.

Mas, antes de tratarmos da possibilidade de se alterar as tarefas, funções ou cargos é preciso primeiramente entender o conceito de cada um desses institutos.

As tarefas são as atividades desempenhadas diretamente pelo trabalhador. Pode se resumir a uma única tarefa ou a uma plêiade delas. São os afazeres considerados no dia a dia. Se o empregado atende o cliente, preenche o formulário, abre o cadastro e faz o arquivamento do prontuário, então essas são suas tarefas (atender, preencher, registrar, cadastrar e arquivar).

Na década de 30, nos E.U.A, ganhou notoriedade o sistema fordista³⁶ de produção. Quanto mais complexa e extensa era a atividade produtiva do empregador, maior a tendência de as tarefas do empregado serem específicas e individualizadas. O empregado ficava prostrado em frente a linha de montagem, que se movimentava de forma programada, cabendo o trabalhador ter agilidade suficiente para realizar as tarefas no tempo adequado. O empregado desempenhava poucas tarefas, mas de forma intensa e constante.

³⁶ LOBO, Renato Nogueiro. SILVA, Damião Limeira da. **Planejamento e controle da produção.** 2^a ed. São Paulo: Érica, 2021, p. 17. “Fordismo é um sistema de produção associado com a figura de seu criador, o norte-americano Henry Ford, que, buscando a racionalização do trabalho, criou uma sequência contínua deste utilizando uma corrente. O operário estacionado via o produto caminhando por uma esteira e, quando solicitado, executava a sua tarefa, racionalizando seu trabalho e usando sua taxa máxima de capacidade produtiva, motivada pela repetição. A taxa de atividade dos homens é influenciada pelo ritmo imposto pelas máquinas, criando um novo problema em relação à interação homem-máquina. Os trabalhadores que não eram capazes de acompanhar o progresso das tarefas mecanizadas deviam ser substituídos no processo de produção. O fordismo teve como consequências positivas a agilização das tarefas, um maior controle da qualidade do produto, o aumento da produtividade e o surgimento de um novo conceito fabril. Já as consequências negativas são a interdependência entre as tarefas, o que compromete a produção final, e a necessidade de criar tarefas automatizadas ... Sob o fordismo, o consumo de massa foi combinado com a produção em massa para efetivar um crescimento econômico sustentado e avanço material difundido”.

Com o passar do tempo, outros métodos de produção em massa surgiram, como o *taylorista*³⁷(da especialização do trabalhador no exercício de uma função específica) e o *toyotista*³⁸(a produção *just in time*, definida pela demanda, sem estoque, e com o trabalhador desempenhando várias funções), sendo que hoje já se fala em sistema *teslista*³⁹(imersão tecnológica da empresa e do trabalhador e aprimoramento de ambos com conectividade integral com clientes, sociedade e colaboradores).

Nos empreendimentos de médio e pequeno porte, é comum que o empregado desempenhe várias tarefas cumulativas. É o caso, por exemplo, de um balconista de uma pequena padaria. Ele atende o cliente, prepara o lanche,

³⁷ ANTUNES, Ricardo. PINTO, Geraldo Augusto. **A fábrica da educação: da especialização taylorista à flexibilização toyotista.** São Paulo: Cortez Editora, 2022, p. 18. “*Taylor, ao assumir tal perspectiva — em nada original já em sua época — intenta acrescentar-lhe um adjetivo: a de dever ser uma empreitada ‘científica’ ... Para Taylor, a ‘guerra’ entre capital e trabalho se reduz a um problema gerencial, para cuja solução bastaria dividir ‘equitativamente’ as atividades intelectuais e manuais entre gerência e trabalhadores/as operacionais (ainda que ambos fossem assalariados/as). Divisão que reservaria à gerência as atividades intelectuais e ao operariado as estritamente manuais, promovendo, assim, maior cooperação entre estes níveis e eliminação da ‘cera’ no trabalho, isto é: o baixo rendimento proposital dos/as próprios/as trabalhadores/as”.*

³⁸ MONDEN, Yasuhiro. **Sistema Toyota de produção: uma abordagem integrada ao just in time.** Tradução Ronald Saraiva de Menezes. 4^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 3. “O Sistema Toyota de Produção foi desenvolvido e promovido pela Toyota Motor Corporation e passou a ser adotado por muitas companhias japonesas como consequência da crise do petróleo de 1973. O principal objetivo do sistema é eliminar, através de aprimoramento, vários tipos de desperdício que se encontram ocultos dentro de uma companhia.

Mesmo durante períodos de crescimento lento, a Toyota conseguiu se manter lucrativa ao diminuir custos por meio de um sistema de produção que eliminava completamente o excesso de estoque e de pessoal. Provavelmente não seria um exagero afirmar que este é um outro sistema revolucionário de gestão da produção. Ele segue o sistema Taylor (gestão científica) e o sistema Ford (linha de montagem em massa)”.

³⁹ VALENTIM, Michaël. **O modelo Tesla: do Toyotismo ao teslismo: as estratégias disruptivas de Elon Musk.** Tradução Júlia dos Santos Fervenza. 2^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2023, p. 28. “Nossas análises e observações do modelo da Tesla, bem como de referenciais da indústria do futuro, mostram que faz sentido chamar o teslismo de sistema e que esse sistema se articula ao redor de três círculos concêntricos. Um volante estratégico, voltado para fora da empresa, outro organizacional, voltado para dentro, e um núcleo voltado para a capacidade de aprendizado rápido dos humanos e das máquinas. O sistema é composto de sete princípios: storymaking, integração transversal, tração tentacular, liderança de start-up, hibridização de software, hipermanufatura e aprendizado humano e de máquina ... Antes de examinarmos cada um dos sete princípios, é interessante nos determos um momento nas razões pelas quais o modelo constitui uma resposta plausível aos desafios estratégicos e tecnológicos da Indústria 4.0 ... os sete princípios respondem a quatro grandes objetivos: inspirar o mundo com um projeto que transcende a própria empresa; aprimorar o sistema operacional e as interfaces da empresa; conectar digitalmente os serviços da empresa, seu ecossistema e seus clientes; e auxiliar as pessoas que trabalham na empresa a crescerem sempre a cada dia para que a empresa também possa crescer junto. Esses quatro objetivos estão perfeitamente alinhados com os quatro desafios da Indústria 4.0. A ideia de inspirar o mundo torna possível responder à demanda por ética e regulação causada pela hiperconcentração de valor e talentos”.

serve o pedido, faz a cobrança, lava a louça, limpa o balcão, repõe os alimentos na vitrine, recebe material, retira os pratos e limpa as mesas.

Já o padeiro, tem tarefas diferenciadas em relação ao balconista. Ele separa e inspeciona os ingredientes usados na produção dos pães, prepara a massa, faz a sova, o corte, calibra o rolo de enrolar a massa, unta as formas, prepara o forno, fiscaliza o assamento, separa e empacota os pães.

A divisão estruturada das incumbências de cada trabalhador demonstrará quais as tarefas que cada um desempenhará no dia a dia.

Esse conjunto de tarefas é o que forma a função⁴⁰. A função corresponde ao conjunto coordenado de tarefas.

Assim, no nosso exemplo, sabemos quais são as funções dos funcionários da padaria a partir da identificação das tarefas por eles exercidas (as tarefas do padeiro são diferentes das tarefas do balconista).

Com o surgimento das tecnologias e a implementação de novas rotinas de trabalho, os empregados sofrem cada vez mais com o acúmulo de tarefas. É o efeito conhecido como *downsizing*⁴¹, que é a eliminação de cargos dentro da empresa e a distribuição das tarefas do cargo eliminado para os empregados remanescentes.

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 381. “A função, no sentido ora analisado, é o conjunto de tarefas que permite a identificação do cargo. Tarefa é a atribuição que qualifica a função. Ora, se um empregador informa, no ato da admissão, que seu empregado atenderá no balcão e que ali resolverá questões administrativas trazidas pelos clientes, está identificando duas tarefas que compõem a função inerente ao cargo”.

⁴¹ FILHO, Wagson Lindolfo José. **Downsizing**. “O downsizing, conhecido também como ‘achatamento’, é uma política empreendida pela administração contemporânea consistente no enxugamento estrutural ou racionalização dos níveis hierárquicos, objetivando agilização na tomada de decisão e redução de custos empresariais. Busca-se, nesse ínterim, a restruturação dos níveis de produção com a eliminação da burocracia corporativa desnecessária, focando-se em um conceito piramidal de hierarquia. Apesar das vantagens trazidas às empresas com a redução de custos operacionais e maior flexibilização da organização gerencial, o downsizing tem recebido muitas críticas de juristas ao longo dos anos. Tal medida deve ser utilizada pelo comando empresarial com certa parcimônia sob pena de se caracterizar como uma forma mascarada de precarização das relações de trabalho, tornando-se nula de pleno direito (Art. 9º da CLT). Assim, a política de enxugamento deve se lastrear por aspectos e diagnósticos objetivos, respeitando princípios reitores da seara trabalhista, como, por exemplo, os princípios da proteção, da alheabilidade (ajenidad), da intangibilidade contratual e da inalterabilidade contratual lesiva”. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/11/downsizing.html>>. Acesso em 06 nov. 2024.

Por fim, o cargo é o nome atribuído à função exercida⁴².

O cargo é o rótulo, o nome que se dá à função que o trabalhador exerce, geralmente, já identificável no crachá do funcionário (porteiro, atendente, supervisor, motorista etc.).

Assim, “padeiro” e “balconista” são o nome dos cargos. A função do padeiro e do balconista correspondem às tarefas que realizam.

A Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), traz o nome das profissões exercidas pelos trabalhadores no setor privado.

Há também leis específicas que identificam o nome do cargo desempenhado pelo trabalhador. É o caso do advogado (Lei nº 8.906/94), do médico (Lei nº 12.842/13), do radialista (Lei nº 6.615/78), do aeronauta (Lei nº 13.475/17) e outras.

Algumas leis, inclusive, especificam quais são as tarefas compreendidas na função⁴³, mas isso é uma exceção.

Como regra, o que identifica a função do empregado é o contrato de emprego.

No momento da contratação as partes combinam o cargo, a função e as atribuições das tarefas que, segundo os conceitos modernos de gestão, devem enaltecer o capital humano⁴⁴, explorando com consciência o potencial produtivo do empregado.

⁴² FRANÇA. Ana Cristina Limongi. **Práticas de recursos humanos – PRH: conceitos, ferramentas e procedimentos.** 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72.

⁴³ No caso do radialista, o art. 3º da Lei nº 6.615/78 menciona o rol de tarefas que cada função compreende e traz ainda o art. 13 prevendo que terá direito a receber um adicional variável entre 10%, 20% e 40% caso acumule funções. É uma das raras situações em que a lei pontua quais são as tarefas de uma determinada função e ainda obriga ao pagamento de adicional no caso de acumular tarefas, já que, pela regra geral, é livre a pactuação entre as partes sobre a delimitação dos afazeres.

⁴⁴ CHIAVENATO, Idalberto. **Administração de recurso humanos: gestão humana: fundamentos básicos.** 9^a ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 38. “O capital humano é constituído das pessoas que fazem parte de uma organização. Capital humano significa talentos que levam adiante uma organização rumo ao seu sucesso e precisam ser carinhosamente mantidos e desenvolvidos. Mais do que isso, capital humano significa capital intelectual, um capital invisível composto de ativos intangíveis. A contabilidade tradicional, preocupada basicamente com ativos tangíveis e físicos, está às voltas com um fenômeno inesperado: o valor de mercado das organizações não depende mais apenas do seu valor patrimonial físico, mas principalmente do seu capital intelectual. Na Era da Informação, o conhecimento organizacional está se transformando no recurso mais importante das empresas. Uma riqueza muito mais importante e crucial do que o dinheiro. E que precisa ser gerida com todo carinho”.

Claro que, no curso do contrato, principalmente por força da implementação de novas tecnologias, podem ocorrer mudanças no método de produção, de modo que certas tarefas podem ser extintas, diminuídas, alteradas ou mesmo acumuladas.

O lanterninha de cinema e o motorneiro de bonde hoje não mais existem. O operador de trator ainda existe, mas cada vez mais tem de conhecer tecnologias, como GPS (*Global Positioning System*) e até mesmo georreferenciamento para melhor posicionar o maquinário na hora do manejo. Já o *influencer*, *youtuber* e o operador de drone são profissões novas, que ninguém imaginava há alguns anos viriam a existir⁴⁵.

Sempre haverá por parte da sociedade o consumo de produtos e serviços, o que significa que, mesmo com essas mudanças, a necessidade de mão de obra não acabará⁴⁶. Mas, a nova rotina adotada na vida das pessoas, atrelada a modernos implementos tecnológicos, são elementos importantes e definidores de demanda, o que obriga os empresários a se adaptarem a essas novas exigências de mercado, impactando assim na remodelação dos cargos e tarefas dos colaboradores.

Tanto que, no Fórum Mundial Econômico, realizado em 01º de maio de 2023 em Genebra na Suíça, foi divulgado um relatório apontando que quase um quarto dos empregos (23%) deverá mudar nos próximos cinco anos, com um crescimento de 10,2% e um declínio de 12,3%. De acordo com as estimativas das 803 empresas pesquisadas para o relatório, os empregadores

⁴⁵ CARDOSO, Luciano Carvalho. **Desenvolvimento de competências para o mercado de trabalho.** São Paulo: Expressa, 2021, p. 87. “Até o início do século XX, os cargos tinham posição fixa, com raras modificações em sua estrutura. Dessa forma, o profissional que tinha conhecimento e habilidades se destacava, porque ele sabia fazer muito bem as ações de rotina. Esse modelo, que concebe o profissional como parte de um processo em que tudo funciona como uma máquina ou um relógio, é chamado de modelo mecanicista ... Contudo, o fenômeno da globalização trouxe outra realidade profissional. Novas empresas de todas as partes do mundo passaram a competir, independentemente da distância. Empresas menores e com forte poder de produção de partes de um produto, serviço ou processo começaram a terceirizar serviços. A informatização e a entrada de novas, tecnologias extinguíu profissionais inteiros, na medida em que também criou outros”.

⁴⁶ RANDS, Maurício. **Desregulamentação e desemprego: observando o panorama internacional.** Brasília: Revista do TST, vol. 67, nQ3, jul/set 2001, p. 80. “As grandes mudanças no perfil do emprego, com deslocamentos da tradicional manufatura fordista para o setor de serviços e de tecnologia de ponta não significam a morte inexorável do mundo do trabalho, A sociedade humana, provavelmente, ainda vai depender do trabalho por muito tempo”. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52280/006_rands.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 nov. 2024.

prevêem que 69 milhões de novos empregos sejam criados e 83 milhões eliminados entre os 673 milhões de empregos correspondentes ao conjunto de dados, uma redução líquida de 14 milhões de empregos, ou 2% do emprego atual⁴⁷.

Quanto à fixação das tarefas, prevê o art. 456 parágrafo único da CLT que, na falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Por este motivo é muito difícil a tese de acúmulo ou desvio de função nas ações ajuizadas por trabalhadores do setor privado.

No setor público, onde a lei determina a função e as tarefas já no edital de abertura do concurso, fica fácil evidenciar se o agente público está (ou não) agindo dentro dos limites de suas atribuições.

⁴⁷ REVISTA FORBES. **Futuro do trabalho: 23% das profissões devem se modificar até 2027.** “Nos próximos cinco anos, a adoção de tecnologia será um fator-chave na transformação dos negócios, assim como a implementação de práticas ambientais, sociais e de governança, reunidas na sigla ESG, e de mudanças no cenário geopolítico e econômico, mostrou a pesquisa de opinião com executivos.

Segundo os profissionais, big data, computação em nuvem e inteligência artificial são as tecnologias mais populares sendo introduzidas em suas empresas hoje. Mais de 75% das empresas estão procurando incorporá-las nos próximos cinco anos.

Big data lidera o ranking de tecnologias vistas como criadoras de empregos no Brasil e no mundo, com 51% dos entrevistados brasileiros esperando o crescimento do emprego em papéis relacionados ao tema. E o emprego de analistas e cientistas de dados, especialistas em big data, IA e aprendizagem de máquina e profissionais de segurança cibernética devem crescer em média 30% até 2027 no mundo ...

Entre os novos postos de trabalho gerados, destacam-se: Especialistas em IA e aprendizagem de máquina; Especialista em sustentabilidade; Analista em Inteligência de negócios; Analista de Segurança da Informação; Engenharia de Fintechs; Cientistas e analistas de dados; Engenharia de robótica; Especialista em Big Data; Operadores de equipamentos agrícolas; Especialistas em transformação digital.

E, segundo o relatório, os principais postos de trabalho que devem desaparecer são: Caixas de banco e funcionários relacionados; Funcionários dos Correios; Caixas e cobradores; Escriturários de entrada de dados; Secretários administrativos e executivos; Assistentes de registro de produtos e estoque; Escriturários de contabilidade; Legisladores e oficiais judiciários Atendentes estatísticos, financeiros e de seguros; Vendedores de porta em porta, ambulantes e trabalhadores relacionados ...

Antes mesmo de 2027, 60% da atual força de trabalho irá demandar treinamento para atender às novas necessidades, mas apenas metade terá acesso a uma capacitação adequada ...

Do lado dos profissionais, flexibilidade no horário e local de trabalho são prioridade para 83% e 71% das pessoas, respectivamente. Mas o salário continua sendo o principal motivo de turnover voluntário, e 33% dos trabalhadores não se veem na empresa em que trabalham nos próximos dois anos”.

Disponível em: <<https://forbes.com.br/carreira/2023/05/futuro-do-trabalho-23-das-profissoes-devem-se-modificar-ate-2027/>>. Acesso em: 27 out. 2024.

Já no setor privado, salvo se houver menção específica delimitando as tarefas e as funções do empregado, presume-se que ele está habilitado a exercer todas aquelas que sejam compatíveis, coerentes e adequadas com o cargo que ocupa.

A definição do cargo é aquela contida no contrato, a princípio, não sendo relevante a formação técnica do empregado, a depender das tarefas que lhe foram atribuídas.

Não é raro observar um advogado sendo contratado como gerente, um engenheiro como encarregado de produção, um enfermeiro trabalhando como atendente. As necessidades e conveniências de cada pessoa explicam porque se engajam no mercado de trabalho mesmo em cargos totalmente fora da área de formação.

O princípio da liberdade do exercício de profissão previsto em nossa Constituição (art. 5º, XIII), estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Trata-se aqui de norma de eficácia contida, ou seja, as pessoas podem exercer livremente a atividade que bem quiserem, desde que a lei não condicione a exigência de uma habilitação prévia⁴⁸.

A *contrario sensu*, se a pessoa habilitada para uma determinada profissão não quiser exercê-la, optando por engajar-se em outra totalmente diversa, é um direito que lhe cabe.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 543. “Não recepção da Lei de Imprensa do Regime Militar (ADPF n. 130)758. Em julgamento emblemático de 2009, a Lei n. 5.250, de 1967, foi considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, por ‘incompatibilidade material insuperável’. A referida lei, que regulava ‘a manifestação do pensamento e de informação’, fora editada durante o período de acirramento ditatorial que antecedeu a edição do Ato Institucional n. 5, em 1968. Embora o acórdão relatado pelo Ministro Carlos Ayres não tenha utilizado a expressão ‘liberdade preferencial’, tal posição especial da liberdade de imprensa resulta claramente do seu teor. É importante observar, nessa linha, que a decisão nesta ADPF n. 130 tem servido de base para dezenas de decisões do STF, proferidas em reclamações, suspendendo sentenças e acórdãos que indevidamente interferiram com a liberdade de expressão.

b) Não recepção da exigência de diploma de jornalista (RE 511.961)761. O Tribunal considerou incompatível com a Constituição de 1988 a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, bem como da criação de conselho profissional para fiscalização da profissão. Ambas as previsões, contidas no Decreto-Lei n. 972/1969 – tanto quanto ao diploma, quanto à criação de um órgão de fiscalização – impõem restrição indevida ao exercício da liberdade jornalística, em contrariedade ao art. 220, § 1º, da Constituição. De acordo com o acórdão, “[o] exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação”.

Importante não ignorar aquilo que doutrina e jurisprudência chamam de contrato realidade⁴⁹, qual seja, quando o trabalhador é contratado para um cargo, mas desempenha outro.

É o tipo de situação que não deve ocorrer, pois deve o empregado desempenhar as atividades pertinentes ao cargo para qual foi contratado. Não é certo contratar o trabalhador para exercer o cargo de motorista, quando nos seus registros consta que exerce o cargo de porteiro.

Nesse caso, deve se observar o princípio da primazia da realidade⁵⁰ (art. 9º da CLT).

A lei permite a alteração de tarefas, funções e cargos, desde que respeitadas as regras pertinentes, o bom senso e, acima de tudo, a coerência entre a descrição registral (documental) e a realidade.

Não pode uma enfermeira ter seu cargo alterada para médica cirugiã se nem sequer possui formação em medicina. Aliás, se a enfermeira exercesse as tarefas de médica, incorreria em crime de exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP). Ao contrário, não pode uma médica cirugiã sofrer alteração de cargo para ser auxiliar de enfermagem, pois isso caracterizaria uma alteração *in pejus* no contrato, o que é vedado pelo art. 468 da CLT.

Ainda que quem possa o mais (medicina) possa o menos (auxiliar em enfermagem), a alteração do cargo caracterizaria um retrocesso profissional na vigência daquele contrato, o que é vedado pela lei. A médica, contratada para atuar como auxiliar de enfermagem, até soa estranho, mas não caracteriza uma ilicitude, pois a profissional tem habilitação de sobra. Já contratar o trabalhador como médico e depois alterar seu cargo para um posto de trabalho menor (auxiliar de enfermagem), é proibido pela lei.

Já a alteração das tarefas vem sendo tolerada, pois não há na lei o apontamento das funções dessa ou daquela profissão.

⁴⁹ SUPONI, Adriana Jardim Alexandre. **O direito do trabalho como sistema imunológico da sociedade**. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 70.

⁵⁰ SANDES, Fagner. RENZETTI, Rogério. **Direito do trabalho e processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 26. “Havendo confronto entre a verdade real (fatos) e a verdade formal (provas), a primeira prevalecerá. Este princípio está consagrado no art. 9º, da CLT, que dispõe sobre a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação”.

Salvo situações pontuadas, como a do radialista, em que há descrição detalhada das atividades, a lei não traz um rol de tarefas que o trabalhador do setor privado deve exercer.

Por este motivo é que se usa a regra geral do art. 456 parágrafo único da CLT que estabelece que, na falta de prova ou inexistindo cláusula expressa, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição.

Isso explica o porquê muitas ações trabalhistas, questionando desvio ou acúmulo de função, quase sempre são julgadas improcedentes, pois, ante a inexistência de cláusula expressa descrevendo as tarefas do empregado, entende-se que as circunstâncias diárias e a implementação de novas tecnologias, permitem que as tarefas sejam gradativamente readequadas.

Vide o exemplo dos professores: com a inserção da internet, dos meios telemáticos, programas de computadores, aplicativos e redes sociais, muitas das tarefas administrativas, que antes eram atribuídas à secretaria escolar, foram remanejadas aos professores. Um outro exemplo é o do motorista de ônibus que acumulou a tarefa de cobrador. Com o surgimento dos pagamentos eletrônicos (cartões de banco, bilhetes e aplicativos) poucas pessoas usam dinheiro em espécie para pagar a passagem, tornando o cobrador mão de obra desnecessária, o que levou muitas empresas a atribuírem a tarefa de cobrança ao próprio motorista.

Esses dois exemplos são bem típicos e demonstram que o surgimento de tecnologias disruptivas podem praticamente extinguir uma profissão, criar outras ou delegar mais tarefas a um trabalhador⁵¹.

⁵¹ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Quarta revolução industrial e direito do trabalho.** São Paulo: Almedina, 2022, p. 27. “Portanto, a Quarta Revolução Industrial não se limita ao surgimento de sistemas e máquinas inteligentes e conectadas, pois é bem mais abrangente que isso. Ela representa a fusão da tecnologia e a interação com os domínios físicos, digitais e biológicos; abre espaço para inovações que podem ocorrer simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. Enfim, representa, de fato, uma profunda transformação social. Como também ocorreu nas últimas revoluções industriais, é possível que, de igual forma, algumas profissões deixem de existir, assim como outras novas podem surgir. Nos EUA do início do século XIX, por exemplo, como menciona Schwab, 90% da força de trabalho era constituída por pessoas que trabalhavam na terra; sendo que atualmente esta parcela soma menos de 2%, expressando uma redução significativa que ocorreu de forma relativamente tranquila. Do mesmo modo, o trabalho braçal, em algumas atividades, como aquelas que são mecânicas e

Além do surgimento de novas tecnologias e novos hábitos trabalho, há ainda as narrativas que defendem a total flexibilização do direito do trabalho, instituindo um liberalismo de tal proporção, que o Estado não participará, ou participará o mínimo possível, na fixação de direitos trabalhistas. Mas, quanto a isso, cautela se faz necessária⁵².

Vários países⁵³ sofrem com a exploração de mão de obra desregulamentada, onde trabalhadores ficam à mercê de regras

repetitivas, ou o trabalho manual de precisão, darão espaço à automação, como as indústrias com supervisões inteligentes, autônomas, por meio de algoritmos; táxis autônomos; consultores por meio da inteligência artificial; ensino a distância facilmente replicado, reduzindo a necessidade de professores presenciais, consequentemente, redução de custos e de mão-de-obra; dentre outras possibilidades. Do mesmo modo, profissões de profissionais liberais como advogados, analistas financeiros, médicos, jornalistas, contadores, corretores de seguros ou bibliotecários, poderão tornar-se parcial ou completamente automatizadas”.

⁵² WESTIN, Ricardo. **CLT chega aos 80 anos com direitos do trabalhador sob disputa.** “A CLT surpreendeu por resistir à mudança dos tempos. No início quase exclusiva para os operários da indústria, aumentou seu alcance com o passar do tempo até englobar todo tipo de trabalhador.

O maior sinal de que não é datada ou ultrapassada foi emitido em 1988, quando diversas das proteções trabalhistas inscritas na CLT passaram a fazer parte da Constituição, ganhando o status de direitos sociais.

A bonança dos trabalhadores no campo das leis, porém, logo mudaria. Especialistas ouvidos pela Agência Senado avaliam que, hoje, a octogenária CLT vive o pior momento de sua história, com vários retrocessos.

O novo cenário se deve não só aos fenômenos da ‘uberização’ (o trabalho por meio de aplicativos) e da ‘pejotização’ (em que o trabalhador atua não como pessoa física, com carteira de trabalho assinada, mas como pessoa jurídica) e ao crescente número de brasileiros que sobrevivem fazendo ‘bicos’, mas também à ampla reforma trabalhista levada a cabo em 2017...”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/informaterias/2023/04/clt-chega-aos-80-anos-com-direitos-do-trabalhador-sob-disputa>>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁵³ SOARES, Nicolau. **Brasil é um dos dez piores países do mundo para se trabalhar, mostra pesquisa. Estudo que analisa respeito a direitos trabalhistas em 148 países vê nível recorde de violações no mundo.** “O Índice Global de Direitos divide os países em cinco faixas de classificação, de acordo com grau de respeito aos direitos dos trabalhadores e as violações encontradas no período analisado. O Brasil ficou na faixa 5, a pior possível, que inclui países que não garantem direitos dos trabalhadores. A lista dos dez piores inclui ainda Bangladesh, Belarus, Colômbia, Egito, Filipinas, Miamar, Guatemala e Suazilândia.

Uma sexta faixa (5+) lista países em que aconteceu uma ruptura do Estado de Direito no período, como Myanmar e Síria.

De acordo com o índice, as violações dos direitos trabalhistas alcançaram um nível recorde no mundo entre abril de 2021 e março de 2022.

Os países da classificação 1, que registraram apenas violações esporádicas de direitos, incluem Alemanha, Itália, Áustria, Irlanda e os países nórdicos, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia.

A pior região do mundo para a classe trabalhadora é o Oriente Médio e Norte da África, com uma classificação média de 4,53 pontos. Os conflitos na Líbia, Palestina, Síria e Iêmen contribuem para esse cenário de enorme vulnerabilidade”. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/06/30/brasil-e-um-dos-dez-piores-paises-do-mundo-para-se-trabalhar-mostra-pesquisa#:~:text=O%20Brasil%20ficou%20na%20faixa,%2C%20Miamar%2C%20Guatemala%20e%20Suazil%C3%A1ndia>>. Acesso em 11 nov. 2024.

arbitrariamente criadas pelo empregador e sem qualquer intervenção protecionista do Estado.

Vide, por exemplo, na Índia, onde os trabalhadores se vinculam em contratos temporários, de empreitada, por tarefas em condições precárias e em troca de baixos salários, o que os obriga a ter mais de um emprego para tentar auferir salário suficiente para, ao menos, garantir o sustento da família.

Tanto é que, no sítio eletrônico do Governo Federal Brasileiro, o Ministério das Relações Exteriores⁵⁴ faz advertências e sugestões aos brasileiros que vão à Índia para trabalhar, procurando assim evitar situações de “exploração, constrangimento e traumas”.

A inexistência de regras protetivas e a precarização dos direitos trabalhistas, torna a mão de obra do mercado indiano, assim como tantos outros países onde a situação é igual, senão pior, muito mais barata, principalmente se comprada com o valor da mão de obra ocidental, o que ajuda a potencializar os lucros das empresas⁵⁵.

⁵⁴ GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO, Ministério das Relações Exteriores. “Tendo em vista diversas ocorrências de dificuldades de brasileiras e brasileiros com trabalho na Índia, especialmente nos setores de esportes, serviços e entretenimento, a Embaixada do Brasil em Nova Delhi elaborou, em complementação à página de orientações para viajantes na Índia e à cartilha do Ministério das Relações Exteriores para o trabalho no exterior, as seguintes orientações para pessoas que pretendam exercer atividade remunerada com vínculo empregatício na Índia.

As informações buscam facilitar a seleção de convites de emprego, com o objetivo de valorizar experiências profissionais positivas e enriquecedoras na Índia e evitar que brasileiras e brasileiros passem por situações de exploração, constrangimentos e traumas no exterior”.

Disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/alertas%20e%20noticias/alertas/orientacoes-para-trabalho-na-india>>. Acesso em: 27 out. 2024.

⁵⁵ TRICONTINENTAL. Dossiê 64. **A condição da classe trabalhadora na Índia.** “Os defensores da ‘flexibilidade trabalhista’ argumentaram que essa abordagem atrairia capital estrangeiro e aumentaria a produtividade do trabalho e o crescimento econômico. Décadas após sua implementação, no entanto, os dados contradizem a teoria. Em vez disso, o crescimento caiu, assim como os postos de trabalho – especialmente o emprego formal em tempo integral – à medida que a força de trabalho mudou cada vez mais para um modelo de contratos de curto prazo com supervisão regulatória e benefícios mínimos. Devido à deterioração das condições de trabalho, a distribuição dos lucros e salários apresentou uma significativa divergência: de 1999–2000 a 2018, a distribuição dos lucros aumentou de 17% para 48%, enquanto a dos salários diminuiu de 33% para 26% (Varma, 2018). Os lucros são agora considerados interesse nacional, já os trabalhadores em dificuldades são terroristas”. Disponível em: <<https://thetricontinental.org/pt-pt/dossie-64-condicao-classe-trabalhadora-india/#top>>. Acesso em: 27 out. 2024.

I.7 – PROMOÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL.

A estruturação da mão de obra dentro de um empreendimento no ramo privado não está regulada em lei.

Isso quer dizer que cabe a cada empregador estabelecer, de acordo com seus critérios de conveniência, quais serão os cargos existentes, a atribuição das tarefas, bem como a forma de hierarquização entre eles.

É bem verdade que existe a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, prevista na Portaria nº 397/02 do Ministério do Trabalho, que indica o nome dos cargos pertinentes a cada profissão. Mas, a inserção deste ou daquele cargo no *layout* será feito por adequação, conforme as necessidades e estratégias patronais.

Pela especialidade de certas profissões, obviamente há regulação própria (como é o caso do advogado, médico, radialista, professores, aeronauta e muitas outras)⁵⁶.

A depender do segmento explorado, a contratação de um profissional específico para quele cargo é obrigatória, como é o caso dos hospitais, que precisam necessariamente contratar médicos e enfermeiros; das construtoras, que precisam contratar engenheiros e arquitetos; das universidades, que precisam de professores; das farmácias que precisam de farmacêuticos etc.

Tais empreendimentos não tem razão de existir (e nem podem exercer sua atividade fim) se não tiverem em seu quadro de colaboradores, pessoas dotadas de qualificação específica.

Mas, sejam as profissões regulamentadas ou não, a distribuição hierárquica entre elas não está prevista em lei. É o empregador quem desenhará a estruturação corporativa em seu empreendimento.

O que temos no espectro contratual trabalhista é a simples relação de atribuições e responsabilidades *versus* contraprestação salarial, ou seja,

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências.** São Paulo: LTr, 2002, p. 32.

quanto maior o nível de responsabilidade exigido do funcionário, maior o seu posto de comando e maior o valor do seu salário.

Já a hierarquização entre os cargos está, na grande maioria das vezes, relacionada ao nível de importância das tarefas distribuídas entre os diversos trabalhadores.

Assim, identificada a profissão do trabalhador, de acordo com sua habilitação e/ou domínio operacional e, identificado o cargo, resta atribuir as tarefas que por ele serão desenvolvidas.

No curso dessa relação coletivizada de trabalhadores (em maior ou menor número, conforme o porte do empregador) é comum que ambições e expectativas aflorem entre eles.

O empregado pode cobiçar um cargo mais elevado, bem como o empregador pode flertar com a ideia de aproveitar um certo empregado em um cargo mais importante. Essa é conhecida como promoção vertical, onde o empregado eleva (sobe) no cargo (na profissão).

A promoção vertical⁵⁷ é a mais tradicional. Nela há uma relação de superioridade entre os cargos, sendo um mais elevado que o outro, exigindo, em contrapartida, maiores responsabilidades.

O empregado é contratado para exercer o cargo F e depois é promovido ao cargo E, depois para o cargo D e assim sucessivamente até o momento em que as promoções param, seja porque o empregado já atingiu o mais elevado posto disponível, ou por não preencher condições para galgar outros postos.

Quem nunca ouviu histórias do trabalhador que entrou no emprego como *office boy* ou aprendiz e foi elevando de cargo em cargo até se tornar gerente?

Mas existe também a promoção horizontal⁵⁸. Nesta não há assunção profissional, pois o empregado é alocado para outro cargo, mas que está no mesmo nível hierárquico do cargo que ocupava antes.

⁵⁷ MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Recursos humanos: estratégia e gestão de pessoas na sociedade global.** 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 115.

Apesar de agora estar realizando outras funções, com tarefas diferentes e, ainda que com um salário um pouco maior, ainda assim ele se mantém no mesmo nível hierárquico. É o caso do auxiliar de produção que é remanejado para auxiliar de manutenção com um salário um pouco maior. Apesar do aumento salarial e da mudança de tarefas, o empregado praticamente manteve o mesmo nível de casta dentro da empresa.

É possível também que o empregado se mantenha no mesmo cargo, mas agora com novas tarefas, sendo então recompensado com um acréscimo salarial.

Apesar da elevação no salário e nas responsabilidades, o empregado não elevou na posição hierárquica.

Empresas de maior porte geralmente têm planos de carreira com critérios previamente definidos para promoção. Tanto que, quando surge a necessidade de contratar mão de obra para assumir um posto mais elevado, é preferível abrir processo seletivo interno, dando prioridade aos funcionários da casa. Por vezes, é uma manobra mais conveniente do que contratar um estranho⁵⁹.

Cabe ao setor responsável, que é tradicionalmente o departamento de recursos humanos, fazer esse processo seletivo e, após concluir que o empregado está apto a atuar naquele cargo, oferecer a promoção, podendo este aceitar ou não.

⁵⁸ LUCENA, Maria Diva da Salete. **Planejamento estratégico de recursos humanos**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 132.

⁵⁹ BITENCOURT, Cláudia (org.) et al. **Gestão Contemporânea de pessoas: novas práticas, conceitos tradicionais**. 2^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 83. “O recrutamento consiste em identificar candidatos potenciais que tenham o perfil desejado pela organização para preencher as posições em aberto em sua estrutura organizacional. A seleção consiste em escolher dentre os diversos candidatos captados no recrutamento aquele que melhor preenche os requisitos demandados pela organização. O fluxo do processo de recrutamento e seleção inicia com a definição qualitativa e quantitativa das pessoas necessárias para a organização atingir suas metas. O passo seguinte deve ser o detalhamento do perfil da posição e do ocupante ... Na sequência, deve-se identificar as fontes de recrutamento, as quais podem ser categorizadas em dois tipos: internas e externas. No recrutamento interno, os funcionários atuais da organização são os candidatos preferidos. O sucesso no uso dessa fonte exige um plano de carreira e critérios bem-definidos para promoção e transferência e informações sobre o desempenho pregresso dos funcionários. É recomendável também que haja registros da avaliação do potencial dos funcionários”.

Destaca-se, inclusive, o importante papel do compliance⁶⁰. A criação de códigos de ética⁶¹, a implementação de regras de posturas e o alinhamento claro e específico da política da empresa em relação a lida diária entre empregados, entre stakeholders⁶², clientes, fornecedores etc. tem sido um divisor de águas na definição de uma atuação mais competente e produtiva.

Esses regulamentos internos podem prever, inclusive, regras sobre promoção (horizontal ou vertical). É positiva a ideia de existirem regras prévias estabelecendo aos aspirantes as condições exigidas para a efetivação da promoção.

⁶⁰ KLEINDIENST, Ana Cristina (org.) et al. **Grandes temas do direito brasileiro: compliance**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 114. “No que se refere ao compliance, por mais que ele não seja estritamente necessário neste ponto, até mesmo pelo estágio de sofisticação em que a empresa se encontra, o inicio da implementação de tais práticas é recomendável, sendo interessante que a alta cúpula e os demais administradores começem a se preocupar com este instituto, mesmo que de maneira mais teórica, pois a empresa encontra-se em um ponto muito delicado de sua evolução. Assim sendo, o inicio de discussões internas sobre o estabelecimento de políticas de boas práticas, processos de aprovação de determinados atos (especialmente aqueles envolvendo órgãos públicos), dentre outras formas, tende a ter um aspecto muito benéfico para a empresa, uma vez que trará às pessoas da empresa (tanto funcionários quanto sócios e administradores) uma primeira convivência com tais regramentos, de modo a que, quando tais políticas forem efetivamente ser implementadas, já exista essa cultura dentro da estrutura corporativa e organizacional, facilitando, portanto, tal implementação”.

⁶¹ CRUZ, Ariele Chaga. SARMENTO, George. SEIXAS, Taysa Matos (org.) et al. **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66. “Sendo assim, para se compreender a ética em uma empresa submetida ao mandamento constitucional da função social é necessário entender como se dá o processo de tomada de decisão e como é importante o elemento moral nas escolhas que são feitas dentro da empresa. Essas escolhas devem ser conduzidas por um conjunto de pessoas interno ou externo das organizações – os stakeholders – que julgam se as ações adotadas são éticas ou não, ou seja, eles irão avaliar se as condutas adotadas estão em conformidade com a proposta ética da empresa, se são certas ou erradas e se correspondem aos valores sociais. O clima organizacional gerado será um reflexo da vivência do empregado na organização e não uma imposição da alta administração. A percepção individual do clima organizacional faz compreender melhor o ambiente de trabalho ao ponto de definir clima como o construto coletivo. Pesquisas indicam que quanto maior a visão ética do trabalhador sobre seu ambiente de trabalho, menor será o relato de conflitos neste ambiente e maior a satisfação com o trabalho e o comprometimento com a organização.

Dentro deste novo cenário organizacional proposto no século XXI, com as exigências do mercado e da comunidade, as declarações da visão da empresa, assim como a missão, a carta de valor e o código de ética ganham destaque na empresa, pois figuram como meios de comunicação entre a empresa e a sociedade acerca das tomadas de decisões.

Assim, os códigos de ética são a expressão formal dos valores que conduzem a atividade empresarial e conseguem através destes agregar valores à imagem da instituição”.

⁶² NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111. “Também se faz essencial a possibilidade de implementação, de atualização e de revisão dos comandos do código de ética, para que sua operacionalidade não esbarre na obsolescência ou na dinâmica das rápidas transformações por que passa a sociedade. E o ideal é que o código de ética venha a contemplar não apenas o relacionamento dos empregados com a empresa, mas também toda a rede de contatos permanentes ou episódicos da empresa com a comunidade, com a mídia, com o governo, com os stakeholders”.

Assim, o empregado mais alinhado com a cultura e política do empregador tende a chamar a atenção dos órgãos de gestão e, naturalmente, ser convidado a ocupar novos cargos.

Promoções concedidas por predileções pessoais, como laços familiares, amizade, troca de favores, relação amorosa, afinidades políticas, esportivas ou religiosas nem sempre se mostram eficientes.

Muitas pessoas no setor privado são alocadas em importantes cargos apenas por manter relações mais estreitas com os gestores, sendo os vínculos de amizade e familiar os mais influentes⁶³.

Isso não quer dizer que estas pessoas sejam inaptas ou incompetentes para o novo cargo. Pelo contrário, por vezes, se mostram muito hábeis, apesar de nem sempre ser assim.

A maioria das promoções feitas por afeição pessoal se revelam desastrosas. Esses trabalhadores não se mostram tão eficientes como se imaginava, o que justifica parte (senão a totalidade) do insucesso do empreendimento. Gestores mau capacitados, mal-intencionados, inaptos a gerenciar um setor, um departamento ou mesmo um empreendimento, potencializam consideravelmente o risco de fracasso de uma empresa. Prudência, coerência, critérios objetivos e sensatez são primordiais no momento de atribuir cargos elevados a certas pessoas.

⁶³ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 230. “Nepotismo” (do latim: ‘nepos’, neto ou descendente), é a palavra usada para definir o favorecimento de parentes. Embora pouca gente o considere, o apadrinhamento de amigos em detrimento à qualificação de um cargo ou uma função também é enquadrado no conceito. O termo surgiu nos estados papais, pois era comum os papas nomearem ‘sobrinhos’ (nepote) para assumirem cargos importantes. Um dos maiores nepotistas que a história conheceu foi Napoleão Bonaparte, que ‘protegia’ e concedia privilégios para toda a sua família. O imperador francês fez de seus três irmãos reis de países ocupados por seu exército. No setor privado, principalmente em empresas de pequeno e médio porte, é comum que cargos e funções sejam ocupados por parentes ou amigos dos proprietários. Apesar de bastante praticado, em linhas gerais, o nepotismo está frequentemente relacionado à ineficiência administrativa e à quebra de poder na cadeia hierárquica. O nepotismo nas organizações privadas é absolutamente condenável pelos efeitos que pode causar nos negócios. Dez entre dez consultores recomendam evitar a prática. A primeira recomendação destes profissionais quando são chamados para resolver problemas de gestão é o imediato afastamento da ‘família’ da direção da empresa e a entrega da gestão a profissionais de mercado capacitados”.

Esse fato mostra quanto é importante se realizar previamente um processo seletivo sério, imparcial e com critérios objetivos para a contratação e/ou promoção de um trabalhador.

O empreendedor precisa ter consciência que sucesso do seu negócio também está atrelado ao profissionalismo dos gestores que assumirão o comando dos departamentos.

I.8 – PROMOÇÃO: ATO UNILATERAL DO EMPREGADOR OU DEPENDENTE DE CONSENTIMENTO DO EMPREGADO?

A promoção implica em uma alteração contratual do tipo objetiva qualitativa e quantitativa. É qualitativa, pois envolve alteração nos cargos ou tarefas; é quantitativa, pois altera a quantidade de jornada de trabalho ou de pagamento salarial.

Aspirar uma promoção é um direito natural do trabalhador, pois tende a buscar elevação social, profissional e salarial. Em um mercado de trabalho concorrencial, quanto mais aperfeiçoada, diferenciada e qualificada é a mão de obra, melhor será sua remuneração e seu *status*.

Por este motivo, a típica narrativa de uma sociedade ocidental, capitalista e meritocrática⁶⁴, é a de que o aprimoramento profissional se faz necessário como manobra de sobrevivência no mercado de trabalho, o que torna sedutora, inclusive, a ideia de ser promovido no emprego.

Contudo, dadas as novas metodologias de trabalho, advindas não só por conta das inovações tecnológicas, mas também pela quebra de paradigmas, será mesmo que os empregados estão ansiosos assim por uma promoção?

Será que a promoção a um cargo mais elevado é vista hoje em dia com a mesma empolgação que há 10, 20 ou 50 anos atrás?

⁶⁴ KUAZQUI, Edmir. **Gestão de carreiras**. São Paulo: Cengage, 2016, p. 41.

Se durante anos a promoção foi (e ainda é) vista como algo positivo, desejado e bem-vindo na carreira, para muitas pessoas, a leitura não é bem assim.

Quem tem mais bônus tem mais ônus! As responsabilidades de um gerente de produção não se comparam com a de um ajudante geral e, proporcionalmente, os ganhos também são bem diferentes.

Por conta desta equação, não é surpresa trabalhadores abrirem mão de promoções.

Primeiramente, porque entendem haver um descompasso entre o valor do salário a ser pago diante das responsabilidades a serem assumidas. Aquele não (re)compensa estas, o que motiva o declínio da oportunidade.

O engajamento, as metas impostas, os projetos atribuídos, a nova rotina, se mostram muito árduas ante o valor do salário a ser pago. Como financeiramente não será conveniente ao trabalhador, é preferível então recusar a promoção.

E, ainda que o salário seja justo, adequado às novas responsabilidades, muitos empregados recusam a promoção, porque sabem que terão de se privar da rotina já convenientemente conquistada, ou, terão de submeter a uma intensa carga de estresse, capaz até de desencadear problemas de saúde⁶⁵.

Abrir mão do convívio com a família, de um tratamento médico, de atividades de lazer, esporte, educação e tantas outras é um preço caro a ser pago, de modo que muitos trabalhadores não estão dispostos a abrir mão de um estilo de vida já organizado e estável para assumir desafios de um novo cargo, mesmo que em troca de um salário bem maior.

Um bom exemplo são as trabalhadoras que após se tornarem mães recusam promoções, pois não querem se privar (ainda mais) do convívio familiar⁶⁶.

⁶⁵ MIRANDA, Fernanda Moura D’Almeida. **A saúde do trabalhador sob o enfoque da vigilância em saúde.** Curitiba: InterSaber, 2020, p. 85.

⁶⁶ Visando, inclusive, proteger os interesses da mulher trabalhadora, em 2022 foi editada a Lei nº 14.457 que instituiu o “Programa Emprega + Mulheres”. O programa visa não só estimular a contratação de mais mão de obra feminina, mas também conceder benefícios e facilitações na

Não à toa, as pessoas estão revendo alguns valores, dentre eles, a melhor qualidade de vida. Assim, ter uma boa remuneração não é só o que importa. É preciso ir além disto⁶⁷! As próprias empresas, conscientes de seus deveres sociais⁶⁸, também focam em outras frentes que não apenas a busca pelo lucro.

Há até trabalhadores que recusam promoções por não terem intenção de ascender profissionalmente naquele emprego, pois pretendem seguir outras carreiras. Vide o exemplo de empregados do setor privado, mas que paralelamente se preparam para concursos públicos, que querem estudar no exterior ou abrir seu próprio negócio. O trabalhador, tendo consciência sobre sua transitória passagem naquele emprego, sabe que o ideal é recusar a promoção, pois não faz sentido assumir maiores responsabilidades, inclusive gerando expectativas no empregador, se a pretensão é partir para outra.

Enfim, seja por motivos financeiros ou não, fato é que cada empregado sabe o que é melhor para sua vida pessoal e profissional, não sendo surpresa um trabalhador recusar a proposta de promoção.

Mas a pergunta que fica é: a promoção é um ato unilateral, praticado pelo empregador e que independe de aceitação do empregado ou é um ato bilateral, que só se efetiva com o aceite do empregado?

rotina diária de trabalho visando a implementação de medidas de incentivo ao empreendedorismo, qualificação e ascensão profissional e parentalidade, além de outras. Dentre essas medidas, destacamos a priorização do engajamento da mulher no teletrabalho; no regime de tempo parcial; na compensação de jornada de trabalho por meio de banco de horas; a possibilidade de se estabelecer a jornada de 12 (doze) horas trabalhadas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso; a antecipação de férias individuais bem como a possibilidade de flexibilizar o horário de entrada e saída do expediente.

⁶⁷ ADEODATO, João Maurício. **Os futuros da empresa.** In: LUCCA, Newton de; JORGE, André Guilherme Lemos (org.) et al. **Coletânea da atividade negocial.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019. p. 49-55. “Ganhar dinheiro não é mais o critério definidor do fracasso e da vitória, parâmetro característico da antiga mentalidade de explorar e ganhar a qualquer custo. Já se fala em indicadores tão relevantes quanto o sucesso financeiro e o produto (PIB) de outrora. Valores como a maternidade, o cuidado de idosos e demais pessoas fragilizadas, a atividade de administrar o lar, dentre muitas outras, passam a ser reconhecidas como cruciais”.

⁶⁸ NALINI, José Renato. **A empresa brasileira, o direito à educação e a 4ª revolução industrial.** LEMOS JORGE, André Guilherme. ADEODATO, João Maurício. DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2, 183-207. “Por isso é que a empresa devotada à educação, seja a convencional, seja aquela direcionada à formação de quadros profissionais específicos, assume relevância singular para que a 4a Revolução Industrial não aprofunde ainda mais a distância entre ricos e pobres, escolarizados e analfabetos, em sentido estrito ou funcionais, incluídos e excluídos”.

Se pensarmos, como se afirmou durante anos, que a promoção é algo sempre positivo, então poderíamos dizer que é um ato unilateral, afinal, a promoção é uma alteração *in mellius* do contrato, de modo que independe da vontade do empregado.

Só que não é bem assim! Se consideramos a máxima de que, para todo bônus há um ônus em contrapartida, então é possível que esse ônus, decorrente do novo cargo oferecido, pode não soar tão positivo assim ao empregado, de modo que, dentro de seu critério de conveniência e no exercício do *jus resistentiae*, pode concluir não ser a promoção uma boa opção e, portanto, recusá-la⁶⁹.

Há muito se perdeu a ideia de que a promoção é intuitivamente algo bom ao empregado. Ainda que financeiramente valha a pena, a promoção pode não ser benéfica ao trabalhador e, como é ele quem determina o rumo da sua vida, a promoção oferecida pelo empregador sempre dependerá da sua concordância.

Entendemos que a necessidade de aceitação do empregado, mesmo quando a promoção estiver prevista no contrato individual, regulamento de empresa, acordo ou convenção coletiva, é condição indispensável para sua validade, já que é possível ao empregado renunciar esse direito, pois trata-se de direito disponível do trabalhador, devendo, portanto, ser respeitada sua vontade em não querer assumir novas responsabilidades.

Sendo a promoção uma novação contratual objetiva, então natural que só se concretize mediante a comunhão de vontades. É, inclusive, esse entendimento que tem prevalecido atualmente⁷⁰.

⁶⁹ GOULART, Rodrigo Fortunato. **As modificações dos aspectos circunstanciais do contrato de trabalho pelo empregador: *jus variandi*.** Dissertação de mestrado. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2006, p. 80. “Pode ocorrer de o empregado recusar a promoção oferecida pelo empregador. Frise-se que a promoção é oferecida e não imposta, e pode ser perfeitamente lícito ao empregado recusá-la, como nos casos em que a promoção comprovadamente acarretará prejuízos à sua condição de trabalho”.

⁷⁰ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho: uma perspectiva democrática.** São Paulo: LTr, 2003, p. 135.

I.9 – REVERSÃO, RETROCESSÃO E REBAIXAMENTO. DIFERENÇAS E PECULIARIDADES.

Se a promoção é a assunção no cargo, o descenso é praticado através da reversão, retrocessão e rebaixamento. Importante conhecer em detalhes cada uma dessas formas de alteração, haja vista o fato de a retrocessão estar alinhada à tese final deste trabalho.

Todas elas (reverão, retrocessão e rebaixamento) são, no final das contas, alterações ruins, prejudiciais, o que justifica serem todas vistas com resistência, já que ferem o princípio da inalterabilidade contratual lesiva do vínculo empregatício.

A reversão é a retirada do cargo de confiança atribuído a um empregado que volta a exercer o cargo anterior.

Nosso primeiro passo, contudo, é melhor compreender o significado de cargo de confiança⁷¹. Há natural confusão em associar que cargo de confiança é o mesmo que um cargo de chefia, de comando, de gerenciamento, o que não é verdade!

Não existe um conceito legal sobre cargo de confiança. Sua identificação dependerá da análise casuística e das construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Por exemplo, um gerente, um coordenador, um chefe de departamento, pode ou não exercer cargo de confiança.

Não é o nome do cargo que identifica se ele é de confiança ou não, mas sim o conjunto de atribuições que o trabalhador desempenha, agregado ao recebimento de um salário diferenciado.

Assim, um gerente, um chefe de seção, um encarregado pode ou não exercer cargo de confiança a depender do seu *modus operacional* e não necessariamente por conta do nome do cargo.

⁷¹ WEIGAND NETO, Rodolfo Carlos. SOUZA, Gleice Domingues de. **Reforma trabalhista: impacto no cotidiano das empresas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018, p. 105.

Exerce cargo de confiança o trabalhador que tem poderes de gestão, de mando, que age como se dono fosse do empreendimento, pois recebeu autorização do mais alto escalão para assim agir. É o cargo atribuído ao empregado que lhe garante poderes de decisão, sem ter de se reportar a praticamente ninguém ou, caso o faça, será a alguém que está nos mais elevados postos, como donos, administradores e diretores.

O fato do trabalhador ser um gerente, encarregado, coordenador ou chefe de setor, mas ter suas decisões sempre reportadas a outros superiores, que cumpre jornada determinada (hora certa para entrar e sair) e que tem tarefas bem delimitadas, não exerce cargo de confiança, não obstante, esteja em um cargo elevado, com salário diferenciado ou mesmo com relativo poder de comando.

Quem exerce cargo de confiança toma decisões de modo independente, não precisando de ratificação. Além disso, é alguém que não está submetido a controle de jornada. Não faz sentido exigir que alguém, com alto poder de gestão, fique submetido a controle de jornada.

Como o exercente de cargo de confiança tem muitas responsabilidades, seu salário é bem elevado se comparado com os demais empregados.

O art. 62, parágrafo único da CLT estabelece que, no exercício do cargo de confiança, caso haja pagamento de gratificação, esta deve ser superior em 40% ao valor do salário auferido. Se for menor que 40%, não caracterizará cargo de confiança.

Perceba-se que o dispositivo diz que o pagamento da gratificação em valor superior a 40% não é obrigatório.

A gratificação paga em valor superior a 40% ao salário do empregado é um indicativo que sinaliza a existência do cargo de confiança, mas não é uma condicionante, pois o parágrafo único do art. 62 da CLT é expresso em dizer “caso haja” o pagamento da gratificação.

Assim, o que identifica o exercício do cargo de confiança é a análise de vários elementos, como o salário mais a gratificação acima de 40% (se houver); o salário diferenciado, ainda que sem a gratificação; a autonomia na

tomada das decisões; o poder de mando, sem precisar se reportar a outros superiores ou, caso se reporte, o faz de forma excepcional e pontuada.

Caso o empregado seja elevado ao cargo de confiança, passará a ter tarefas diferenciadas e, consequentemente, um salário diferenciado.

Se, por algum motivo, com ou sem falta grave cometida pelo empregado, o empregador entender que aquele não é mais digno de sua confiança, mas ainda assim pode ser aproveitado no cargo anterior, basta determinar sua reversão.

A reversão será praticada unilateralmente, partindo do empregador e independe do consentimento do empregado para ser efetivada.

A reversão não precisa estar prevista em contrato individual, regimento interno, acordo ou convenção coletiva de trabalho já que é ato volitivo (pura vontade) de iniciativa patronal, que pode, mesmo sem justificativa prévia ou condicionada a aceitação do empregado, ser praticado unilateralmente.

Até 2017, antes do advento da Lei nº 13.467 (reforma trabalhista), estabelecia a súmula 209 do Tribunal Superior do Trabalho que a reversão era ato unilateral do empregador e que implicava no descenso do empregado ao cargo anterior.

Caso o empregado exercesse a função de confiança por 10 anos ou mais e, se a reversão se desse sem justo motivo, o empregado manteria o direito a perceber o salário correspondente ao cargo de confiança.

Em resumo: se o empregado tivesse 10 anos ou mais de exercício de cargo de confiança e, sem motivo, fosse revertido ao cargo anterior, não obstante perdesse o cargo elevado, o salário seria mantido.

Esse entendimento era baseado no princípio da estabilidade financeira do empregado. Estava, inclusive, consolidado na súmula 372, I do TST. Previa o dispositivo que quem percebia a gratificação de função (de cargo de confiança) por dez ou mais anos, se o empregador, sem justo motivo, praticasse a reversão, não poderia retirar a gratificação.

Com o advento da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17), foi inserido o § 2º no art. 468 da CLT, que determina não ter o empregado direito a continuar

recebendo a gratificação correspondente ao cargo de confiança caso seja revertido ao cargo anterior, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

Assim, mesmo que o empregado conte com 10 ou mais anos no exercício da função, se for revertido ao cargo anterior, com ou sem motivação, perderá o direito ao salário respectivo à função de confiança que exercia.

A redação do § 2º do art. 468 da CLT prejudicou o entendimento da súmula 209 do TST que hoje não é mais aplicável.

Não é muito comum a prática da reversão. Empregados elevados a cargo de confiança, caso venham a perder essa fidúcia junto ao empregador, geralmente são dispensados, salvo se, eventualmente, tiverem negociado a existência de estabilidade. O empregador não se sente mais seguro em atribuir funções, ainda que menos complexas, ao empregado que não lhe transmite mais confiança suficiente.

O próprio empregado, muitas vezes, não quer voltar ao cargo anterior, preferindo o desligamento, pois se vê constrangido, incomodado diante do nivelamento com os demais funcionários que antes eram seus subordinados. Claro que essa é uma questão muito subjetiva e inerente a cada indivíduo. Mas, caso ocorra a reversão, apesar de parecer (e é) uma alteração unilateral e prejudicial, é perfeitamente legal, pois a norma (art. 468, § 1º da CLT) excepcionalmente autoriza esse descenso profissional.

Não há direito adquirido a permanecer no exercício do cargo de confiança e nem mesmo de continuar percebendo o salário diferenciado, caso haja reversão.

É preciso destacar que a reversão não é aplicável quando o trabalhador já é contratado para exercer a função de confiança. Nesse caso, o empregado não ascendeu de um cargo menor para um cargo de confiança, motivo pelo qual não há que se falar em reversão, já que ele foi originariamente contratado para exercer a função de confiança.

A reversão só é aplicada a quem ascendeu de um cargo menor para um cargo de confiança e depois é revertido deste para aquele.

A segunda hipótese de descenso profissional é a retrocessão. Ela ocorre quando o trabalhador perde o cargo elevado, (que não é de confiança) sem que tenha cometido falta grave⁷².

A principal característica da retrocessão é que o retorno ao cargo anterior decorre de uma decisão tomada por pura conveniência patronal, ou seja, o trabalhador não deu motivo para tal, não agiu com dolo ou culpa e não praticou falta grave que justificasse a perda do cargo elevado.

O empregador decide retroceder o empregado ao cargo anterior por ser mais adequado aos seus interesses. É uma decisão gerencial, de condução do seu negócio (*jus variandi*), ou seja, de pura estratégia operacional.

Imagine que Cláudio seja um ótimo torneiro mecânico e, por esse e outros motivos, foi promovido a líder do setor de usinagem de peças. Devido ao surgimento de novas tecnologias, a função de Cláudio como líder não é mais necessária. No entanto, o empregador entende conveniente manter o trabalhador como torneiro e o retrocede ao cargo anterior.

Nesse caso, como Cláudio é um funcionário apreciado pelo empregador, este preferiu retrocedê-lo ao invés de dispensá-lo.

A retrocessão é encarada como inválida pela doutrina trabalhista brasileira⁷³ e, se praticada nos moldes como no exemplo acima, deve mesmo ser considerada nula, pois foi uma alteração *in pejus* no contrato do trabalhador.

Não se pratica retrocessão sobre empregado com cargos já consolidados. Esse, inclusive, é nosso entendimento, mas que não se confunde com nossa tese.

Nossa proposta de aceitar a retrocessão é específica para empregados que estão em período experimental antecedente à promoção, tema esse que detalharemos com mais precisão nos capítulos próprios.

⁷² GARCIA. Gustavo Barbosa Filipe. **Curso de direito do trabalho.** 19^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 302. “Nesse entendimento, a retrocessão ‘é o retorno ao cargo efetivo anterior, sem se estar ocupando cargo de confiança (retorna-se de um cargo efetivo mais alto para cargo efetivo mais baixo)’, porém não havendo o intuito punitivo do empregador”.

⁷³ SAAD. Eduardo Gabriel. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000, p. 239.

Por ora, apenas trouxemos o conceito do que significa retrocessão, que é uma alteração contratual capaz de provocar o desenso profissional do trabalhador, sendo que este não praticou ato faltoso algum.

Não se pode confundir a retrocessão trabalhista com a “retrocessão” (também chamada de reversão) do direito administrativo⁷⁴. Nesta, o ex-proprietário tem o direito de exigir a devolução do bem desapropriado que não recebeu do Poder Público a destinação adequada⁷⁵ e que motivou a desapropriação (tredestinação ilícita) ou que sequer recebeu alguma destinação (adestinação).

Por fim, a terceira hipótese de desenso profissional se dá com o rebaixamento. Assim como a retrocessão, o rebaixamento é a perda do cargo superior, retornando o empregado ao cargo anterior, mas a motivação desta alteração está agregada a uma conduta faltosa do trabalhador.

No rebaixamento, o empregado agiu mal e, dada a gravidade da conduta, sofrerá punição que consiste na perda do cargo, voltando a exercer o cargo anterior.

A legislação brasileira não permite a prática do rebaixamento, seja no serviço público ou no privado. É vedado inclusive o rebaixamento indireto ou moral que é aquele onde se rebaixa o cargo, mas não o salário⁷⁶.

Essa vedação é, como regra, aplicada até mesmo nas forças militares. Contudo, excepcionalmente, o art. 142, V da Constituição Federal, que trata das forças armadas federais, estabelece que o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por

⁷⁴ MAZZA, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 14^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 672.

⁷⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de direito administrativo**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, p. 657. “A tredestinação, como já assinalado, é o desvio de finalidade por parte do Poder Público que utiliza o bem desapropriado para atender finalidade ilegítima (ex.: venda do bem desapropriado para empresa privada). Quando ilícita, gera o direito à retrocessão ... Por fim, a adestinação significa a ausência de qualquer destinação ao bem desapropriado, revelando hipótese de completa omissão do Poder Público (ex.: bem é desapropriado, mas permanece desafetado, na qualidade de bem dominical). Conforme afirmamos no tópico anterior, apesar de prevalecer o entendimento doutrinário no sentido de que a adestinação não gera retrocessão, entendemos que, após a configuração da omissão injustificada por prazo razoável (em regra: cinco anos, tendo em vista a aplicação analogia do art. 10 do Decreto-lei 3.365/1941), o particular teria direito à retrocessão”.

⁷⁶ ALCANTARA, Silvano Alves. **Legislação trabalhista e rotinas trabalhistas**. 5^a ed. Curitiba: Editora Intersaber, 2022, p. 57.

decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

O art. 125, § 4º da CF estabelece que compete a Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças⁷⁷.

Já algumas armadas estrangeiras permitem o rebaixamento, como é o caso das forças militares americana⁷⁸. O militar perde patentes e descende na hierarquia funcional como punição pelo ato faltoso.

No setor privado, contudo, o rebaixamento é proibido e não pode ser aplicado. Ainda que o empregador exerça o poder disciplinar, o princípio da vedação à pena pecuniária ou ao rebaixamento funcional impede esse tipo de prática⁷⁹.

⁷⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 547. “Assim, podemos sacramentar, em poucas e resumidas palavras, que não mais existe (aliás, nunca existiu no plano constitucional) a pena acessória de perda do posto e da patente, e sim um julgamento ético para aferir a indignidade/incompatibilidade para com o oficialato, que tem natureza jurídica de efeito da condenação, julgamento esse que, mesmo havendo condenação superior a dois anos, poderá ser favorável ao oficial sem resultar na perda do posto ou da patente. O efeito da condenação não é a perda do posto e da patente, e sim a submissão ao julgamento ético, que pode reconhecer a indignidade/incompatibilidade do oficial para manter-se no oficialato, ocasião em que perderá o posto e a patente, ou, ao contrário, entender, eticamente e arrimado em vários critérios, e não só na condenação superior a dois anos (vida pregressa, conduta profissional etc.), que, apesar da condenação, o oficial mereça manter seu posto e patente”.

⁷⁸ TÓLI, Emerson Luiz Marcuzzo et al. **Análise comparativa do sistema penal militar norte americano e brasileiro**. “E por fim, a corte marcial geral, bastante semelhante a especial, é a responsável por impor penas mais severas. É o órgão mais poderoso da justiça militar norte-americana, podendo sancionar com a pena de morte, exclusão desonrosa, multa equivalente ao total da remuneração ou proventos dos que estão na reserva remunerada, pena de prisão e outras penas mais leves ... Foi na corte marcial geral em que foi julgado o ex-soldado especialista Jeremy Sivits, o primeiro militar a ser submetido à corte marcial, dos sete americanos acusados das torturas registradas na prisão iraquiana de Abu Ghraib, em maio de 2004. Acusado de maus tratos, conspiração para maltratar detidos e negligéncia por não ter protegido os presos, Jeremy foi condenado a um ano de reclusão, rebaixamento de patente para a mais baixa da carreira militar, soldado raso, três patentes inferior à sua, e posterior desligamento do exército por má conduta”.

Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12701-12702-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 set. 2024.

⁷⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024, p. 229. “O direito brasileiro não permite a aplicação de multa para o empregado (salvo previsão legal expressa, como é o caso do atleta profissional de futebol, nos termos do

Se o empregado, por dolo ou culpa, cometeu algum ato faltoso, caberá ao empregador, por conveniência, escolher qual medida punitiva aplicar, como advertência, suspensão com desconto salarial e, no mais grave cenário, aplicar a punição máxima que é a dispensa motivada (por justa causa), mas jamais aplicar o rebaixamento⁸⁰.

O rebaixamento não será válido mesmo se previsto em contrato individual, regulamento interno, acordos ou convenções coletivas.

Ainda que as partes pactuem a cláusula autorizando o rebaixamento, esta não será válida, haja vista a prevalência das normas cogentes (de ordem pública) de cunho protetivo ao empregado.

Caso o empregado sofra o rebaixamento, poderá demandar judicialmente o empregador pleiteando o retorno ao cargo superior (pedir a condenação do empregador a não fazer o rebaixamento e retorná-lo ao cargo anterior) e a indenização por danos materiais e/ou morais que sofreu.

Estando o empregado temeroso em demandar o empregador com o vínculo ainda vigente, nada impede que o faça após sua dispensa, mas poderá apenas reclamar a indenização pertinente aos prejuízos que sofreu, não sendo mais possível fazer qualquer exigência de caráter inibitório, haja vista o encerramento do vínculo.

art. 48 da Lei 9.615/98). Não é permitido, igualmente, ao empregador promover rebaixamento funcional, redução salarial ou transferência do empregado como formas de punição”.

⁸⁰ STUCHI, Victor Hugo Nazário. GONZAGA, Alvaro de Azevedo. ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). **Prática trabalhista**. 7^a ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021, p. 133.

CAPÍTULO II

O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E SUA FINALIDADE

II.1 – O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA JUNTO À CLT.

A palavra “*experiência*” está mencionada na CLT nos artigos 442-A; 443, § 2º, alínea c; 445, parágrafo único e 478, § 1º, mas sob três contextos diferentes.

Primeiro, como um “*atributo*” para contratação (art. 442-A da CLT). Estabelece o dispositivo que para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego, comprovação de “*experiência*” prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade. Aqui, a palavra experiência está se referindo ao conhecimento acumulado pelo trabalhador, a vivência, ao domínio das tarefas a serem exigidas, pois exerceu tais funções, conhece bem a rotina e o procedimento operacional.

Segundo, como um “*contrato atípico*”, por prazo determinado, cuja finalidade é permitir que as partes se conheçam, se experimentem, antes de pactuar uma relação definida e duradoura (arts. 443, § 2º e 445, parágrafo único). É o chamado “*contrato de prova*”.

Terceiro, como um “*período experimental*”, que é o primeiro ano de relação entre as partes, visto como um período de mera experiência (art. 478, § 1º).

A experiência, enquanto “*atributo*”, “*contrato*” ou “*período experimental*”, são institutos totalmente diferentes, independentes entre si e que não podem ser confundidos.

O art. 442-A se refere a proibição do empregador exigir do candidato ao emprego “*experiência*” prévia no exercício do cargo, que seja superior a 6 meses.

Exigir que o empregado tenha experiência de tempo superior a 6 meses no exercício daquela função, é um ato discriminatório, pois a lei veda

que o empregador adote critérios discriminatórios para contratar, promover ou dispensar empregados.

Natural que o empregador prefira contratar o trabalhador mais talhado. Nesse sentido, alguém mais experiente faz a diferença. Exigir que o trabalhador comprove experiência prévia, apesar de ser uma conduta questionável, já que pretere os mais jovens e inexperientes, é algo permitido pela lei. O que a lei veda é exigir comprovação de experiência superior a 6 (seis) meses.

Durante muito tempo, empregadores exigiam dos candidatos às vagas que comprovassem experiência no exercício das funções. Era comum já condicionar em anúncios o oferecimento de vagas de emprego, desde que o candidato comprovasse experiência de tantos anos na função.

Exigir que o candidato detenha uma expertise acumulada é algo razoável, já que transmite mais segurança e confiabilidade a quem contrata. Queremos crer que a pessoa mais experimentada naquela rotina exercerá as tarefas com mais propriedade.

A questão é que as exigências, por vezes, se mostravam exageradas. A contratação só ocorreria mediante comprovação de experiência de dois, cinco ou até dez anos de profissão. Essas exigências eram criticadas, pois desmedidas, e praticamente inutilizavam a possibilidade dos mais jovens serem aprovados em um processo seletivo, já que muitos, principalmente aqueles que procuravam o primeiro emprego, não tinham experiência alguma.

Imaginemos, por exemplo, que uma multinacional abra processo seletivo para contratar empregados em todas as unidades espalhadas pelo estado ou pelo país, mas, como condição de admissibilidade, exige que o candidato tenha experiência prévia superior a 2 anos na função. Tal exigência é proibida, pois discriminatória. Ante a proporção do ato praticado, poderá a empresa ser acionada pelos sindicatos profissionais ou pelo Ministério Público do Trabalho, que atuarão na defesa de direitos metaindividuais⁸¹.

⁸¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 195. “Observe-se, portanto, que a jurisdição trabalhista metaindividual, que é implementada por meio de um microssistema composto de normas da CF (art. 129, III), LACP, CDC (parte processual) e LC n. 75/93,

Já o art. 478, § 1º da CLT menciona que, nos contratos por prazo indeterminado, se o empregado for dispensado sem justa causa, terá direito a receber, para cada ano ou fração igual ou superior a 6 meses de trabalho, indenização respectiva a um mês de remuneração. Contudo, se a extinção do contrato se der no primeiro ano de trabalho, essa indenização não será devida, pois o empregado se encontra em “*período*” de experiência.

Essa regra não vigora nos dias de hoje, pois não recepcionada pela Constituição de 1988⁸². Sendo o FGTS um direito trabalhista obrigatório, se o empregado for dispensado sem justa causa, ainda que no curso do primeiro ano de trabalho, terá direito ao saque dos valores depositados e ao acréscimo da multa de 40% (art. 18, § 1º da Lei nº 8.036/90).

O saque do FGTS e a multa de 40% sobre o saldo são as indenizações devidas no caso de dispensa imotivada do trabalhador, tenha ela ocorrido no primeiro ano de contrato ou após.

Lembramos que, a redação do art. 478, § 1º da CLT, se reporta a época em que o FGTS não existia (até 1966) ou que era optativo (de 1966 até 1988).

Com o advento da Constituição Federal, não havendo mais opção para o empregado entre o FGTS e a estabilidade decenal do art. 492 da CLT, a multa do art. 478 deixou de ser exigível.

Por este motivo o “*período*” de experiência a que se refere o art. 478, § 1º celetista não nos interessa, já que se trata de um dispositivo não mais vigente.

Já o “*contrato*” de experiência ou contrato de prova, previsto nos artigos 443, § 2º alínea c e 445 parágrafo único da CLT, é o instituto sobre o qual trabalharemos, pois entendemos passível sua aplicação de forma antecedente e condicionada à efetiva promoção do empregado.

constitui o novo fundamento de acesso à Justiça do Trabalho para tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tendo como representantes ideológicos dos titulares de tais direitos o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos ...”

⁸² LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 83.

II.2 – FINALIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

A finalidade do contrato de experiência é dar às partes a oportunidade de se conhecerem melhor antes de firmar o vínculo definitivo de emprego⁸³.

Fazendo uma simplória analogia, seria como um noivado antes do casamento.

Na relação de experimentação, as partes têm a oportunidade de se conhecerem melhor antes de firmar um vínculo que, pela presunção da continuidade indeterminada, durará por longo período.

Pela regra, os contratos de emprego devem durar indeterminadamente no tempo. É uma relação que se espera seja de longa duração. Assim, é uma questão de prudência que as partes se conheçam melhor antes de firmar a relação definitiva.

O contrato de experiência é a forma legal de formalizar um vínculo que se inicia de forma provisória, mas que, se mostrando positiva ao final, passará a ser definitiva e por prazo indeterminado. Se, ao final, as partes concluíram que o ideal é dar continuidade na relação, então o trabalhador será “efetivado”, como se costuma dizer.

Serve para o empregador analisar a postura do empregado, o comportamento, a assiduidade, a pontualidade, o engajamento na realização das atividades, a fidelização, o respeito às regras internas, seu modo de agir junto aos clientes, colegas de setor e superiores hierárquicos.

Se o empregado, durante esse período, corresponder às expectativas do empregador, o contrato passará então a ser por prazo indeterminado.

Destaquemos o uso aleatório da palavra “efetivação”, verbalizada pelo público em geral e referendada por agências de empregos ou departamento de recursos humanos. Ela é usada para mostrar que houve a transformação de um contrato, *a priori* experimental, para *a posteriori*, definitivo.

⁸³ GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito trabalhista e previdenciário**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015, p. 49.

O contrato de experiência serve também para o empregado avaliar se as condições impostas pelo empregador estão de seu agrado.

Analisará o trabalhador se convém receber aquele salário para exercer aquelas tarefas, se é saudável o ambiente no qual está engajado, se há ou não perspectivas de crescimento profissional, se o empregador respeita as regras de postura, de segurança e higiene do trabalho, se o trajeto é longo e cansativo, se as tarefas estão dentro do seu domínio e nos limites das suas forças, sejam elas intelectuais ou físicas etc.

É no contrato de experiência que o empregado tem uma ideia da vida profissional que terá junto àquele empregador.

É, portanto, um período de troca de experiências, onde um fará um juízo avaliativo sobre o outro e sobre a relação que (espera-se) vingará.

Apesar de ser usado em praticamente todas as contratações, o contrato de experiência não é obrigatório.

Nada impede que a contratação seja feita diretamente, por prazo indeterminado, e sem a exigência de submissão ao período de experimentação.

Natural seja assim quando as partes já se conhecem, dispensando essa necessidade de aproximação. É o caso de ex-empregados que retomam o vínculo de emprego depois de um período fora.

Também se abdica do contrato de experiência quando as partes já se conhecem, mesmo que entre elas nunca houvesse uma relação formalizada.

Vide, por exemplo, emissoras de televisão quando contratam artistas famosos; de laboratórios que contratam pesquisadores renomados etc. Nesses casos, a reputação das pessoas envolvidas as precede, tornando desnecessário o contrato de experiência.

No setor público, a Lei nº 8.112/90 (Lei dos Servidores Públicos Federais) não prevê o período de experiência. O art. 20 regula o estágio probatório, que será de 24 meses, período em que o servidor será avaliado quanto a sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo. Já o art. 41

da CF, estabelece que o servidor público adquirirá a estabilidade após 3 anos de serviços prestados.

A estabilidade e o estágio probatório não se confundem. O estágio durará 24 meses (art. 20 da Lei nº 8.112/90) e a estabilidade será adquirida após 3 anos de serviço (art. 41 da CF). O prazo do estágio probatório foi alterado para 36 meses (MP nº 431/2008) mas, posteriormente, com a edição da Lei nº 11.784/08, votou a ter prazo de 24 meses.

A confusão entre os prazos do estágio e de aquisição de estabilidade trouxe divergências jurisprudenciais, mas o STF pacificou o entendimento de que o prazo do estágio probatório deve ser de 3 anos e não de 24 meses⁸⁴.

Fato é que, durante o estágio probatório, será aferida a assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade do servidor (art. 20, incisos I à V). Se não aprovado no estágio probatório, o servidor será exonerado de ofício (art. 34, parágrafo único, I). Caso o servidor seja promovido a outro cargo, também será submetido a estágio probatório, mas corre o risco de ser reconduzido ao cargo anterior se reprovado (art. 29, I).

Seja por desconhecimento ou por praxe, é quase uma unanimidade as vagas de emprego só se consolidarem após necessariamente passarem pelo contrato de experiência, mas fato é que este período não se faz obrigatório.

II.3 – O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO EMPREGO.

Dada a extensão e especificidade de cada área do Direito (civil, tributário, penal, empresarial etc.), natural que haja uma divisão metodológica, dando às matérias uma autonomia acadêmica e doutrinária.

⁸⁴ Em 7 de junho de 2011, no julgamento do AI 754.802, a 2ª Turma do STF, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, se confirmou o posicionamento adotado pela Advocacia Geral da União, no sentido de que tanto o prazo para aquisição de estabilidade como o prazo do estágio probatório estão vinculados, logo, devem ser de três anos.

Consequentemente, natural também que cada uma delas se destaque por trazer seus próprios princípios específicos⁸⁵.

No caso do direito do trabalho, seu princípio cardeal é o da proteção⁸⁶.

Na relação patrão e empregado, este é considerado a parte mais frágil, hipossuficiente, o que justifica a existência de uma série de regras protetivas em seu favor.

Ainda que o empregado eventualmente venha a ter superioridade diante de seu empregador, como por exemplo, superioridade patrimonial (mais rico) ou mesmo intelectual (maior expertise), ainda assim, por ser o empregado um sujeito juridicamente subordinado ao empregador, é visto como parte hipossuficiente, o que justifica a existência das regras protetivas.

Dentre os princípios protetivos, o da continuidade da relação de trabalho se destaca, pois, a lei determina que, como regra, os contratos de emprego são feitos para perdurar indeterminadamente no tempo.

Para o legislador, as partes iniciam a relação de emprego sem saber quando ela terminará. Essa é a regra! Espera-se que dure o maior tempo possível. E isso não é discurso romantizado que pretende sinalizar a necessidade de uma fidelização recíproca e eterna entre os envolvidos. O vínculo de emprego não é casamento, apesar de ser terrivelmente parecido em certos momentos.

A relação duradora tem como pretensão a segurança social, não só do trabalhador, mas também de seus familiares e da sociedade. Para ser mais preciso, o emprego de longa duração sempre foi visto como uma matriz de

⁸⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 46^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 182. “No vasto campo do Direito há uma graduação de amplitude entre os princípios, que varia desde os mais específicos aos absolutamente gerais, inspiradores de toda a árvore jurídica. Entendemos que, embora a fórmula indique princípios gerais, a expressão abrange tanto os efetivamente gerais quanto os específicos, destinados apenas a um ramo do Direito. De acordo com a classificação que a doutrina apresenta quanto às categorias de princípios, os de Direito são monovalentes, porque se aplicam apenas à Ciência do Direito; os princípios plurivalentes aplicam-se a vários campos de conhecimento e os onivalentes são válidos em todas as áreas científicas, como o princípio de causa eficiente. Como se depreende, os princípios são fundamentais ao Direito e além do Direito, dado que são origem ou fonte de todas as coisas”.

⁸⁶ KNIHS, Karla Kariny. **Legislação trabalhista e previdenciária em gestão financeira**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 10.

estabilização social⁸⁷, já que há uma aversão a vínculos de trabalho precários e provisórios.

Ora, como seria possível o empregado fazer planos de longo prazo como financiamento de um imóvel, frequentar um curso, pagar o colégio do filho, etc. se não tem perspectiva de estar no emprego depois de alguns dias ou meses?

Por esse motivo o legislador estabelece que os contratos são feitos para perdurar indeterminadamente no tempo. Tanto é que, apenas excepcionalmente, os contratos podem ser por prazo determinado.

Um cidadão engajado em um emprego, com perspectiva de que essa relação dure por muito tempo, é algo positivo para a sociedade, já que o desemprego é um mal que deve ser evitado.

Daí a insegurança gerada por vínculos precários (de duração determinada pelo tempo, por obra ou por tarefa), pois o fantasma do desemprego volta a assolar o trabalhador à medida que a data do encerramento se aproxima.

É inevitável que se desperte no trabalhador a dúvida se o contrato será renovado ou não, caso não seja, se conseguirá ou não novo emprego em seguida.

Além disso, quando o legislador prioriza seja duradoura a relação de emprego, visa evitar o efeito rodízio de mão de obra.

Não é bom ver um cidadão pulando de emprego em emprego por curto período quando, ao invés disso, poderia se engajar de forma definitiva em um posto de trabalho e lá permanecer o maior tempo possível. Essa visão, apesar de ser conservadora, ainda é a que prevalece, pois representa significativa segurança social.

Tanto que era comum se utilizar a expressão “carteira suja”⁸⁸ ao se referir ao trabalhador que tinha passagens por vários empregos diferentes. O

⁸⁷ BITENCOURT, Mérilan. **Trabalhabilidade: um direito fundamental pós-moderno**. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 123.

⁸⁸ A expressão “carteira suja” também era (e ainda é) usada para se referir a trabalhadores com anotações incompletas na CTPS, registros de advertências, punições ou dispensas motivadas (por justa causa). Tanto é que, para evitar que o trabalhador sofra dificuldades no

empregado era mais estigmatizado ainda se tivesse pouca idade e possuísse inúmeros registros.

Questionava-se porquê aquele trabalhador não se firmou em nenhum dos empregos. Era um sinal (preconceituoso, diga-se) que sugestionava ser o trabalhador alguém problemático, de comportamento instável, motivo pelo qual não conseguia engajar definitivamente em um emprego.

Não é surpresa, contudo, encontrar ainda hoje, trabalhadores que se aposentaram tendo um, dois ou no máximo três registros em carteira. Essa permanência contratual duradoura sempre foi vista como um importante elemento de estabilidade social. Tanto que, até antes da promulgação da Constituição Federal em 1988, vigia o art. 492 da CLT, hoje não recepcionado, que garantia ao trabalhador a estabilidade permanente no emprego, quando completasse dez anos de prestação de serviço ao mesmo empregador. O empregado com estabilidade decenal tinha garantia permanente de emprego, só se desligando se pedisse demissão, quando se aposentasse ou no caso de morte, sem falar que só poderia ser dispensado se praticasse falta grave (justa causa) devidamente apurada em ação judicial chamada “*inquérito para apuração de falta grave*” (art. 494 da CLT). Isso mostra como era importante para o legislador que o empregado se mantivesse fiel ao vínculo de emprego, pelo maior tempo possível.

Porém, atualmente tem prevalecido uma leitura diferente. É comum ouvirmos que o rodízio em oportunidades de trabalho é uma questão de sobrevivência, onde a adaptação constante aos novos ambientes se faz necessária⁸⁹.

Encarar novas oportunidades de trabalho tem sido visto como ação de adaptabilidade cada vez mais necessária. Se as oportunidades estão disponíveis por aí, por que se fidelizar a um único empregador a vida toda? Variar é preciso!

momento de procurar novo emprego, o § 4º do art. 29 da CLT, incluído pela Lei nº 10.270/01, vedava que qualquer anotação desabonadora sobre as condutas do trabalhador seja registrada na CTPS. É a atuação do legislador impedindo que se “*suje*” a CTPS com anotações, anda que verdadeiras, mas que prejudiquem a imagem do trabalhador.

⁸⁹ GRUBB, Valerie M. **Conflito de gerações: desafios e estratégias para gerenciar quatro gerações no ambiente de trabalho.** 1ª ed. Jaraguá do Sul: Autêntica Business, 2024, p. 134.

Respirar novos ares, sentir novas experiências, reciclar valores e se aventurar são formas de oxigenar as metas de vida profissional, permitindo ao sujeito se reinventar diariamente, a ponto de preferir se arriscar em novas empreitadas do que se manter na “zona de conforto”⁹⁰.

Fato é que, opiniões de gerações à parte, pela letra da lei, os contratos devem ser pactuados para perdurar indeterminadamente no tempo (regra), tanto que os contratos de emprego por prazo determinado só serão válidos se previstos dentro das exceções legais.

O art. 443, § 2º é expresso ao determinar que o contrato por prazo determinado só será permitido em três situações: a) em se tratando de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório e; c) no caso do contrato de experiência.

A CLT e a legislação esparsa preveem outros contratos por prazo determinado. Mas, por ser essa modalidade de contratação uma excepcionalidade, há previsão expressa e pontuada nesse sentido. São, por exemplo, os casos do aprendiz não portador de deficiência, que será de no máximo até 2 anos (art. 428 *caput* c.c § 3º da CLT); do atleta profissional, que será de no mínimo 3 meses e no máximo 5 anos (art. 30 da Lei nº 9.615/98) além de outros.

Por ser o contrato de experiência atípico, já que por prazo determinado, discute-se sobre sua natureza (ver item seguinte) e sobre sua forma (se obrigatoriamente escrito ou se válido na forma oral, ver item II.5), mas, fato é que se trata de um contrato excepcional, pois vai de encontro com o princípio da continuidade da relação de emprego⁹¹.

⁹⁰ BARBIERI, Ugo Franco. 124. **Gestão de pessoas nas organizações: a aprendizagem da liderança e da inovação.** São Paulo: Atlas, 2013. “As organizações cada vez mais competem por talentos e as novas gerações de executivos e funcionários atuam em novos paradigmas de carreira, não tendo a visão de estabilidade em uma empresa, típica das gerações mais antigas. Se a empresa não oferecer oportunidade de aprendizagem, boa liderança, incentivos e possibilidade de desenvolvimento, os mais jovens irão buscar em outras empresas estes requisitos de progresso na carreira”.

⁹¹ FIDELIS, Gilson José. **Gestão de pessoas: rotinas trabalhistas e dinâmica do departamento pessoal.** 6ª ed. São Paulo: Érica, 2020, p. 38.

II.4 – NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

Os contratos, sejam eles cíveis, comerciais, trabalhistas, costumam ser catalogados pela doutrina a depender da sua natureza e características⁹².

Quanto ao contrato de experiência, não há consenso sobre qual sua natureza jurídica.

Destaquemos ao menos 4 posições diferentes.

A primeira⁹³, entende que sua natureza jurídica é de um pré-contrato, um contrato preliminar. É um contrato que prevê uma “*promessa*” de pactuação de um contrato futuro. É um contrato vinculando as partes a futuramente criarem um outro contrato.

O contrato preliminar foi inserido no Código Civil de 2002 nos artigos 462 a 466. Ele representa uma contratação em “*dois tempos*”: no primeiro tempo, as partes estabelecem os elementos e condições da contratação futura (objeto do contrato preliminar); no segundo tempo, as partes celebram o contrato previamente desenhado.

Assim, a celebração do contrato no segundo tempo seria o adimplemento do contrato feito no primeiro tempo (contrato preliminar).

O contrato preliminar é feito para garantir a efetivação do negócio no tempo posterior.

Estabelece o art. 463 do CC que, concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no art. 462 também do CC, e desde que não contenha cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do contrato definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Não havendo a cláusula de arrependimento, a parte interessada pode pedir ao juiz que supra a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter

⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 28º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 104.

⁹³ TOFFOLETTO, Franco. PUCCI, Paola. **Diritto del lavoro**. Roma: EGEA, 2009, p. 158.

definitivo ao contrato preliminar. Caso não seja possível obrigar a celebração do contrato definitivo, o credor poderá pleitear perdas e danos.

Por essas características, é possível afirmar que o contrato de experiência não nos parece ser um contrato preliminar. Primeiro, porque o contrato de experiência não é um contrato prévio que garante que, no futuro, o contrato de emprego será firmado. Segundo, não há que se falar em inadimplemento do contrato de experiência, capaz de ensejar seja a outra parte compelida judicialmente a concretizar o contrato posterior.

Lembramos que a relação de emprego é caracterizada pelo requisito da pessoalidade (*intuitu personae*, art. 2º da CLT) e tem como característica a livre pactuação (liberdade de contratar e liberdade para escolher a profissão a ser exercida, art. 5º, II e XIII da CF) de modo que não há como obrigar qualquer uma das partes a firmar o vínculo de emprego.

Por fim, não há que se falar em direito líquido e certo à formação do contrato definitivo de emprego, já que, no setor privado, a contratação só ocorre pela conjugação de vontades livres e independentes de ambas as partes, não havendo como uma delas ser obrigada a indenizar a outra por perdas e danos, pelo fato da contratação definitiva não ter se concretizado.

Vale lembrar que, será cabível indenização ao trabalhador, quando for alvo de aliciamento e propostas concretas para engajar definitivamente em um emprego e, depois, sem qualquer motivo, o promitente não honrar o apalavrado. Nesse caso, criou-se a expectativa no empregado e, depois, sem motivação, o empregador simplesmente descumpriu aquilo que prometeu.

Nesse caso, o direito de indenização ao trabalhador se baseia na regra *venire contra factum proprium*⁹⁴ (vedação do comportamento contraditório) e não na figura do pré-contrato ou algo do tipo.

Na situação descrita, houve por parte do empregador a promessa de contratação do trabalhador. Mas, em seguida, sem qualquer motivação ou até mesmo por puro capricho, a empresa não honra a promessa e frustra totalmente as expectativas do candidato.

⁹⁴ FIUZA, César Augusto de Castro. **Curso de direito civil.** 24ª ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2023, p. 625.

Imagine que o trabalhador tenha mudado de domicílio para assumir o emprego que lhe foi prometido, ou que tenha pedido demissão do emprego atual para, ante a expectativa que lhe foi criada, assumir o novo cargo e, sem qualquer motivo, o empregador não honra o prometido. Nesse caso, há direito a indenização.

O Direito veda que alguém crie expectativas em outra pessoa, lhe fazendo promessas e, sem qualquer motivo, não as honre ou, pior ainda, adote uma conduta diametralmente oposta, frustrando as expectativas criadas no outro, causando-lhe a perda de uma chance⁹⁵. Tal conduta representa total falta de lealdade e boa-fé contratual (art. 422 do CC) o que permite, nesse caso, a parte prejudicada pleitear a devida indenização pelos prejuízos que sofreu.

Contudo, no contrato de experiência, essa promessa de contratação definitiva não existe.

As partes, mas principalmente o trabalhador, devem estar cientes que, ao final do contrato de experiência, não há direito líquido e certo a formação de um novo contrato, agora de forma definitiva.

O empregado é contratado se quiser; o empregador contrata se quiser. Não pode haver lei ou convenção particular obrigando um ao outro.

Assim, não nos parece adequada a teoria que caracteriza o contrato de experiência como um pré-contrato ou contrato preliminar.

⁹⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 168. “Nota-se que o prejuízo é assim aferido com base na depreciação efetiva do status quo ante. A chance é tratada como um bem, material ou imaterial, pertencente à vítima, e que foi destruído em razão do fato imputável ao réu. Por meio da técnica, a chance passa a ser considerada um ‘patrimônio anterior’ do interessado. Disso conclui-se que a chance perdida é um dano emergente. Em sentido oposto, a doutrina nacional por vezes observa que a perda da chance implica para a vítima uma frustração quanto a uma possível melhora ou ganho, aproximando-se assim dos lucros cessantes ou, ainda, representando um tertium genus na classificação comentada. A essa concepção, pode-se replicar que a técnica da reparação de chances indeniza, não a perda da vantagem ou da melhora desejada, mas a privação da oportunidade de obter essa vantagem. Ora, se aquelas perdas configuravam a frustração de um ganho, esta constitui, sempre, uma piora efetiva imposta à vítima. A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto, de um dano emergente”.

A segunda posição⁹⁶ entende que o contrato de experiência seria o equivalente a uma cláusula de condição suspensiva, prevista nos arts. 121 e 125 do CC.

A condição suspensiva é aquela que, enquanto não for implementada, impede a aquisição e o exercício dos direitos decorrentes do negócio jurídico. Exemplo: o pai diz para a filha recém-casada que doará um imóvel a ela, mas depois do nascimento do primeiro neto. Enquanto o neto não nascer, a doação não se efetiva (está suspensa).

A princípio, parece tentador pensar que o contrato de experiência se enquadra como condição suspensiva, pois o discurso patronal soa como “*a contratação será definitiva se você passar no período de experiência*”.

Contudo, é preciso lembrar que, no contrato de experiência, o trabalhador já é um empregado e detém praticamente todos os direitos trabalhistas como férias, 13º salário, FGTS e adicionais.

A única diferença é que esses direitos são restritos ao período de experiência, que é de no máximo 90 dias. Fora isso, o trabalhador é um empregado igual aos demais.

Um dos poucos direitos que o empregado não detém nesse período é o de estabilidade, já que esta é incompatível com os contratos por prazo determinado.

Não faz sentido, por exemplo, garantir estabilidade de um ano ao empregado se ele está engajado em um emprego que durará no máximo 90 dias.

Contudo, há entendimentos de que até mesmo a estabilidade é compatível com o contrato por prazo determinado⁹⁷. Vide o entendimento do

⁹⁶ SANSEVERINO, Luisa Riva. **Diritto del lavoro**. 14ª ed. Padova: CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milanni, 1952, p. 121.

⁹⁷ FILHO, João de Lima Teixeira. **Estudos de Direito do Trabalho: A Constituição e as estabilidades no Direito do Trabalho**. São Paulo: Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 1998, p. 81.

TST na súmula 244, III que admite ser a empregada gestante detentora de estabilidade, mesmo nos contratos a prazo determinado⁹⁸.

Por esta súmula, se a trabalhadora foi contratada a título de experiência, mas engravidou logo após a contratação, terá estabilidade no emprego até 5 meses após o parto.

A gestação dura em média 9 meses. Se a estabilidade dura até 5 meses após o parto (art. 10, II, *b* do ADCT), então a empregada, contratada inicialmente por apenas 90 dias, permanecerá no emprego com estabilidade por praticamente 14 meses.

O inciso III da súmula 244 do TST tem um nítido caráter protetivo e benéfico à trabalhadora gestante, mas é questionável no sentido de fazer o objeto acessório (a estabilidade) prevalecer sobre o objeto principal (o vínculo de emprego), de modo que, mesmo se a empregada não for aprovada na experiência, terá direito a permanência no emprego até o fim do período estabilitário. É um entendimento que nem de longe agrada a classe patronal, pois ficam obrigados a manter uma funcionários em seus quadros, mesmo não sendo aprovada no período experimental.

Não é correto dizer que o empregado será contratado “se” passar na experiência, pois ele já está contratado. Ele já é um empregado e detém praticamente todos os direitos previstos em lei. Há realmente uma condição suspensiva, mas apenas em relação a definitividade do contrato, que passará ser por prazo indeterminado “se” aprovado na experiência. Fora isso, não há suspensão alguma quanto à sua condição de empregado, pois já é desde o primeiro dia de trabalho.

⁹⁸ A súmula 244 do TST trata da estabilidade provisória da gestante durante o contrato de emprego. A redação do item III foi alterada pela sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012, Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Prevê a súmula que:

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “*b*” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “*b*”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Uma terceira posição⁹⁹, em total contraponto a corrente anterior, entende que o contrato de experiência seria uma condição resolutiva, prevista nos artigos 121 e 127 do CC.

Na condição resolutiva a extinção do contrato fica suspensa até que a condição ocorra. Ex: o pai que empresta o apartamento para o filho morar até que este complete o curso superior. Assim que o rapaz colar grau, o comodato (contrato de empréstimo) será extinto.

Para essa corrente, o contrato de experiência está vigente e exigível, mas chegará ao seu final se a condição se implementar (não ser aprovado na experiência).

A continuidade ou a extinção da relação empregatícia dependerá da ocorrência de um evento futuro e incerto¹⁰⁰, qual seja, a aprovação ou reprovação no período de tirocínio.

Entender o contrato de experiência como sendo uma condição resolutiva, até fazia certo sentido com base na previsão do § 1º do art. 478 da CLT, que trazia o “*período de experiência*”, mas que foi revogado tacitamente desde os anos de 1966 e soterrado de vez com a promulgação da Constituição de 1988 (vide abordagem sobre o “*período de experiência*” que fizemos no item II.1 deste Capítulo).

Nesse “*período de experiência*”, o contrato poderia ser resolvido, sem qualquer indenização, pelo período máximo de um ano, se o empregado não atendesse satisfatoriamente as exigências inerentes ao cargo.

Se o empregado passasse no “*período de experiência*” de um ano e, após esse período, fosse dispensado imotivadamente, então teria direito a ser indenizado.

Assim, parece que todas as correntes acima não se mostram adequadas em definir a natureza jurídica do contrato de experiência.

⁹⁹ MARANHÃO, Délia. CARVALHO, Luiz Inácio B. **Direito do trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993, p.185.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito das obrigações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 212.

Um quarto e último posicionamento¹⁰¹, que entendemos ser o mais adequado, define o contrato de experiência como um contrato próprio, autônomo e independente do contrato definitivo.

Ambos (o contrato de experiência e o contrato definitivo) são contratos de emprego, mas com naturezas e finalidades próprias.

O contrato de experiência tem tratamento próprio e pontuado na lei e sua finalidade é dar às partes a oportunidade de se conhecerem melhor (art. 443, alínea c e art. 445, parágrafo único da CLT).

É um contrato autônomo e independente do contrato de emprego definitivo.

Suprido o período de experiência, com êxito ou não, este se extingue.

Não havendo interesse na continuidade da relação, os haveres trabalhistas serão pagos e a relação é definitivamente encerrada.

Havendo interesse em continuar a relação, basta que no dia seguinte ao último dia do contrato de experiência, o empregado exerça suas atividades normalmente.

Essa continuidade fez surgir uma nova relação que é o contrato definitivo de emprego. O contrato de experiência é extinto e um novo contrato surge, agora por prazo indeterminado e definitivo.

Claro que, para efeito de contagem de tempo de serviço e cálculos de direitos trabalhistas, o contrato de experiência se funde ao contrato definitivo. A continuidade provocará a fusão dos períodos, que serão considerados contíguos.

Se o empregado trabalhou por 2 anos para o contratante, sendo 90 dias no período de testes e os outros 640 dias como empregado definitivo, os direitos trabalhistas serão calculados por todo o período.

O contrato de experiência não é um pré-contrato ao contrato de emprego. Também não é uma condição suspensiva ou resolutiva. No nosso

¹⁰¹ CARDONE, Marly Antonieta. **Advocacia trabalhista: direito processual, direito individual, direito coletivo, direito previdencial**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

entender, é um contrato autônomo e independente em relação ao contrato definitivo de emprego.

II.5 – A FORMA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

Segundo o art. 104 do CC, a validade do negócio jurídico exige, além do agente capaz e da licitude do objeto, que a forma adotada seja aquela prescrita ou não proibida em lei.

Na área trabalhista, como regra, e com base no princípio da informalidade, os contratos de emprego não têm forma específica (art. 442 *caput* da CLT).

Com exceção de alguns contratos, onde se exige necessariamente a forma escrita, como nos casos dos aprendizes (art. 428 da CLT), a regra geral estabelece que pode ser adotado o modo expresso (escrito ou oral) e o tácito.

Contrato na forma expressa¹⁰² é aquele em que as partes manifestam a vontade de forma inequívoca, externada através de gestos, palavras e conversas.

O contratante manifesta claramente sua intenção de contratar o trabalhador, e este manifesta expressamente sua concordância em ser contratado. Há a troca de intenções através da comunicação entre os sujeitos envolvidos.

Expressada a intenção de contratar eis agora que o contrato pode ser na forma oral ou escrita.

Será escrita, formal, ao se reduzir as diretrizes contratuais em um documento.

¹⁰² ALCÂNTARA, André Feitosa. JESUS, Fábio Rodrigues de. CARDOSO, José Nildo Alves. **Serviços jurídicos: práticas em departamentos jurídicos, de recursos humanos e de contabilidade**. São Paulo: Érica, 2019, p. 223.

A princípio, essa forma de contrato é atípica, aplicada exclusivamente apenas quando a lei exigir, como no caso dos empregados temporários, art. 9º da Lei nº 6.19/74.

Na maciça maioria das vezes o contrato de emprego é firmado oralmente. Após deliberarem as condições do contrato e apertarem as mãos, o contrato já está constituído.

Muitos confundem o registro na CTPS do trabalhador como sendo o contrato de emprego em sua forma escrita.

Há a errônea ideia de que o contrato de emprego se inicia ao se registrar a Carteira de Trabalho e Previdência Social. A maioria dos trabalhadores tem a ideia de que só após o registro é que nasce o vínculo de emprego.

Isso não é verdade! O contrato já nasce antes e existe mesmo sem anotação na CTPS do trabalhador.

A anotação no documento oficial é feita porque o vínculo existe e não o contrário. Tanto é que, o art. 29 da CLT determina ter o empregador até 5 dias úteis para registrar a CTPS do trabalhador, contados a partir da contratação.

Registrar o contrato na CTPS é uma das primeiras obrigações trabalhistas que surgem após o contrato ser firmado, mesmo no caso do contrato de experiência, cujo registro já é obrigatório (art. 13 *caput* da CLT).

As anotações na CTPS também não tornam o contrato de emprego como de forma escrita. A forma do contrato foi aquela utilizada pelas partes, antes do registro ser efetuado.

Tanto é verdade que, pessoas que não possuem CTPS, podem ser contratadas como empregados. Nesse caso, caberá ao empregador emitir uma declaração de vínculo e conceder prazo para o empregado providenciar a CTPS no órgão público competente e, após a emissão desta, efetuar o registro com data retroativa.

O registro com data retroativa, nessa hipótese, não caracteriza ilícito trabalhista. Mas, manter vínculo com o empregado sem registrar sua CTPS, é uma ofensa a lei.

Lembremos que a CTPS tem importante destinação probatória também na área previdenciária. Com os registros lá contidos, o empregado, que é um segurado obrigatório do INSS (art. 11, I da Lei nº 8.213/91), consegue comprovar sua condição e, com isso, requerer benefícios e serviços, dentre eles, a aposentadoria.

É claro que as anotações contidas na CTPS também servem de prova sobre a existência do contrato de emprego, mas elas, por si só, não são o contrato de emprego.

Tanto que é possível ser feita a prova da existência do contrato de emprego através de outros elementos e não apenas pelo registro na CTPS.

Além disso, as anotações na CTPS são presumivelmente verdadeiras. Trata-se de presunção *juris tantum* (relativa), pois admite-se prova em contrário caso as anotações não representem a realidade da relação entre as partes (princípio da primazia da realidade, art. 9º da CLT).

Já o contrato escrito é aquele documentado, formalizado, pois a lei assim o exige (é o caso do aprendiz, do estagiário, do temporário e do atleta profissional).

A existência do contrato escrito de emprego não isenta o empregador de anotar a CTPS do empregado. Pela lei, anotar a CTPS do trabalhador é uma obrigação jurídico administrativa, que nasce após a firmação do contrato, mesmo sendo este escrito.

Por fim, o contrato de emprego pode ser tácito¹⁰³. É possível existir vínculo de emprego entre as partes mesmo sem estas manifestarem de modo claro e expresso a intenção de formar a relação.

É curioso pensar como uma relação pode se consolidar e gerar direitos e obrigações, sem que nenhuma das partes manifestasse a intenção de contratar ou de ser contratada. Mas é possível!

Imagine a pessoa que, incomodada com o mato crescendo no terreno ao lado de sua casa, voluntariamente providencia a roçada. O terreno pertence a uma pessoa jurídica. Um dos seus sócios, vendo a conduta do prestativo

¹⁰³ SILVA, Marilene Luzia da. REZENDE, Mardele Eugênia Teixeira. **Rotinas trabalhistas: legislação e prática para gestão de pessoas**. 2ª ed. São Paulo: Érica, 2016, p. 52.

vizinho, lhe paga uma quantia em gratidão. Como o mato cresceu novamente, o proativo vizinho providenciou outra roçada, recebendo outro pagamento. Quando menos se percebe, o vizinho está fazendo a zeladoria daquele terreno de forma habitual, pessoal, onerosa e subordinada, firmando-se assim o vínculo de emprego.

Apesar de parecer improvável a narrativa acima, situações como essa são mais comuns do que se imagina.

Sem que contratante e contratado trocassem uma palavra sequer sobre a formação do vínculo de emprego (ou de qualquer outro contrato), este se formou graças a reiteração na conduta de ambos, ainda que silenciosa.

A inexistência de manifestação expressa de vontade não impede a configuração do vínculo, já que o art. 442 da CLT prevê a possibilidade de sua criação na forma tácita.

Quanto ao contrato de experiência, a lei não exige que seja na forma escrita. A lei não condiciona forma alguma, seja ela expressa (oral ou escrita) ou tácita.

O que vemos na rotina empresarial é a adoção praticamente unânime da forma escrita para os contratos de experiência. Raramente são feitos na forma oral (para não dizer inexistentes).

Será, contudo, impossível o contrato de experiência na forma tácita. No contrato de experiência, a intenção (de experimentação mútua) e a delimitação do tempo de duração (no máximo 90 dias), por serem elementos que devem estar claramente sinalizados, se mostra incompatível com a formação no modo tácito.

Sendo necessariamente um contrato na forma expressa, a questão que surge é se pode ser oral ou escrito.

Se a lei não condiciona uma forma específica, não nos cabe exigir que seja válido se necessariamente escrito.

É bem verdade que, sendo o contrato por prazo determinado um contrato atípico, já que prevalece o princípio da continuidade da relação de

emprego, é muito comum, por força dos costumes, que o contrato de experiência seja sempre feito na forma escrita.

Por ser um contrato anormal, a segurança da prova documental é uma forma de garantir maior tranquilidade ao contratante, afinal, contratar alguém por prazo determinado, é atípico. E, para evitar eventual divergência entre patrão e empregado sobre a natureza do vínculo firmado (se por prazo determinado ou indeterminado), a prova documental se mostra muito mais esclarecedora e robusta nesse sentido.

Nunca é demais lembrar que as palavras se perdem ao vento. As relações firmadas oralmente tendem a provocar um problema: a dificuldade probatória.

Se o empregador alega que firmou junto ao trabalhador contrato de experiência e este ratifica a informação, não haverá problema algum. Mas, se o trabalhador nega que a contratação se deu dessa forma, haverá sobre ele a presunção favorável de que o contrato tenha sido firmado por prazo indeterminado (e não na forma de experiência), pois há o princípio da continuidade da relação de emprego favorecendo o trabalhador.

Haveria intenso esforço probatório do empregador, no sentido de demonstrar que o contrato de experiência realmente existiu, apesar da negativa do trabalhador.

Por este motivo, é praticamente unânime a adoção do contrato de experiência na forma escrita, pois traz maior segurança probatória para as partes (principalmente ao empregador), apesar de a lei não condicionar expressamente seja esta a forma obrigatória.

II.6 – O REGISTRO NA CTPS DO EMPREGADO SOBRE A RELAÇÃO DE EXPERIÊNCIA.

Há a errada ideia de que o empregado só será registrado se “*for efetivado*” no emprego. O correto é registrar o contrato na CPTS já no

momento da pactuação do contrato, mesmo sendo ele por prazo determinado (art. 13 *caput* da CLT).

Se, no final do contrato de experiência, as partes não quiserem dar continuidade na relação, o contrato é extinto, as verbas rescisórias são pagas e dá-se baixa na CTPS, registrando a data e o motivo da extinção do vínculo.

Caso contrário, querendo as partes manter o vínculo, basta anotar na CTPS que a relação seguirá. Nem mesmo um aditivo contratual será necessário.

Aliás, a falta de anotação da CTPS que o período de experiência terminou e que a relação se manteve por prazo indeterminado em nada impacta na execução do contrato. Se o empregado trabalhou um dia sequer após o término da relação de experiência, o contrato automaticamente se transformou em prazo indeterminado, independentemente de manifestação expressa de uma das partes ou da existência de qualquer registro nesse sentido.

É errado registrar o empregado somente após cumprir o período de experiência.

Caso o empregador assim proceda (e essa prática é mais comum do que se imagina), estará o empregador sonegando a existência da relação de emprego em um documento oficial, sendo que o vínculo existe desde o início do período de prova.

É errado também registrar o empregado após o contrato de experiência, ainda que com data retroativa. Nesse caso, o empregador está incluindo o contrato de experiência no tempo de serviço, mas o faz a destempo. É uma situação “*menos pior*” do que não registrar a existência do contrato de experiência, mas ainda assim é um erro procedural.

O art. 29 da CLT exige que o contrato de emprego seja registrado na CTPS em até no máximo 5 dias úteis após o início da relação, não fazendo distinção seja ela por prazo determinado ou indeterminado.

Além disso, não é demais lembrar que, mesmo no período de experiência, o empregado já é um segurado obrigatório do INSS (art. 11, I da Lei nº 8.213/91), fazendo jus a alguns benefícios e serviços.

Se o empregado está trabalhando de forma experimental, mas sem o devido registro, caso seja vítima de um infortúnio, o INSS sequer saberá que ali havia um segurado detentor de direitos previdenciários¹⁰⁴.

Vide, por exemplo, o caso o empregado que se acidenta trabalhando e fica total e permanentemente incapacitado. Nesse caso, ele terá direito a aposentadoria por invalidez, ainda que tivesse o infortúnio ocorrido no seu primeiro dia de emprego, mesmo sendo em período de experiência. Se o empregado não é registrado, o INSS não tem conhecimento de sua existência.

Além disso, o empregado e o empregador serão tributados pelo Estado, já que a formalização do vínculo é fato gerador de inúmeros impostos e contribuições. O empregador pagará contribuição previdenciária (20% sobre a folha de pagamento), o SAT – Seguro Acidente do Trabalho (1%, 2% ou 3% sobre o total das remunerações pagas) e o FAP – Fator Acidentário de Prevenção (de 0,5 a 2% da folha de pagamento a depender dos índices de acidentes na empresa), sem falar do recolhimento de 8% de FGTS sobre o salário do empregado. Este, por sua vez, terá de pagar imposto de renda e contribuição previdenciária incidentes sobre o seu salário.

Sem o registro, o Estado não sabe da existência destes deveres tributários, caracterizando sonegação¹⁰⁵.

Esperar o término do contrato de experiência para registrar o empregado, ainda que com data retroativa, é infração aos direitos trabalhistas do empregado, quiçá nem registrar a existência desse período.

¹⁰⁴ MATOSO, Rubiane Bakalarczyk. **Legislação trabalhista e previdenciária**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 149.

¹⁰⁵ LAZZARI, João Batista. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Direito previdenciário**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 276.

II.7 – TEMPO MÁXIMO DE DURAÇÃO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

Prevê o art. 445, parágrafo único da CLT que o contrato de experiência não poderá exceder a 90 dias.

A lei nada fala sobre o contrato de experiência ter um prazo de duração específico e determinado. Apenas condiciona que não poderá exceder a 90 dias. Qualquer prazo estipulado pelas partes, desde que não ultrapasse 90 dias, é válido.

A súmula 188 do TST estabelece que o contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 dias.

A necessidade de edição desta súmula se justifica porque havia uma discussão se o contrato poderia ser de até 180 dias. Como a lei admite seja o contrato de experiência renovado uma vez (art. 451 da CLT), então se criou o entendimento que ele poderia ser firmado em 90 dias e em seguida renovado por mais 90 dias.

Esse entendimento não prosperou e o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu que o contrato de experiência, sendo ou não renovado, terá 90 dias como prazo máximo de duração.

Por força dos costumes, é praticamente unânime a confecção do contrato de experiência com duração de 90 dias. Todos os empregadores, quando condicionam que o empregado passe por um período de experiência, usam o prazo máximo permitido.

Era muito comum, inclusive, a confusão do período de duração do contrato de experiência com o contrato temporário, que era de no máximo 3 meses (art. 10º da Lei nº 6.019/74 antes da edição da Lei nº 13.429/17).

O contrato de experiência não é (e nem era) de até 3 meses e sim de até no máximo 90 dias. Mesmo a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) trazendo certas flexibilidades e autonomias¹⁰⁶, seja em âmbito individual (no

¹⁰⁶ SCARPA, Rita de Cássia Nogueira de Moraes. **Reforma trabalhista, flexibilização e crise no direito do trabalho.** São Paulo: Almedina, 2023, p. 319.

caso, em relação ao alto empregado, art. 444 parágrafo único da CLT), seja em âmbito coletivo (art. 611-A da CLT), manteve a proibição em fixar contrato de experiência acima de 90 dias.

A duração do contrato pode ser inferior a 90 dias, mas jamais superior a esse período.

A contagem do tempo de duração será em dias corridos e não em dias úteis. A natureza do prazo é contratual e não processual.

O dia do início do contrato computa na contagem. Assim, se iniciado em 1º de junho pode se dar até no máximo 29 de agosto, pouco importando a existência de feriados e domingos durante sua contagem. Se, por equívoco, o empregador desconsiderou o dia 1º de junho na contagem e entendeu que o contrato terminou no dia 30 de agosto, permitindo o empregado trabalhar nesse dia, automaticamente a relação se transformou em prazo indeterminado.

O comparecimento do empregado para trabalhar no dia seguinte ao término do contrato de experiência é suficiente para transformá-lo em contrato definitivo e por prazo indeterminado¹⁰⁷.

Não há contrato de experiência com prazo diferenciado, seja por conta da idade do trabalhador, por conta da profissão ou por qualquer outro critério.

A contagem deste prazo não é suspensa ou interrompida. Iniciado o contrato, ele se extingue ao seu termo final ou antecipadamente por iniciativa de uma das partes. É o caso de o empregador dispensar o empregado ou deste pedir demissão. Ambos podem decidir pela extinção do vínculo (seja com ou sem motivação) antes mesmo do prazo final do contrato.

Duas situações, contudo, chamam a atenção e merecem destaque, pois transformam o contrato de experiência em contrato definitivo.

A primeira, ocorre com a gravidez da empregada. Nesse caso, a súmula 244, III do TST determina que a estabilidade gestante é garantida mesmo nos contratos por prazo determinado¹⁰⁸.

¹⁰⁷ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social: direito do trabalho.** 15ª ed. Barueri: Manole, 2021, p. 54.

¹⁰⁸ A súmula 244 do TST no seu inciso III estabelece que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições

Apesar da súmula se referir especificamente a estabilidade gestante, a adoção de criança ou adolescente também garante a estabilidade por até 5 meses após a obtenção da guarda. Esse direito está previsto no parágrafo único do art. 391-A da CLT, sendo que este dispositivo não existia quando da edição da súmula 244 do TST, mas entendemos ser aplicável por interpretação extensiva¹⁰⁹, inclusive por força da própria equiparação constitucional garantida entre filhos biológicos e adotivos prevista no art. 227, § 6º da CF.

A segunda, em relação ao empregado acidentado no curso do contrato de experiência. Imagine que o empregado, no segundo dia do contrato de experiência, se acidentou trabalhando¹¹⁰ e fraturou uma das pernas, tendo de ficar 5 meses afastado para recuperação. Como fica o contrato de emprego, se agora estará afastado por licença médica? Nesse caso, o contrato se extinguirá no prazo originariamente estipulado e, quando o empregado tiver alta, terá direito a retornar ao emprego, sendo o contrato agora vigente por prazo indeterminado. O empregado inclusive terá estabilidade de 12 meses após a sua alta médica (art. 118 da Lei nº 8.213/91 c.c súmula 378, III do TST).

Portanto, a empregada que engravidou, a(o) empregada(o) que adota criança ou adolescente e aquele que se acidenta durante o curso do contrato de experiência, adquirirá estabilidade e, como este período suplantará o tempo de duração do período experimental, o contrato passará automaticamente a ser por prazo indeterminado, tornando definitiva a relação empregatícia.

Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

¹⁰⁹ IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82. “A extensiva tem por característica o fato de ampliar a aplicação da lei nos casos em que se verifica a possibilidade de que, apesar de não explicitada pela lei, há pressuposições implícitas, no sentido de natureza do caso em que se pretende aplicar. De outro modo, é extensiva, no sentido de que é possível estender o sentido da letra da lei (o que ela diz).

Há correlação de pressuposição possível de ser exposta por uma conduta hermenêutica sem que ocorra interpretação equivocada desde que o parâmetro inicial seja obedecido: apreender, compreender e interpretar o Direito. Em síntese: a interpretação extensiva é a interpretação que corre por conta de uma hipótese implícita pelo próprio legislador na exposição da norma ou lei”.

¹¹⁰ Lembrando que, no exemplo dado, por ter sido o acidente com nexo trabalhista, o trabalhador gozará auxílio por incapacidade provisória do tipo accidentário (código B.91) após o 15º dia de afastamento. Esse benefício será concedido pelo INSS e sem a necessidade de carência, ou seja, o empregado-segurado não precisará ter recolhido as 12 contribuições prévias. Essas seriam exigíveis, se o acidente tivesse sido sem nexo trabalhista (auxílio por incapacidade provisória comum, código B.31). Seria o caso, por exemplo, se o trabalhador tivesse se acidentado em sua casa, no dia de folga.

II.8 – CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E SEU LIMITE DE RENOVAÇÃO.

O art. 451 da CLT prevê que, nos contratos por prazos determinados, admite-se prorrogação, mas apenas uma única vez.

Garantir a possibilidade de prorrogação do contrato de experiência é a forma que o legislador entendeu viável permitir às partes prolongar o período de experimentação.

A renovação do contrato sinaliza que as partes ainda não estão convictas sobre a viabilidade de pactuar o contrato de forma definitiva e que se faz necessário continuar o período experimental. A renovação não é obrigatória, mas facultativa.

A forma da renovação deve ser expressa, não se admitindo a forma tácita. É preciso ficar claro que a intenção das partes é prorrogar o período experimental, o que demonstra que ainda não há uma conclusão sólida e segura sobre a pactuação definitiva do contrato.

A exigência da renovação de forma expressa se mostra necessária ante o princípio da continuidade da relação de emprego. Esse princípio faz presumir que o vínculo empregatício é naturalmente firmado por prazo indeterminado, devendo as relações por prazo certo serem bem especificadas e destacadas. Assim, se foi pactuado um contrato inicial de 45 dias e o empregado trabalhou o 46º dia, o contrato já se transformou em prazo indeterminado, não havendo que se falar em renovação tácita do contrato. Só não ocorrerá essa transformação, se ficar claro entre as partes que a pretensão é renovar o período experimental por mais uma vez.

O contrato de experiência jamais poderá ultrapassar o prazo máximo de 90 dias (súmula 188 do TST) e, a forma de distribuição dos prazos não está condicionada na lei, o que dá autonomia às partes para usarem a criatividade.

Assim, por exemplo, o contrato pode ser de 30 dias renovados por mais 60 dias; de 45 dias renovado por mais 45 dias (essa, inclusive, é a distribuição mais praticada); de 30 dias renovados por mais 30 dias (nesse caso, o empregador não usou o prazo máximo de 90 dias); pode ser feito um contrato de 10 dias renovado por mais 80 dias; pode ser pactuado até mesmo um único contrato de 90 dias, mas nesse caso, o empregador não poderá praticar a renovação.

Os costumes mostram que os empregadores sempre usam o contrato de experiência antes da contratação definitiva, que sempre usam o prazo máximo de 90 dias e que sempre usam da renovação.

Há até formulários prontos disponíveis em papelarias e na internet referendando o prazo de 45 dias renovados por mais 45 dias, o que confirmar o comportamento robotizado adotado por muitos departamentos pessoais.

A intenção de renovar o contrato precisa estar expressa (preferencialmente, documentada). Não há a possibilidade de renovação tácita. O contrato deve especificar o tempo de duração e se haverá prorrogação¹¹¹.

Encerrado o período experimental com a prorrogação feita, ainda que as partes estejam em dúvida sobre a viabilidade de concretizar o vínculo definitivo, não poderão mais praticar uma segunda renovação, mesmo que o prazo de 90 dias não tenha sido esgotado.

Importante que as partes usem bem o período máximo e a única possibilidade de prorrogação para aferirem a viabilidade ou não de firmar o contrato de forma definitiva, pois não haverá mais como prorrogá-las.

¹¹¹ MOSCHINI JÚNIOR, Alberto José. **Forma de pactuação e prorrogação do contrato de experiência.** “A prorrogação do contrato em análise far-se-á expressamente, assim como sua pactuação, e pelos fundamentos desta, conforme supra analisado. Caso a prorrogação fosse permitida na modalidade tácita, indubitável seria o prejuízo ao trabalhador, já que, na prática, este não teria conhecimento da prorrogação e continuaria a trabalhar sob a crença de que seu pacto teria passado a vigorar como contrato por prazo indeterminado. Neste sentido, Marcelo Segal entende que: ‘A eventual prorrogação não pode ser presumida. A mesma manifestação de vontade criadora do contrato a termo é exigida em eventual prorrogação, não se admitindo que seja tácita’”. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/63/34>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

II.9 – CONTRATO DE EXPERIÊNCIA: OBRIGATORIEDADE OU FACULTATIVIDADE?

O contrato de experiência não é um instrumento obrigatório e muito menos condicionante para validar a contratação de um empregado no setor privado. Sua pactuação é facultativa.

Se as partes envolvidas já se conhecem e querem abdicar do contrato de experiência não haverá irregularidade alguma se assim o fizerem. Aliás, seria até o ideal, pois não há necessidade de se experimentarem aqueles que já bem se conhecem.

Firmar o período de experiência, quando as partes se conhecem, pode até dar azo a nulidade deste contrato, já que seu propósito não se justifica¹¹². Vide o exemplo da proibição em se contratar por experiência um empregado que já prestou serviços como temporário para o tomador. Não faz sentido que uma empresa tomadora, interessando-se em efetivar um trabalhador temporário, exija dele que se submeta a um período de experimentação, haja vista a duração de meses da relação preexistente entre eles (art. 10, § 4º da Lei nº 6.019/74).

Os costumes mostram que as partes tendem sempre a iniciar a relação de emprego pelo contrato de experiência, mesmo quando já se conhecem. É a praxe ignorando aquilo que a legislação realmente oferece.

Isso faz criar o mito de que o contrato de experiência é um instrumento obrigatório, prévio e condicionante ao contrato definitivo. Mas não é! O uso do período de testes é facultativo.

¹¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 706. “Se o empregado já trabalhou na mesma empresa, é válido contrato de experiência em sua readmissão? Em princípio, não é lícito às partes o contrato de experiência com empregado que já trabalhou na empresa, porque nesse caso dá-se a perda da causa jurídica do contrato que é a necessidade de conhecimento recíproco entre os contratantes, porém, há uma situação em que essa perda não se dá. Ocorre quando o empregado vai, no segundo contrato, exercer uma função completamente diferente daquela que exerceu e para a qual se diz tecnicamente apto, caso em que, embora as partes já se conheçam como tal, não se conhecem quanto à aptidão funcional nova”.

A elaboração do contrato de experiência só faz sentido quando as partes não se conhecem e precisam de uma maior aproximação antes de formar um vínculo duradouro.

Como na grande maioria das vezes as contratações inauguram uma relação, então é praticamente unânime a elaboração do contrato de experiência no início do vínculo de emprego.

CAPÍTULO III

A TESE DO NÃO CABIMENTO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTECEDENTE À PROMOÇÃO E A PROIBIÇÃO DA RETROCESSÃO.

III.1 – A LEI ESTABELECENDO QUE O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA SÓ PODE SER PACTUADO UMA ÚNICA VEZ.

A CLT prevê nos §§ 1º e 2º do art. 443 a figura do contrato por prazo determinado. O contrato a termo é uma exceção, pois a regra é que os contratos sejam fixados por prazo indeterminado¹¹³. Tanto que, as alíneas a, b e c do § 2º do art. 443 trazem as hipóteses excepcionais de contratos por prazo determinado, sendo o contrato de experiência um deles (alínea c).

Costumeiramente, todos os contratos de emprego, antes de se tornarem definitivos, passam primeiramente por um período de experiência. É a praxe! Excepcional é a contratação já direta, definitiva e por prazo indeterminado.

A literalidade da lei não proíbe que o contrato de experiência seja firmado no curso do contrato. A lei também não estabelece que seja firmado apenas no início da relação.

A lei limita uma quantificação de prazo (até 90 dias) e de renovação (por apenas uma única vez).

É sobre essa peculiaridade legal, de não proibir expressamente a elaboração do contrato de provas no curso do contrato definitivo, que estruturamos nossa tese, declinando ser possível o seu uso antes da efetivação da promoção do empregado ao cargo superior (ver item IV.2 do capítulo IV).

Pensar que o contrato de experiência seja firmado no início da relação, já que as partes não se conhecem e precisam se submeter a uma experimentação recíproca, é perfeitamente coerente. Mas, nos parece razoável o entendimento de que, mesmo durante anos de relação de emprego vigente,

¹¹³ ALCANTARA, Silvano Alves. **Relações trabalhistas**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 29.

ideal seria conhecer se o trabalhador, agora aliciado a assumir um novo posto, está apto a exercer as novas funções com a mesma competência, haja vista que agora serão exigidas maiores responsabilidades, dedicação, engajamento, metas e resultados.

O fato de o empregador conhecer bem seu funcionário é o que o motivou a oferecer-lhe a promoção. Ocorre que, mesmo a convivência de longo tempo, pode não ser suficiente para afirmar com segurança e certeza que o empregado terá bom aproveitamento no novo cargo, o que mostra razoável a fixação do contrato de experiência antecedente à promoção.

Porém, os principais entraves na aplicação desse entendimento são basicamente dois:

a) a literalidade da lei, que apesar de não proibir expressamente o contrato de experiência no curso do contrato por prazo indeterminado, estabelece que ele só pode ser pactuado “uma única vez” e, se já foi pactuado no início da contratação, não poderia ser renovado pela “segunda vez”, agora no curso e da relação, e;

b) é incompatível fixar contrato por prazo determinado durante a vigência de um contrato por prazo indeterminado.

São estes os principais argumentos que impedem a aceitação da fixação do contrato de experiência no curso do contrato de emprego.

O primeiro e principal motivo impeditivo, está no fato de que o contrato de experiência, por já ter sido fixado no início da relação (no momento da contratação), não poderia ser novamente pactuado (art. 451 da CLT). Assim, se a empresa contratou João e estipulou um contrato de experiência de 45 dias, renovável por mais 45 dias, o contrato chegou ao seu limite, tanto no que diz respeito ao máximo temporal (90 dias), quanto ao limite de renovação (uma única vez).

Se, no curso do contrato por prazo indeterminado, fosse o contrato de experiência recriado, estaria se ofendendo a regra do art. 451 da CLT, que diz que o contrato a termo só pode ser renovado “uma única vez”.

Porém, imaginemos outra situação: se o contrato de experiência fosse feito, no início do contrato, por 90 dias, sem renová-lo, poderia então essa possibilidade de renovação ser feita no curso do contrato? Ou, e se a contratação do empregado fosse feita diretamente, sem o contrato de experiência, poderia então ser estipulado no curso do contrato? Como não foi usado o contrato de experiência no início da relação, isso autorizaria o seu uso agora, durante a vigência do contrato definitivo?

A primeira pergunta insinua a possibilidade de praticar uma renovação, pois esta não foi realizada quando da contratação. O contrato de experiência existiu, mas não foi renovado.

Já na segunda pergunta, está se criando integralmente um contrato de experiência no curso do contrato, já que este não foi firmado no início da relação.

Em ambas as situações, a resposta parece negativa e o motivo é muito simples: não é possível inserir no curso de um contrato por prazo indeterminado um novo contrato de prazo determinado, haja vista o princípio da continuidade da relação de emprego, pois o contrato é feito para durar indeterminadamente no tempo, sendo os contratos a prazo determinado uma exceção¹¹⁴.

A impossibilidade de se inserir um contrato a prazo determinado dentro de um contrato que já é por prazo indeterminado¹¹⁵ está no impacto que isso causaria na forma do cálculo das verbas rescisórias. Os haveres trabalhistas são diferentes ao se encerrar o contrato de prazo indeterminado, quando comparados ao encerramento do contrato a prazo. Vide, por exemplo, a questão relativa à multa de 40%, indevida quando o contrato a prazo se encerra na data prevista.

Já a regra inversa é perfeitamente admita (que o contrato por prazo determinado se converta em prazo indeterminado). Tanto que essa conversão é automática em duas situações:

¹¹⁴ CARNEIRO, Marcos Antônio. **Gestão de departamento pessoal**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 19.

¹¹⁵ REDINZ, Marco Antonio. **Contratos trabalhistas na prática**. 1^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 107.

- a) se houver mais de uma prorrogação, ou;
- b) se o empregado prestar serviço por um dia sequer além da data final do contrato.

Assim, se o empregador contratou o empregado e pactuou um único contrato de experiência de 90 dias, sem renovação, o fato do empregado trabalhar o 91º dia já torna o contrato por prazo indeterminado. Trata-se de prorrogação automática e que independe de manifestação expressa de vontade.

Quanto à possibilidade de estabelecer o contrato de experiência no curso da relação definitiva, apenas se aquele não foi firmado no início, também não encontra respaldo ante o princípio da continuidade.

Soma-se ainda o entendimento doutrinário¹¹⁶ de que o contrato de experiência sempre foi visto como um contrato que inaugura a relação de emprego, utilizado como período de prova e destinado apenas no início do vínculo e com finalidade de incitar às partes a firmarem, caso haja aprovação recíproca, uma relação futura e duradoura, não fazendo sentido seu uso durante o curso de uma relação já consolidada, quando ambos reciprocamente bem se conhecem.

Mas, há de se convir que, seja no início da relação ou mesmo durante o seu curso, não há certeza se o empregado vingará ou não no novo cargo. É um risco que as partes devem assumir, quiçá o empresário, que é naturalmente quem assume os riscos do negócio.

Por esses motivos, apesar de não concordarmos, há de se convir que a corrente que proíbe a fixação do contrato de experiência no curso do contrato de emprego, tem toda coerência quando analisada pelos aspectos principiológicos específicos do direito do trabalho.

¹¹⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 79. “Já no contrato de experiência, ainda existindo o prazo prefixado, há a expectativa de que, se o empregado for aprovado pelo empregador e se o serviço for do seu agrado, o contrato continuará, normalmente, aí sem prazo determinado. Então, embora o contrato de experiência seja uma modalidade dos contratos a prazo, tem uma característica especial, que é exatamente a possibilidade de continuação do pacto, devendo esta ser a regra geral”.

III.2 – A PROMOÇÃO COMO CAMINHO SEM VOLTA.

A ideia de que há um estado constante de evolução não é uma peculiaridade apenas do mundo biológico, mas também social¹¹⁷. O ideário da necessidade evolucionista profissional está enraizado em nosso seio social¹¹⁸.

Como afirmava Heráclito de Éfeso¹¹⁹, estamos em um constante estado de *devir*, de transformação, o que naturalmente provoca, de tempos em tempos, a quebras de paradigmas.

Estando a sociedade (e o próprio indivíduo nela inserido) em um constante processo de transformação, onde a evolução é a meta pretendida¹²⁰, a ideia de retrocesso soa negativamente, afinal, regredir não é algo desejável.

Em um contexto social em que se cobra cada vez mais do indivíduo sua evolução profissional, aqueles que se mostram estagnados já são alvo de críticas, quiçá os que retrocedem.

O discurso “enlatado” de que estamos imersos em um meio concorrencial e que precisamos evoluir, para com isso regozijar dos frutos de nossa meritocracia, é típica de um padrão cultural consolidado em sociedades

¹¹⁷ BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Tradução José Carlos Pereira. São Paulo: Contexto, 2023, p. 61. “O desenvolvimento desse aspecto da Antropologia foi estimulado pela obra de Darwin e as de seus sucessores, e as ideias subjacentes só podem ser entendidas como uma aplicação da teoria da evolução biológica aos fenômenos mentais. A concepção de que as manifestações da vida étnica representam uma série cronológica, que progrediu, numa única linha, de inícios simples para o complexo tipo de civilização moderna, tem sido o pensamento subjacente a esse aspecto da ciência antropológica. Os argumentos a favor dessa teoria se fundam nas semelhanças de tipos de cultura observados em distintas raças do mundo inteiro e na ocorrência de costumes peculiares em nossa própria civilização, que só podem ser explicados como sobrevivências de costumes mais antigos que tinham um significado mais profundo num período distante e que ainda se encontram em pleno vigor entre os povos primitivos”.

¹¹⁸ SILVA, Hugo Leonardo Fonseca da. **Trabalho, corporalidade e formação humana**. 1^a ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2020, p. 172.

¹¹⁹ TAVARES, Renata. NOYANNA, Samon. **Textos clássicos de filosofia antiga: uma introdução a Platão e Aristóteles**. Curitiba: InterSaberes, 2017, p. 232.

¹²⁰ VIANA, Nildo. **Introdução à sociologia**. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2011, p. 138. “Sem dúvida, o problema da liberdade humana está intimamente ligado ao processo de transformação social. As concepções deterministas não abrem espaço para a transformação social e concebem o social de forma coisificada, cristalizada, petrificada. O social se torna uma ‘coisa’, no sentido durkheimiano”.

ocidentais capitalistas, servindo de combustível para provocar o ideário de uma necessária e constante superação profissional.

É o discurso martelado dia a dia sobre a necessidade se alcançarmos o autoaperfeiçoamento (sucesso, prazer, respeito e reconhecimento) e a autotranscendência (contribuir para o bem estar da natureza, das pessoas e da carreira)¹²¹.

Tanto que há considerável resistência da nossa sociedade em aceitar um trabalhador de cargo elevado, vir a exercer cargos menos expressivos. Creia-se, tenha sido a pessoa vítima das contingências da vida, do azar e não por mera opção.

Para grande parcela da sociedade, não é digerível ver um sujeito de currículo diferenciado realizar serviços comuns, que não exige nenhuma qualificação.

No filme “*American beauty*” (Beleza americana) de 1999, do diretor Sam Mendes, a personagem principal *Lester Burnham* (interpretado por Kevin Spacey) é intensamente questionado pelo entrevistador após se candidatar a uma vaga de emprego como atendente de uma lanchonete *fast food*. O gerente não conseguia entender como Lester, um grande executivo de meia idade, dono de um currículum excepcional, com grandes atributos profissionais e que antes percebia altíssimos salários, estava disposto a trabalhar como um simples atendente de lanchonete. E, por mais que Lester dissesse que estava ali por deliberada vontade, o gerente se mostrava relutante em contratá-lo.

Ainda que cada indivíduo intimamente lide com isso com maior ou menor tenacidade, fato é que, quando um trabalhador de alto nível passa a desempenhar uma profissão menos expressiva, acaba sendo alvo de comentários e questionamentos.

Causa surpresa ver o ex-gerente da empresa vendendo cachorro quente ou o ex-chefe de departamento trabalhando como motorista de aplicativo.

¹²¹ TAVARES, Lúcia Maria. **Técnicas de desenvolvimento pessoal e profissional**. Curitiba: InterSaberes, 2024, p. 177.

Há natural sensação de surpresa e inconformismo diante de situações assim, pois mesmo o trabalhador justificando que “*se sente melhor e mais realizado vendendo cachorro quente do que quando era gerente*”, a relutância em aceitar isso como verdade é automática, pois somos resistentes (e programados) a crer que o descenso profissional, nem de longe, é algo positivo.

Tanto que pautas midiáticas, muitas vezes jocosas e humilhantes, expõem pessoas que um dia estiveram no topo de certas profissões, mas que hoje desempenham atividades comuns para sobreviver.

É inevitável a curiosidade, a perplexidade e até a indignação gerada ao ver alguém que um dia foi muito bem-sucedido, hoje transitar nas “*castas inferiores*”. Essa resistência se justifica porque somos refém de hábitos e valores enraizados, sem falar na dificuldade que temos em redimensiona-los¹²².

Ninguém é titular da autonomia do outro¹²³, mas ainda há um efeito de alteridade onde se cobra do outro uma devida postura dentro de um paradigma valorativo criado por nosso meio, o que explica a indignação automática na maioria em ver alguém descender na profissão.

Fato é que, precisando trabalhar para viver (e não viver para trabalhar), muitas pessoas abrem mão de orgulho, vaidade e aceitam o trabalho que está à disposição. Fazem isso porque precisam e não porque querem.

Não é raro nos deparamos com pessoas que abdicaram de seus *status* e profissões privilegiadas, para aderirem a um estilo de vida desapegado e

¹²² CLARO, Marcela. **Atitudes para alcançar o êxito profissional em tempos de crise.** São Paulo: Trevisan, 2016, p. 50. “*Pesquisadores americanos descobriram que mais de 40% das ações que as pessoas realizam todos os dias são hábitos profundamente arraigados ... não somos tão diferentes quanto pensamos ser e é possível mudar quando descobrimos a origem de nossos comportamentos, sejam eles automáticos ou não. Mais do que saber a origem de um comportamento, é necessário alterar alguns dos elementos que o compõem para promover de fato uma mudança ... os hábitos nunca desaparecem definitivamente, pois eles estão codificados nas estruturas do cérebro da pessoa. Essa é uma enorme vantagem para nós, diz ele, pois seria terrível se tivéssemos que repreender pequenas ações diárias como escovar os dentes toda manhã ou dirigir. O problema é que o cérebro não distingue a diferença entre hábitos ruins e bons, por isso, se você quiser mudar um hábito ruim, precisará de muita cautela e persistência*”.

¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

minimalista, isso quando não cruzamos com alguns cínicos como Diógenes de Sinope¹²⁴.

Assim, na grande maioria das vezes, se faz necessário tolerar o retrocesso profissional por pura questão de sobrevivência (e não por opção) afinal, qualquer coisa serve para quem não tem nada.

Mas, esse entendimento nem de longe é unânime (o que é natural)! Há um forte discurso social ecoando e nos “programando” a sempre buscar o sucesso, seja ele pessoal, afetivo, patrimonial ou profissional.

Nos dias atuais, ante as crises que assolam a sociedade, principalmente após o efeito pandemia, a manutenção no cargo em si já é uma vitória, mas nem de longe gloriosa, pois o verdadeiro ideal é ir além. Para muitos¹²⁵, não basta apenas sermos competentes no ambiente de trabalho, mas sim ganhar mais e mais destaque, para com isso galgar as mais elevadas posições.

Tanto que com a explosão das mídias sociais no século XXI os coaches¹²⁶ ganharam maior notoriedade. São profissionais que se dedicam a incentivar e trabalhar o psicológico das pessoas a tomarem atitudes que tragam melhoria na vida pessoal e profissional¹²⁷.

¹²⁴ CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Filosofia geral e jurídica**. 8^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 25. “Ao tempo de Sócrates, um grupo de filósofos desenvolveu uma corrente de pensamento chamada cinismo. Segundo os cínicos, a virtude consistiria em libertar-se das normas sociais e dos costumes. Para atingir essa virtude o homem devia despojar-se de todas as imposições sociais (como a riqueza e o poder, considerados fúteis) e dedicar-se apenas a satisfazer as necessidades vitais básicas, como comer e dormir. O principal representante do cinismo foi Diógenes, um filósofo que levou o pensamento ao extremo, tendo passado a vida na mais completa pobreza. Segundo relatos históricos, ele vivera nu, dentro de um barril”.

¹²⁵ MACEDO, Gutemberg B. de. **As vulnerabilidades de um profissional: como superá-las e obter sucesso em sua carreira**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2012, p. 59. “Num mercado de trabalho cada dia mais competitivo, a visibilidade é um fator que explica a diferença entre profissionais meramente competentes e outros que ascendem rapidamente ao topo da carreira, ganham milhões de dólares e aparecem com grande frequência na mídia ... Eu, particularmente, nunca desperdicei ao longo de minha vida, desde o meu curso primário, pelo menos conscientemente, uma oportunidade de tornar-me visível. Sempre quis andar no pelotão da frente — na escola, no escotismo, na igreja, na faculdade. Ainda hoje persigo com determinação esse objetivo. Nada me gratifica mais do que ter milhares de pessoas ao redor do mundo que leem semanalmente os meus artigos, veem os meus vídeos e buscam meus ensinamentos no site de minha consultoria”.

¹²⁶ MARION, Arnaldo. **Manual de Coaching: guia prático de formação profissional**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 13.

¹²⁷ MARQUES, José Roberto. **O que significa coach, coaching, coache e coachee?** “Coaching: é o método aplicado pelo coach, com o objetivo para ajudar o Coachee a alcançar o estado desejado com efetividade e em um curto espaço de tempo; Coach: é o profissional que

Algumas empresas até instituíram o *coach* em seu quadro de funcionários para ajudar os demais empregados a solucionarem conflitos¹²⁸.

Quem já não ouviu que é preciso sair da perigosa “zona de conforto”, afinal, “*pedra que não gira cria limbo*” ou que “*água parada fica contaminada*”?

Sair em busca de desafios, enfrentá-los e vencê-los é preciso, pois a evolução se faz constante. Nessa onda precisamos surfar e não se afogar. Essas são as narrativas provocativamente sedutoras as quais somos tentados diariamente.

Mas, que mal há em sair da zona de conforto? É preciso temperança e equilíbrio para não se deixar envolver (muito) por esse canto de sereia, até porque, todo corpo que jaz no monte Everest foi de alguém que um dia resolveu sair de sua zona de conforto. Bom senso e precaução são fundamentais nas tomadas de decisões. Em época de choradeira, ganha dinheiro quem vende lençós, e os *coaches* estão aí para isso. Só é preciso ter prudência para contratar o profissional correto e evitar os charlatões.

Fato é que a assunção de cargo, capaz de trazer maior *status* e melhor remuneração, ainda é vista como a ratificação do sucesso profissional.

Essa aversão ao descenso profissional é tão forte em nossa sociedade, que explica (e justifica) porque a lei trabalhista proíbe a retrocessão e o rebaixamento, já que ambas são consideradas alterações prejudiciais ao contrato de emprego, como se vê no art. 468 da CLT.

ajuda pessoas e empresas a saírem de um estado A para chegar a um estado B. É a carreira que mais tem crescido no Brasil e no mundo nos últimos anos; Coaches: é o plural de Coach. Termo correto para se referir a um grupo ou categoria de profissionais devidamente certificados por uma instituição de Coaching; Coachee: é o cliente que contrata o Coach para fazer um processo de Coaching". Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching/o-que-significa-coach-coaching-coaches-coachee/>>. Acesso em: 10 set. 2024.

¹²⁸ BURBRIDGE, R. Marc. BURBRIDGE, Anna. **Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51. “Algumas empresas, normalmente de grande porte, desenvolvem pessoas para atuar como coaches internos. A conclusão implícita nessa decisão é que o custo de manter tais recursos é compensado pelo benefício de ter o coach disponível quando se julgar necessário. A vantagem, nesse caso, é que a pessoa conhece a empresa, suas normas, políticas e jeito de operar. A desvantagem pode ser determinada pelo mesmo fator. O conhecimento da empresa pode ajudar o coach a perceber o problema melhor, mas também pode provocar preconceitos e bloquear a criatividade por ambos, o coach e o coachee. Para evitar as armadilhas desse contexto, o importante é lembrar que a solução deve vir do coachee e não do coach ... O coaching é indicado quando existe um problema de comportamento de alguém que está ultrapassando os limites da tolerância e causando danos à empresa, e nos casos em que o gestor julgar que o coaching poderá resultar em uma redução desses danos, quando o custo desses danos for maior do que o custo do coaching”.

Não há qualquer ilícito trabalhista se o trabalhador deixa um emprego de nível mais elevado e em seguida se engajar em outro de nível inferior. Cada relação de trabalho é analisada isoladamente e uma não vincula a outra. Mas, durante a vigência do vínculo empregatício, esse descenso é tido como inaceitável, logo, proibido.

Dessa forma, promover o empregado é praticamente colocá-lo em uma rota sem volta. Espera-se que o trabalhador seja exitoso no novo cargo, pois, senão for, não poderá retroceder ao cargo anterior.

III.3 – A PROIBIÇÃO DA RETROCESSÃO NÃO DECORRE DA LITERALIDADE DA LEI, MAS SIM DE VALORAÇÃO SOCIOLOGICA.

A lei não proíbe especificamente a prática da retrocessão. A lei também não a autoriza. Há uma lacuna normativa¹²⁹ nesse sentido.

O que existe é a proibição de se realizar alterações “em prejuízo” do empregado. Este é o princípio da inalterabilidade contratual lesiva prevista no art. 468 da CLT.

Perceba-se que a lei traz um conceito jurídico indeterminado. Ela diz que “*alterações prejudiciais*” serão consideradas “*nulas*”. É possível identificar de forma clara e objetiva o consequente (a nulidade da cláusula infringente e prejudicial) mas não o antecedente (o que é ou não prejudicial ao empregado). Tanto que vimos no item I.5 do Capítulo I a diferença entre alterações ordinárias e extraordinárias. Se essa distinção não tivesse sido criada pela doutrina, qualquer alteração feita pelo empregador a contragosto do empregado, comportaria a alegação de ter sido prejudicial, levando assim a sua nulidade.

¹²⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Sociologia e antropologia do direito**. 2^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 119. “A lacuna normativa se configura toda vez que inexiste um conjunto normativo regulando expressamente um dado campo da interação do comportamento humano em sociedade...”.

Definir o que é prejudicial ou não dependerá do critério valorativo de cada exegeta, já que a lei não pontua de forma objetiva e específica o que é ou não prejudicial.

Se entendermos que um empregado promovido, ao retornar ao cargo anterior, está sofrendo um prejuízo por conta do descenso profissional, tanto diretamente (pois está perdendo o acréscimo salarial decorrente do cargo perdido) como indiretamente (já que sofrerá o estigma de estar perdendo um posto profissional mais elevado), então é possível concluir pela nulidade da retrocessão.

Essa linha de pensamento só consolida a ideia de que a promoção é um caminho sem volta e que a retrocessão é proibida. Fique claro que compartilhamos desse entendimento! A nosso ver, a retrocessão é proibida e não deve ser praticada, mas desde que sobre cargos já consolidados.

A conclusão sobre a vedação da retrocessão se baseia na carga de valor social que cremo verdadeiro, qual seja, que é inconveniente a regressão profissional.

Desde pequenos ouvimos sobre a necessidade de estudar, fazer faculdade, se especializar etc., para com isso se destacar e conseguir um bom emprego, para então adquirir um sólido patrimônio e gozar uma boa vida.

Ainda que haja uma subjetividade entre os indivíduos, onde alguns têm maior ou menor afinidade a esses ideários, tais ambições não são ilícitas, imorais ou arbitrárias, mas sim vontades construídas, seja por herança ideológica, convicção ou puro desejo. É o exercício de um direito natural, portanto¹³⁰.

É então que lançamos a pergunta: retroceder no cargo é uma alteração válida ou não? A resposta que nos parece lógica é negativa, afinal, é uma alteração contratual prejudicial ao trabalhador. Natural esse tipo de resposta, afinal, ninguém gosta de perder, ainda que minimamente.

¹³⁰ ADEODATO, João Maurício. BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTE, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80. “Na tradição que vem pelo menos da Grécia antiga, uma das forças do jusnaturalismo, genericamente considerado, estava exatamente na ideia de que há certos direitos que não dependem de reconhecimento por qualquer instância de poder que seja”.

Tanto que, com toda boa intenção, há quem diga que “*para trás, nem para pegar impulso*”¹³¹. A frase é motivadora, não há como negar! Quando bem aplicada, serve, inclusive, para nos encorajar a enfrentar desafios e tocar adiante.

Mas, por outro lado, há também que afirme ser prudente dar um passo atrás, sem que isso seja necessariamente um descrédito, pois há um bem maior a ser preservado adiante¹³².

É então que, pensando racionalmente, entendemos que a retrocessão, no caso pontuado de nossa tese (como consequência de um período experimental frustrado, mas sempre antecedente à efetiva promoção) é uma manobra positiva, pois há um bem maior a ser defendido.

O fato em si (empregado que não se saiu bem no novo cargo, mas que pode ser mantido no emprego, retrocedendo ao cargo anterior) quando aplicada a carga de valor (se a retrocessão é boa ou ruim) leva a conclusão positiva (sim, a retrocessão é válida, pois é melhor perder o cargo do que o emprego) ou negativa (não, a retrocessão é inválida pois fere o princípio da inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho, na forma do art. 468 da CLT) à partir de uma análise subjetiva valorativa de cada exequeta.

Assim, podemos concluir que a retrocessão realmente não é permitida haja vista a regra do art. 468 da CLT, já que é uma alteração contratual prejudicial ao empregado (e a carga social valorativa assim ratifica). Mas, por outro lado, pode-se afirmar que é possível flexibilizar esse entendimento, para validar a retrocessão, especificamente no final do período de provas, pois é mais justo possibilitar ao empregado que retorne ao cargo inferior do que ficar exposto ao risco de dispensa.

¹³¹ BARROS FILHO, Clóvis de. MEUCCI, Arthur. *A vida que vale a pena ser vivida*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 44.

¹³² TSU, Sung. *A arte da guerra*. Tradução Elvira Vigna. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009, p. 43. “O general que avança sem desejar fama e recua sem temer o descrédito, cujo único pensamento é proteger seu país e prestar um bom serviço ao soberano, é a joia do reino”.

III.4 – O QUE FAZER COM O EMPREGADO PROMOVIDO QUE NÃO EXERCE SATISFATORIAMENTE AS FUNÇÕES NO NOVO CARGO?

Trabalhador não é “coisa” apesar de ser tratado como tal por muitos empregadores, ante o fato de a mão de obra ser algo vendável-comprável¹³³. E, se o trabalhador não atende as expectativas do empregador, ele se torna desnecessário e é descartado¹³⁴.

Não há forma menos dolorosa de expor a situação: o empregado serve ou não serve; se não servir, está fora! O empregador não tem a obrigação de manter um empregado que não atende suas expectativas e necessidades. Por mais importante que seja a função social da empresa e do emprego, o papel assistencialista cabe ao Estado e não ao empregador. Logo, no aspecto gerencial e estratégico, não faz sentido manter um empregado improdutivo.

O empregador age conforme sua conveniência e, se é mais conveniente dispensar o empregado, ele o faz e não há nenhuma ilicitude nisso, desde que, obviamente, pague corretamente as verbas rescisórias do trabalhador.

É então que lançamos a questão: sendo o empregado promovido, mas, se por alguma peculiaridade, não satisfazer as pretensões do empregador, qual destino dar a esse trabalhador?

¹³³ ARAÚJO, Sônia Regina Cassiano de. CIAMPA, Amábile de Lourdes. MELO, Paulo. **Humanização dos processos de trabalho: fundamentos, avanços sociais e tecnológicos e atenção à saúde.** 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 113. “Na sociedade capitalista, objetos, mão de obra em serviços e até ideias são vendáveis. Fala-se inclusive em ‘vendibilidade universal’, ou seja, seria possível vender-se de ‘tudo’, e, assim, ‘tudo’ teria uma característica de mercadoria. Cabe aqui ressaltar que nesse ‘tudo’ estão em jogo questões éticas que freiam abusos e atitudes utilitaristas que podem colocar em situação vulnerável todos os avanços da humanidade em relação a constituição familiar, direitos humanos e abusos de poder. Nesse sentido, nosso foco se limita à abordagem da alienação entendida como um processo, em que o trabalho dos seres humanos ficaria à disposição para vendas, ao preço definido pelo mercado. Já que o trabalho é feito pela pessoa, entende-se que ela não estaria exercendo nenhuma influência sobre o valor de seu trabalho, apenas se submetendo ao valor estabelecido”.

¹³⁴ MONDAINI, Marcos. **Direitos Humanos: breve história de uma grande utopia.** São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 111.

Tendo em vista a importante função social que o emprego desempenha¹³⁵, evitar a dispensa do trabalhador e assim priorizar a manutenção do vínculo é a medida mais nobre a se tomar.

Assim, se o empregado promovido não se saiu bem no novo cargo, em um primeiro momento, ideal seria que todos os esforços fossem empreendidos no sentido de mantê-lo no emprego. Treinamentos, orientações, participação em cursos de (re)qualificação, podem ser implementadas no sentido de preparar o empregado para que seja tão exitoso no novo cargo como era no cargo anterior.

Reajustar os procedimentos que preenchem a relação contratual, visando dar sustentabilidade e manutenção ao vínculo é a medida mais óbvia e justa a ser adotada, haja vista a importante função social que a empresa e o emprego têm¹³⁶.

Partindo da premissa que a retrocessão (retornar ao cargo anterior) não seja possível, ideal que fosse o empregado realocado em outro cargo, seja do mesmo nível (promoção horizontal) ou para outro cargo mais elevado (promoção vertical). Contudo, há de se convir que, se o empregado não se saiu bem na primeira promoção, dificilmente o empregador fará uma segunda tentativa.

Mas, caso opte em fazê-lo, essa segunda promoção também dependerá da concordância do empregado e, desta vez, recomenda-se que, antes de realizá-la, as partes tenham maior prudência em entender melhor os desafios a serem encarados, para assim evitar remanejamento sobre remanejamento.

¹³⁵ MANDELBAUN, Belinda. RIBEIRO, Marcelo. **Desemprego: uma abordagem psicossocial**. São Paulo: Blucher. 2017, p. 37.

¹³⁶ DEZEM, Renata Mota Maciel; BASSETTO RUIZ, Renata de Oliveira; OLIVEIRA, André Luiz Mattos de. **Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial**. São Paulo: Prisma Jurídico, v. 17, n. 2, p. 313–330, 2018. “A partir desse aspecto institucional da empresa, somado aos dispositivos descritos na Constituição e na ordenação jurídica brasileira, é possível compreender a empresa, no direito brasileiro, como instituição, cuja maior importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos seus empregados e dos demais cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social”. Disponível em:

<<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728>>. Acesso em: 4 out. 2024.

Também é prudente considerar que nem todo empregador tem condições para ficar realocando o funcionário em cargos ou setores diferentes, haja vista a disposição de seu *layout*.

A segunda opção é negociar um afastamento temporário do empregado, tendo em vista que ele não cabe nos interesses do empregador naquele momento, não obstante possa vir a ser útil no futuro. Tal manobra, apesar de juridicamente possível, é muito rara de ser praticada. As práticas de mercado mostram que as empresas preferem dispensar o trabalhador indesejado, ao invés de manter um vínculo vigente, mesmo que sem o pagamento dos salários.

Mas, caso concedida a licença, esta será não remunerada, já que fruto do fenômeno da suspensão contratual¹³⁷. É comum, inclusive, chamar esse período de sabático¹³⁸. O empregado não trabalha e não tem salário¹³⁹, mas mantém o emprego vigente, ficando afastado por um período de tempo previamente combinado, que pode ser de dias, meses ou até anos. Quando o trabalhador retornar, as partes decidem como será sua realocação na planta produtiva.

É preciso considerar alguns pontos importantes quanto a essa manobra:

A primeira, é que ela não tem previsão legal. Não há direito do empregado a tirar licença não remunerada e não há dever do empregador em concedê-la. Sua prática dependerá exclusivamente de negociação individual ou previsão em instrumento negocial.

É um ato, portanto, que exige a comunhão de vontade das partes, não podendo ser praticado unilateralmente.

¹³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 490.

¹³⁸ TERRA, Éberson. VILELA, Iara. **Sabático o poder da pausa: Por que dar um tempo vai mudar para sempre sua perspectiva sobre trabalho, carreira e vida**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023, p. 20.

¹³⁹ Na suspensão, não trabalho, não há contagem do tempo de serviço e não há pagamento de salário, ao contrário da interrupção, onde não há trabalho, mas o tempo é computado ainda assim para todos efeitos legais e ainda há pagamento de salário, como nas férias ou no descanso semanal remunerado.

A segunda, é que não há direito a qualquer pagamento salarial nesse período, inclusive os depósitos do FGTS. Isso significa que o empregado terá de manter sua subsistência e a de sua família graças a outra fonte de renda, pois não terá direito a percepção de nenhuma verba salarial.

Nada impede que o empregador, por ato espontâneo e deliberado, mantenha o pagamento de algum benefício ao empregado durante esse período de afastamento.

A terceira, é que ao retornar do sabático o empregado continuará vinculado junto ao cargo ao qual foi promovido. Espera-se que, após o afastamento, o empregado volte mais engajado e realize as tarefas pertinentes ao novo cargo de modo bem mais satisfatório.

A ideia do sabático é propiciar ao trabalhador um tempo para se desligar do trabalho e buscar o revigoramento físico e psicológico.

Por fim, a terceira e pior opção, seria declarar o fim da relação entre as partes (o encerramento do contrato).

Caso a(s) parte(s) opte(m) pela extinção do contrato, é preciso saber quem tomou a iniciativa e se há ou não motivo justificável, para em seguida definir quais os direitos trabalhistas devidos, conforme veremos a seguir.

Perceba-se que as duas últimas alternativas se mostram ácidas ao empregado, seja porque se afasta do emprego sem salário com a incerteza de como será seu futuro ao retornar (no caso da licença não remunerada), seja pela extinção do contrato.

Se a retrocessão fosse possível (como entendemos que é) o empregado retornaria o cargo anterior e seu emprego estaria preservado.

É justo respeitar a vontade das partes, tanto a autonomia gerencial do empresário como a vontade do trabalhador, e se eles preferem dar um passo atrás nesse sentido, por que o Estado haveria de impedir?

III.5 – EXTINÇÃO DO CONTRATO: INICIATIVA DE QUEM E QUAIS OS DIREITOS DEVIDOS.

Partindo da presunção de que a retrocessão não é aplicável, que não é possível realocar o trabalhador em outro cargo e que uma das partes não mais tem a intenção de manter o vínculo de emprego, importante saber como o encerramento do contrato ocorrerá e quais os direitos e deveres de um em relação ao outro.

O primeiro e mais importante passo é identificar se a iniciativa pela extinção do contrato partiu do empregado ou do empregador.

Se partiu do empregador, o trabalhador terá direito a receber o aviso prévio, correspondente a 30 dias acrescido de mais 3 dias por ano de trabalho, não podendo ultrapassar um total de 90 dias (Lei nº 12.506/11). Terá direito ainda ao saque do FGTS acrescido da multa de 40%, ao seguro-desemprego (a depender do tempo de vínculo de emprego), aos dias trabalhados (saldo de salário), ao 13º salário proporcional e as férias adquiridas e proporcionais.

Obviamente, a decisão que optou pelo fim do contrato está acompanhada de uma motivação, já que todas nossas decisões possuem uma carga motivacional. Contudo, para o direito do trabalho, a dispensa do empregado por iniciativa patronal, só será motivada (por justa causa) se houve falta grave praticada pela parte contrária (art. 482 da CLT).

Deixemos claro que a dispensa do empregado por justa causa não caberá aqui.

A extinção do contrato por iniciativa patronal, ante o fato do trabalhador não ter se saído bem no novo cargo, nem de longe é motivo para dispensá-lo por justa causa. A dispensa será imotivada (sem justa causa) e ensejará a percepção de todas as verbas rescisórias pertinentes.

Da mesma forma, se o empregado é quem não se sente confortável no novo cargo, apesar de o empregador nada reclamar a respeito, basta então comunicar seu pedido de demissão.

Também não há falta grave patronal nesse caso, logo, incabível o pedido de rescisão indireta (justa causa, conforme art. 483 da CLT) já que o empregador não cometeu qualquer tipo de ato ilícito.

A falta de êxito no novo cargo, causando desmotivação na(s) parte(s) em manter o vínculo, não pode ser vista como uma consequência de um ato gravemente faltoso do outro.

Pelo contrário, presumir que a promoção foi praticada com má-fé, só para prejudicar o empregado, e com isso justificar sua dispensa motivada (ou vice-versa), é uma conclusão errônea, pois má-fé se prova, não se presume.

Vale destacar que a promoção se concretizou graças a comunhão de vontades das partes que, presume-se, agiram de boa-fé e com a expectativa de colher bons frutos. Há uma inversão de valores crer que a promoção foi praticada propositalmente, visando obter um resultado desastroso, a ponto de justificar o fim do contrato de forma motivada.

Assim, se o empregado, desestimulado, não quiser mais continuar no emprego, ou, se o empregador, frustrado, não quiser mais manter o empregado, a extinção do contrato deve ocorrer de forma imotivada (sem considerar a prática de falta grave deste ou daquele).

Se a decisão da extinção do contrato partir do empregado, ele terá de comunicar seu pedido demissional com 30 dias de antecedência (aviso prévio). Nesse caso, o empregador, tomando ciência que o empregado não quer mais trabalhar, providenciará a contratação (ou o treinamento) de outro funcionário para ocupar seu posto.

Esse processo de contratação de nova mão de obra leva tempo e demanda esforço do empregador que, muitas vezes, não consegue localizar de forma imediata um trabalhador apto a suprir a ausência do empregado retirante.

Por esse motivo, a lei obriga que o empregado demissionário comunique o empregador de sua intenção de deixar o emprego com 30 dias de antecedência.

Pedindo demissão imotivada, o empregado fica impedido de sacar o FGTS e não terá direito ao seguro-desemprego. Terá direito a receber apenas os dias trabalhados e as férias (adquiridas e proporcionais).

Como há considerável perda salarial para quem pede demissão imotivada, muitos empregados preferem permanecer no emprego, ainda que a contragosto. O empregado tende a pedir demissão apenas quando já tem outro emprego em vista ou quando atinge o ápice da insatisfação, preferindo abrir mão do vínculo a sofrer um colapso de saúde.

Pior ocorre quando o empregado, insatisfeito com o vínculo atual, provoca o empregador a dispensá-lo. O trabalhador começa a faltar, quebrar equipamentos, retardar a produção, armar intrigas e desavenças, tudo isso visando forçar sua dispensa. Mal sabe o trabalhador que tais condutas podem trazer resultados piores ainda, já que passíveis de caracterizar falta grave, podendo levar a sua dispensa por justa causa.

Não é muito comum o empregado pedir demissão só porque não está feliz com o novo cargo. A necessidade do trabalhador o faz ignorar sua insatisfação. Mas, se decidir deixar o emprego, ideal que peça demissão ao invés de ficar provocando uma situação para sua dispensa, o que pode dar azo a sua dispensa motivada.

Visando evitar esse tipo de situação, a reforma trabalhista trouxe a possibilidade de a extinção do contrato ocorrer por mútuo consentimento. Assim, patrão e empregado consentem que o ideal é declarar o fim da relação. Trata-se de alternativa menos traumática, já que a extinção do contrato ocorreu por consenso das partes.

Mandou bem o legislador em criar essa alternativa, pois evita uma parte ficar forçando a outra a provocar o fim da relação. O encerramento do vínculo se dará de forma bilateral (consensual) e não pela iniciativa de uma das partes apenas.

Na extinção por acordo das partes, o empregado não terá direito ao seguro-desemprego. Terá direito ao saque do FGTS, mas apenas 80% do total depositado, ficando os 20% restantes bloqueados em sua conta vinculada. A multa do FGTS será de 20% apenas. O empregado receberá o saldo de salário

(os dias trabalhados) e as férias (adquiridas e proporcionais), bem como ao 13º salário proporcional. O aviso prévio, se indenizado, não será integralmente pago, mas apenas pela metade (art. 484-A da CLT).

CAPÍTULO IV

A TESE DO CABIMENTO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTECEDENTE À PROMOÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RETROCESSÃO.

IV.1 – A INTERPRETAÇÃO SOBRE O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

A interpretação da lei e das demais fontes do Direito é um método necessário que está previa e cientificamente delimitado graças à ciência hermenêutica¹⁴⁰.

A palavra hermenêutica deriva etimologicamente do nome *Hermes* que era o deus da comunicação, da eloquência segundo a mitologia grega¹⁴¹. Ela surge como uma matéria ligada a filosofia¹⁴² mas, com o decorrer do tempo e graças a importância adquirida, ganhou autonomia e se transformou em ciência específica.

Nas ciências jurídicas, a hermenêutica é imprescindível como auxiliadora do exegeta para melhor compreender o sentido das leis, decisões judiciais, doutrinas e todo o arcabouço de fontes jurídicas existentes.

A interpretação das leis não se limita a exigir do profissional do Direito que tenha um bom domínio na escrita e na compreensão dos textos jurídicos¹⁴³. Exige também conhecimento histórico, político, social, cultural,

¹⁴⁰ ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito. Retórica realista, argumentação e erística.** Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 48.

¹⁴¹ BRANDÃO, Junto de Souza. **Mitologia grega.** 23^a ed. Petrópolis: Vozes, 2015, vol. II, p. 187. “A grande tarefa de *Hermes*, no entanto, consistia em ser o intérprete da vontade dos deuses”.

¹⁴² COSTA, Leandro Souza. CAMARGO, Leonardo Nunes. **Filosofia hermenêutica.** 2^a ed. Curitiba: Intersaberes, 2023, p. 69.

¹⁴³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. SANCHES, Samyra Naspolini. **O paradigma dogmático da ciência jurídica nos manuais de ensino de direito.** Universitas/JUS, 2013, v. 24, n. 2, p. 1-9. “Assim, o Direito é identificado com a norma jurídica estatal e a sua ciência com uma simples técnica de controle social. Por estes motivos, o estudo dos diversos ramos do Direito, nas disciplinas distribuídas ao longo da grade curricular dos cursos jurídicos, limita-se ao estudo dos Códigos, que compõem, inclusive, o próprio conteúdo programático dos planos de ensino que se restringem a transcrever os índices dos códigos. Todavia, a compreensão do Direito perpassa a sua construção histórica, deve ser ele entendido como um fenômeno político, cultural e social e não apenas jurídico”. Disponível

econômico, filosófico etc. É preciso ter sensibilidade e humanismo, pois o Direito existe para servir o homem e não o contrário

Visando compreender melhor as técnicas interpretativas, podemos topografá-las segundo sua origem, seus meios e seus resultados.

Quanto à origem, a interpretação pode ser autêntica, jurisprudencial ou doutrinária.

Na interpretação autêntica o órgão legiferante, percebendo que na norma originária há palavras que podem gerar interpretações diferentes, edita uma segunda norma estabelecendo como se deve interpretar a lei anterior. A norma explicativa-interpretativa deixa claro como os signos devem ser compreendidos na norma explicada-interpretada.

Já a interpretação jurisprudencial é fruto das inúmeras decisões decorrentes da análise do dispositivo legal. É o poder judicante sinalizando seu posicionamento sobre a interpretação da lei.

Claro que, em maior ou menor escala, divergências interpretativas podem surgir, haja vista a existência de vários órgãos julgadores.

Não são raros os casos em que, um mesmo fato, julgado sob a mesma fundamentação legal, comporte decisões diferentes. Essas divergências ocorrem, ora pelos detalhes casuísticos, ora pelo uso de diferentes técnicas interpretativas adotadas pelos julgadores, gerando assim duas ou mais correntes sobre um mesmo tema. Natural, haja vista o exercício do livre convencimento motivado e da forma de pensar dos juízes¹⁴⁴.

Isso explica porque o sistema processual brasileiro possui ferramentas destinadas a estabilização dessas divergências, como a exigência da repercussão geral no julgamento dos recursos de natureza extraordinária, os incidentes de demandas repetitivas, as súmulas dos tribunais superiores, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e outros.

em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2361/2055>>. Acesso em: 01 nov. 2024.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan (org.). **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

Em um determinado momento, a divergência jurisprudencial não mais existirá, pois os tribunais superiores consolidarão um entendimento específico trazendo assim segurança jurídica¹⁴⁵, não obstante, esse posicionamento possa ser revisado futuramente (*overruling*¹⁴⁶).

Por fim, a interpretação doutrinária é aquela feita pelos estudiosos do Direito e divulgada em livros e artigos científicos e, apesar de não terem efeito vinculante, é uma importante fonte material, pois sinaliza como a academia tende a se posicionar sobre determinadas pautas.

Já em relação aos métodos interpretativos, é possível classificá-los em: grammatical, lógico, sistemático, teleológico ou histórico.

A interpretação grammatical tem um forte apelo filológico, já que procura o entendimento das regras com base no sentido literal da palavra.

Aquilo que a lei diz é exatamente o que deve ser interpretado.

Muito comum no sistema romano e depois na era da codificação¹⁴⁷, surgida a partir de 1804 com a edição do Código Civil Napoleônico, aonde bastava a letra literal da lei para demonstrar o alcance da sua aplicação.

Assim, não cabia ao juiz dizer o direito, mas apenas aplicar o direito, pois, quem determinava quem tinha ou não direito, era a lei. O juiz era “*a boca da lei*” (*bouche de la loi*)¹⁴⁸.

¹⁴⁵ MENDONÇA, Grace. **O instituto da repercussão geral e a materialização da segurança jurídica.** In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Plug; MACIEL, Renata Mota (Coord.); RODRIGUES, Patricia Pacheco; ALVES, Samira Rodrigues Pereira (org.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres.** E-book. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021, p. 448-454.

¹⁴⁶ LIMA, Leonardo Duncan Moreira. **Superação do precedente judicial no direito brasileiro.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 17. “*Ainda em relação à nomenclatura, costuma-se também falar em superação como espécie de afastamento (departure) do precedente. O afastamento, de forma ampla, ocorre quando se identifica a similitude entre os casos precedente e presente, mas o precedente não é aplicado, ou seja, é afastado. Tal circunstância é excepcional e somente se legitima diante das situações justificadas de distinção (distinguishing) e superação (overruling). A diferença mais visível entre essas duas formas de afastamento está na circunstância de que na distinção o precedente se mantém hígido, sendo reconhecida apenas sua não aplicação ao caso concreto em julgamento, enquanto na superação ocorre a revogação da norma do precedente que, assim, em regra, perde sua aplicabilidade não só ao caso concreto em julgamento, como também aos demais casos similares. Ou seja, com a superação o precedente deixa de ter eficácia vinculante e, portanto, perde seu caráter normativo.*”

¹⁴⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 453.

Já a interpretação lógica decorre do uso coerente da lei que, dentro de uma lógica formal, busca obter a harmonia do texto legal em relação ao bem que se tutela.

Serve para evidenciar que o comando legal não se destina a atender a vontade individual e caprichosa de quem a confeccionou, mas sim, uma pretensão determinada, ainda que o seu texto não esteja claro e bem redigido a respeito.

O resultado lógico que se espera com a interpretação da lei é aquele delineado pela razão (*ratio legis*¹⁴⁹) e a intenção do legislador (*mens legis*¹⁵⁰).

A interpretação sistemática é o método que se busca a harmonização da norma em relação a todo o sistema jurídico. É a interpretação que visa a confluência do conjunto de regras. O objetivo é a hegemonia de diversas normas existentes sobre matérias correlatas.

A interpretação teleológica é aquela em que se almeja atingir a finalidade pretendida pela norma. O *telos* é o fim¹⁵¹, daí a origem da palavra teleológico, que não se pode confundir com teológico, onde *theo* significa entidade divina, um deus¹⁵².

Já a interpretação histórica é feita com base na prospecção dos fatos no decorrer dos tempos. Enquanto a norma é estagnada, o comportamento humano é dinâmico, e a análise fática temporal é de extrema importância, já

¹⁴⁹ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9ª ed. Barueri: Manole, 2015, p. 74.

¹⁵⁰ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

¹⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 154. “Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretendem corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.”

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida”.

¹⁵² KERÉNYIL, Karl. **Religião antiga**. Tradução Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 115.

que a lei é um produto cultural, fruto de seu tempo e espaço, delineada por força de padrões comportamentais e valorativos da época de sua edição¹⁵³.

A leitura e valoração de um fato ocorrido nos dias de hoje, mas subsumido a uma lei antiga, criada sobre valores que se perderam ou que se modificaram no decorrer dos anos, e que não estão condizentes com os padrões comportamentais atuais, pode trazer um resultado injusto e que não atende aos anseios do bem comum¹⁵⁴.

Claro que a mudança do comportamento social¹⁵⁵ não é, por si só, um argumento isolado capaz de desmerecer a imperatividade da lei, sob pena de um reducionismo de sua eficácia.

O que estamos dizendo é que a história é marcada por um fluxo constante¹⁵⁶ e os hábitos sociais mudam, de modo que, uma pessoa ser julgada atualmente, por conta da carga de valores determinada em uma lei antiga, exige um esforço interpretativo histórico e cultural.

Mas, diante desta pluralidade de métodos interpretativos, qual (ou quais) deve ser usado?

¹⁵³ SOARES. Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 5^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 14. “Nesse sentido, no âmbito da interpretação jurídica, o texto do diploma legal não é mais que um dado, destinado a vivificar-se em interação com a realidade social e com a tradição histórica. O fenômeno jurídico deve ser apreendido em sua totalidade, observando-se a evolução histórica do sistema jurídico, da doutrina e da jurisprudência. No intento de reconstrução, sem o instrumento dogmático adequado, o jurista não pode acertar, com precisão científica a diferenciar uma questão histórica de outra, uma concepção de outra diferente, um meio técnico de solução de problema e um meio distinto”.

¹⁵⁴ ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. TEIXEIRA, Juliana Kraemer Micelli. DUARTE, Melissa de Freitas. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 161.

¹⁵⁵ SILVA, Felipe Gonçalves. RODRIGUES, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica**. 4^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 32. “Aquilo que é considerado a moral normal de um determinado período em uma sociedade determinada é a moral encarnada na consciência dessa sociedade; portanto, um comportamento ou ideia que desafie essa consciência moral será sempre considerado imoral. Podemos, por exemplo, pensar no caso do divórcio, ou até mesmo das relações homoafetivas até a primeira metade do século XX. Eram comportamentos ou ideais repudiados pela ampla maioria dos indivíduos e, nesse sentido, constituíam um crime, seja ele do ponto de vista da moral, seja do ponto de vista do direito, ou de ambos”.

¹⁵⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**. Tradução Arthur Morão. 2013, Lisboa: EDIÇÕESTO, p. 116. “O Estado tem diante de si este universal como um mundo natural; os costumes surgem como um modo imediato do ser ético. Um Estado, porém, implica leis, e tal significa que os costumes não existem meramente na forma imediata, mas como algo conhecido, na forma do universal. O espiritual do Estado consiste em conhecer-se o universal. O indivíduo obedece às leis e sabe que tem a sua liberdade nesta obediência; refere-se, pois, nelas à sua própria vontade; existe, portanto, aqui uma unidade querida e conhecida”.

Entendemos que o uso de um ou outro critério não necessariamente elimina o outro. São critérios que devem ser usados em convergência (e não de forma isolada).

Toda interpretação da lei começa por um critério gramatical que, agregado aos outros critérios (lógico, sistemático, teleológico e histórico) propiciam uma maior sensibilidade na análise do instituto, ainda que, eventualmente, um critério prepondere sobre o outro, haja vista o sopesamento valorativo do julgador.

Quanto aos resultados, a interpretação da norma pode ser declarativa, extensiva ou restritiva.

O resultado será declarativo, quando o julgador aplicar a lei de acordo com aquilo que ela mesmo determina, sem ampliar ou restringir seu alcance.

Será extensivo, quando o julgador estende seu alcance além daquilo que a lei pretendia atingir, mas que não teve o condão de explicitar com clareza em sua redação.

Por conta da imprecisão na redação da lei, o exegeta (o intérprete) entende que o resultado justo só será obtido se o alcance da norma for além daquilo que o legislador delimitou, exatamente para poder atingir aquilo que o legislador pretendia como ideal, mas que não ficou claro, haja vista a falha contida na narrativa da lei. Como a lei não disse tudo o que queria, o julgador estendeu o seu alcance.

Por fim, o resultado será restritivo quando o legislador reduz o campo de atuação da lei, já que esta falou mais do que o necessário.

Assim, interpretar a redação da lei, exige o domínio das boas técnicas hermenêuticas.

O profissional do Direito usa as ferramentas disponíveis para dar à letra da lei a interpretação justa e razoável, bem como atender as exigências do bem comum.

Até mesmo o velho bordão *in claris cessat interpretatio* (quando a lei é clara, não é necessário interpretá-la) é questionável nos dias de hoje, pois toda lei, mesmo as mais claras, precisam ser interpretadas.

Sempre se exigirá um esforço interpretativo sobre a lei. Esse esforço será maior ou menor conforme a qualidade da redação da norma.

Tomando-se como base esses critérios interpretativos (quanto a origem, métodos e resultados) analisemos a questão que nos propomos a tratar em um dos pontos de nossa tese (do cabimento do contrato de experiência antecedente à promoção do empregado).

Quanto ao contrato de experiência, a lei não aponta sua finalidade e não determina o momento de sua pactuação. É a doutrina¹⁵⁷ e a jurisprudência¹⁵⁸ que o fazem.

Diz a doutrina¹⁵⁹ que só se justifica firmar este tipo de contrato no início da relação de emprego, já que contratante e contratado não se conhecem e querem entender melhor as peculiaridades um em relação ao outro.

A justificativa para esse entendimento está de pleno acordo com a interpretação teleológica e finalística da lei, afinal, só precisa passar por um período de experimentação quem ainda não se conhece e, como é no início da relação que as partes se apresentam e procuram conhecer uma à outra, natural que usem o contrato de experiência nesse momento.

Assim, mesmo ante o fato da lei não dizer literal e expressamente que o contrato de experiência deva ser firmado no início do contrato, a interpretação teleológica ou finalística assim sinaliza.

Em princípio, pode parecer estranho patrão e empregado firmarem contrato de experiência durante a relação vigente, já que ambos se conhecem bem.

¹⁵⁷ PINTO, Almir Pazzianoto. **Estudos de Direito do Trabalho: A legislação e a jurisprudência trabalhista – repercussões no mercado de trabalho.** São Paulo: Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 1999, p. 204.

¹⁵⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-322-12.2023.5.09.0657 – 8ª Turma – Rel. Min. Sérgio Pinto Martins. Julgamento em 02/10/24, Publicação em 07/10/24. “A finalidade do contrato de experiência, como o próprio nome está a indicar, é a de verificar se a trabalhadora tem aptidão para exercer as atividades para as quais foi contratada. A vaga de emprego oferecida existe e não é temporária. Se aprovado, o empregado a assume em definitivo, por prazo indeterminado”. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#fc7691f87d48466992679f89abcd396>>. Acesso em: 09 out. 2024.

¹⁵⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 309-312.

Contudo, no caso específico que nos propomos a discutir (o contrato de prova antecedente à promoção), sua aplicação nos parece perfeitamente possível, pois, apesar do empregador conhecer bem seu funcionário, não sabe se realmente ele conseguirá atender às expectativas.

IV.2 – A PRINCIPIOLOGIA E A HERMENÊUTICA SUSTENTANDO O CABIMENTO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTES DA PROMOÇÃO DO EMPREGADO.

O autor Hans Kelsen se refere ao uso da hermenêutica e o resultado dela obtido na interpretação da lei, e nas decisões judiciais, como um “*ato de vontade*” ou “*ato político*” do juiz. Chega, inclusive, a fazer uma curiosa analogia de que a lei seria como a moldura de um quadro e que o seu conteúdo seria preenchido conforme a criatividade do operador do direito¹⁶⁰.

Fazendo uma analogia do Direito com as obras artísticas, aquele seria como uma arte alográfica e não autográfica¹⁶¹. Isso quer dizer que, para

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica**. Tradução Reine Rechtslehre. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021, p. 86. “Se a interpretação é compreendida como a identificação do sentido da norma a ser implementada, o resultado dessa atividade só pode ser a determinação da moldura que a norma a ser interpretada representa, e, assim, o conhecimento das várias possibilidades que são dadas dentro dessa moldura. A interpretação de uma lei não deve então necessariamente conduzir a uma decisão como a única correta, mas antes a várias decisões, todas possuindo – na medida em que são avaliadas de acordo com a norma a ser aplicada – o mesmo valor, embora apenas uma delas se torne, através do ato da sentença judicial, direito positivo. O fato de uma sentença judicial se fundamentar na lei não significa, na verdade, nada mais que o fato de ela permanecer dentro da moldura que a lei representa; não significa que a sentença judicial é a norma individual, mas antes que ela é uma dentre as normas individuais que são possíveis dentro da moldura da norma geral.

A jurisprudência tradicional acredita, porém, poder esperar da interpretação não apenas a determinação da moldura para o ato jurídico a ser produzido, mas também ainda a realização de uma outra tarefa. E ela se inclina até mesmo a ver na realização dessa tarefa a principal função da interpretação. A interpretação deve desenvolver um método que possa preencher corretamente a moldura estabelecida”.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaios e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 30. “Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras - alográficas (música e teatro) - a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra ... Em ambas há interpretação, mas são distintas, uma e outra. A interpretação da pintura e do romance importa compreensão: a obra, objeto da interpretação, é completada apenas pelo seu autor; a compreensão visa à contemplação

entendermos melhor as regras de Direito, faz-se necessário o auxílio de um intérprete.

Uma pintura, uma joia entalhada, uma estatueta são artes autográficas. Quem as vê tem capacidade de compreender e conceituar se belo ou não, agradável ou não, sem precisar de um tradutor para isso.

Já a partitura de música é uma arte alográfica. Quem as vê não tem como avaliar se é bela ou não, pois aqueles pontos e traços representando chaves, bemóis e sustenidos espalhados nas escalas nada dizem até que seja traduzida em som pelo músico. Esse, fará o papel de intérprete. Com a projeção do som teremos possibilidade de compreender a qualidade, a beleza, a perfeição (ou não) da obra.

As regras de Direito são como uma partitura de música. Sua compreensão depende da ajuda do intérprete. Eis porque o domínio das técnicas hermenêuticas se faz importante para o entendimento do Direito.

A boa compreensão das regras dependerá do uso de critérios interpretativos tecnicamente calibrados, pois só assim é possível extrair das regras aquilo que se espera seja o mais justo.

Obviamente, a depender do critério hermenêutico aplicado, o resultado, na análise de um mesmo dispositivo legal pode levar a resultados diferentes.

A ocorrência de divergências é potencializada quando a lei se mostra lacunosa ou diante de expressões abertas, dando margem a conclusões diferentes sobre o seu real alcance.

estética, independentemente da mediação de um intérprete. A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução: a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética, reclama um intérprete; o primeiro intérprete comprehende e reproduz e o segundo intérprete comprehende mediante a (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete. O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma”.

Os dispositivos legais considerados como conceitos jurídicos indeterminados¹⁶² e cláusulas gerais¹⁶³ propiciam o terreno fértil para essas divergências.

Tais expressões dão azo a critérios subjetivos interpretativos de cada exegeta¹⁶⁴. Daí a importância de doutrina e jurisprudência ajudarem a entender a real extensão do preceito legal.

Mas, curiosamente, a imprecisão na letra da lei, permite ao operador adotar critérios interpretativos que melhor se adequam a realidade e às circunstâncias do momento, amoldando-se assim ao contexto histórico quando da sua análise¹⁶⁵.

Pode-se até dizer que se trata de uma técnica legislativa de “aerificação” da norma, ou seja, ao se definir nas leis conceitos abertos e não estagnados, se propicia ao Poder Judiciário a versatilidade de adaptar as

¹⁶² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 12^a ed. Barueri: Atlas, 2024, p. 274. “Diz-se, assim, que o conceito indeterminado sempre admite uma determinação, isto é, conceitos indeterminados são, presumidamente, determináveis, o que acontece por um processo de refinamento progressivo de seu sentido. No campo jurídico, conceitos indeterminados admitem uma generalização pela constituição de standards. A indeterminação está na extensão imprecisa de seu campo de referência objetiva, ou seja, quais os objetos abarcados (denotados) pelo conceito. O conceito é indeterminado se não é possível, de antemão, precisar tais objetos. A determinação é o processo pelo qual esse campo é delimitado. São conceitos indeterminados, nesse sentido, repouso noturno, perigo iminente etc.”.

¹⁶³ ROCHA, Ana Maria Muniz dos Santos. NERY, Camila Brito. RIBEIRO, Bruno Marques. **Cláusulas gerais: contexto histórico e seus reflexos no ordenamento jurídico.** Brasília: Revista da AGU, v. 21, nº 01, p. 37-58, jan./mar. 2022. “Isto posto, cláusulas gerais são disposições de ordem pública que possibilitam ao aplicador do direito inserir aos conceitos previstos em lei, valores e princípios capazes de, por meio dos conceitos indeterminados, criarem um determinado comportamento a ser seguido por toda comunidade, um dever-ser. Noutras palavras, são um meio concedido pelo legislador ao juiz, lhe permitindo interpretar institutos jurídicos, bem como valorá-los em cada caso, de modo que, se em algum momento a sociedade atribuir maior ou menor valor a um instituto, seja possível continuar aplicando as leis sem a obrigatoriedade de mudá-las”.

¹⁶⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173. “Definitivamente, a indeterminação das disposições gerais e dos princípios jurídicos possibilita se adotem decisões de conteúdo diferente, embora assentadas no mesmo fundamento normativo. Trata-se de uma ideia que, atualmente, parece já estar consolidada, embora se registrem algumas resistências a esse entendimento. A sua aceitação, por outro lado, implica o reconhecimento da discricionariedade judicial, dado que a ocorrência de decisões distintas – e, por vezes, contraditórias – só pode ser justificada se atribuirmos aos juízes algum poder de escolha no exercício da sua atividade. Negar esse fato, pura e simplesmente, significa voltar as costas à realidade, o que não parece adequado”.

¹⁶⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica.** Tradução Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicampi, 2001, p. 28. “Da jurisprudência, muitos aspectos não podem ser compreendidos sem um certo conhecimento histórico prévio. E aqui não se trata da utilização da história para saber algo a respeito da jurisprudência, mas de pesquisar a medida em que esta deve ter um caráter histórico”.

interpretações sobre a norma conforme as necessidades sociais de sua época, o que minimiza a necessidade de constantes reformas legislativas¹⁶⁶.

Na cláusula geral, a lei não define o antecedente e nem o consequente. É o exemplo do art. 422 do CC que prevê que os contratos devem ser pactuados conforme a boa-fé. A redação do dispositivo nos faz perguntar: o que é boa-fé? E, caso não haja boa-fé, o que acontecerá com o contrato?

O dispositivo não responde nenhuma das duas questões, ou seja, a lei não estabelece um conceito do pressuposto (o que é boa-fé) e nem da consequência (o que ocorre com o contrato havendo falta de boa-fé).

Já nos conceitos jurídicos indeterminados, a lei estabelece a previsão do consequente, apesar de não trazer um conceito do pressuposto. É o caso do art. 927, parágrafo único do CC que prevê a responsabilidade objetiva conforme o risco da atividade. Não há na lei um conceito do que vem a ser risco da atividade, mas, identificada esta, sabe-se que a responsabilidade de quem a explora será objetiva.

Além disso, o art. 8º da CLT também prevê as fontes subsidiárias aplicadas ao direito do trabalho. E, dentre elas, estão os princípios gerais de direito. E, no direito do trabalho, os princípios são fontes materiais de extrema importância¹⁶⁷.

Não se tem dúvidas que o principal princípio do direito do trabalho é o da proteção. Alguns autores inclusive dizem que esse é o único e principal princípio do direito do trabalho¹⁶⁸.

Já outros, trazem róis de princípios diversificados, mas todos eles canalizam o ideário de proteção ao trabalhador hipossuficiente como sendo o princípio central da matéria.

Quando alinhamos o entendimento de que é possível fixar no curso do contrato de emprego um contrato de experiência antecedente à promoção e, caso o empregado não seja exitoso no novo cargo, que retroceda ao cargo

¹⁶⁶ VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali – semantica e politica del diritto**. Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 45.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Gisele Ferreira de. **O redimensionamento do direito do trabalho no contexto da globalização**. São Paulo: Plêiade, 2006, p. 143.

¹⁶⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Los principios del derecho del trabajo**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 19.

anterior, não estamos apenas compartilhando uma opinião pessoal criada por puro devaneio. Ao contrário, há uma diagramação estrutural por trás dessa conclusão, feita com base em sólidos argumentos hermenêuticos.

Nos próximos itens, demonstraremos que é possível estipular o contrato de experiência antes da promoção, bem como, retroceder o empregado ao cargo anterior, caso não se saia bem no período de prova.

IV.3 – A LEGALIDADE, TANTO DO PERÍODO DE EXPERIÊNCIA ANTES DA PROMOÇÃO, COMO DA RETROCESSÃO.

A principal fonte material do Direito, em um país adepto do *civil law*, é a lei, que é o direito positivo, aquele vigente e exigível.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, II traz o ideário do princípio da legalidade. Estabelece o dispositivo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Se a lei prevê uma determinada postura, esta deve ser cumprida, tornando um dever para alguns e um direito para outros. É essa confluência que mostra ser o convívio social uma via de mão dupla, pois o direito de um é o dever do outro e vice-versa.

No Direito Público, o agente estatal só pode agir com respaldo na lei. Se a lei nada diz, então a ação não pode ser praticada, haja vista o princípio da legalidade estrita¹⁶⁹.

Já nas relações privadas (entre particulares) caso a lei não proíba uma determinada conduta, esta poderá ser praticada, pois o que não é proibido, é permitido, segundo a doutrina do comprometimento negativo¹⁷⁰.

Nesse sentido, por si só, já estruturariamos solidamente o argumento de que é possível firmar o contrato de experiência antecedente à promoção do

¹⁶⁹ BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019, p. 226.

¹⁷⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. Barueri: Atlas, 2024, p. 102.

empregado, bem como retrocedê-lo ao cargo anterior no caso de insucesso, pois a lei não proíbe expressamente esse tipo de prática¹⁷¹.

Não há, nos dispositivos celetistas, absolutamente nada que impeça (ao menos, não de forma expressa) a possibilidade de as partes negociarem um período de testes antecedente à promoção ou a prática da retrocessão no caso do empregado for malsucedido no período de prova.

Desde sua origem, a CLT nunca tratou desses assuntos e, a reforma trabalhista ocorrida em 2017 (Lei nº 13.467) nada acrescentou nesse sentido. Aliás, a reforma foi (e é) objeto de calorosas discussões sobre sua validade até os dias de hoje, já que sinalizou uma predileção a flexibilização e precarização de direitos trabalhistas, tanto que, muitos defendem a necessidade da CLT ser extinta, dando lugar a um novo Código do Trabalho¹⁷² e de um Código de Processo do Trabalho¹⁷³, mas sem perder de vista o seu viés protetivo.

Contudo, o simples argumento de a lei não proibir o contrato de experiência no curso da relação e não proibir a retrocessão, não é tão simples assim para autorizar sua prática.

¹⁷¹ Apenas em relação a redução salarial, no caso de retrocessão, se faria necessária a autorização prévia contida em acordo ou convenção coletiva, haja vista o princípio da irredutibilidade previsto no art. 7º, VI da CF, que veda seja o salário reduzido por acordo individual.

¹⁷² SANTANA, Nivaldo. **Um novo código do trabalho é necessário.** “*Um novo código do trabalho e a defesa do fortalecimento sindical são indispensáveis para transformar o Brasil um país desenvolvido, democrático e com valorização do trabalho. O país precisa de trabalho digno, salários maiores e redução da jornada de trabalho*”. Disponível em: <<https://vermelho.org.br/2022/08/05/um-novo-codigo-do-trabalho-e-necessario-por-nivaldo-santana/>>. Acesso em: 27 out. 2024.

¹⁷³ SCHIAVI, Mauro. **A teoria geral do processo do trabalho e a reforma trabalhista da Lei 13.467/17.** “*Atualmente, há grandes discussões, na doutrina e na jurisprudência, sobre a necessidade de um Código de Processo do Trabalho que atualizaria a legislação processual trabalhista, daria maior visibilidade ao Direito Processual do Trabalho e propiciaria maior efetividade à jurisdição trabalhista e também maior segurança jurídica na aplicação da lei processual trabalhista. Muitos defendem um Código de Processo do Trabalho. Outros são contrários, asseverando que ele provocará estagnação da lei processual trabalhista e retirará a agilidade do procedimento, considerando que o Processo do Trabalho é impulsionado por princípios. De nossa parte, um Código de Processo do Trabalho sistematizando os princípios e institutos peculiares do Direito Processual do Trabalho, bem como atualizando as atuais necessidades da jurisdição trabalhista e efetividade do direito material, seria bem-vindo. Além disso, contribuiria para o fortalecimento do Direito Processual do Trabalho como ciência e possibilitaria maior visibilidade da Justiça do Trabalho*”. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/ejud13/material-de-curso-e-eventos/2019/i-jornada-de-formacao-continuada-mar-2019/mauro-schiavi-teoria-geral-do-processo-e-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em 30 out. 2024.

Os principais pontos de resistência estariam fundados nos princípios da continuidade do vínculo de emprego (arts. 443, 445 e 451 da CLT) e no da vedação das alterações *in pejus* aos interesses do empregado (art. 468 da CLT).

Não é fácil o confronto dessas duas grandes matrizes estruturais do direito do trabalho.

Contudo, traremos na relação abaixo, diversas fontes legais que, subsumidos a nossa linha de defesa, mostrarão ser possível a prática do contrato de experiência antecedente à promoção (feita no curso do contrato) e da retrocessão se, ao final do período experimental, as partes assim quiserem.

As principais fontes legais que autorizam nossa tese são:

O artigo 23, item 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego.

As expressões “*todo ser humano tem direito à livre escolha de emprego*” e “*todo ser humano tem direito a condições justas e favoráveis de trabalho*” nos parecem suficientes para autorizar a retrocessão se o período de prova for infrutífero.

O empregado é livre para escolher qual cargo quer exercer junto ao empregador, desde que, obviamente, haja o consentimento deste.

Sendo o contrato de emprego bilateral, consensual e comutativo, é óbvio que o empregado pode querer exercer essa ou aquela função, mas o consentimento do empregador se faz necessário.

Assim, se o empregado foi promovido e, por não se sentir bem no novo cargo, quiser retroceder ao cargo anterior, e o empregador assim concordar, que precedência tem o Estado em proibir essa manobra?

Se o empregador, após promover o empregado, perceber que ele não se saiu bem no novo cargo, mas que ainda assim é um ótimo funcionário e quer reaproveitá-lo no cargo anterior, e estando o empregado de acordo, porque proibir essa prática?

É esse um dos pontos chaves de nossa tese: havendo consenso das partes que a promoção não saiu como se imaginava e que a retrocessão é a melhor opção, não pode o Estado, através de normas cogentes (ainda que imbuídas de uma narrativa protetiva), reprimir o exercício dessa vontade.

Respeitar a autonomia da vontade das partes, que agem de forma livre, desimpedida, sem nenhum vício de consentimento e sem ofender interesses coletivos ou de classe, é enaltecer a autonomia negocial e gerencial dos atos de vida em comunhão.

É bem verdade que o art. 468 da CLT vedo as alterações do contrato que trazem prejuízos ao empregado, ainda que com o consentimento deste. Além disso, não é preciso discorrer que a retrocessão não é necessariamente uma alteração benéfica, pois o empregado volta a exercer cargo menos importante, o que há de se convir, não é de bom grado. Mas, importante enxergar que se tratar de uma opção consciente e previamente combinada entre as partes, que agiram de forma livre e espontânea e, acima de tudo, visando um bem maior, que é a valorização do trabalho humano e manutenção do emprego¹⁷⁴.

É um direito natural das partes adequarem suas vontades para com isso criar um ambiente mais justo e favorável nas relações de trabalho¹⁷⁵. O exercício desta vontade livre e desembaraçada, sem que resulte em ofensa ao direito de qualquer outro, capaz de gerar uma máxima, reverberando a todos, é o que Kant¹⁷⁶ chamava de imperativo categórico, afinal, só tem dignidade quem

¹⁷⁴ MEYER, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A ordem econômica e a especialização das varas em matéria empresarial.** LEMOS JORGE, André Guilherme. ADEODATO, João Maurício. DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2, 209-233. “Constata-se, ainda, que a ordem econômica possui dois fundamentos, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Eles têm por objetivo assegurar a todos uma existência digna, em consonância com os ditames da justiça social. Verifica-se no Texto Constitucional uma opção pelo modelo capitalista de livre mercado e iniciativa, contudo, sem descuidar da justiça social”.

¹⁷⁵ BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115. “Ao longo do tempo, ocorre o esgotamento do modelo individual e mais uma vez há uma reação: dialeticamente no ambiente de injustiça social do final do século XIX e início do XX defende-se uma concepção natural renovada. É desse momento o socialismo utópico, o socialismo real, a doutrina social da Igreja Católica, com as encíclicas *Rerum Novarum* e *Pacem in Terram*”.

¹⁷⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Arthur Morão. Lisboa: EDIÇÕES70, 2013, p. 187. “A fim de estender praticamente um conhecimento puro, deve dar-se um propósito [Absicht] a priori, isto é, um fim, enquanto objecto [Objekt] (da vontade), que,

age com liberdade e, dignidade e liberdade, são direitos naturais do ser humano¹⁷⁷.

Portanto, pela simples aplicação do direito natural do ser humano em buscar aquilo que melhor lhe convém em matéria profissional, ao final do período de experiência antecedente à promoção, se as partes entenderem que a retrocessão é a melhor opção, deverá o Estado respeitar essa decisão, conforme art. 23, item 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Já a Convenção 122 da OIT (ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969) em seu art. I – 1 prevê que, com o objetivo de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão-de-obra e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo Membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.

O item 2 estabelece que essa política deverá procurar garantir:

- a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho;
- b) que este trabalho seja o mais produtivo possível;
- c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convier e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

independente de todos os princípios teóricos, seja representado como praticamente necessário mediante um imperativo (categórico) determinando imediatamente à vontade, e isso é aqui o soberano bem”.

¹⁷⁷ NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** 1^a ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. “Liberdade, um dos direitos fundamentais chamados de primeira geração, é atributo natural do ser humano. Ser livre é a aspiração de toda pessoa dotada de discernimento e instinto característico a qualquer ser vivo. Uma das expressões mais nítidas da liberdade é poder escolher. ‘Na livre escolha, o homem realiza-se a si mesmo’. Não é livre quem não possa optar por uma forma de existência, por sua carreira, pela pessoa com quem pretenda viver”. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93608421/v3/document/93754890/anchor/a-93608488>>. Acesso em: 01 nov. 2024.

Chamamos a atenção as alíneas *b* e *c* do item 2 da Convenção 122 da OIT. Elas dizem que é um direito do trabalhador engajar em um emprego que lhe seja o mais produtivo possível, de exercer a livre escolha de emprego, de ocupar o emprego que lhe convier e de utilizar nesse emprego suas qualificações e seus dons.

Se o empregado é promovido a um cargo superior e, nesta nova função, não está se sentindo produtivo, pois as tarefas exigidas não estão de acordo com suas qualificações ou dons, nada impede então que solicite, ao final do período experimental, o retrocesso ao cargo anterior, onde sabe que exercerá suas funções de forma produtiva e adequada às suas habilidades.

Natural e escusável que, diante da busca pela evolução profissional, o empregado tenha se empolgado com a proposta de promoção e, só depois de a ter aceitado, percebendo que suas habilidades e seus dons não eram coerentes com o novo cargo, decide voltar para o cargo anterior, onde estava melhor adaptado.

O ditado que diz “*escolha um trabalho de que gostes e não terás que trabalhar nem um dia da tua vida*” é uma representação singela e bem alinhada com o espírito alinhado no art. I, item 2, alíneas *b* e *c* da Convenção 122 da OIT.

O empregado deve se engajar em um cargo que goste, realizando tarefas que estejam à altura do seu domínio, da sua qualificação, dos seus dons¹⁷⁸.

¹⁷⁸ LEITE, Luciano S. **Saúde mental no trabalho e atitude empreendedora.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 33. “Antes de iniciar a compreensão sobre satisfação no ambiente profissional, é importante destacar que o próprio termo satisfação é passível de questionamentos. Ainda que em dicionários sua definição seja ‘ato de satisfazer-se, contentar-se ou sentir prazer’, a sensação de satisfação pode variar de uma pessoa para outra. Um trabalhador pode valer-se de fatores racionais como salário e benefícios para definir sua satisfação, ou de critérios afetivos, como gosto pela atividade desenvolvida ou relacionamentos.

Diferentes pesquisas têm demonstrado que, assim como a motivação, a questão da satisfação é resultado de fatores internos com estímulos externos. Especialistas em comportamento humano e gestores de recursos humanos apontam os seguintes fatores como mais influentes para a satisfação no trabalho:

Sentimento em relação à função: pessoas satisfeitas profissionalmente costumam mencionar o sentimento de realização em relação às tarefas que desempenham. Sentir-se útil, perceber que pode utilizar suas habilidades e competências, sentir-se valorizado e compensado financeiramente são os componentes do ‘gostar do que se faz’.”

É um direito natural e legal do ser humano exercer uma profissão alinhada com suas habilidades e que lhe traga a maior satisfação possível.

Por mais que essa narrativa não se mostre equalizada com a realidade de muitos trabalhadores, é preciso buscar (ou ao menos tentar) essa pretensão.

A defesa pelo bem-estar não pode ficar restrita ao mundo das ideias e ser tratada como mero simbolismo. O bem-estar e a qualidade de vida são essenciais como instrumentos de alcance da dignidade humana. É preciso garantir-lhe efetividade, senão pelo comportamento espontâneo da sociedade, que seja então pela atuação do Poder Judiciário¹⁷⁹.

Não é demais lembrar que o ato de trabalhar em si já é, por excelência, algo desgastante ao ser humano. Tanto que a palavra trabalho deriva do latim *tripalium* ou *tripalus*, que era uma ferramenta de tortura. Eram três paus amarradas no pescoço de escravos fugitivos e criminosos como forma de castigo¹⁸⁰.

Dessa palavra, inclusive, surgiu o verbo *tripaliare* cujo significado originário era torturar. Não à toa, ainda se discute nos dias de hoje, se trabalhar é um caminho para a salvação ou uma danação¹⁸¹.

Na Bíblia, em Gênesis 3, Deus pune Adão e Eva com a expulsão do paraíso, pois desobedecerem uma ordem direta, experimentando o fruto proibido. Como pena pelo pecado capital, passam a trabalhar para sobreviver. A narrativa nas escrituras, associando o trabalho como um castigo ao casal pecador, bem simboliza o sofrimento que ele causa, sensação antes inexistente enquanto estavam no Jardim do Éden¹⁸².

Disse Deus a Adão “você fez o que a sua mulher disse e comeu a fruta da árvore que eu o proibi de comer. Por causa do que você fez, a terra será maldita. Você terá de trabalhar duramente a vida inteira a fim de que a terra

¹⁷⁹ ADEODATO, João Maurício. LEMOS JORGE, André Guilherme. DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2, p. 136.

¹⁸⁰ KNIHS, Karla Kariny. **As relações de trabalho**. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2012, p. 20.

¹⁸¹ BRYM, Roberto J. et al. **Sociologia: sua bússola para um novo mundo**. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 286.

¹⁸² FARIA, Jacir de Freitas. **As mais belas e eternas histórias de nossas origens em Gn1-11**. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 66.

produza alimento suficiente para você. Ela lhe dará mato e espinhos e você terá de comer ervas do campo. Terá de trabalhar no pesado e suar para fazer com que a terra produza algum alimento; isso até que você volte para a terra, pois dela você foi formado”.

Na Grécia e Roma antiga o trabalho intelectual era desempenhado pelos cidadãos, pois visto como uma atividade digna, enquanto o trabalho braçal era considerado uma atividade indigna, feito por escravos, estrangeiros e não cidadãos¹⁸³.

Assim, a depender da ideologia de uma determinada sociedade em sua época, o trabalho podia(e) estar associado a um castigo ou a uma virtude¹⁸⁴.

Se trabalhar, por si só, já é um castigo, então trabalhar fazendo aquilo que não gosta, que não se tem dom, habilidades ou qualificações, torna a atividade mais tortuosa ainda.

Sabemos que muitas pessoas não estão satisfeitas com seus empregos, com seus cargos ou tarefas. É, inclusive, admirável a pessoa que refuta esse tipo de situação e busca melhores oportunidades de trabalho visando engajar em uma profissão que realmente goste, que tem habilidade e domínio, ao invés de tolerar o emprego martirizante, em troca do indispensável salário.

Por esteve motivo a Convenção 122 da OIT garante que o empregado tem o direito de buscar o emprego e o exercício das tarefas mais adequadas aos seus dons, qualificações e habilidades, para assim ser mais produtivo e tornar a labuta diária menos penosa possível.

É nesse sentido que defendemos que, passado o período experimental e percebendo as partes que o trabalhador não se adequou ao novo cargo, que se decida pela sua retrocessão ao cargo anterior, onde realizará as atividades mais alinhadas com suas habilidades.

O art. 5º da LINDB estabelece que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum¹⁸⁵.

¹⁸³ MASCARO, Alysson Leandro. **Sociologia do direito**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 28.

¹⁸⁴ MARTINS, José Ricardo. **Introdução à sociologia do trabalho**. 2ª ed. Curitiba: Intersaber, 2023, p. 41.

Somamos a isso o fato de que a busca do pleno emprego é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV da CF) e que a mesma Constituição dá papel de destaque quanto a finalidade social do trabalho, tanto que recebeu um capítulo próprio a respeito (dos direitos sociais, arts. 6º a 11).

A interpretação sistemática desses dispositivos nos leva a concluir que, o desemprego é um mal social e que, portanto, deve ser combatido. Para o bem de toda a sociedade, importante que as pessoas estejam trabalhando, engajadas em uma atividade, preferencialmente, que gere renda¹⁸⁶, e que esse trabalho seja digno.

A implementação de medidas que fomentem a criação de postos de trabalho e a preservação dos empregos, evitando assim o aumento no número de desempregados, são medidas que devem ser praticadas pelo Estado e por toda a sociedade. O empregador, apesar de não ter a obrigação de manter um empregado, quando possível, deve priorizar alternativas que evitem a dispensa dos trabalhadores.

Preservar o emprego é, portanto, uma manobra que o empregador também deve enaltecer, em nome da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

¹⁸⁵ CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 12ª ed. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 58.

¹⁸⁶ Importante lembrar que há também o trabalho voluntário (Lei nº 9.608/98) onde se presta trabalho de forma filantrópica, sem contraprestação salarial, não obstante, possa ser resarcido com as despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias. O trabalho voluntário, ainda que não gere direitos trabalhistas ou mesmo uma renda, é capaz de gerar a satisfação de quem o presta e é uma dentre tantas formas de exercício de solidarismo social (art. 3º, I da CF).

¹⁸⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, nº 17, jan/jun, 2011, p. 35-39. “Além da eficácia vertical, até aqui estudada, que consiste na vinculação dos Poderes estatais aos direitos fundamentais, podendo os particulares exigir diretamente do Estado, surgiu na Alemanha, com expansão na Europa e, atualmente, no Brasil, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares ... No âmbito das relações de trabalho, especificamente nos sítios da relação empregatícia, parecemos não haver dúvida a respeito da importância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente em razão do poder empregatício (disciplinar, diretivo e regulamentar) reconhecido ao empregador (CLT, art. 2º), o qual, por força dessa relação assimétrica, passa a

Sendo de interesse do bem comum que o desemprego diminua, se um empregado promovido não for aproveitado no novo cargo, que seja então reaproveitado no cargo anterior, evitando assim mais um desempregado no seio social, o que parece estar muito bem alinhado com as exigências do bem comum mencionado na lei.

Portanto, pelos olhos do art. 5º da LINDB, também cremos ser possível a inserção do contrato de experiência antecedente à promoção e, no pior cenário, permitir a retrocessão, pois, além de priorizar a manutenção do vínculo de emprego, ajuda a combater o aumento do desemprego.

O art. 107 do CC estabelece que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

A CLT em momento algum determina que o contrato de experiência seja feito única e exclusivamente no início do contrato.

A legislação trabalhista, aliás, sequer exige que o contrato de prova seja pactuado. Sua pactuação é facultativa.

Dadas essas peculiaridades, importante é a análise dos costumes, no que diz respeito ao contrato de experiência. E, analisar os costumes não é um argumento superficial, vez que estes são considerados por muitos¹⁸⁸ como a verdadeira fonte material do Direito. Tanto é que os costumes são fontes primárias do direito material (art. 8º da CLT). E, pelos costumes, o contrato de experiência é unanimemente firmado no início da relação, e sempre por escrito.

No cenário trabalhista brasileiro, é praticamente inexistente a ideia de se firmar contrato de experiência antes de uma promoção. Mas, sendo os costumes *praeter legem* um comportamento aceito e reiterado pela sociedade, nada impede que haja uma evolução na rotina gerencial nesse sentido, de modo que, quem sabe daqui algum tempo, venha se tornar habitual nos departamentos pessoais o estabelecimento de um contrato de experiência antes de se promover o empregado.

ter deveres fundamentais em relação aos seus empregados ... Como as relações de trabalho subordinado são marcadas pela desigualdade entre os particulares, de um lado o empregador, que detém o poder empregatício (econômico, regulamentar, diretivo e disciplinar), e do outro o empregado, hipossuficiente e vulnerável, parece-nos inegável a plena aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações empregatícias”.

¹⁸⁸ MOTA, Vinícius. **Direito do trabalho**. São Paulo: Rideel, 2002, p. 55.

Tudo é uma questão de tempo e de aceitação quanto a esta prática. Basta que ela seja sugerida, difundida e praticada. Assim, enquanto não sobrevier uma lei específica regulando o assunto, sua fundamentação poderia facilmente ocorrer por força dos usos ou dos costumes¹⁸⁹.

Enquanto isso não acontece, fiquemos no plano das ideias. Mas que é possível sua concretização, isso é!

Se somarmos ainda os princípios da instrumentalidade¹⁹⁰ das formas previstos no Código Civil (art. 107) e da informalidade¹⁹¹ do direito do trabalho, a formação do contrato de experiência antecedendo à promoção (e permitindo a retrocessão), poderá ser livremente pactuado pelas partes, sem qualquer solenidade prévia.

Como a lei nada condiciona ou proíbe nesse sentido, basta apenas criar essa manobra através de simples negociação (individual ou coletiva). E, se essa prática se tornar reiterada, virá a integrar os costumes no plano gerencial-empresarial.

Já o art. 112 do CC estabelece que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Para aqueles mais resistentes a ideia de se incluir no curso de um contrato por prazo indeterminado um novo contrato por prazo determinado (inserir um contrato de experiência durante o fluxo de um contrato definitivo), o art. 112 do CC talvez seja o dispositivo mais efetivo na solução desse dilema. Basta se criar uma condicionante de que a promoção só se consolidará se for consenso das partes e, necessariamente, após o período de experimentação. Caso contrário, será retrocedido ao cargo anterior.

¹⁸⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 27^a ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 39. “O costume sempre se origina da vida social, o que nem sempre acontece com a lei escrita. Vem a ser um comportamento com conteúdo jurídico porque se repe, com uniformidade, através do tempo ... o costume e o uso não se confundem. ‘O costume pode ser norma, constituindo o Direito costumeiro. O uso é expressão convencional. Enquanto a interpretação do costume constitui interpretação do Direito, a interpretação do uso é, quase sempre, interpretação da vontade das partes’”.

¹⁹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: dos contratos e dos atos unilaterais**. 5^a ed. Indaiatuba: Foco. 2022, p. 43.

¹⁹¹ BENATTO, Pedro Henrique Abreu. **Direito do trabalho aplicado**. 2^a ed. São Paulo: Rideel, 2023, p. 81.

Mas qual seria o nome atribuído a essa manobra? Essa condição poderia receber qualquer nome. Isso seria o menos importante¹⁹²! Poderia ser chamada de “*contrato de experiência antecedente à promoção*”, “*contrato de experimentação*”, “*contrato de testes*”, “*contrato probatório*”, enfim, a imaginação na rotulação desse evento é ilimitada e teria o mesmo resultado prático no final das contas.

Como o que importa é o produto contido no enlatado e não o rótulo da embalagem, então o nome dado ao instituto não faria a menor diferença, pois o que deve ser considerada é a intenção nela consubstanciada¹⁹³.

O próprio art. 112 do CC estabelece que o importante é a intenção das partes envolvidas e não o sentido literal da linguagem utilizada nas declarações.

Assim, a expressão “*contrato de experiência*” (a qual sugerimos nesse trabalho) não precisaria ser assim literal e muito menos se reportar ao contrato de experiência previsto na legislação trabalhista.

¹⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 154. “Naturalmente, não se pode falar, hoje, numa ‘tipicidade’ do negócio, no mesmo sentido em que havia uma tipicidade no direito romano clássico; neste, os tipos eram fixos ... ‘no significado mais antigo, que remonta ao direito romano clássico, as causas do negócio são típicas no sentido de que são especificamente denominadas e taxativamente disciplinadas no direito objetivo. No significado mais recente, ao qual o direito justiniano serve de ponte, e que encontra desenvolvimento adequado no direito comum e no ambiente social moderno, as causas do negócio são típicas no sentido de que, embora não sejam taxativamente indicadas pela lei, devem, porém, em princípio, ser admitidas pela consciência social como correspondentes a uma exigência legítima, a um interesse social durável ou necessário, e, como tais, ser consideradas dignas de tutela jurídica’.

Por isso mesmo, também os contratos inominados têm tipo. Uma vez que nos libertemos da ‘tirania dos nomes’, vemos que os contratos inominados têm também um regime jurídico”.

¹⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 133. “Inspirando-se, outrossim, o direito das obrigações moderno no princípio da confiança, quando se pesquisa a intenção não é a vontade individual de cada parte que se busca, não é o querer interno delas, mas ‘a vontade objetivada na declaração contratual’, isto é, o ‘significado que para as partes estipulantes teve o ajuste, e este significado é presumivelmente o normal, ou seja, o significado que num dado ambiente socioeconômico pode atribuir-se às declarações e aos comportamentos dos contratantes, à base de uma avaliação normalmente diligente’.

Cada parte, portanto, confia em que as declarações recíprocas terão o sentido normal, ou seja, o sentido que no meio social costumam ter os enunciados adotados no contrato entre elas ajustado. Enfim, diante do dissenso das partes, ‘é o princípio da confiança que impõe’ a vontade declarada como sendo a reveladora da intenção a prevalecer na exegese subjetiva do contrato”.

A expressão “*contrato de experiência*” pode ser apenas uma denominação dada por referência ou analogia. Qualquer outro nome atribuído a este ato negocial seria irrelevante.

Independentemente do nome dado, os elementos cruciais para determinar a validade do ato seriam:

- a) vontade livre e desembaraçada das partes (do empregador em oferecer a oportunidade de promoção e do empregado em aceitá-la);
- b) a combinação da condição prévia, que é o período experimental, e;
- c) ao final do período de prova, o consenso de que a promoção será efetiva ou, caso contrário, o empregado retornará ao cargo anterior.

Essa convenção, devidamente estabelecida de forma transparente, leal e com boa-fé, seria perfeitamente válida, pouco importando o nome e a forma a ela atribuídos (não obstante o ideal é que fosse na forma escrita), pois o que realmente importa é a manifestação da vontade das partes (art. 112 do CC).

Assim, o mais relevante é que, o negociado esteja claro e indubitável, demonstrando que há um risco assumido pelo empregado na assunção do novo cargo e que este, caso inapto no desempenho das novas tarefas, retrocederá o cargo anterior.

Atribuir um nome específico e adequado e que bem identifique essa manobra seria realmente o ideal e, a nosso ver, não haveria nome melhor que “*contrato de experiência antecedente à promoção*”. Mas, caso o nome em si cause alguma confusão (e não temos dúvida que, paradoxalmente, o nome “*contrato de experiência*” no curso do contrato cause polêmicas) outros nomes poderiam ser criados pois, segundo o art. 112 do CC, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem¹⁹⁴.

¹⁹⁴ BRUFATTO, Tamiris Vilar. **Teoria da base objetiva do negócio jurídico**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 70. “Importa esclarecer que quando falamos em interpretação normativa, não se entende apenas do texto legal, mas também das normas contratuais, afinal, o contrato faz lei entre as partes, sendo o seu texto também texto normativo. Mas se a interpretação do texto da lei já é complexa, a interpretação contratual mostra-se ainda mais complexa, pois há um entrelaçamento entre o estabelecido no texto legal e a autonomia privada. O contrato, ademais, não se resume ao instrumento que o representa, não é algo estático, mas

Temos ainda o art. 113 e seus parágrafos do CC, estabelecendo que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

O § 1º diz que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Já o § 2º estipula que as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

A previsão estabelecida nos incisos I à V do § 1º e da parte final do § 2º do art. 113 do Código Civil também nos parece subsumir com perfeita adequação a ideia do contrato de experiência antecedente e condicionante à promoção.

Prevê o inciso I do art. 113 que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes, posterior à celebração do negócio, ou seja, quanto a sua capacidade de criar efeitos, já que não faz sentido uma convenção estéril¹⁹⁵.

deve ser percebido em perspectiva dinâmica, como um processo, sendo que esse processo deve ser considerado pelo intérprete e refletido no resultado de sua interpretação”.

¹⁹⁵ PIVA, Rui Carvalho. **Direito civil: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas.** Barueri: Manoel, 2012, p. 94. “Determinada cláusula não deve ser interpretada isoladamente, mas como parte de um todo, aí incluídas

Ora, se após o decurso do contrato de experiência antecedente à promoção, o empregado se manter no cargo a qual foi promovido, será o aval de que a promoção foi exitosa e que, tanto o empregado como o empregador, estão satisfeitos com essa alteração contratual. Ao contrário, se terminado o período de experiência, o empregado retrocede ao cargo anterior, esse comportamento evidenciará a vontade de ambos em não manter aquela nova situação, preferindo restaurar a relação antiga.

O comportamento das partes, em ratificar a promoção, ou revogá-la e retroceder a situação anterior, deve ser respeitada, e o art. 113, § 1º, inciso I do CC assim confirma.

Não há motivo para justificar a interferência do Estado proibindo que isso ocorra.

Há ainda o disposto no inciso II do § 1º, que diz que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

A parte final do inciso II se refere a necessidade de se interpretar o negócio conforme as práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. É exatamente essa parte que nos interessa e entendemos alinhada à nossa tese.

A prática no mercado mostra que trabalhadores com melhores habilidades e capacitações são alocados em cargos mais destacados. Quem tem mais expertise, maior comprometimento, que traz maiores ganhos para o empregador, acaba sendo alocado em melhores cargos e tendo melhor contraprestação¹⁹⁶.

tanto as cláusulas que a precedem como as que a sucedem. Quando um contrato ou uma cláusula apresenta duplo sentido, deve-se interpretá-lo de maneira que possa gerar algum efeito, e não de modo que não produza nenhum”.

¹⁹⁶ CARVALHO, Iêda Maria Vecchioni. LICKFELD, Luciana Vecchioni Carvalho. **Gestão de pessoas por competência: como operacionalizar na prática esse modelo.** São Paulo: Actual, 2023, p. 24. “Atualmente, em função da necessidade de melhor se administrar a verba pública e da competitividade existente no setor privado, os Planos de Salários se transformaram em Planos de Remuneração. Nestes, além do salário fixo destinado ao pagamento do trabalho realizado em cada cargo, são acrescidos os benefícios e os critérios de remuneração variável, caracterizados não só por comissões e prêmios, como também pelos programas de participação nos lucros ou resultados e os prêmios por produtividade. Estes dois últimos se mostram bastante interessantes, na medida em que só acontecem se a organização atingir suas metas ou quando existe uma superação que contribui para o crescimento da empresa, não gerando, portanto, nenhum tipo de gasto extra para a empresa.

Contudo, se o empregado foi elevado a um cargo superior e não mostrou ter habilidade suficiente para desempenhar aquele papel, devolvê-lo ao cargo anterior é manobra perfeitamente adequada com a prática do mercado.

Permitir essa possibilidade é respeitar a autonomia gerencial do empregador, privilegiar a vontade das partes e proteger o emprego do trabalhador, sem falar que a manobra se mostra perfeitamente alinhada com a prática do mercado de trabalho.

A expressão “*prática do mercado*” não pode ser ignorada ou sofrer interpretação reducionista. É o mercado que gera e movimenta riquezas, que cria empregos e renda aos cofres públicos.

Claro que, se tais práticas se mostram perniciosas, nocivas ao consumidor, ao meio ambiente, a moralidade, a concorrência etc., que limites sejam estabelecidos¹⁹⁷. A história mostra que o liberalismo total e sem qualquer controle leva a um sistema concorrencial predatório, o que não é possível admitir.

Por outro lado, se essas práticas não se mostram nociva à sociedade, e não vemos agressão alguma aos interesses sociais estabelecer um período experimental antecedente à promoção, sua autorização seria, portanto, a

Por outro lado, a pesquisa salarial e de práticas de gestão de pessoas realizada em organizações similares (mesmo porte, faturamento, ramo de atividade etc.) mostra-se, ainda, bastante eficaz quando se trata de remunerar os profissionais em linha com o mercado, conseguindo auxiliar na retenção daqueles que despontam como talentos ou já provaram o seu valor na empresa ... Uma função mal recompensada, envolvendo salário, benefícios, prêmios, programas de participação de resultados etc., torna-se fonte de demissões voluntárias e gera impactos na produtividade, na satisfação e na qualidade pessoal e profissional de todos os envolvidos.

Entretanto, no modelo da remuneração por competências, cai consideravelmente a necessidade de revisão das descrições dos cargos, na medida em que são elaborados de forma mais ampla, como também a preocupação em rever o peso dos cargos, pois o peso que importa é o do ocupante”.

¹⁹⁷ MEYER, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques. JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza. **O consequencialismo jurídico no Direito Econômico.** LEMOS JORGE, André Guilherme. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. MACIEL, Renata Mota (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.3, p. 203-220. “Se assim não ocorrer, havendo a omissão no que se refere ao regulamento e combate às distorções concorrenciais, estará a se proporcionar o Poder Econômico, que se apresenta dentro de um ambiente de mercado e que é de titularidade da empresa que, obedecendo ou não as leis da regulação da concorrência, toma decisões econômicas no sentido de se sobressair perante seu concorrente e não só isso, subjugar a vontade do indivíduo consumidor”.

concretização do respeito ao exercício do *jus variandi*, cujos atos estão compreendidos naquilo que a lei se refere a “*prática do mercado*”.

Já o inciso III do § 1º estabelece que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder à boa-fé.

Sabemos que boa-fé se presume e má-fé se prova¹⁹⁸. Se o empregado promovido não se saiu bem nas novas atribuições, retroceder ao cargo anterior após o final do período experimental e dar continuidade a relação de trabalho, deve ser visto como manobra normal e não como prejudicial.

Respeitar a vontade das partes contratantes é, sem sombras de dúvidas, uma questão de boa-fé.

É bem verdade que pode haver simulação, coação, dolo, ameaça ou algum outro tipo de vício que possa macular a negociação, mas esse fato deve ser provado e não simplesmente presumido.

O art. 9º da CLT prevê que toda manobra feita com o objetivo de fraudar direitos trabalhistas, será considerada nula. É o chamado princípio da primazia da realidade.

Mas, se a retrocessão realmente ocorreu por vontade das partes, com total boa-fé e sem nenhum tipo de vício, então será perfeitamente válida, devendo ser respeitada e protegida pelo sistema jurídico.

Diz ainda o inciso V do § 1º do art. 113 do CC que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Esse dispositivo nos parece completo em permitir o contrato de testes antes da promoção do trabalhador.

Em primeiro lugar, é razoável que as partes negociem a efetivação da promoção só depois que o empregado mostrar possuir as habilidades necessárias ao desempenho das novas funções.

¹⁹⁸ MORAES, Carlos Eduardo Guerra de. RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 209.

Em segundo lugar, é uma questão de pura racionalidade econômica das partes, tanto que foram prévia e simultaneamente informadas sobre as condições da oferta em si (as vantagens da promoção) e das consequências no caso de insucesso (a retrocessão). Assim, se o empregado perde o cargo elevado por não se mostrar apto, retornará ao cargo anterior, inclusive com o salário anterior. E, tudo isso, é pura questão de equalização econômica, afinal, é racional e adequado, do ponto de vista jurídico, contratual e econômico, que o empregado ganhe salário compatível com o cargo que exerce.

Será necessário, contudo, que a previsão de retrocessão salarial esteja prevista em acordo ou convenção coletiva, não bastando esteja prevista no negócio individualmente firmado entre as partes, haja vista a proteção constitucional quanto a sua irredutibilidade (art. 7º, VI da CF).

Assim, a retrocessão no cargo será válida, se negociada individual ou coletivamente, mas, a retrocessão no salário, só será possível mediante previsão em acordo ou convenção coletiva.

Temos ainda o § 2º do art. 113 do CC, que estipula que as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Como dissemos, não há na lei previsão sobre o contrato de experiência antecedente à promoção, o que caracteriza uma lacuna jurídica.

Possibilitar o contrato de experiência no curso do contrato de emprego é uma forma de integração de institutos jurídicos diversos, tornando essa medida válida, graças à vontade das partes em estabelecê-las.

Nesse sentido, também nos mostra adequada a regra do § 2º do art. 113, que prevê autonomia às partes para pactuarem livremente regras para preenchimento dessa lacuna, fazendo assim a integração destes institutos jurídicos.

Nesse caso, a autonomia de vontade das partes deve ser privilegiada e o § 2º do art. 113 do CC nos parece ser mais um instituto jurídico capaz de autorizar essa negociação.

Assim, diante da lacuna na lei, que não prevê o contrato de experiência antecedente à promoção e nem mesmo a retrocessão e, ante a regra do § 2º do art. 113 do CC, que autoriza as partes a preencherem por negociação, cremos ser possível a inserção dessas manobras no contrato de emprego, mediante o exercício livre e desimpedido de vontade.

Prevê ainda o art. 114 do CC que os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

A tarefa de compreender o alcance da norma não é fácil, principalmente quando há na estrutura do texto expressões que admitem interpretações variadas.

Algumas palavras possuem significado uníssono, não comportando dúvidas. Já outras, permitem mais de uma interpretação, dada sua imprecisão. Exemplo: terão preferência sobre outros créditos as verbas de natureza alimentar. O que são verbas de natureza alimentar? A expressão “natureza alimentar” pode comportar vários sentidos diferentes. Outro exemplo: A estabilidade da empregada se iniciará após a confirmação da gravidez. Confirmação de quem? Basta a empregada saber que está grávida para ter estabilidade ou é preciso que o empregador tenha conhecimento do estado gravídico da funcionária? E se a funcionária estiver grávida, mas sequer saber disso, então ela não terá estabilidade, pois inexiste a confirmação? O que garante a estabilidade afinal, a gravidez, ou o fato de saber da gravidez?¹⁹⁹

Visando auxiliar a interpretação desses signos, o art. 114 do CC estabelece que os negócios jurídicos benéficos e a renúncia devem ser interpretados de forma restritiva²⁰⁰.

¹⁹⁹ Atualmente, essa discussão foi pacificada com a edição da súmula 244 do TST, que afirma ser a empregada gestante estável desde a concepção, pouco importando o conhecimento do estado gravídico. A edição desta súmula se justificou exatamente por conta da redação do art. 10, II, b do ADCT, que estabelece se iniciar a estabilidade com a “confirmação” da gravidez. Trouxemos esse caso para exemplificar como uma palavra mal colocada na letra da lei pode potencializar interpretações divergentes, o que provocará a necessidade de usar recursos hábeis de exegese para se alcançar o resultado mais justo possível.

²⁰⁰ DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. DONIZETTI, Tatiane. **Curso de direito civil.** 11ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 138. “Por fim, uma última norma insculpida no Código acerca da interpretação dos atos jurídicos diz respeito aos atos benéficos e à renúncia, os quais devem ser interpretados restritivamente (art. 114)”.

Para entender melhor a associação do nosso tema com o art. 114 do CC, lançamos o seguinte dilema: entre perder o emprego e perder o cargo, mas se manter no emprego, qual parece ser a opção mais benéfica? A nosso ver, a segunda alternativa, é a mais benéfica no aspecto geral.

Se o empregador, entendendo que o empregado promovido não mandou bem no novo cargo, mas pode ser reaproveitado no cargo anterior, então permitir a retrocessão será a manobra mais benéfica, o que torna o descenso no cargo um ato permitido.

Apesar de aparentemente soar como uma renúncia a um cargo mais elevado, o que a rigor conflita com o princípio da irrenunciabilidade²⁰¹, ela é válida, não só porque se trata de vontade deliberada das partes, mas porque seu resultado prático se mostrou mais benéfico ao próprio trabalhador, o que vai ao encontro com o ideário protetivo das leis trabalhistas.

Já o art. 122 do CC estabelece que são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Entre as condições defesas, se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Este dispositivo corrobora a possibilidade de inserir o contrato de experiência antes da promoção, bem como permitir a retrocessão do empregado, já que este combinado não contraria a lei, a ordem pública ou mesmo os bons costumes.

Além disso, o contrato de experiência prévio e a retrocessão são cláusulas que não foram criadas por puro arbítrio de uma das partes, mas sim previamente combinadas entre elas.

O dispositivo estabelece que todas as condições são válidas, desde que não contrariem três fontes específicas do direito: a lei, a ordem pública e os bons costumes.

Também não tem validade jurídica a condição que submete ou sujeita todo efeito do negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

²⁰¹ ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho material, processual e legislação especial*. 17^a ed. São Paulo: Rideel, 2016, p. 37.

Não nos parece ser esse o caso aqui, já que a fixação do período de experiência e a retrocessão é um ato volitivo, bilateral e consensual, não havendo imposição arbitrária do empregador sobre o empregado.

A cláusula que fixa a necessidade do trabalhador se submeter ao período de prova antes da efetivação da promoção, e da possibilidade de retrocessão no caso de insucesso, pode até ter sido criada unilateralmente pelo empregador, vindo o empregado a ela aderir quando da contratação. Mas, no momento de ofertar a promoção ao trabalhador, cabe a este manifestar se a aceita ou não (ver item I.8 do Capítulo I). E, quando o empregado concorda com a promoção, está participando com sua vontade na construção do combinado, não havendo, portanto, que se falar em condição criada por puro arbítrio do empregador.

Assim, com base no art. 122 do CC, podemos sustentar admissível a cláusula de experiência e de retrocessão diante da oferta de promoção feita ao empregado.

Há ainda o art. 123, I do CC, estabelecendo que serão inválidos os negócios jurídicos que forem subordinados a condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas.

Segundo esta regra, as cláusulas suspensivas, que condicionam a efetivação do negócio à realização de ato física ou juridicamente impossível, não terão validade.

Estabelecer ao empregado que sua promoção se efetivará se ele for aprovado no período de experiência previamente condicionado é algo perfeitamente normal. Não se trata de condição suspensiva que exige algo impossível de ser alcançado, seja no aspecto físico ou jurídico. Muito pelo contrário! É algo extremamente plausível e inerente a própria oferta de novo cargo a ser assumido pelo trabalhador, que agora terá de demonstrar ter domínio da expertise exigida.

Basta o empregado ter êxito no período de experiência que será efetivado no novo cargo. Se não tiver, retroage ao cargo anterior.

Tal exigência, além de não ofender nenhum dispositivo jurídico ou exigir comportamento humanamente impossível, se mostra perfeitamente

alinhada aos propósitos gerenciais das partes, o que se mostra calibrado com o art. 123, I do CC.

Segundo ainda o art. 125 do CC, a efetivação do negócio jurídico depende da ocorrência da condição suspensiva previamente estabelecida entre as partes.

Nossa tese é de que a promoção só será definitiva mediante o decurso do período experimental previamente combinado, somado ao consenso das partes. Caso uma das partes entenda inviável a assunção no novo cargo, o empregado retrocede ao cargo anterior.

Portanto, a efetivação do negócio jurídico, que no caso é a transformação da promoção de precária e provisória para definitiva, não ocorrerá enquanto estiver pendente a condição suspensiva²⁰², que no caso é o contrato de experiência prévio.

Há ainda o art. 188 do CC, no inciso I, parte final, estabelecendo que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Agir em legitima defesa ou no exercício regular de um direito é algo natural no comportamento humano. O titular de um direito exercitará, na medida da sua conveniência e necessidade, os atos hábeis à defesa de seu direito.

Desde que o titular do direito não pratique atos exagerados, que vão além do seu exercício regular, não estará praticando ato ilícito algum (art. 187 do CC).

É um direito do trabalhador usar de seus atributos, buscando destaque no meio ambiente de trabalho, para com isso galgar promoções ou buscar melhores oportunidades em outros empregos. São atitudes que representam o direito natural da busca pela felicidade²⁰³. É também um direito natural do

²⁰² CAMPOS, Aurélio Bouret. **Direito civil: parte geral, contratos, obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Rideel, 2022, p. 65.

²⁰³ GOLD, Miriam. **Gestão de carreira: como ser protagonista de sua própria história**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 16. “Mudar de carreira e de emprego envolve atitudes com forte poder de expectativa, porque implicam toda uma sorte de alterações tanto no âmbito de relacionamentos quanto no aspecto econômico. Se você chegou à conclusão de que nasceu para outro tipo de carreira e que tem talentos de outra natureza, que não podem ser

empregador explorar a mão de obra da forma que lhe seja mais adequada ao sucesso do seu empreendimento.

Nesse jogo de interesses individuais e antagônicos, alguns trabalhadores são promovidos, outros não. A evolução profissional interessa ao empregado, já para o empregador, há o interesse em obter a maior produtividade, inclusive, explorando da forma que convém (mas dentro dos limites legais e morais), a mão de obra que está a sua disposição.

Se o empregado, no afã de se elevar profissionalmente, aceita trabalhar em um cargo mais elevado, mas depois se vê insatisfeito (seja por motivos financeiros ou profissionais), natural que faça movimentos visando se reenquadrar em outros cargos, sejam eles do mesmo nível, de nível superior ou até mesmo retornar ao cargo anterior.

De outro lado, o mesmo se diga ao empregador, que percebendo que o empregado não executa com o devido êxito as novas tarefas, pretende reaproveitá-lo em outro posto de trabalho.

Autorizar a retrocessão do empregado que não se saiu bem no período de experiência anterior à promoção é respeitar a autonomia de vontade das partes, que nada mais fazem do que agir dentro dos limites da defesa de seus interesses e de seus direitos.

Por este motivo entendemos que a possibilidade de retrocessão ao final do período experimental representa um exercício de legitima defesa de um direito, tanto do empregado quanto do empregador, pois defendem que seus esforços sejam usados naquilo que melhor convém.

Temos ainda o art. 421-A do CC, que diz que os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

empregados em sua ocupação profissional atual, é necessário fazer o movimento de mudança e insistir em desejar ser mais feliz”.

Este dispositivo também serve como parâmetro para sinalizar o cabimento do contrato de experiência antecedente à promoção e autorizar a prática da retrocessão.

A parte final do art. 421-A do CC estabelece que, nos regimes previstos em lei especial (e a legislação trabalhista é uma área especial do direito²⁰⁴) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

Assumir um novo cargo é um risco que o empregado assume. Oferecer ao empregado um cargo superior, lhe atribuindo novas funções, também é um risco, mas agora assumido pelo empregador.

Ambos, portanto, assumem riscos com a promoção, cada qual, dentro dos limites de seus interesses.

O risco é inerente aos atos da vida em todos os sentidos²⁰⁵. Para o empregador, empreendedor por excelência, não é diferente. Já o empregado, apesar de não assumir os riscos do negócio, assume os riscos por suas decisões.

Por esse motivo, o Direito do Trabalho é uma matéria especial, já que não permite seja transferido ao empregado os riscos do negócio explorado pelo empresário.

Mas, em maior ou menor escala, cada qual assume os riscos das decisões que tomam. O empregado sabe que, ao engajar em um cargo mais elevado, será mais cobrado pelo empregador, pois agora tem maiores responsabilidades. Sabe o empregado que se não atender as expectativas do empregador, estará correndo sérios riscos. Sabe ainda que, no cenário atual, não se sair bem no novo cargo, é fatalmente um carimbo atestando sua dispensa.

De outro lado, o empregador também sabe os riscos que assume ao promover um empregado.

²⁰⁴ BARBAGELATA, Hector-Hugo. **El particularismo del derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**. 2^a ed. Madri: Fundación del Cultura Universitária, 2009, p. 143.

²⁰⁵ ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas – “O diabo na rua, no meio do redemoinho”**. 22^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 15, 19, 25 e 32.

Sabendo as partes dos riscos inerentes desta manobra (promoção), nada impede que ambas estipulem um combinado, onde se permita a retrocessão caso as expectativas de um para com o outro não se consolide.

Todas as condutas adotadas pelas pessoas são capazes de gerar perdas e ganhos. É a máxima do custo/benefício²⁰⁶ e custo/oportunidade²⁰⁷.

Benefícios e prejuízos podem ser colhidos a partir de certos atos praticados. Não há garantia de êxito e muito menos de isenção de prejuízos. O que há é a perspicácia, precaução, orientação e bom senso na tomada de decisões. Esses elementos são importantes em potencializar ou minimizar os riscos de prejuízos, de garantir maior ou menor sucesso na empreitada.

Não há fórmula ou receita pronta que garanta sucesso em todos os atos da vida. Precisamos tomar decisões e elas provocarão consequências. Erros e acertos fazem parte do jogo e é natural que frustrações surjam. O homem livre carrega esse fardo e é absurdo rejeitar essa realidade²⁰⁸.

É com base nessa ótica que as partes podem então estipular os riscos advindos das decisões tomadas e estipularem medidas a serem adotadas, caso as consequências não sejam positivas.

A nosso ver, não há proibição para as partes estabelecerem que a relação retorne ao seu *status quo ante* se, ao final do período experimental, concluírem que o exercício no novo cargo não trará os frutos esperados.

Prever a possibilidade de insucesso na nova relação é algo inerente e condizente com os riscos de tomadas de decisões, algo muito peculiar no mundo corporativo e no mundo empresarial.

²⁰⁶ SILVA, Daniele Fernandes da. SILVA, Rosangela Aparecida da. **Fundamentos da economia**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 26.

²⁰⁷ PINHO, Diva Benevides. VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. TONETO JR. Rudinei. **Introdução à economia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8. “A transferência dos fatores de produção de determinado bem X para produzir um outro bem Y implica um custo de oportunidade, que é igual ao sacrifício de deixar de produzir parte do bem X para produzir mais do bem Y. O custo de oportunidade também é chamado de custo alternativo, por representar o custo da produção alternativa sacrificada, ou custo implícito”.

²⁰⁸ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução Ari Roitman, Paulina Watch. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2019, p. 52. “Na medida em que imaginava uma meta para sua vida, ele se conformava com as exigências da meta a ser atingida e se tornava escravo de sua liberdade ... Assim o homem absurdo comprehende que não é realmente livre”.

Prever que, caso frustrada a nova relação, a situação retornará ao seu estado anterior, é nada menos do que previamente determinar as consequências a serem tomadas pelas partes, algo que está perfeitamente alinhado com o mundo dos negócios jurídicos.

Nesse sentido, o art. 421-A do CC serve como elemento autorizante para a retrocessão ao final do período experimental, pois afirma que é garantido às partes preverem a alocação de riscos e que esta previsão deve ser respeitada e observada.

Já o art. 422 do CC estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A obrigação das partes atuarem com boa-fé não se limita apenas durante a execução do contrato, mas também antes e após sua conclusão.

Na formação do contrato de emprego, espera-se seja o trabalhador alocado em um cargo onde realizará tarefas condizentes com suas habilidades e condições pessoais. O empregado que domina a execução das tarefas atribuídas, terá uma jornada de trabalho bem mais proveitosa.

Ao contrário, se o empregado desempenha tarefas que fogem de sua expertise, mas as faz por temor reverencial, imposição, a contragosto (mas por necessidade), sua produtividade poderá ser comprometida.

Pelo dever de lealdade e boa-fé, deveria o empregado deixar claro ao empregador sua insatisfação no engajamento destas funções, assim como, a *contrariu sensu*, o empregador também deveria manifestar não estar satisfeito com o desempenho do empregado.

A comunicação transparente e leal não é só uma questão de compromisso moral, ético e jurídico, mas também de relevante valor gerencial. Estudos mostram que a boa comunicação entre os mais variados níveis hierárquicos, tem o condão de trazer resultados mais positivos, não só na produtividade da empresa, como também para a carreira do trabalhador²⁰⁹.

²⁰⁹ DEMO, Gisela. **Políticas de gestão de pessoas nas organizações: papel dos valores pessoais e da justiça organizacional.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84. "Frank (1985) realizou estudo sobre sistemas formais e informais de comunicação, comunicação para facilitar

Quando as partes manifestam de forma clara suas sensações diante do caso concreto, estão agindo com boa-fé, como determina o art. 422 do CC. Natural que medidas sejam tomadas, adequando o uso das habilidades do empregado, para satisfazer as necessidades do empregador.

O mesmo raciocínio se aplica quanto à promoção. Se o empregado, engajado em um novo cargo, não se sentir bem e quiser retornar ao cargo anterior, manifestar sua vontade de retroceder nada mais é do que velar pela transparência, lealdade e boa-fé contratual.

Da mesma forma, se o empregador não estiver satisfeito com o empregado no desempenho do novo cargo, remanejá-lo a outro cargo, estando também a retrocessão dentro dessas opções, é uma forma de agir com transparência e boa-fé.

A retrocessão não é, portanto, uma manobra prejudicial ao empregado, mas sim a concretização da vontade das partes em manter da melhor forma possível a relação contratual, ao invés de ficarem se tolerando no exercício de tarefas que não se mostram satisfatórias ou, pior ainda, decidirem pelo fim da relação.

Por esse motivo, permitir uma experimentação prévia antes da promoção e autorizar a retrocessão deve ser visto como práticas de boa-fé contratual.

a mudança, comunicação em pequenos grupos, comunicação gerência-empregados e o clima organizacional resultante. Os resultados revelaram que as pessoas percebem efetivamente a competitividade no mundo empresarial e a necessidade de mudanças organizacionais dela decorrentes, percebem que a comunicação formal sobre estas mudanças é extremamente pobre e que os boatos chamados de comunicação informal prevalecem trazendo resultados desastrosos à organização e aos empregados. Algumas organizações transferiram toda a tomada de decisão para a cúpula e, assim, o moral dos empregados em tais organizações estava bem baixo.

Por outro lado, organizações bem geridas e competitivas utilizavam-se bastante da comunicação em períodos de turbulência, obtendo maior comprometimento dos empregados rumo à qualidade e à produtividade. A preocupação central destas organizações era a motivação dos colaboradores através de fatores, como gestão participativa, envolvimento dos empregados, descentralização e comunicação de mão-dupla (ascendente e descendente) ... Ficou patente também, na pesquisa de Frank, que a comunicação descendente flui bem, enquanto que a ascendente deixa muito a desejar. Finalmente, as tendências de incremento da comunicação lateral ou horizontal em todos os níveis, a descentralização, a participação dos empregados e o crescente uso de pequenos grupos de comunicação (ex.: círculos de qualidade e trabalho em equipe) com provam a relevância da comunicação organizacional".

Dispõe também o art. 425 do CC que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas no próprio Código Civil.

O art. 425 do CC é mais um dispositivo que nos mostra autorizar a pactuação do contrato de experiência antecedente à promoção.

O fato da lei trabalhista não prever esse tipo de contrato no curso da relação e autorizar a retrocessão, não é motivo para se afirmar que essas manobras sejam proibidas.

Aliás, é muita pretensão pensarmos que as leis são suficientemente completas para prever todas as situações possíveis.

O fenômeno da completude jurídica é utópico²¹⁰. Nascia essa ideia com a edição do Código Civil Napoleônico em 1804. Mas, logo ela viria a cair por terra, pois se percebeu que não há sistema legislativo perfeito e completo nesse mundo a ponto de regulamentar todas as situações possíveis, ainda mais em sociedades complexas, composta por sujeitos racionais, comunicantes e com valores²¹¹.

Tanto é impossível a lei prever a solução para todas as questões, que a própria lei permite o uso de outras fontes de direito, que não necessariamente ela mesma.

A lei, inclusive, ainda garante às partes a possibilidade de criarem contratos que sequer estão positivados, desde que sejam respeitados elementos básicos e necessários já estabelecidos no ordenamento jurídico, dentre eles, o respeito às normas superiores.

²¹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 90. “Há, porém, que se considerar a distinção entre sistema fechado e sistema aberto. Sistema fechado é aquele em que o direito se solidifica num corpo sistemático de regras, com pretensão de completude, excluindo-se a contribuição do jurista das fontes formais do direito. Implica um número limitado de critérios para uma solução justa. Sistema aberto é aquele em que a maior parte das regras está em permanente transformação, atribuindo-se ao jurista a tarefa de colaborar com o legislador e com o juiz na obra de criação do direito”.

²¹¹ ADEODATO, João Maurício. SIMÃO, José Fernando. BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). **Da “coisa em si” à concepção retórica dos eventos (homenagem ao professor doutor José de Oliveira Ascensão). Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: teoria geral do direito, bioética, direito intelectual e sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 18-36.

Assim, o contrato de experiência antecedente à promoção, com a previsão da retrocessão no caso de falta de êxito do empregado no novo cargo, seria um contrato atípico, já que não previsto em lei, mas que pode, ainda assim, na forma do art. 425 do CC, ser livremente criado, pois em momento algum o legislador afirmou que só é possível usar os contratos previstos em lei.

Esse negociado será perfeitamente válido se pactuado em respeito as regras gerais básicas do direito do trabalho, a saber: a) consensualidade das partes; b) bilateralidade, e; c) comutatividade (com direitos e obrigações recíprocas claramente estabelecidas e delimitadas), tudo convencionado, preferencialmente, de forma expressa e formal (documentada).

Portanto, o argumento de que esse tipo de convenção não tem previsão legal, e por isso não é admitida, é deveras superficial, pois a própria legislação permite às partes estabelecerem contratos atípicos, desde que sejam observadas as regras gerais sobre o contrato principal em si.

O art. 8º *caput* da CLT e o seu § 1º preveem a possibilidade de serem usadas outras fontes de direito no caso de falta de norma expressa sobre determinado tema.

Como a lei não prevê a figura do contrato de experiência no curso do contrato, nada impede que sua previsão venha estabelecida em instrumento individual, firmado entre as partes, ou mesmo instituído no regulamento da empresa.

Sua previsão não nos parece estar infringindo nenhum dispositivo de ordem cogente²¹², ou seja, que ofenda algum direito de ordem material trabalhista.

Também não nos parece estar cometendo nenhuma ofensa a interesse público.

²¹² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, à norma jurídica e aplicação do direito.** 28ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 393. “De *imperatividade absoluta ou impositivas*, também chamadas *absolutamente cogentes ou de ordem pública*. São as que ordenam ou proíbem alguma coisa (*obrigação de fazer ou de não fazer*) de modo absoluto. As que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta”.

A previsão do contrato de experiência no curso do contrato e a retrocessão do empregado, se reportar a um interesse de classe ou particular, mas que não fere em momento algum o interesse coletivo, o que a torna perfeitamente válida.

Permitir que o empregado retroceda ao cargo anterior ao final do período experimental, seja por opção dele próprio ou por determinação do empregador, que não ficou satisfeito com o desempenho do trabalhador no novo cargo, privilegiando assim o *jus variandi patronal* e a manutenção do emprego ao invés do encerramento do vínculo, é uma medida verdadeiramente protetiva, de modo que nem de longe se está ofendendo interesse coletivo.

O art. 9º da CLT estabelece que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos CLT.

Esse artigo é conhecido por trazer o chamado princípio da primazia da realidade. Nele, se atesta que deve ser priorizada a situação fática verdadeiramente vivenciada pelas partes, e não a situação descrita de forma simulada em instrumentos diversos, como documentos, recibos, holerites, controles de ponto e outros.

O dispositivo alerta para a nulidade de uma prática extremamente comum, que é a de transparecer uma situação na prova documental quando, na realidade, ela é bem diferente. É a simulação!

O exemplo mais comum é o cartão de ponto, que registra uma jornada normal de trabalho, omitindo o fato do empregado ter realizado várias horas extras. O empregador assim o faz para não pagar as horas extras ou para efetuar o pagamento “por fora”, sem a incidência reflexiva do adicional nas demais verbas como férias, FGTS e 13º salário.

Se o trabalhador comprovar que realmente fez horas extras e que os cartões de ponto não exprimem a realidade, estes não terão validade alguma. Deve-se, portanto, priorizar os fatos verdadeiramente ocorridos, ao invés do conteúdo do documento.

O Direito do Trabalho não tolera que sejam fraudados direitos da parte hipossuficiente.

Caso as partes prevejam no contrato um período de experiência antecedente à promoção, e preveja ainda a retrocessão no caso de insucesso no novo cargo, tais cláusulas, se representarem com fidelidade a real intenção das partes, serão perfeitamente válidas.

Quaisquer cláusulas serão consideradas nulas se não exprimirem com fidelidade a realidade dos fatos. Fora esta situação de fraude, não há porque se considerar nulas as cláusulas de experiência que antecede à promoção ou a de retrocessão.

Por fim, e talvez a fundamentação mais sólida para corroboração de nossa tese, está na própria Constituição Federal.

O art. 6º, XXVI da CF c.c arts. 611, 611-A e 611-B da CLT reconhecem e garantem plena validade às negociações coletivas.

Os instrumentos negociais coletivos (acordo ou convenção) seriam as fontes mais sólidas em prever o pacto de experiência antecedente à promoção e em permitir a retrocessão do empregado.

Tanto no acordo como na convenção coletiva, há a participação do sindicato da classe profissional (dos trabalhadores), o que consolidaria de vez a validade destas cláusulas, pois há o aval do órgão de classe nesse sentido.

Tendo em vista que a Constituição Federal prevê tais instrumentos e reconhece sua força vinculante, somada ainda ao fato de que estas cláusulas, além de não prejudicarem o empregado, servem como garantia e manutenção do emprego, não há porque negar sua validade quando regularmente estabelecidas.

Já os arts. 1º, IV; 3º, II; 5º, XIII; 6º; 7º e 170, VIII da CF enaltecem a busca e o alcance do pleno emprego.

Não é preciso adentrar na discussão sobre a importância da ocupação profissional na vida das pessoas, não só como meio de efetividade de sua dignidade humana, como também uma garantia do desenvolvimento social em seu todo²¹³.

²¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91. “De outra parte, não se pode ignorar que o ‘valor social do trabalho’, na acepção

O desemprego é um fator nocivo para a sociedade, pois o sujeito que está fora do mercado de trabalho, além de não produzir riquezas, ainda consome recursos assistencialistas do Estado (isso quando não sobrevive graças à filantropia alheia), sem falar que, muitas vezes, é também alvo de estigmas e pré-conceitos²¹⁴.

É claro que não estamos reduzindo ou rotulando o sujeito como sendo alguém “bom” ou “ruim” para a sociedade (ou para si mesmo) exclusivamente a partir da sua capacidade produtiva (laboral). Longe disso! Até porque, ao contrário de outras constituições existentes²¹⁵, a atual Constituição Brasileira não obriga o cidadão a trabalhar.

Ser útil para si mesmo, aos seus pares e para a sociedade, através da prática laborativa, é decisão intima e pessoal de cada indivíduo que, espera-se, tenha consciência e maturidade para saber as consequências de suas escolhas. O que queremos dizer é que, pessoas desocupadas, que amargam o desemprego, além do prejuízo individual, também geram prejuízos sociais. Tanto que, em nosso trabalho, nos referimos a importância do emprego como uma questão de evolução pessoal e social, sem querer, em momento algum, fazer julgamento sobre valores individuais.

mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, art. 1º, II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que irá evitar, em última análise, que a pessoa humana venha a necessitar daquelas prestações estatais positivas mencionadas no trecho doutrinário acima transcrito". O “trecho doutrinário acima transcrito” que o autor faz menção, é um apontamento feito pelo Prof. Celso Ribeiro Bastos em sua obra “*Curso de direito constitucional*” ao se referir ao dever do Estado em prestar os direitos sociais às pessoas em estado de velhice, desemprego, deficiência etc.

²¹⁴ MARTINS, José de Souza. **Uma sociologia da vida cotidiana: ensaios na perspectiva de Florestan Fernandes, de Wright Mills e de Henri Lefebvre.** São Paulo: Contexto, 2014, p. 215. “Por isso, sociologicamente, o desemprego deve ser examinado como processo social de dessocialização de quem sofre essa ruptura de vínculos e de relacionamentos. O desemprego irrompe no cotidiano como uma catástrofe, rompe o cotidiano ao anular as relações sociais de todo dia ou ao mudar-lhes o significado. Os grupos de referência mudam de significado ou se alteram, a sociabilidade doméstica e a casa passam a dominar a vida de todo dia. A rua deixa de ser um lugar de passagem, para se tornar um lugar em que se está e quando esse estar se estende além do limitado tempo do ‘estar passando’, indo de um lugar a outro, de casa para o trabalho e do trabalho para casa, a rua se torna signo da degradação de quem está onde não deveria estar”.

²¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 12. “Apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao privar, em seu art. 23, os indivíduos e os grupos particulares dos direitos de que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista, ou ainda ao centralizar a informação (art. 14) e a obrigatoriedade do trabalho (art. 14) com o princípio quem não trabalha não come (art. 18)”.

Assim, opções de vida (pessoal e profissional) à parte, nossa intenção é reforçar tão quanto importante é a busca e manutenção do pleno emprego. Não por menos, tal meta é almejada por praticamente todos os países, constando, inclusive, em nossa matriz constitucional²¹⁶.

Muito melhor ao interesse de todos (do empregado, da sua família, do empregador e da sociedade) seja manutenido o emprego.

Importante destacar que os apontamentos feitos acima, são aplicáveis aos vínculos de emprego vigentes aqui no Brasil, independentemente da nacionalidade do empregado ou do empregador, como no caso das transnacionais. Seja o empregado contratado no exterior ou aqui no Brasil, todo o arcabouço jurídico brasileiro será aplicado se aqui é realizada a prestação do serviço, o que afasta a aplicação da lei estrangeira²¹⁷.

Mas, se o empregado é brasileiro, e foi contratado para prestar serviços no exterior, por força do art. 3º, II da Lei nº 7.064/82²¹⁸, deverá ser aplicada a legislação brasileira. Contudo, se a lei territorial (do local onde o serviço for executado) for mais benéfica, então esta deve prevalecer.

Assim, por exemplo, se o trabalhador é contratado por uma transnacional e executa o serviço no Brasil, aplica-se a legislação brasileira. Se prestar serviços no exterior, sendo o empregado brasileiro, aplica-se a lei brasileira, ou a lei estrangeira, se esta for mais benéfica que aquela.

²¹⁶ MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 141. “Por fim, mais do que em qualquer Constituição brasileira anterior, o trabalho recebe uma dimensão principiológica superior, já que ‘os valores sociais do trabalho’ são considerados fundamentos da República, com previsão logo no primeiro artigo do texto constitucional. Assim, a Constituição de 1988 deu um grande salto na previsão dos direitos sociais, como o direito ao trabalho. Esse último foi alçado à categoria de fundamento da república (art. 1º), base da ordem social (art. 193), princípio da ordem econômica (art. 170) e, claro, direito social (art. 6º)”.

²¹⁷ BASTOS, Celso. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13.

²¹⁸ A Lei nº 7.064/82 ficou conhecida como “Lei Mendes Júnior”, pois ela se reportava aos empregados contratados no Brasil e que eram transferidos ao exterior, para prestar serviços em engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres. Essa lei foi editada no início da década de oitenta, haja vista a grande migração de trabalhadores brasileiros da área de engenharia e construção, para atuarem na área de exploração de petróleo no oriente médio. Por analogia, a lei era aplicada a trabalhadores de outras áreas (e não apenas da engenharia) que fossem transferidos para trabalhar no exterior. Em 2009, foi editada a Lei nº 11.962, que modificou o art. 1º da Lei nº 7.064/82, para abranger qualquer trabalhador que fosse contratado no Brasil para prestar serviços no exterior.

Nossa intenção é mostrar que, nos vínculos de empregos vigentes aqui no Brasil, ou nas relações de empregos vigentes no exterior, mas envolvendo empregados brasileiros, que o ideal é respeitar a autonomia gerencial empresarial, permitir a inserção do contrato de testes antecedente à promoção e permitir a retrocessão do trabalhador, pois assim se evita a dispensa do empregado, o que é bom para todos os envolvidos, inclusive para a sociedade.

É muito melhor tolerar essa alteração em especial, mas priorizar a manutenção do vínculo, do que infligir uma regra absoluta e inflexível que vede essa manobra, a ponto de deixar as partes sem opção, de modo que, em uma extrema inversão de valores, prefira o empregador, inclusive contra sua vontade, dispensar o empregado, quando poderia simplesmente retrocedê-lo ao cargo anterior.

Isso não faz o menor sentido e um ponto de equilíbrio deve ser estabelecido²¹⁹!

Por fim, destaquemos que a inserção dessa possibilidade não se restringe apenas ao empregador do segmento empresarial. No direito privado, serão também empregadores aqueles que não exploram atividade empresarial, como os profissionais liberais, entidades sem fins lucrativos ou benéficas,

²¹⁹ PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidades, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 85. “*Isso porque, se, por um lado, é possível verificar variações de graus de intensidade na fruição das prerrogativas conferidas aos cidadãos no trato de sua força de trabalho, por outro, é possível identificar limites existenciais mínimos, sem os quais já não se pode falar em ambiente de trabalho digno e, portanto, em dignidade do trabalhador. Reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais é, antes de tudo, reconhecer que existe algo de essencial para a dignidade do homem na manutenção de tais direitos e, por isso mesmo, visualizar a imposição de limites à atuação da vontade nesse campo (inclusive a do legislador ou a do sujeito de direito), até porque os direitos fundamentais são indivisíveis e inalienáveis, por definição.*

Como não existem direitos absolutos, é possível, porém, falar em flexibilização sem grandes abalos à estrutura fundamental dos direitos sociais. Para isso, é necessário um sério debate sobre quais são os direitos sociais passíveis de flexibilização (sim, porque não se pode falar em flexibilização sobre questões de saúde, segurança e higiene do trabalho, por exemplo), em que medida podem ser negociados e com base em quais parâmetros de contraprestação social correlata, porque não se pode admitir a mera renúncia de direitos sociais, tampouco o rompimento da estrutura sinalógica das relações negociais que os envolve. Toda essa simbiose de conceitos e interesses contrapostos dá a noção do quanto explosivo e reticente é o ambiente de diálogo sobre flexibilização dos direitos sociais trabalhistas. É certo, todavia, que um ponto de partida para a análise que se pretende fazer parece bastante evidente: nem uma teoria sobre a ‘prevalência do negociado sobre o legislado’, tampouco uma doutrina de ‘intangibilidade absoluta dos direitos sociais’, está apta a equacionar o problema que se coloca em evidência no cenário jurídico atual, de modo que a sabedoria hindu-budista uma vez mais aponta para o caminho do meio (o reto agir) como ponto de equilíbrio para o debate em erupção’.

associações recreativas etc. São os chamados “*empregadores por equiparação*”²²⁰, segundo o art. 2º, § 1º da CLT.

Assim, nas relações privadas de emprego, seja o empregador do segmento empresarial ou não, todos os dispositivos supra indicados, interpretados de forma sistemática e teleológica, levam a concluir que, a criação do contrato de prova antecedente à promoção e a possibilidade de retrocessão do empregado não exitoso, é perfeitamente possível, pois não só respeita o *jus variandi* patronal, como também enaltece o ideário constitucional de preservação do emprego e defesa dos interesses sociais²²¹.

IV.4 – A RETROCESSÃO COMO ALTERNATIVA MAIS BENÉFICA AO EMPREGADO.

A retrocessão não tem previsão legal no setor privado. A lei não a proíbe e não a autoriza. Mas, ainda assim, é possível considerá-la como proibida, pois configura uma alteração contratual prejudicial ao empregado, ofendendo assim a regra do art. 468 da CLT.

²²⁰ RIBEIRO, Leandro de Moura. **Empresa, empresário e empregador: aspectos básicos na divergência e convergência desses conceitos.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/empresa-empresario-e-empregador-aspectos-basicos-na-divergencia-e-convergencia-desses-conceitos/>>. Acesso em 20 de out. 2024.

²²¹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 39ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 947. “A *Carta Magna*, ainda, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei ... no enunciado constitucional, há princípios – valores: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (alterado pela EC nº 6/95); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente’. São princípios gerais da atividade econômica: soberania nacional: repetição do princípio geral da soberania (CF, arts. 1º, I e 4º), com ênfase na área econômica; propriedade privada: corolário dos direitos individuais previstos no art. 5º, XXII, XXIV, XXV, XXVI da *Carta Magna*; função social da propriedade: corolário da previsão do art. 5º, XXIII, e art. 186, da Constituição Federal; livre concorrência: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º); defesa do consumidor; defesa do meio ambiente: a Constituição Federal trata de forma ampla a defesa do meio ambiente no Título VIII – Da ordem social; capítulo VI (art. 225) ... ; redução das desigualdades regionais e sociais: constitui também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, III); busca do pleno emprego”.

Nosso entendimento também é nesse sentido! Não concordamos com a retrocessão, mas desde que referente a um empregado que já está consolidado em um cargo elevado.

Nossa tese, contudo, se inclina em entender válida a retrocessão, desde que manifestada por uma das partes e, necessariamente, ao final do período experimental que antecedeu a promoção.

Permitir às partes a criação do período de prova e autorizar a retrocessão tem por finalidade priorizar três grandes motes:

- a) a autonomia gerencial do empresário (*jus variandi* do empregador);
- b) o respeito ao negociado, seja ele coletivo ou individual, não cabendo ao Estado intervir e declarar nulo esse pacto, sob a fundamentação de ser algo prejudicial ao contrato de emprego, e;
- c) privilegiar a manutenção do emprego, mitigando o risco de desligamento do trabalhador.

Nosso entendimento, contudo, nem de longe está perto de um consenso, pois há muita resistência em admitir a validade da retrocessão, seja ela de que tipo for.

Ante a controvérsia existente²²², destaca-se alguns posicionamentos intermediários, mas, é praticamente unânime a ideia de que é uma alteração inválida, independentemente da forma praticada.

O posicionamento predominante atesta ser a retrocessão proibida, pois resulta em uma alteração *in pejus* ao trabalhador²²³. Retirar do empregado o cargo ao qual foi elevado, caracteriza uma alteração prejudicial, pois há um descenso profissional, o que não pode ser permitido.

Não há dúvidas sobre a nobreza deste entendimento. Contudo, nos parece que, o excesso de proteção nesse caso, e a impossibilidade de abrir qualquer exceção, trará maiores prejuízos às partes (principalmente ao

²²² GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 333.

²²³ CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

empregado), pois, o insucesso do trabalhador no novo cargo, fatalmente resultará em sua dispensa.

O resultado desse entendimento é que um bom trabalhador perdeu seu emprego e o patrão perdeu um bom trabalhador.

Uma solução intermediária seria permitir a retrocessão, mas manter o salário do trabalhador vinculado ao cargo que lhe foi retirado. O ponto positivo dessa linha é que ela permite o empregado ser reaproveitado no cargo anterior, privilegiando assim a manutenção da relação empregatícia, o que é bom para todos (empregado, empregador e sociedade).

Apesar de se mostrar uma manobra possível, é muito pouca (ou quase nunca) praticada, não só porque há uma incompatibilidade relativa ao salário, que é maior, em relação ao cargo menor, mas também por conta das reivindicações de equiparação salarial que os demais trabalhadores daquele setor podem vir a fazer (ver item IV.9, página 188, onde esmiuçamos os riscos que o empregador estará exposto ao tomar essa decisão).

Uma terceira estratégia seria praticar a retrocessão, mas desde que estivesse prevista expressamente em acordo ou convenção coletiva de trabalho (ver item IV.5), em contrato individual (ver item IV.6) ou, de forma mais restrita, negociada junto ao alto empregado (ver item IV.7). É uma forma de, pelo menos, privilegiar a autonomia da vontade das partes²²⁴.

Se analisarmos os efeitos imediatos da retrocessão, é possível crer seja uma medida prejudicial, pois não é socialmente bem visto regredir profissionalmente. Mas, se pensarmos que essa manobra evitará a dispensa do empregado, então nos parece que ela não é tão prejudicial assim.

²²⁴ RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato.** São Paulo: LTr, 1999, p. 85. “Autonomia privada é o que Pontes de Miranda chama de ‘autorregramento da vontade’. A vontade constituiu para o autor um suporte fático ao qual as regras jurídicas aludem. Pontes vê a vida social tecida em interesses aquém da esfera jurídica e esta como ‘zona colorida em que a) os fatos se fazem jurídicos, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas e, c) relações jurídicas, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem’. Somente parte da atividade humana é absorvida pelo jurídico. Este deixa um campo de ação aos privados ‘em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum’. A atividade autorregramento da vontade ‘é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades’. Autonomia privada significa, em outras palavras, a possibilidade de os atos se tornarem jurídicos, constituírem regras ... não há no setor privado interesses comuns, mas sim uma contraposição de interesses que se chocam e encontram no regramento privado sua expressão”.

Não queremos, em momento algum, sinalizar uma posição de conformismo, passividade e aceitação onde o “menos pior é o melhor”. Não queremos, também, pregar ideários de flexibilização ilimitada ou precarização dos direitos trabalhistas. Pelo contrário! Mas fato é que a opção pela retrocessão, restrita ao caso que nos propomos defender (no caso da promoção malsucedida), nos parece melhor opção do que a extinção do vínculo.

Nos parece razoável crer que, diante da quantidade de obrigações que nos cercam como indivíduos, o que inclui o dever de “*pagar contas*”, importante estar engajado em uma atividade remunerada, ainda que surjam alguns contratemplos. Percalços são inevitáveis, e temos de estar preparados para lidar com eles, sem jamais ignorar sua possível ocorrência. Vale a pena lembrar das lições de Edward Aloysius Murphy, conhecido como o inventor da “Lei de Murphy”²²⁵.

Assim, se o empregado prefere perder o emprego a retroceder ao cargo anterior, a decisão deve ser respeitada. Decisões deste tipo geralmente são tomadas por trabalhadores que estão desmotivados e preferem se aventurar em novas oportunidades, ou por trabalhadores de garbo mais elevado, que sabem que a perda do emprego será compensada tão logo, já que suas habilidades permitem uma rápida recolocação no mercado de trabalho.

Mas, pensando na grande massa de trabalhadores, quase sempre sem qualificação, cujo reengajamento no mercado de trabalho chega a levar de 1 a 3 anos²²⁶, ter a retrocessão como opção é algo de considerável valor estratégico.

²²⁵ Autor desconhecido. **Leis de Murphy.** Tradução José Barrêto Júnior. São Paulo: Digital, 2002, E-book. Disponível em: <https://www.ebooksbrasil.org/ado_beebook/murphy.pdf>. Acesso em: 25 set. 2024., p. 18. A expressão “lei de Murphy” é muitas vezes associada como um mal agouro, como atribuída a alguém que “torce para a coisa dar errado” ou “azarado”, pois tudo de ruim, de errado, acontece com o sujeito. Contudo, não foi Murphy quem criou a “lei de Murphy”. Ele apenas considerava que, se há alguma probabilidade de algo sair errado, essa probabilidade não pode ser ignorada e há considerável probabilidade de vir acontecer. Essa máxima é muito estudada na área de gerenciamento, produção e análise de riscos. Dizia Murphy “se alguma coisa tem a mais remota chance de dar errado, certamente dará”.

²²⁶ AUGUSTINHO, Paulo. **Quanto tempo leva para encontrar um novo emprego?** Disponível em: <<https://voitto.com.br/blog/artigo/quanto-tempo-para-encontrar-emprego>>. Acesso em: 17 set. 2024.

Melhor encarar os pequenos dissabores, administrá-los e seguir adiante, do que abrir mão do emprego como um todo e ficar sem nenhuma fonte de renda, afinal, “é melhor perder os anéis aos dedos”.

É pura questão de escolha, de liberdade individual, ante a motivação que o impulsiona²²⁷.

A autonomia da vontade das partes não pode ser sufocada pelo Estado, ainda que imbuído de uma narrativa protetiva. Tal efeito seria um verdadeiro complexo de Cinderela²²⁸.

Não se pode permitir que o excesso de proteção seja o motivo da extinção do vínculo de emprego, apenas por não tolerar o exercício de vontade (a retrocessão).

Assim, em nome do nucelar princípio da proteção ao trabalhador, entendemos que a prática da retrocessão é possível, desde que ao final do período de prova antecedente à promoção, pois não representa ofensa alguma as normas trabalhistas, muito menos prejuízo ao empregado, mas sim um verdadeiro benefício, já que prioriza não só o *jus variandi* do empresário, mas também a autonomia negocial das partes e a manutenção do emprego, o que resta perfeitamente alinhado com as premissas constitucionais.

²²⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **Tratado sobre a liberdade da vontade**. Tradução Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2023, p. 231. “Não é nem metáfora nem hipérbole, mas uma verdade bastante enxuta e literal, que, assim como uma bola de bilhar não pode se movimentar antes de receber um golpe, uma pessoa também não pode se levantar de sua cadeira antes que um motivo o puxe ou impulsione: mas então o levantar-se é tão necessário e inevitável quanto o rolar da bola após o golpe. E esperar que uma pessoa faça algo que ela não está interessada em fazer é como esperar que um pedaço de madeira se move em minha direção sem uma corda que o puxe. Qualquer um que afirme isso em alguma reunião e encontre obstinada oposição resolveria a questão no menor tempo possível se fizesse um terceiro gritar de repente em voz alta e séria: ‘o vigamento está desabando’. Desse modo os oponentes viriam a constar que um motivo é tão poderoso para expulsar as pessoas de casa quanto a mais tangível causa mecânica”.

²²⁸ DOWLING, Colette. **Complexo de Cinderela**. São Paulo: Círculo do Livro, 2014, p. 23. “A necessidade psicológica de evitar a independência ... Nossas propensões à dependência encontram-se em geral profundamente enraizadas. A dependência é ameaçadora. Ela nos enche de ansiedade ... fazemos o possível para esconder essas necessidades de nós mesmas. Especialmente agora, com toda essa pressão social para a independência, torna-se tentador mantermos essa outra parte de nós abafada, reprimida”.

IV.5 – A RETROCESSÃO COMO CLÁUSULA PREVISTA EM ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

A lei não é a única fonte material capaz de regulamentar a relação de emprego. É a principal delas, mas não a única!

Além da lei, o art. 8º da CLT traz como fontes subsidiárias do direito material do trabalho a jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normais gerais de direito, bem como os usos, os costumes e o direito comparado.

O § 1º do art. 8º da CLT também menciona que o direito comum servirá de fonte subsidiária.

A expressão “*direito comum*” não se restringe a permitir que apenas o Código Civil seja fonte subsidiária, mas também outras leis, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, a legislação ambiental e tantas outras naquilo que seja compatível²²⁹. É toda área, portanto, do direito, capaz de se compatibilizar com as matrizes principiológicas do direito do trabalho²³⁰.

A CLT é muito receptiva em permitir que outras fontes dialoguem com o direito trabalho, já que não é capaz (assim como nenhum instrumento legal é) de prever e regular todas as situações possíveis.

²²⁹ CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70. “*Como direito comum se entende qualquer ramo do direito vigente, mesmo os outros especiais, quando aplicáveis a certas hipóteses*”.

²³⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 201. “*Uma vez admitida a aplicabilidade do direito comum, é necessário atentar para o fato de que a jurisdição do trabalho encontra-se restrita à análise das questões que envolvam relações de emprego, competência definida em razão da matéria e não das pessoas ... Adverte, ainda que não é necessária a coexistência de ambas, ou seja, basta a dependência econômica ou a subordinação hierárquica ou técnica para restar configurado o contrato de trabalho.*

Ao longo de seu voto, faz detida análise da posição adotada por diversos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, precipuamente os doutrinadores franceses, acerca do tema, entre eles os autores Capitat et Cuche, Guy Charrière, Oliveira Viana, Paul Colin e Ripert. Manifesta-se no sentido de que a definição de contrato de trabalho pela dependência social do trabalhador, bem como por todas as normas compensatórias dessa situação obedecem a um propósito, qual seja, a tutela do trabalhador, quer se encontre na legislação especial, quer se encontre nos Códigos comuns. Daí se depreende que as normas são consideradas sociais em virtude de seu conteúdo e não pela lei em que se inserem”.

A única restrição que a CLT faz quanto da aplicação de normas subsidiárias é que jamais um interesse de classe ou particular possa prevalecer sobre o interesse público (art. 8º *in fine*).

Dentre as fontes possíveis de prever relações trabalhistas, as negociações coletivas são as mais emblemáticas, pois são instrumentos firmados através do consenso das classes envolvidas (patronal e trabalhadora).

Os trabalhadores, representados por seus sindicatos, negociam diretamente com o empregador a criação ou a melhoria de condições de trabalho.

O empregador pode negociar tanto individualmente como por representação de seu sindicato patronal.

Quando o sindicato dos trabalhadores negocia individualmente com um ou mais empregadores, tem-se o acordo coletivo (art. 611, § 1º da CLT). Já a negociação envolvendo ambos os sindicatos (profissional e patronal) é o que se conhece por convenção coletiva (art. 611 *caput* da CLT). Esta é mais abrangente, sendo o acordo coletivo mais específico. Enquanto a convenção atinge toda uma categoria profissional e patronal, o acordo coletivo é mais pontuado, pois atinge apenas os trabalhadores (e não toda a categoria) daquela(s) empresa(s) envolvida(s) na negociação²³¹.

A liberdade para negociação, seja ela individual ou coletiva, não é ampla. É preciso respeitar certos limites impostos pelas leis. Se assim não fosse, de nada adiantaria a letra da lei, pois através de simples negociação, as partes poderiam modificar o conteúdo estabelecido pela normal legal²³².

²³¹ ALCANTARA, Amanda Cecatto. **Negociações e relações sindicais**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 73.

²³² FILHO, Rodolfo Pamplona. ROCHA, Matheus Lins. **O princípio da vedação do retrocesso e a importância do sistema interamericano de direitos humanos na proteção do direito do trabalho**. “A Lei possui a função de proteção ao trabalhador e deve estabelecer parâmetros mínimos dessa proteção, não podendo ser admitida a ideia de que os empregados, sindicatos e as sociedades empresariais possam negociar condições trabalhistas que não respeitem as mínimas garantias constitucionais ou legais, sob pena de desprezo ao princípio da vedação do retrocesso social”. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgzQXJszvpTcgMCThBlgdKrhNWZdH?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso em: 02 set. 2024.

Aquilo que a clássica doutrina trabalhista²³³ chama de piso vital mínimo deve ser respeitado.

Negociar novas condições de trabalho, que não estão previstas em lei, e que vêm para acrescentar os direitos do trabalhador, são sempre bem-vindas. É o caso de cláusulas negociais que estabelecem ao trabalhador o direito de receber cesta básica mensal, de ter estabilidade após retornar das férias ou antes de se aposentar, de se ausentar em dias de prova na faculdade e outros. Esses direitos não existem na legislação e sua criação via negociação coletiva melhoram os direitos do trabalhador.

Também é possível nas negociações coletivas estipular melhores condições ante aquelas que já existem na lei. Não se trata de criar novas regras, mas de alterar, para melhor, as regras que já existem. Vide, por exemplo, o adicional de hora extra de 80%, quando a lei estabelece que este adicional é de no mínimo 50%; de estabelecer férias de 45 dias, quando a lei fala em 30 dias; de estabelecer um desconto salarial de no máximo 3% sobre o vale transporte, quando a lei fala que o desconto pode chegar a até 6%.

Essa é a primordial finalidade das negociações coletivas, senão criar novos direitos trabalhistas, melhorar aqueles já existentes²³⁴.

O que não se pode fazer nos instrumentos negociais é piorar as regras mínimas já estabelecidas em lei. Há um mínimo legal que sempre deve ser preservado e que não permite sua extinção ou depreciação.

Há, portanto, uma evidente limitação ao exercício da negociação coletiva²³⁵.

Nesse sentido, importantíssimos são os arts. 611-A e 611-B da CLT, que regulam respectivamente o que pode e o que não pode ser objeto de negociação coletiva.

²³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 143.

²³⁴ ZAFFARI, Eduardo Kucker et al. **Direito coletivo do trabalho**. Porto Alegre: SAGAH, 2021, p. 64.

²³⁵ CIA. Ana Paula Araújo Leal. **Partidos, movimentos sociais e sindicatos no Brasil contemporâneo**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 37.

Quanto à retrocessão ao final do período experimental antecedente à promoção, não há expressamente menção a seu respeito em nenhum dos dois dispositivos (arts. 611-A e 611-B).

Contudo, chamamos especial atenção ao contido na parte inicial do inciso V do art. 611-A da CLT que, a nosso ver, convalida a criação da cláusula de retrocessão no contrato de emprego.

Prevê o dispositivo que é possível estipular no acordo ou convenção coletiva, cláusulas estabelecendo plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança.

Isso significa que a cláusula negocial pode estabelecer as condições para promoção, bem como para retrocessão do trabalhador, caso não se mostre hábil o suficiente ao final do período experimental.

Se o empregado promovido não galgar êxito no novo cargo, então sua condição pessoal não se compatibilizou com aquele cargo. Mas, se no cargo antecedente, realizando as funções anteriores, há perfeita compatibilidade ante as condições pessoais que possui, a retrocessão prevista no instrumento negocial será válida, conforme prevê o inciso V do art. 611-A da CLT.

A própria cláusula negocial estabelecerá se haverá mudança apenas do cargo, de modo que o empregado deixa o cargo superior para voltar ao cargo anterior (retrocessão de cargo) ou se haverá também a alteração do salário, voltando o empregado a perceber os rendimentos pertinentes ao cargo inferior (retrocessão de cargo e salário).

Tal possibilidade parece indigesta, haja vista a regra constitucional da irredutibilidade salarial prevista no art. 7º, VI da Constituição Federal. Contudo, o próprio dispositivo constitucional permite que o salário seja reduzido mediante previsão em acordo ou convenção coletiva.

Assim, o instrumento negocial preveria as duas possibilidades, sendo uma condicionante da outra. O empregado retrocederia ao cargo anterior com o salário anterior.

Outro dispositivo capaz de fundamentar nossa tese está no inciso IX do art. 611-A da CLT, que estabelece ser possível vincular a remuneração do trabalhador por conta de seu desempenho individual.

Ora, se o empregado não desempenhou bem suas funções no cargo promovido e é retrocedido ao cargo anterior, justo que sua remuneração seja estipulada conforme o desempenho equivalente ao cargo retrocedido e não mais em relação ao cargo ao qual foi promovido.

Estipular o salário do empregado com base no seu desempenho individual é uma maneira equânime de contraprestação²³⁶. Parece óbvio que a contraprestação seja equivalente ao nível, extensão e complexidade das tarefas realizadas, apesar de não ser necessariamente o único critério²³⁷.

O empregado que assume mais responsabilidades, que mais se dedica, que é mais engajado e que assume mais riscos tem de receber um salário maior. Mas, se no cargo que exige tais dedicações, o empregado não fez por merecer sua permanência, e volta ao cargo anterior, justo então que receba o salário pertinente ao cargo de menor casta.

Possibilitar que o empregado retroceda no cargo, voltando a exercer as funções menos complexas, mas continue percebendo salário elevado, é uma manobra juridicamente válida, mas duplamente arriscada ao empregador: primeiro, porque expõe o próprio trabalhador a risco de dispensa (ao

²³⁶ FERREIRA, Patrícia Itala. **Gestão por competências**. 1^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015, p. 140. “Para que o modelo possa ser implantado com êxito é importante certificar-se de que as competências definidas para cada cargo/posição sejam observáveis e certificáveis, possibilitando sua mensuração de acordo com os padrões predeterminados nas avaliações de desempenho.

Essa forma de remuneração estimula o autodesenvolvimento e reconhece a qualificação dos empregos nas competências desejadas. É especialmente importante quando existe a necessidade de possuir profissionais multifuncionais, com maior qualificação e de fácil adaptação a mudanças ou novas tecnologias. A posição de um colaborador na estrutura da empresa (hierárquica e salarial) dependerá de seu nível de trabalho, que corresponderá a sua capacidade, e o pagamento será equitativo ao trabalho realizado.

A remuneração será definida por uma pontuação oriunda do resultado da avaliação de suas competências”.

²³⁷ BARROS, Alexandre Rands. BARROS, Mauricio Rands. **Fatores determinantes dos salários relativos: um estudo empírico com dados primários para a região metropolitana do Recife**. jan-març 1998, Revista de Economia Política, vol. 18, nº 1 (69), p. 194-208. “A capacidade de barganha dos trabalhadores é determinada por: (1) fatores macroeconômicos associados a toda a economia, como por exemplo o nível de desemprego; (2) fatores comuns à categoria de trabalho, como a sua organização sindical; (3) fatores específicos da empresa, como a expectativa de seu desempenho futuro; e (4) fatores específicos do trabalhador, como sua substitutabilidade”. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rep/a/nrXDskmCbhSPckYThRtX5HG/?format=pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

empregador não interessa pagar um salário maior a quem exerce um cargo menor) e; segundo, porque dará azo a futuras demandas de equiparação salarial (mencionamos melhor o grau dos riscos decorrentes dessa prática no item IV.9).

Nesse sentido, com base nos incisos V e IX do art. 611-A da CLT, o instituto da retrocessão de cargo e de salário, após o término do período de testes, nos parece perfeitamente possível.

Após pesquisarmos em sites de vários sindicatos do País, encontramos um instrumento prevendo a fixação do período de prova antecedente à promoção e/ou que autorize a retrocessão.

A Convenção Coletiva dos Metalúrgicos do ABC e dos metalúrgicos de São Paulo preveem o prazo de 90 dias de período experimental antes de consolidar uma promoção. Esse prazo pode chegar a até 150 dias quando o cargo elevado for de maiores responsabilidades (encarregados, chefes de setor, gerentes etc.). Contudo, tais cláusulas não são claras sobre a questão da possibilidade de retrocessão e sequer tratam da alteração salarial. Além disso, as cláusulas mencionam que o empregado, mesmo no período experimental, continuará percebendo o salário inferior, só vindo a auferir o salário do novo cargo se for aprovado na promoção. Tal manobra nos parece injusta, afinal, ainda que no período experimental, o empregado já está realizando funções e tarefas mais complexas, o que já exigira uma contraprestação equivalente.

Vide, por exemplo, o que ocorre com o servidor público promovido. Mesmo estando no estágio probatório, já aufere o salário pertinente ao novo cargo. Se for reprovado no estágio, será reconduzido ao cargo anterior, inclusive, com o salário anterior (arts. 20, § 4º; 29, I e 30 da Lei nº 8.112/90).

A Convenção Coletiva 2022/2024 firmada entre o SINDIMAQ – Sindicato Nacional da Indústria de Máquinas e com o Sindicato dos Metalúrgicos de diversas regiões do Estado de São Paulo prevê na cláusula 8^a que “*a promoção de empregado(a) para cargo de nível superior ao exercido comportará um período experimental não superior a 90 (noventa) dias. Vencido o prazo experimental, a promoção e o aumento salarial serão concedidos e anotados na CTPS; Nas promoções para cargo de chefia administrativa ou*

gerência, período experimental não poderá exceder a 150 (cento e cinquenta) dias; Será garantido ao empregado(a) promovido(a) para função ou cargo sem parâmetro após o período experimental previsto nesta cláusula, um aumento salarial de 4% (quatro por cento) e para os demais, após o período experimental previsto nesta cláusula será garantido o menor salário da função”²³⁸.

A cláusula em questão merece louros por trazer o período experimental antecedente à promoção, mas críticas devem ser feitas:

A primeira, ao estabelecer um período experimental acima de 90 dias (150 dias, no caso), para cargos de chefia administrativa ou gerência. Tal prazo nos parece exagerado, pois o empregado praticamente trabalhará metade do ano em uma função de nível bem mais elevado, assumindo responsabilidades e exercendo tarefas mais complexas, mas sem a devida contraprestação. Isso porque a referida cláusula prevê que “só ao final” (se aprovado) é que o trabalhador terá direito ao aumento salarial e a anotação em sua CTPS. Ideal fosse o prazo máximo de até 90 dias (fazendo analogia ao tempo máximo de duração do contrato de experiência), mesmo quando relativo à promoção para cargos mais complexos.

A segunda crítica é que o aumento salarial só ocorrerá se for aprovado no novo cargo. Não nos parece equânime tal manobra pois, a partir do momento que o empregado recebe mais responsabilidades, justo que receba maior contraprestação, ainda que seja de forma provisória e condicionada. É a máxima do maior bônus para quem tem maior ônus, seja ele definitivo ou provisório.

A terceira é que a anotação na CTPS mencionando a promoção só será devidamente preenchida se o empregado for aprovado. Assim não entendemos correto, pois a anotação sobre o período experimental prévio à promoção já deveria ser feita na CTPS, haja vista a regra prevista no art. 29 *caput* da CLT, donde se determina a necessidade de se mencionar as “*condições especiais*” de trabalho, se houver. A nosso ver, a submissão do

²³⁸ SINDICATO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DE MÁQUINAS – SINDIMAQ. **Convenção coletiva de trabalho – 2020-2022.** Disponível em: <<https://www.metalurgicoscajamar.org/wp-content/uploads/2021/06/GRUPO-2-SINDIMAQ-SINAES.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2024.

empregado a um período experimental, ainda que no curso do contrato, é uma condição especial e que deveria ser apontada no documento. Ao final, sendo aprovado, anota-se novamente o documento, desta vez registrando que o empregado passou a assumir definitivamente o cargo elevado e a perceber o maior salário.

Apesar das críticas acima, a cláusula em questão é uma das poucas existentes que preveem a existência de um período de prova antecedente à promoção.

Curiosamente, a convenção coletiva dos químicos da área de farmácia do Estado de São Paulo prevê na cláusula 15 que o empregado que substituir um colega ausente por prazo superior a 60 dias, será automaticamente promovido ao cargo que substituía, salvo se os empregados substituídos estiverem ausentes por doença ou acidente do trabalho e por licença maternidade. Já o parágrafo único da mesma cláusula, prevê que também não terá direito ao salário substituição o empregado que estiver passando por um processo interno de promoção na função e nos cargos de supervisão, chefia e gerenciamento²³⁹.

Assim prevê o dispositivo: “*Em toda substituição, com prazo igual ou superior a 15 (quinze) dias, o empregado substituto fará jus ao salário do substituído. Parágrafo primeiro - A substituição superior a 60 (sessenta) dias consecutivos acarretará a efetivação na função, aplicando-se neste caso a cláusula denominada promoção e processos seletivos, excluídas as hipóteses de substituição decorrentes de afastamentos por acidente do trabalho, auxílio-doença e licença maternidade. Parágrafo segundo - Ficam excluídos os casos de treinamento na função e os cargos de supervisão, chefia e gerência*”.

A cláusula 16º fala a respeito da promoção, mas não menciona nada sobre a existência de um período experimental. “*Toda promoção será acompanhada de um aumento salarial efetivo, registrado em CTPS, concomitante e correspondente à nova função ou cargo. Parágrafo único - Será*

²³⁹ SINDICATO DOS QUÍMICOS DE SÃO PAULO. **Convenção Coletiva – 2024-2026.** Disponível em: <<https://quimicosp.org.br/publicacoes/farmaceuticos-2024-2026/>>. Acesso em: 02 set. 2024.

garantido ao empregado promovido para função ou cargo sem paradigma um aumento salarial mínimo de 5% (cinco por cento) ”.

A crítica que fazemos sobre essa previsão do Sindicato dos Químicos de São Paulo é a mesma feita no dispositivo anterior. Se o empregado está realizando atividades mais complexas, ainda que em um período experimental, deverá receber uma contraprestação adequada, mesmo que condicionada ao período de testes, e não somente após, quando da efetivação da promoção. Além disso, mencionar que o empregado terá direito ao registro na CTPS após ser promovido, é praticamente repetir texto legal, e não acrescenta nada de novo no cenário jurídico.

Destaquemos o fato do art. 611-B da CLT, que elenca o rol de direitos trabalhistas que não podem ser alvo de negociação coletiva, não proibir a retrocessão.

Assim, para os mais resistentes a ideia da retrocessão, quiçá também a redução salarial, o único argumento existente estaria embasado no princípio da inalterabilidade lesiva do contrato (art. 468 da CLT). Além dele, não há nenhum outro dispositivo legal que proíba a retrocessão.

Pelo contrário, os instrumentos legais, precisamente o art. 611-A, incisos V e IX c.c § 3º da CLT, permitem que a retrocessão prevista em instrumento negocial seja totalmente válida, inclusive com a respectiva redução salarial.

IV.6 – A RETROCESSÃO CONVENCIONADA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.

O art. 104 do Código Civil brasileiro prevê que a validade do negócio jurídico exige a presença de agente capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que a forma utilizada seja aquela prevista ou não proibida em lei.

Os arts. 442 e 443 da CLT estabelecem que o contrato de emprego é o acordo individual, tácito ou expresso, firmado de forma verbal ou por escrito, sendo, como regra, de prazo indeterminado.

Prevê a parte inicial do art. 8º da CLT que as disposições contratuais são fontes do direito do trabalho, ou seja, o combinado entre patrão e empregado é válido e é fonte material da relação empregatícia.

Por fim, o art. 8º, em sua parte final e o art. 9º da CLT estabelecem três condicionantes para que estas cláusulas particularmente convencionadas sejam válidas: a) que não ofendam norma de ordem pública; b) que não sejam simuladas, mascarando uma situação real quando comparada com as disposições contratuais, e; c) que nenhum interesse particular ou de classe prevaleça sobre o interesse público.

Embásado nos dispositivos acima, a inserção no contrato individual de emprego sobre a possibilidade de retrocessão, caso o empregado promovido não se saia bem no novo cargo, é perfeitamente válida.

A cláusula de retrocessão é fruto da autonomia de vontade das partes, devendo ser respeitada. Sua nulidade só ocorreria se houvesse algum vício de consentimento, ofensa ao princípio da primazia da realidade ou ofensa a interesse coletivo.

Assim, entendemos perfeitamente possível a previsão no contrato individual da cláusula de retrocessão de cargo. Não seria válida, contudo, se a mesma cláusula previsse também a retrocessão do salário, já que o art. 7º, VI da CF é expresso em condicionar que este só será reduzido mediante acordo ou convenção coletiva.

A autonomia negocial das partes quanto a retrocessão se limitaria apenas em relação ao cargo, sendo nula qualquer disposição que tratasse sobre redução salarial.

Surge, porém, o debate sobre a forma a ser utilizada na cláusula de retrocessão. Sendo o contrato de emprego expresso (oral ou escrito) ou tácito então a cláusula autorizando a retrocessão também poderia ser oral, escrita ou mesmo tácita?

Pela máxima de que o acessório segue o principal (art. 92 do CC), se o contrato, que é o objeto principal, pode ser expresso (oral ou escrito) ou tácito, então as cláusulas que o fomentam também podem.

Não há na lei previsão condicionando a forma dessa cláusula, logo, poderíamos crer seja ela válida na forma que for estipulada pelas partes.

Contudo, é sabido que palavras se perdem ao vento e que, para as partes se resguardarem com maior segurança jurídica, ainda mais diante da polêmica natural que envolve o tema, ideal é que a fixação dessa cláusula se desse de forma expressa e não tácita.

Deve ainda a previsão de retrocessão ser escrita, documentada, consolidando a prova material da intenção subjetiva e manifestada pelas partes.

Não há necessidade de maiores formalidades, como um adendo contratual, um documento escrito assinado pelas partes com testemunhas ou algo do tipo. Basta uma simples anotação na ficha de registro do emprego ou mesmo em sua CTPS, na parte das anotações gerais, consignando que ambos estão cientes que existe a possibilidade da prática da retrocessão após o final frustrado do período de prova.

É preciso lembrar que o princípio da informalidade é uma matriz do direito do trabalho, logo, não se faz necessária maiores ritualísticas e pomposidades na pactuação dessa cláusula.

Nosso entendimento não significa dizer que a cláusula de retrocessão oralmente estipulada não tem tenha validade. Não é isso! Se a retrocessão foi praticada e ambos, futuramente, não divergirem a respeito, não haverá que se falar em sua nulidade.

A questão é que pode haver divergência futura entre as partes quanto a existência da cláusula de retrocessão e, nesse sentido, a prova documental pré-constituída sepultaria a controvérsia, mostrando claramente que o combinado existiu e foi formalizado em um documento, ainda que sem maiores solenidades.

A recomendação de que esteja prevista em um documento (de modo formal) a possibilidade de retrocessão, se dá apenas no sentido de garantir maior solidez probatória e não como uma condicionante de sua existência ou validade. Havendo discussão futura entre as partes sobre o que realmente foi pactuado, a exibição do documento trará uma base sólida a respeito do negócio firmado, reduzindo assim a possibilidade de controvérsias. Esta é, aliás, a função de todo texto jurídico.

IV.7 – A RETROCESSÃO COMO CLÁUSULA NO CONTRATO DO ALTO EMPREGADO.

O alto empregado está previsto no art. 444, parágrafo único da CLT e consiste naquele trabalhador que possui formação em curso superior e que aufera salário igual ou superior ao dobro do valor teto pago pelo regime geral de previdência social – RGPS.

A configuração do alto empregado exige o preenchimento cumulativo de duas condições (formação em curso superior + percepção de salário igual ou superior ao dobro do teto previdenciário).

A existência de um dos elementos apenas não configura a condição de alto empregado.

A lei trabalhista atribui ao trabalhador com essas características a alcunha de “*alto empregado*”, no sentido de presumir seja alguém dotado de intelecto e potencial profissional diferenciado, de modo que, no momento de negociar as condições de trabalho com seu empregador, terá mais autonomia, não precisando de tanta proteção estatal.²⁴⁰

É o que se chama de “*trabalhador hipersuficiente*”, ao contrário da grande massa de trabalhadores, que são hipossuficientes.

²⁴⁰ PIPEK, Arnaldo. DUTRA, Alexandre Lauria. MAGANO, Isabella Renwick. **Reforma Trabalhista.** 1^a ed, São Paulo: Blucher, 2018, p. 18.

O trabalhador hipossuficiente, por não ter condições de negociar em pé de igualdade (ou de proximidade) com o empregador (parte hipersuficiente), fica totalmente à mercê das vontades deste.

O empregado, que nesta condição de fragilidade, concorda com as condições ditadas unilateralmente pelo empregador, sem poder algum de negociação, está anuindo a um verdadeiro contrato de adesão.

Por este motivo, o direito do trabalho é permeado com normas cogentes, de ordem pública, que garantem direitos aos trabalhadores, ainda que a contragosto patronal.

Mas, alguns trabalhadores, por conta de sua excepcional e qualificada mão de obra, podem muito bem negociar seus contratos de trabalho com maior independência, pois estão mais nivelados em relação ao contratante. É o caso de renomados artistas, esportistas, inventores e outros.

Contudo, essa é uma casta de trabalhadores à parte. Para eles, os ganhos são tão elevados que as regras protetivas do direito do trabalho nem se fazem necessárias.

O direito do trabalho faz toda diferença na relação envolvendo um trabalhador comum, mas é praticamente indiferente para aqueles super destacados.

Mas, entre esses extremos, entendeu o legislador que há uma casta de trabalhadores que tem sim vários direitos protetivos consagrados pela lei, mas que também tem autonomia para negociar e flexibilizar alguns de seus direitos. É o “*alto empregado*”.

É bem possível discutir se os requisitos exigíveis para a configuração do alto empregado estejam ou adequados com a realidade do mercado de trabalho, no caso, ter título de graduação (em qualquer curso) e auferir salário igual ou superior ao dobro do teto previdenciário.

Para alguns²⁴¹, o valor do salário mencionado (igual ou superior ao teto previdenciário) não é tão alto assim para configurar o empregado como hipersuficiente.

O dobro do valor do teto previdenciário é uma cifra considerável, mas não tão elevada a ponto de dar a esse trabalhador autonomia para negociar suas cláusulas contratuais.

Em dezembro de 2024, o teto previdenciário era de R\$ 7.786,02²⁴², logo, o empregado deverá perceber mensalmente, no mínimo, R\$ 15.572,04 (dobro do teto).

O outro requisito (formação em nível superior) também é visto como uma condição não tão sólida assim. Por mais nobre que seja ostentar um diploma de graduação em curso superior, é sabido que muitos cursos são oferecidos com qualidade duvidosa, quiçá em nível Brasil, onde apenas a Universidade de São Paulo (USP) consta na lista das 100 (cem) melhores instituições do mundo²⁴³.

O título de graduação não é, por si só, motivo para dar ao trabalhador um nível de elitização tal a ponto de ser considerado hipersuficiente. Essa discussão, contudo, não faz parte do nosso propósito.

Por este motivo é que a lei exige que os dois requisitos estejam cumulativamente presentes: o nível de escolaridade superior e o alto salário (valor igual ou superior ao dobro do teto previdenciário).

²⁴¹ MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comentada e comparada.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 117. “É importante ressaltar a evidente mudança radical na perspectiva que se pode ter sobre a proteção destinada ao empregado pelo simples fato de possuir uma retribuição elevada, se comparada com o padrão ordinário dos trabalhadores que recebem um salário mínimo ou algo mais que isso. Não necessariamente quem recebe um pouco mais frui de mais autonomia. Por vezes o contrário é até mais fortemente evidenciado, pois a garantia do padrão salarial destacado faz com que empregados cônscios das dificuldades de manutenção dos seus postos tornem-se ainda mais submetidos às exigências patronais. O assunto, portanto, mereceria uma análise mais cuidadosa com o intuito de ser evitada a generalização que a lei, infelizmente, ofereceu”.

²⁴² MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/confira-as-aliquotas-de-contribuicao-ao-inss-com-o-aumento-do-salario-minimo>>. Acesso em: 20 set. 204.

²⁴³ BISCHOFF, Wesley. **USP perde liderança na América Latina, mas continua entre as 100 melhores universidades do mundo.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/06/04/usp-ranking-melhores-universidades-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2024.

Como a lei permite que esse trabalhador tenha maior autonomia na negociação de seus direitos trabalhistas, então entendemos válida a pactuação da cláusula de retrocessão após o contrato de experiência antecedente à promoção para esse tipo de trabalhador.

Porém, mesmo prevista a possibilidade de retrocessão, ainda assim o salário não poderá ser reduzido caso retorne ao cargo anterior, por força da proibição constitucional prevista no art. 7º, VI da CF. A validade dessa redução exigiria incondicionalmente a previsão em instrumento negocial coletivo.

IV.8 – A COMPATIBILIDADE DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA PREVISTA NO ART. 125 DO CÓDIGO CIVIL COMO EFETIVAÇÃO DA PROMOÇÃO DEFINITIVA.

Dissemos no item II.4 que, o contrato de experiência firmado originariamente no início da relação empregatícia, não pode ser considerado uma condição suspensiva em relação ao contrato de emprego principal.

O contrato de experiência já é um contrato de emprego, tanto que o empregado é titular de praticamente todos os direitos trabalhistas.

Desta forma, não é correto dizer que o empregado será contratado “se” passar na experiência. O trabalhador já foi contratado e já é um empregado. A única diferença é que o contrato de experiência terá duração de até 90 dias, só se tornando definitivo “se” passar no período experimental.

Há, portanto, uma condição suspensiva, mas apenas em relação a definitividade do contrato, que passará a ser por prazo indeterminado, se aprovado no período de prova.

Mas, não obstante nos pareça incompatível definir o contrato de experiência como sendo uma condição suspensiva em relação ao contrato definitivo de trabalho, no caso objeto de nossa tese, nos parece ser possível estabelecer que a promoção só será definitiva, gerando todos os seus efeitos, após a passagem exitosa do período experimental.

A promoção já pode ser definitivamente firmada se as partes assim quiserem. É o que ocorre na maciça maioria dos casos. Mas, pelos motivos que já expomos, antes da promoção se tornar definitiva, as partes podem estabelecer um período de experimentação, ocorrendo o enquadramento do trabalhador no novo cargo apenas de forma precária e provisória, enquanto durar o período de prova. A assunção definitiva no novo cargo está condicionada a aprovação após o período de testes.

Como a lei não prevê especificamente essa manobra, podemos usar, por analogia, vários dispositivos legais para fundamentar a validade desse acordo, atribuindo, inclusive, um “*nome de batismo*” qualquer para essa prática (ver item IV.3).

A promoção só será considerada perfeita e acabada após o decurso do prazo de experiência e condicionada a concordância de ambas as partes. Enquanto isso não ocorrer, a promoção está no campo da expectativa de direito²⁴⁴.

A promoção, ainda que provisória, existe e é válida, mas não tem eficácia total e plena²⁴⁵, segundo extraímos da aplicação da teoria da “escada ponteana”²⁴⁶.

²⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 81. “Do direito adquirido diferenciam-se a expectativa de direito e a expectativa de fato: a primeira recebe tutela jurídica, ao contrário da segunda. A expectativa de direito é a situação jurídica daquele que possui direito sob condição suspensiva (direito eventual). Já na expectativa de fato, há simples possibilidade abstrata de aquisição do direito, razão pela qual a ordem jurídica não a protege”.

²⁴⁵ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300. “Dentro da diretriz de máximo rigor conceitual adotada na elaboração da Parte Geral, o anteprojeto distinguiu perfeitamente os conceitos de validade e eficácia. Não se confundem os planos da validade e da eficácia, como bem coloca Pontes de Miranda: ‘Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz’”.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Considerações sobre os planos dos fatos jurídicos e a “substituição do fundamento do ato de vontade”**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. 2020, p. 10. “Conforme a classificação de Pontes de Miranda, os fatos jurídicos possuem três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Essa teoria é conhecida também como ‘escada ponteana’ em homenagem a esse jurista. Para que um fato da vida tenha repercussão jurídica e, portanto, possa ser tido por jurídico, ele precisa atravessar esses três planos, atendendo aos requisitos legais de cada um deles. Se o fato atravessar apenas o plano da existência, mas não o da validade, ele é um fato jurídico que será tido por inválido. Se, porém, ele atravessar o plano da existência e o da validade, mas não o da eficácia, ele será um fato jurídico existente e válido, mas ineficaz”.

Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td270>>. Acesso em 04 out. 2024.

A promoção é um negócio jurídico, pois importa em uma inovação contratual, já que são modificados o cargo e o salário do empregado, caracterizando uma alteração objetiva circunstancial (quanto as atribuições funcionais) e qualitativa (há um aumento salarial).

Mas, como não há certeza que a promoção do empregado ao novo cargo será bem-sucedida então, antes de efetivá-la, melhor que sejam as partes submetidas a um período de experiência. Se, após o período de testes, o resultado for favorável, e com a concordância de todos, a promoção se concretiza. Se ela for infrutífera, a promoção cai por terra e as partes voltam ao *status quo ante*.

A indagação que poderia surgir é: durante o período de testes, o empregado, está ou não promovido ao novo cargo?

Nossa resposta é positiva. Mesmo durante o período de experimentação, o empregado já está promovido, só não de forma definitiva.

Ao contrário da cláusula negocial número 08 firmada pelo SINDIMAQ – Sindicato Nacional da Indústria de Máquinas com o Sindicato dos Metalúrgicos do Estado de São Paulo (página 174), onde o empregado só será considerado promovido e passará a perceber o salário do novo cargo após o término do período experimental, entendemos que, mesmo no período experimental, o empregado já está promovido e já deve perceber o salário referente ao cargo elevado.

Não é justo o empregado desempenhar um cargo de maior responsabilidade, com maiores exigências, e não perceber o salário adequado, afinal, quem tem maiores ônus deve ter maiores bônus, sejam eles provisórios ou definitivos.

Nosso posicionamento se justifica, usando por analogia, duas regras:

A primeira, está no art. 450 da CLT²⁴⁷ e na súmula 159 do TST²⁴⁸, que preveem o salário substituição. Nas devidas proporções, ambos os institutos

²⁴⁷ O art. 450 da CLT estabelece que ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior.

estabelecem que, quando o empregado é chamado a ocupar interinamente cargos diversos daquele que exerce na empresa, será garantida a contagem do tempo naquele serviço, o salário respectivo, bem como a volta ao cargo anterior.

É bem verdade que, no caso de nossa tese, o empregado promovido não está necessariamente “*substituindo*” alguém que deixou o emprego. Mas, o ideário deste dispositivo é muito simples: se o empregado, que exerce cargo menor, é chamado a ocupar um cargo maior, ainda que transitoriamente, que tenha o direito a perceber a remuneração pertinente ao cargo substituído.

A segunda, está na lei do servidor público federal (Lei nº 8.112/90). Nela está previsto que, o servidor público, caso promovido, será exonerado do cargo anterior (art. 34, parágrafo único, I), ficando este vago (art. 33, I). Em seguida, haverá o provimento no novo cargo (art. 8º, II), sendo submetido ao estágio probatório (art. 20). Desde o provimento no novo cargo, já perceberá o salário correspondente, mesmo estando em período de avaliação. Se, ao final do estágio, não for aprovado, será exonerado do novo cargo e reconduzido ao cargo anterior (art. 20, § 2º, parte final), onde haverá novo provimento (art. 8º, IX), voltando, inclusive, a perceber o salário anterior (art. 20, § 2º, parte final c.c art. 29, I e art. 30).

Veja que a sistemática adotada no setor público está equalizada com a máxima de que a remuneração deve ser maior ao trabalhador que desempenha maiores responsabilidades, ainda que esteja em período de estágio probatório.

Com base nesses institutos, é possível concluir que, mesmo no período de testes antecedente à promoção definitiva, o trabalhador já teve seu cargo e salário elevados, mas sabe que, ao final, se uma das partes optar pela retrocessão, o empregado voltará ao cargo anterior, recebendo salário anterior.

A dúvida que se pode questionar é: onde está a eficácia suspensiva do negócio então? Essa ponderação é extremamente coerente e nossa resposta

²⁴⁸ A súmula 159 trata da substituição de caráter não eventual e vacância de cargo. Nela está estabelecido que: I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor.

é: o efeito suspensivo paira sobre a definitividade da alteração. Durante o período de experimentação, o empregado está no novo cargo e auferindo novo salário, mas o caráter de definitividade desta condição ainda não existe, só vindo a ocorrer após o término do período de testes e mediante consenso das partes.

Um ponto crucial de nossa tese remonta a redução salarial, já que esta só é válida mediante previsão em acordo ou convenção coletiva. Não obstante a cláusula de retrocessão possa ser prevista em acordo individual (ao menos, assim entendemos) a redução salarial só pode ocorrer se necessariamente prevista em instrumento negocial coletivo.

Ideal seria, como dissemos no item IV.5, que a previsão do período experimental, a retrocessão do cargo e a retrocessão do salário estivessem todas revistas em instrumento coletivo.

Mas, mesmo que estas cláusulas não estejam previstas em acordo ou convenção, ainda assim todas essas manobras serão possíveis se previstas em acordo individual. E, para evitar discussões sobre a ilicitude da redução salarial, o ideal a se fazer é não elevar o salário do trabalhador durante o período de prova.

Essa afirmação, a princípio, soa como injusta, pois mesmo o empregado estando em fase de experimentação, estará executando tarefas mais complexas, lhe sendo exigido mais trabalho e maiores responsabilidades, de modo que o salário deve estar equalizado com as novas tarefas (ainda que precárias e provisórias).

Nesse caso, nossa sugestão é que seja pago um adicional ao empregado, cujo fato gerador é esse acúmulo ou assunção de tarefas, mesmo que de forma experimental.

O salário do empregado permanece o mesmo (não será majorado) e o pagamento do adicional compensará o fato do trabalhador estar desempenhando novas tarefas.

Esse adicional não existe na lei, mas nada impede seja convencionado pelas partes²⁴⁹ ou mesmo em instrumentos negociais coletivos (acordos ou convenções). Poderá ser chamado de “*adicional de promoção*”, “*adicional de assunção de tarefas*” ou algo do tipo.

E, sendo todos os adicionais pagos mediante condição²⁵⁰, esta será o fato de o trabalhador estar realizando tarefas mais complexas.

Se, ao final do período de experiência, for consolidada a promoção definitiva, o adicional deixa de ser pago e o empregado recebe um aumento salarial compatível com o novo e definitivo cargo. Caso seja reprovado, retrocede ao cargo anterior, mantendo o salário originário e o adicional recebido pelas tarefas desempenhadas deixa de ser pago, pois a condição para seu recebimento não mais existe.

É bem verdade que a retirada do adicional provocará uma perda no poder de compra do trabalhador, mas fato é que não houve redução do seu salário nominal-contratual. O empregado apenas deixou de ganhar mais.

Assim, permitir que antes da efetivação da promoção, as partes se submetam a um período de experimentação, faz todo o sentido e, a nosso ver, dentre tantos argumentos possíveis para sustentar a viabilidade dessa prática, o art. 125 do CC nos parece a medida mais útil, prática e efetiva em dar validade a essa manobra.

Assim, o uso de uma regra contida no Código Civil junto ao contrato trabalhista, é perfeitamente cabível por dois motivos: o primeiro, é que não há previsão na CLT nesse sentido, o que autoriza a aplicação subsidiária das regras do direito comum; o segundo, é que a aplicação desse dispositivo não fere as regras básicas e os princípios protetivos específicos da área trabalhista (art. 8º da CLT).

²⁴⁹ PINTO, Almir Pazzianotto. **Estudos de Direito do Trabalho: prevalência do negociado sobre o legislado.** São Paulo: Escola nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 2000, p. 37.

²⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 151.

IV.9 – OS PROBLEMAS GERADOS AO EMPREGADOR, CASO PRATIQUE A RETROCESSÃO.

Em defesa dos princípios da proteção e da manutenção do contrato, nosso entendimento é de que a retrocessão, ao final do período experimental, é a melhor manobra a ser praticada junto ao empregado que não se saiu bem no cargo ao qual foi promovido.

Contudo, como toda decisão a ser tomada, há prós e contras que devem ser considerados. E, no cenário jurídico atual, seríamos imprudentes em não alertar sobre os possíveis riscos gerenciais que o empresário assumirá, caso pratique a retrocessão.

O primeiro deles será, caso retroceda o empregado e reduza o seu salário, sem que haja previsão em instrumento negocial nesse sentido, é dar azo a futura ação trabalhista reivindicando o pagamento das diferenças salariais e até mesmo a indenização por danos patrimoniais e morais.

Assim, para o empregador evitar a prática do ato ilícito, que a possibilidade de redução salarial estivesse prevista em acordo ou convenção coletiva, em respeito ao art. 7º, VI da CF.

Nada impede que o juízo trabalhista, adepto de uma linha mais conservadora, que não admite a retrocessão em qualquer hipótese, declare nula a cláusula de retrocessão, ainda que prevista em instrumento negocial. Isso levaria a empresa a ser condenada a pagar as diferenças salariais e até mesmo indenizar os prejuízos materiais e morais, pelo fato de o empregado ter sofrido um retrocesso profissional.

Para minimizar os riscos, outra opção será retroceder o empregado apenas em relação ao cargo, mas mantendo o salário superior. No entanto, essa manobra abre janelas para outros riscos.

O empregado agora passará a ter um salário maior no meio de outros funcionários com o mesmo cargo e isso pode gerar demandas de equiparação salarial pelos demais trabalhadores.

O art. 5º, incisos XXX e XXXI da Constituição Federal e o art. 460 da CLT estabelecem a necessidade de isonomia salarial aos que exercem o mesmo cargo. Empregados que trabalham para o mesmo empregador, no mesmo estabelecimento, exercendo as mesmas funções, com a mesma produtividade e perfeição técnica, devem ganhar salários iguais.

Critérios objetivos e impessoais podem ser estabelecidos para justificar a diferença salarial entre trabalhadores, como titulação, produtividade, engajamento, assiduidade, pontualidade e outros. Mas, a princípio, o que o legislador quer estabelecer, é que o salário deve ser igual aos trabalhadores que exercem o mesmo cargo, para o mesmo empregador na mesma localidade.

Até existe a possibilidade de empregados que exercem o mesmo cargo receberem salários diferentes. Estas exceções estão previstas no § 1º do art. 461 da CLT que prevê quatro situações justificadoras para essa diferença no pagamento²⁵¹.

Por cautela, para evitar que o empregado retrocedido, e que teve o salário superior mantido, seja usado como paradigma pelos demais colegas, prudente que o empregador opte pela criação de um quadro organizado de carreira.

É possível também que o empregador institua plano de cargos e salários, devidamente previsto em norma interna ou em negociação coletiva (acordo ou convenção). Nesse plano, se estabelecerá expressamente que o empregado retrocedido, apesar de exercer as mesmas funções que os demais trabalhadores, tem um salário superior por conta da retrocessão que sofreu.

Como não há um posicionamento sólido firmado pela jurisprudência e doutrina nesse sentido, nada impede que as manobras adotadas pelo empregador provoquem futuras demandas judiciais.

²⁵¹ O art. 461 da CLT elimina a possibilidade de equiparação salarial quando: a) o tempo de emprego entre paradigma e paragonado for superior a quatro anos e o tempo no exercício da função for superior a dois anos; b) se houver quadro organizado de carreira; c) se houver norma interna da empresa ou previsão em negociação coletiva sobre plano de cargos e salários, e, por fim; d) o empregado que tem salário maior (paradigma) for readaptado na função.

Não seria surpresa ação trabalhista onde o empregado alegue ter direito às diferenças salariais, pois sofreu retrocessão no cargo e no salário, ou que, sofrendo apenas a retrocessão no cargo, ainda que mantido o salário superior, alegue ter sofrido constrangimento, humilhação e prejuízos indiretos, reivindicando indenização por dano material e moral.

E, mesmo que o empregado retrocedido nada reclame, nada impede que seus pares reclamem o direito a equiparação salarial.

Os riscos acima pontuados comprovam porque os empresários preferem dispensar o empregado malsucedido na promoção, pois, apesar de ser uma decisão traumática, a extinção do contrato coloca uma pá de cal sobre todas essas discussões, não ficando o empregador exposto a risco algum.

CONCLUSÃO

A VALIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA ANTECEDENTE À PROMOÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RETROCESSÃO DO EMPREGADO

O empresário, como alguém que assume os riscos do negócio, tem o direito de adotar as medidas gerenciais que melhor garantam os seus interesses, afinal, é desafiadora a sobrevivência em um sistema capitalista que, apesar de ser de concorrência livre, impõe uma série de regras que restringem seu ímpeto criativo.

É importante que esses limites existam, pois, caso contrário, o sistema seria predatório de tal forma, que exterminaria a concorrência e consolidaria intransponíveis monopólios e-ou oligopólios.

Dentre esses limites, há a legislação trabalhista, que tendo como matriz a proteção ao trabalhador (a parte hipossuficiente), provoca um certo alijamento da plena autonomia empresarial, que não pode, mesmo sob o argumento de buscar o lucro para manter sua sobrevivência, tratar os seus empregados do modo que bem quer, já que vários direitos mínimos devem ser garantidos à classe operária.

Sendo o empregado a parte mais frágil da relação, necessário que o Estado assuma o papel de determinar regras protetivas, para que aquele não fique totalmente exposto aos caprichos do empregador.

Dentre tantas regras protetivas direcionadas aos empregados, uma se destaca, precisamente aquela prevista no art. 468 da CLT, que trata do princípio da inalterabilidade contratual lesiva do contrato.

Por esta regra, só será possível alterar as condições do contrato quando favoráveis ao empregado, ou seja, para melhor (*in mellius*) e nunca de forma a causar prejuízo direto ou indireto ao trabalhador (*in pejus*).

Nesse cenário, nasce a questão sobre a alteração de cargos, funções e tarefas do empregado, um tema complexo e que atinge a realidade de muitos trabalhadores.

Tratando pontualmente sobre a possibilidade de se alterar o cargo do empregado, a resposta será positiva quando se tratar de uma promoção, pois, nesse caso, o trabalhador é elevado profissionalmente, o que lhe é favorável.

Apesar da leitura social e jurídica canalizar a ideia de ser a promoção algo favorável ao empregado, é sabido que, pelas peculiaridades de vida de cada um, pode não ser tão benéfica como se imagina, o que justifica muitos empregados declinarem a proposta.

Caso o empregado aceite a promoção, o ponto nevrálgico que surge é: o que fazer com esse trabalhador que, caso não se saia bem no novo cargo, venha se tornar uma mão de obra desnecessária ao empregador?

Nunca é demais lembrar que, a falta de tino para o exercício do novo cargo, não decorre necessariamente de falta grave cometida pelo trabalhador. Isso quer dizer que, se o empregador quiser dispensar o empregado, que o faça de forma imotivada (sem justa causa), jamais podendo atribuir o insucesso do trabalhador no novo cargo, como uma falta grave. Seria absurdo assim proceder!

Não há qualquer irregularidade na decisão do empregador, que opta por dispensar imotivadamente o empregado que não se saiu bem no novo cargo. A lei não veda essa conduta, bem como não condiciona que outras manobras sejam realizadas antes da dispensa, como tentar remanejá-lo em outros cargos, bem como não garante nenhum tipo de estabilidade ao trabalhador.

No entanto, a decisão pela dispensa do empregado tem péssimos efeitos. É ruim para ele próprio, que perde o emprego e sua fonte de receita; para a sociedade, que passa a ter mais um desempregado no meio de tantos outros; e, para o Estado, que passa a ter de prestar assistência a alguém necessitado. Mas, mesmo diante de tantos pontos negativos, fato é que o empregador não praticou ato ilícito algum.

O dilema nasce, contudo, quando o empregador não quer dispensar o empregado, e sim reaproveitá-lo no cargo anterior.

Vários são os casos onde o empregador quer que o empregado retorne ao cargo anterior, pois, mesmo ele não se saindo bem no novo cargo, ainda

assim é um bom funcionário, competente e hábil no exercício das tarefas pertinentes ao cargo antes ocupado.

A retrocessão é o ato de reengajar o empregado ao cargo anterior, sem que esta alteração contratual decorresse de falta grave do empregado. É, portanto, uma alteração que não tem condão punitivo.

Ocorre que a comunidade jurídica enxerga a retrocessão como algo ruim, prejudicial, e que fere o regramento trabalhista, precisamente, o art. 468 da CLT. É essa leitura que leva a conclusão de que a retrocessão é uma manobra proibida.

Comungamos da mesma opinião! Somos contrários a retrocessão de trabalhadores, mas somente em relação àqueles que já estão consolidados em seus cargos.

Tanto que nossa tese é no sentido de permitir a retrocessão, mas somente ao final do período experimental antecedente à promoção. Entendemos que, em respeito a autonomia gerencial do empresário, e visando proteger o vínculo de emprego, podem às partes estipular que, antes da promoção, seja pactuado um contrato de experiência, onde, se o empregado se mostrar exitoso ao final, a promoção se efetivará, mas, caso não se mostre hábil, retrocederá ao cargo anterior, seguindo normalmente a relação nos moldes originariamente estabelecidos.

Porém, instituir o contrato de experiência antes da promoção e permitir a retrocessão, algo aparentemente simples, e que mostra ser uma manobra adequada e conveniente na estratégia empresarial, está longe de ser um consenso.

Pela letra da lei, o contrato de experiência só pode ser firmado uma única vez e para durar no máximo 90 dias. É sempre pactuado no início da relação contratual, o que há de se convir, faz todo sentido.

Além disso, os elementos estruturais desse tipo de contrato mostram que é incompatível sua pactuação durante o curso do vínculo já vigente e de prazo indeterminado.

Contudo, entendemos de forma diferente! A nosso ver, é possível firmar o contrato de experiência no curso do contrato principal, como condicionante a efetivação da promoção, bem como é possível estabelecer a retrocessão do empregado, caso não se mostre exitoso no novo cargo.

Nossa justificativa é que essa manobra, não só enaltece o *jus variandi* do empregador, como também prestigia a autonomia negocial das partes, o que é importante para o setor empresarial, que se sente mais seguro na gestão e alocação de seus empregados, bem como vai ao encontro dos interesses do trabalhador e da sociedade, já que prioriza a manutenção do emprego.

A redação do art. 468 da CLT, que proíbe as alterações *in pejus* ao contrato de trabalho, aplicada de forma rígida e inflexível, sem que se analise as especificidades de cada caso, nos parece que, mesmo lastreada no princípio da proteção ao hipossuficiente, traz ao empregado um efeito danoso, tanto que, em total inversão de valores, e cometendo uma injustiça atroz, o empregador terá como opção mais segura dispensar o empregado, quando a questão seria facilmente resolvida, apenas retrocedendo o empregado ao cargo anterior. Isso evitaria que o empregado perdesse o emprego e que o empresário perdesse um bom funcionário.

Se a lei quer tanto proteger o empregado, que o faça de modo a preservar o vínculo de emprego, e não de modo a tornar a relação intolerável a tal ponto que, para o empregador, seja preferível dispensar o (bom) trabalhador ao invés de mantê-lo.

Estando as partes de pleno acordo que a manobra da promoção não deu certo, que o ideal é dar um passo atrás (retroceder ao cargo anterior), e com isso manter a relação em plena continuidade, qual a lógica em proibir essa prática? São as partes que, nesse caso, têm a melhor percepção do que é prejudicial ou não.

Desta feita, nos propomos a defender que é possível firmar o contrato de experiência antes de efetivar definitivamente a promoção e, caso uma das partes entenda que, ao final do curso do período experimental, a promoção não deve ser consolidada, mas que, ainda assim, dever ser mantida a relação nos moldes originários, que a retrocessão seja então praticada, privilegiando assim

o *jus variandi* empresarial, a autonomia negocial das partes e a preservação do emprego, o que se mostra perfeitamente alinhado com as premissas constitucionais vigentes.

REFERÊNCIAS

- ABUD, Cláudia José. **Jornada de trabalho e a compensação de horários.** São Paulo: Atlas, 2008.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito.** 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo).** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Introdução ao estudo do direito. Retórica realista, argumentação e erística.** Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- _____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). **Da “coisa em si” à concepção retórica dos eventos (homenagem ao professor doutor José de Oliveira Ascensão). Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: teoria geral do direito, bioética, direito intelectual e sociedade da informação.** São Paulo: Atlas, 2015, v.1.
- _____, BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTE, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. LEMOS JORGE, André Guilherme; DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2.
- _____. **Os futuros da empresa.** In: LUCCA, Newton de; JORGE, André Guilherme Lemos (org.) et al. **Coletânea da atividade negocial.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019.
- ALCANTARA, Amanda Cecatto. **Negociações e relações sindicais.** Curitiba: Contentus, 2020.

ALCÂNTARA, André Feitosa; JESUS, Fábio Rodrigues de; CARDOSO, José Nildo Alves. **Serviços jurídicos: práticas em departamentos jurídicos, de recursos humanos e de contabilidade.** São Paulo: Érica, 2019.

ALCANTARA, Silvano Alves. **Legislação trabalhista e rotinas trabalhistas.** 5^a ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2022.

_____. **Relações trabalhistas.** Curitiba: Contentus, 2020.

ALEMÃO, Ivan. **Direito das relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2018.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do trabalho material, processual e legislação especial.** 17^a ed. São Paulo: Rideel, 2016.

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Manual de direito individual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. SILVA, Nathan Lino da. **O jus variandi empresarial.** Disponível em:

<<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/ FMfcgzQXJszvpTdkQpH zglqDxRZWRxvX?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

ALVAREZ, Oscar Hernández. **O pacto social na América Latina.** São Paulo: LTr, 1996.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 10^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem.** São Paulo: LTr, 1994.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ANTUNES, José Pinto. **A produção sob o regime da empresa.** São Paulo: Bushatsky, 1973.

ANTUNES, Ricardo. PINTO, Geraldo Augusto. **A fábrica da educação: da especialização taylorista à flexibilização toyotista.** São Paulo: Cortez Editora, 2022.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho, uma perspectiva democrática.** São Paulo: LTr, 2003.

ARAÚJO, Gisele Ferreira de. **O redimensionamento do direito do trabalho no contexto da globalização.** São Paulo: Plêiade, 2006.

ARAÚJO, Sônia Regina Cassiano de; CIAMPA, Amálie de Lourdes; MELO, Paulo. **Humanização dos processos de trabalho: fundamentos, avanços sociais e tecnológicos e atenção à saúde.** 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco.** 2^a ed. R de Janeiro: Forense, 2017.

AROUCA, José Carlos. **O sindicato em um mundo globalizado.** São Paulo: LTr, 2003.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 2008.

AUGUSTINHO, Paulo. **Quanto tempo leva para encontrar um novo emprego?** Disponível em: <<https://voitto.com.br/blog/artigo/quanto-tempo-para-encontrar-emprego>>. Acesso em: 17 set. 2024.

Autor desconhecido. **Leis de Murphy.** Tradução José Barrêto Júnior. São Paulo: Digital, 2002, *E-book*. Disponível em: <<https://www.ebooksbrasil.org/ado-beebook/murphy.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2024.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR, Margareth de Freitas. **O direito do trabalho na era virtual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social.** São Paulo: LTr, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **El particularismo del derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales.** 2^a ed. Madri: Fundación del Cultura Universitária, 2009.

BARBIERI, Ugo Franco. 124. **Gestão de pessoas nas organizações: a aprendizagem da liderança e da inovação.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Gestão de pessoas nas organizações: a evolução do ser humano na vida e na carreira.** São Paulo: Atlas, 2014.

BARROS, Alexandre Rands. BARROS, Mauricio Rands. **Fatores determinantes dos salários relativos: um estudo empírico com dados primários para a região metropolitana do Recife.** jan-març 1998, Revista de Economia Política, vol. 18, nº 1 (69).

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências.** São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Proteção à intimidade do empregado.** São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

BARROS FILHO, Clóvis de; MEUCCI, Arthur. **A vida que vale a pena ser vivida.** Petrópolis: Vozes, 2012.

BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. **Perspectivas do direito do trabalho no Mercosul.** São Paulo: Edusp, 1993.

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de direito coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 12^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho: teoria geral, contrato de trabalho e segurança e saúde no trabalho.** 9^a ed, São Paulo: SaraivaJur, 2019.

BASSO, Maristela (Coord.). **Mercosul e seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

- BASTOS, Celso. **Curso de teoria do estado e ciência política.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **O dano moral no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Rescisão contratual trabalhista.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- BELTRAN, Ari Possidônio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho — globalização e direitos sociais.** São Paulo: LTr, 1998.
- BENATTO, Pedro Henrique Abreu. **Direito do trabalho aplicado.** 2^a ed. São Paulo: Rideel, 2023.
- BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2014.
- BENNITES FILHO, Flávio Antonello. **Negociações tripartites na Itália e no Brasil.** São Paulo: LTr, 1995.
- BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.
- BISCHOFF, Wesley. **USP perde liderança na América Latina, mas continua entre as 100 melhores universidades do mundo.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/06/04/usp-ranking-melhores-universidades-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2024.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça.** 4^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- BITENCOURT, Cláudia (org.) et al. **Gestão Contemporânea de pessoas: novas práticas, conceitos tradicionais.** 2^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- BITENCOURT, Mérilan. **Trabalhabilidade: um direito fundamental pós-moderno.** São Paulo: Editora Dialética, 2024.
- BOAS, Franz. **Antropologia cultural.** Tradução José Carlos Pereira. São Paulo: Contexto, 2023.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto.** Torino: Giappichelli, 1993.
_____. **Teoria dell'ordinamento giuridico.** Torino: Giappichelli, 1960.

- BRANDÃO, Júnio de Souza. **Mitologia grega.** 23^a ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Quarta revolução industrial e direito do trabalho.** São Paulo: Almedina, 2022.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.
- BRUFATTO, Tamiris Vilar. **Teoria da base objetiva do negócio jurídico.** São Paulo: Almedina, 2020.
- BRYM, Roberto J. et al. **Sociologia: sua bússola para um novo mundo.** São Paulo: Cengage Learning, 2015.
- BUEN, Néstor de (Coord.). **A solução dos conflitos trabalhistas.** Tradução Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1986.
- BURBRIDGE, R. Marc. BURBRIDGE, Anna. **Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho.** 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Manual da teoria geral do direito.** São Paulo: Almedina, 2019.
- CAMPOS, Aurélio Bouret. **Direito civil: parte geral, contratos, obrigações e responsabilidade civil.** São Paulo: Rideel, 2022.
- CAMPOS, José Ribeiro de. **O contrato de trabalho e sua alteração.** Revista IMES, julho/dezembro, 2003.
- CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo.** Tradução Ari Roitman, Paulina Watch. 1^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais.** São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARDONE, Marly Antonieta. **Advocacia trabalhista: direito processual, direito individual, direito coletivo, direito previdencial.** 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOSO, Luciano Carvalho. **Desenvolvimento de competências para o mercado de trabalho.** São Paulo: Expressa, 2021.

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de direito civil**, 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARNEIRO, Marcos Antônio. **Gestão de departamento pessoal.** Curitiba: Contentus, 2020.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Cavalcanti de. **Direito sindical e corporativo.** Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1941.

CARVALHO, Iêda Maria Vecchioni. LICKFELD, Luciana Vecchioni Carvalho. **Gestão de pessoas por competência: como operacionalizar na prática esse modelo.** São Paulo: Actual, 2023.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** 12^a ed. Indaiatuba: Foco, 2024.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Filosofia geral e jurídica.** 8^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1982.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social.** São Paulo: LTr, 1980.

_____. **Estabilidade e fundo de garantia.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CIA. Ana Paula Araújo Leal. **Partidos, movimentos sociais e sindicatos no Brasil contemporâneo.** Curitiba: Contentus, 2020.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado.** 2^a ed. São Paulo: Método, 2018.

CHAHAD, José Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina (Coord.). **Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas trabalhistas,**

negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTR, 2003.

CLARO, Marcela. **Atitudes para alcançar o êxito profissional em tempos de crise**. São Paulo: Trevisan, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2022.

COELHO, Inocêncio Mârtires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÓRDOVA, Efrén. **Pactos sociais**. São Paulo: IBRART, 1985.

_____. LOBOS, Júlio. **Mecanismos intraempresariais de participação**. São Paulo: IBRART, 1985.

CORREA, Jaime Montalvo. **Fundamentos de derecho del trabajo**. Madrid: Civitas, 1975.

CORREIA, Rosani Portela. **Novos paradigmas do contrato de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2008.

CÔRTES, Maria Cristina Irigoyen Paixão. **Tempo de serviço no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

COSTA, Leandro Souza; CAMARGO, Leonardo Nunes. **Filosofia hermenêutica**. 2^a ed. Curitiba: Intersaberes, 2023.

COSTA, Marcus Vinícius Americano da. **Grupo empresário no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **O direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1991.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

CRUZ, Ariele Chaga. SARMENTO, George. SEIXAS, Taysa Matos (org.) *et al.* **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

DE LUCA, Carlos Moreira. **Convenção coletiva de trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13^a ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Alterações contratuais trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2020.

_____. **Introdução ao direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Salário: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DEMO, Gisela. **Políticas de gestão de pessoas nas organizações: papel dos valores pessoais e da justiça organizacional.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DEZEM, Renata Mota Maciel; BASSETTO RUIZ, Renata de Oliveira; OLIVEIRA, André Luiz Mattos de. **Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial.** São Paulo: Prisma Jurídico, v. 17, n. 2, p. 313–330, 2018. DOI: 10.5585/prismaj.v17n2.8728. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728>. Acesso em: 4 out. 2024.

DILLEMBURG, Fernando Frota. **O capital: das sombras à revolução.** São Paulo: Edições 70, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, à norma jurídica e aplicação do direito.** 28^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 39^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DOMINGUES, Marcos Abilio. **Introdução ao direito coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Tatiane. **Curso de direito civil.** 11^a ed. Barueri: Atlas, 2023.

DOWLING, Colette. **Complexo de Cinderela.** São Paulo: Círculo do Livro, 2014.

DUARTE NETO, Bento Herculano (Coord.). **Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros Jr.** São Paulo: LTr, 1998.

ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo; TEIXEIRA, Juliana Kraemer Micelli. DUARTE, Melissa de Freitas. **Hermenêutica e argumentação jurídica.** Porto Alegre: SAGAH, 2018.

FARIA, Jacir de Freitas. **As mais belas e eternas histórias de nossas origens em Gn1-11.** Petrópolis: Vozes, 2015.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. **Noções fundamentais de direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 1976.

FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio. **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção.** São Paulo: Manole, 2009.

_____. **A ciência do direito.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 12^a ed. Barueri: Atlas, 2024.

FERREIRA, Patrícia Itala. **Gestão por competências.** 1^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

FIDELIS, Gilson José. **Gestão de pessoas: rotinas trabalhistas e dinâmica do departamento pessoal.** 6^a ed. São Paulo: Érica, 2020.

FILHO, João de Lima Teixeira. **Estudos de Direito do Trabalho: A Constituição e as estabilidades no Direito do Trabalho.** São Paulo: Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 1998.

FILHO, Rodolfo Pamplona. ROCHA, Matheus Lins. **O princípio da vedação do retrocesso e a importância do sistema interamericano de direitos humanos na proteção do direito do trabalho.** Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/ FMfcgzQXJszvpTcgMC ThBlgdKrhNWZdH?projector=1&messagePartId=0.1>>. Acesso em: 02 set. 2024.

FILHO, Wagson Lindolfo José. **Downsizing.** Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/11/downsizing.html>>. Acesso em 06 nov. 2024.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Curso de direito civil.** 24^a ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2023.

FRANÇA. Ana Cristina Limongi. **Práticas de recursos humanos – PRH: conceitos, ferramentas e procedimentos.** 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direito do trabalho no STF.** São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Direito do trabalho e a nova ordem constitucional.** São Paulo: LTr, 1991.

FREDIANI, Yone. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina.** São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Direito do trabalho.** São Paulo: Manole, 2011.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** 9^a ed. Barueri: Manole, 2015.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Alterações do contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil: volume único.** 7^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GARCIA. Gustavo Barbosa Filipe. **Curso de direito do trabalho.** 19^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

GÊNOVA, Leonardo. **O princípio da proteção no século XXI.** São Paulo: LTr, 2009.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Introdução à filosofia.** Barueri: Manole, 2003.

GIGLIO, Wagner. **Justa causa.** São Paulo: LTr, 1981.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José. **Fundamentos do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito trabalhista e previdenciário.** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

GOLD, Miriam. **Gestão de carreira: como ser protagonista de sua própria história.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOLDIN, Adrián. **Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social.** Buenos Aires: La Ley, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Contratos.** Atualizadores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 28^º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Simone Cruxen. **Limites do *jus variandi* do empregador.** São Paulo: LTr, 1997.

GOULART, Rodrigo Fortunato. **As modificações dos aspectos circunstanciais do contrato de trabalho pelo empregador: *jus variandi*.**

Dissertação de mestrado. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2006.

GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO, Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/alertas%20e%20noticias/alertas/orientacoes-para-trabalho-na-india>>. Acesso em: 27 out. 2024.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaios e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRUBB, Valerie M. **Conflito de gerações: desafios e estratégias para gerenciar quatro gerações no ambiente de trabalho.** 1ª ed. Jaraguá do Sul: Autêntica Business, 2024.

GUIMARÃES, Lélia; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HADDAD, José Eduardo. **Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história.** Tradução Arthur Morão. Lisboa: EDIÇÕES70, 2013.

HINZ, Henrique Macedo. **Cláusulas normativas de adaptação.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito coletivo do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho, redefinindo o assédio moral.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

IAMUNDO, Eduardo. **Sociologia e antropologia do direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2017.

JAVILLIER, Jean Claude. **Droit du travail.** Paris: LGDJ, 1978.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as relações do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

- _____. **Direito do trabalho.** 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao estudo do direito.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Arthur Morão. Lisboa: EDIÇÕES70, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica.** Tradução Reine Rechtslehre. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.
- KERÉNYIL, Karl. **Religião antiga.** Tradução Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2022.
- KLEINDIENST, Ana Cristina (org.) et al. **Grandes temas do direito brasileiro: compliance.** São Paulo: Almedina Brasil, 2019.
- KNIHS, Karla Kariny. **Legislação trabalhista e previdenciária em gestão financeira.** Curitiba: Contentus, 2020.
- _____. **As relações de trabalho.** 1^a ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.
- KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo: Teoria, Doutrina e Jurisprudência.** 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- KUAZQUI, Edmir. **Gestão de carreiras.** São Paulo: Cengage, 2016.
- LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário.** 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- _____. **Direito previdenciário.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 1997.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** 16^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.
- _____. **Manual de direitos humanos.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Curso de direito processual do trabalho.** 22^a ed. São Paulo: SaraivaJur.
- _____. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- _____. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, nº 17, jan/jun, 2011.
- LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil.** São Paulo: LTr, 1972.
- LEITE, Luciano S. **Psicologia comportamental.** 1^a ed. São Paulo: Érica, 2020.
- _____. **Saúde mental no trabalho e atitude empreendedora.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LEPORACI, Aline; MEROLA, Bianca. **Manual prático de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- LIMA, Leonardo Duncan Moreira. **Superação do precedente judicial no direito brasileiro.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência.** São Paulo: LTr, 2004.
- _____. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.** 8^a ed. São Paulo: LTr, 1997.
- LOBO, Renato Nogueiro. SILVA, Damião Limeira da. **Planejamento e controle da produção.** 2^a ed. São Paulo: Érica, 2012.
- LOPES, Mônica Sette. **A convenção coletiva e a sua força vinculante.** São Paulo: LTr, 1998.
- LOPES, Walküre. **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa.** São Paulo: LTr, 1998.
- LUCA, Carlos Moreira de. **Convenção coletiva do trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.
- LUCENA, Maria Diva da Salete. **Planejamento estratégico de recursos humanos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACEDO, Gutemberg B. de. **As vulnerabilidades de um profissional: como superá-las e obter sucesso em sua carreira.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2012.
- MACHADO, Sidnei. **Direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2001.

- MAGANO, Octavio Bueno. **Política do trabalho.** São Paulo: LTr, 1992.
- _____. **Cogestão no estabelecimento e na empresa.** São Paulo: LTr, 1991.
- _____. **Do poder diretivo na empresa.** São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. **Convenção coletiva de trabalho.** São Paulo: LTr, 1972.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito do trabalho como instrumento da Justiça Social.** São Paulo: LTr, 2000.
- MALTA, Tostes. **Comentários à CLT.** São Paulo: LTr, 1993.
- MANDELBAUN, Belinda; RIBEIRO, Marcelo. **Desemprego: uma abordagem psicossocial.** São Paulo: Blucher. 2017.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho.** 12^a ed. São Paulo: Editora Atlas.
- MANNRICH, Nelson. **Reforma do mercado de trabalho. A experiência italiana.** São Paulo: LTr, 2010.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. **Direito do trabalho.** 17^a ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas.** 1^a ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2021.
- MARION, Arnaldo. **Manual de Coaching: guia prático de formação profissional.** São Paulo: Atlas, 2019.
- MARQUES, José Roberto. **O que significa coach, coaching, coache e coachee?** Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching/o-que-significa-coach-coaching-coaches-coachee/>>. Acesso em: 10 set. 2024.
- MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Plug; MACIEL, Renata Mota (Coord.); RODRIGUES, Patricia Pacheco; ALVES, Samira Rodrigues Pereira (org.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres.** E-book. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021.
- _____. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A ordem econômica e a especialização das varas em matéria empresarial.** LEMOS JORGE, André Guilherme. ADEODATO, João Maurício. DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.).

Direito empresarial: estruturas e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2.

_____. JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza. **O consequencialismo jurídico no Direito Econômico.** LEMOS JORGE, André Guilherme. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. MACIEL, Renata Mota (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.3.

MARRARA, Thiago. **Manual de direito administrativo: fundamentos, fontes, princípios, organização e agentes.** 4^a ed. Indaiatuba: Foco, v. 1, 2024.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 14^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

_____. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comentada e comparada.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Pedro Romanao. **Direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito do trabalho.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, José de Souza. **Uma sociologia da vida cotidiana: ensaios na perspectiva de Florestan Fernandes, de Wright Mills e de Henri Lefebvre.** São Paulo: Contexto, 2014.

MARTINS, José Ricardo. **Introdução à sociologia do trabalho.** 2^a ed. Curitiba: Intersaber, 2023.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Justa causa.** São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito do trabalho.** 15^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

_____. **Introdução ao estudo do direito.** 3^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARX, Karl. **O capital.** Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 8^a ed. resumida. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 8^a ed. Barueri: Atlas, 2022.
- _____. **Sociologia do direito.** 2^a ed. Barueri: Atlas, 2023.
- MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho.** São Paulo: José Olympio, 1999.
- MATOSO, Rubiane Bakalarczyk. **Legislação trabalhista e previdenciária.** Curitiba: Contentus, 2020.
- MATTAR NETO, João Augusto. **Filosofia e ética na administração.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Recursos humanos: estratégia e gestão de pessoas na sociedade global.** 1^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 23^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- MAZZA, Alexandre. **Curso de direito administrativo.** 14^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- MEIRELES, Edilton. **Integração da lacuna no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: dos contratos e dos atos unilaterais.** 5^a ed. Indaiatuba: Foco, 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional.** 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MENDONÇA, Grace. **O instituto da repercussão geral e a materialização da segurança jurídica.** In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Plug; MACIEL, Renata Mota (Coord.); RODRIGUES, Patricia Pacheco; ALVES, Samira Rodrigues Pereira (org.). **A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres.** E-book. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021.
- MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1950.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

_____. SANCHES, Samyra Naspolini. **O paradigma dogmático da ciência jurídica nos manuais de ensino de direito.** Universitas/JUS, 2013. Disponível em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2361/2055>>. Acesso em: 01 nov. 2024.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/confira-as-aliquotas-de-contribuicao-ao-inss-com-o-aumento-do-salario-minimo>>. Acesso em: 20 set. 2024.

MIRAGEM, Bruno. **Direito das obrigações.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Fernanda Moura D'Almeida. **A saúde do trabalhador sob o enfoque da vigilância em saúde.** Curitiba: InterSaberes, 2020.

MONDAINI, Marcos. **Direitos Humanos: breve história de uma grande utopia.** São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

MONDEN, Yasuhiro. **Sistema Toyota de produção: uma abordagem integrada ao just in time.** Tradução Ronald Saraiva de Menezes. 4^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2023.

_____. **Direito constitucional.** 39^a ed. Barueri: Atlas, 2023.

MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). **Direito Civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 14^a ed. Barueri: Atlas, 2024.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A ordem social num novo texto constitucional.** São Paulo: LTr, 1986.

_____. **A justa causa na rescisão do contrato de trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho.** 7^a ed. São Paulo: LTr, 1995.

MORAES MELLO, Cleyson de. **Hermenêutica e direito – A interpretação de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOSCHINI JÚNIOR, Alberto José. **Forma de pactuação e prorrogação do contrato de experiência.** Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/63/34>>. Acesso em: 04 nov. 2024.

MOTA, Vinícius. **Direito do trabalho.** São Paulo: Rideel, 2002.

MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1981.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado.** São Paulo: LTr, 2008.

NABUCO DE ABREU, Cristiano. **Psicologia do cotidiano. Como vivemos, pensamos e nos relacionamos hoje.** Porto Alegre: Artmed, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 46^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 5^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **Filosofia e ética jurídica.** São Paulo: RT, 2008.

_____. **Por que filosofia?** 1^a ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Disponível em: <<https://next-preview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93608421/v3/document/93754890/anchor/a-93608488>>. Acesso em: 01 nov. 2024.

_____. **A empresa brasileira, o direito à educação e a 4^a revolução industrial.** LEMOS JORGE, André Guilherme. ADEODATO, João Maurício. DEZEM, Renata Mota Maciel (Coord.). **Direito empresarial: estruturas e regulação.** São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, v.2.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. **Teoria geral do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.
- _____. (Coord.). **A transição do direito do trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 1999.
- _____. **Direito contemporâneo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrin. **Flexibilização no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NOHARA, Irene Patrícia Diom. Direito administrativo. 13^a ed. Barueri: Atlas, 2024.
- NORRIS, Roberto. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998. v. 1.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Consolidação das leis do trabalho comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. **O dano pessoal no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.
- _____. **Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro — setor privado.** São Paulo: LTr, 1996.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de direito administrativo.** 12^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 2^a ed. São Paulo: LTr, 1998.
- OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação nas relações de emprego e proteção contra dispensa discriminatória.** São Paulo: LTr, 2008.

ORSI, Ademar. **Gestão por competências.** ARELLANO, Eliete Bernal. CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho (orgs.). **Gestão de pessoas nas empresas contemporâneas brasileiras.** São Paulo: Atlas, 2023.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado.** São Paulo: LTr, 2002.

PALMA, João Augusto da. **Contratos impossíveis e obrigações temporárias.** São Paulo: LTr, 2000.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Estabilidade.** São Paulo: LTr, 2002.

PAULON, Carlos Arthur. **Direito alternativo do trabalho.** São Paulo: LTr, 1984.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil.** Atualizadora e colaboradora Maria Celina Bodin de Moraes. 35^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidades, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas.** São Paulo: SaraivaJur, 2018.

PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; TONETO JR. Rudinei. **Introdução à economia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Almir Pazzianoto. **Estudos de Direito do Trabalho: A legislação e a jurisprudência trabalhista – repercussões no mercado de trabalho.** São Paulo: Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 1999.

_____. **Estudos de Direito do Trabalho: prevalência do negociado sobre o legislado.** São Paulo: Escola nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

_____. MARTINEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

PIPEK, Arnaldo; DUTRA, Alexandre Lauria; MAGANO, Isabella Renwick. **Reforma Trabalhista.** 1^a ed, São Paulo: Blucher, 2018.

PIVA, Rui Carvalho. **Direito civil: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas.** Barueri: Manoel, 2012.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Los principios del derecho del trabajo.** 2^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

PRAZERES, Írley Aparecida Correia. **Manual de direito do trabalho.** São Paulo: Rideel, 2018.

PRETTI, Gleibe. **Manual de direito do trabalho.** São Paulo: Ícone, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito do trabalho. Parte 1: Dogmática geral.** Coimbra: Almedina, 2005.

RANDS, Maurício. **Desregulamentação e desemprego: observando o panorama internacional.** Brasília: Revista do TST, vol. 67, nQ3, jul/set 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52280/006_rands.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 nov. 2024.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: José Bushatsky, 1973.

REDINZ, Marco Antonio. **Contratos trabalhistas na prática.** 1^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 7^a ed. São Paulo: Método, 2017.

REVISTA FORBES. **Futuro do trabalho: 23% das profissões devem se modificar até 2027.** Disponível em: <<https://forbes.com.br/carreira/2023/05/futuro-do-trabalho-23-das-profissoes-devem-se-modificar-ate-2027/>>. Acesso em: 27 out. 2024.

RIBEIRO, Leandro de Moura. **Empresa, empresário e empregador: aspectos básicos na divergência e convergência desses conceitos.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/empresa-empresario-e-empregador-aspectos-basicos-na-divergencia-e-convergencia-desses-conceitos/>>. Acesso em 20 de out. 2024.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 21^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1994.

_____. PERES, Antônio Galvão. **O direito do trabalho na empresa e na sociedade contemporâneas.** São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Ana Maria Muniz dos Santos. NERY, Camila Brito. RIBEIRO, Bruno Marques. **Cláusulas gerais: contexto histórico e seus reflexos no ordenamento jurídico.** Brasília: Revista da AGU, v. 21, nº 01, p. 37-58, jan./mar. 2022.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho.** São Paulo: LTr, 1997.

ROMAR. Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho.** 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

_____. **Direito do trabalho, noções fundamentais.** São Paulo: LTr, 1975.

_____. **Flexisegurança. A reforma do mercado de trabalho.** São Paulo: LTr, 2008.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas – “O diabo na rua, no meio do redemoinho”.** 22^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato.** São Paulo: LTr, 1999.

RUPRECHT, Alfredo. **Princípios de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1972.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** 5^a ed. Curitiba: Juruá, 1995.
- _____. **O empregado e o empregador no direito brasileiro.** 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada.** 27^a ed. São Paulo: LTr, 1993.
- _____. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- _____. **Constituição e direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1989.
- SADY, João José. **Direito do meio ambiente de trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- SANDES, Fagner; RENZETTI, Rogério. **Direito do trabalho e processo do trabalho.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SANSEVERINO, Luisa Riva. **Diritto del lavoro.** 14^a ed. Padova: CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milanni, 1952.
- SANTANA, Nivaldo. **Um novo código do trabalho é necessário.** Disponível em: <<https://vermelho.org.br/2022/08/05/um-novo-codigo-do-trabalho-e-necessario-por-nivaldo-santana/>>. Acesso em: 27 out. 2024.
- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori.** Torino: Giappichelli, 2004.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica.** Tradução Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicampi, 2001.
- SCARPA, Rita de Cássia Nogueira de Moraes. **Reforma trabalhista, flexibilização e crise no direito do trabalho.** São Paulo: Almedina, 2023.
- SCHIAVI, Mauro. **A teoria geral do processo do trabalho e a reforma trabalhista da Lei 13.467/17.** Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/ejud13/material-de-curso-e-eventos/2019/i-jornada-de-formacao-continuada-mar-2019/mauro-schiavi-teoria-geral-do-processo-e-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em 30 out. 2024.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Tratado sobre a liberdade da vontade.** Tradução Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2023.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; AMARAL, Larrisa Maciel do (org.). **Epistemologia jurídica.** São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Daniele Fernandes da; SILVA, Rosangela Aparecida da. **Fundamentos da economia.** Porto Alegre: SAGAH, 2018.

SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica.** 4^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SILVA. Gilcenor Saraiva da. **O meio ambiente de trabalho como direito fundamental do trabalhador: eficácia e meios de exigibilidade no direito brasileiro.** Jundiaí: Paco Editorial, 2021.

SILVA, Hugo Leonardo Fonseca da. **Trabalho, corporalidade e formação humana.** 1^a ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2020.

SILVA, Marilene Luzia da; REZENDE, Mardele Eugênia Teixeira. **Rotinas trabalhistas: legislação e prática para gestão de pessoas.** 2^a ed. São Paulo: Érica, 2016.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano.** São Paulo: LTr, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Constituição e trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

SINDICATO DOS QUÍMICOS DE SÃO PAULO. **Convenção Coletiva – 2024-2026.** Disponível em: <<https://quimicosp.org.br/publicacoes/farmaceuticos-2024-2026/>>. Acesso em: 02 set. 2024.

SINDICATO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DE MÁQUINAS – SINDIMAQ. **Convenção coletiva de trabalho – 2020-2022.** Disponível em: <<https://www.metalurgicoscajamar.org/wp-content/uploads/2021/06/GRUPO-2-SINDIMAQ-SINAES.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2024.

SOARES, Nicolau. **Brasil é um dos dez piores países do mundo para se trabalhar, mostra pesquisa. Estudo que analisa respeito a direitos**

trabalhistas em 148 países vê nível recorde de violações no mundo. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/06/30/brasil-e-um-dos-dez-piores-paises-do-mundo-para-se-trabalhar-mostra-pesquisa#:~:text=O%20Brasil%20ficou%20na%20faixa,%2C%20Miamar%2C%20Guatemala%20e%20Suazil%C3%A2ndia>>. Acesso em 11 nov. 2024.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Sociologia e antropologia do direito.** 2^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. **Hermenêutica e interpretação jurídica.** 5^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego.** São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Ronald Amorim e. **Manual de legislação social.** São Paulo: LTr, 1992.

_____. **Direito ao trabalho.** São Paulo: LTr, 1985.

SPITZCOVSKI, Celso. **Direito administrativo.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (org.). **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura.** São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Verdade e consenso.** 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STUCHI, Victor Hugo Nazário; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli (Coord.). **Prática trabalhista.** 7^a ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14032022-poder-publico-nao-pode-alegar-excesso-de-gasto-com-pessoal-para-negar-progressao-funcional-com-base-na-LRF.aspx>>. Acesso em: 02 ago. 2024.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **O direito do trabalho como sistema imunológico da sociedade.** São Paulo: Editora Dialética, 2024.

- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Curso de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Direito internacional do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- _____. **Direito constitucional do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Tratados ratificados pelo Brasil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.
- _____. MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.
- TAVARES, Lúcia Maria. **Técnicas de desenvolvimento pessoal e profissional.** Curitiba: InterSaberes, 2024.
- TAVARES, Renata; NOYANNA, Samon. **Textos clássicos de filosofia antiga: uma introdução a Platão e Aristóteles.** Curitiba: InterSaberes, 2017.
- TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Tutela específica de obrigação de fazer e de não fazer: as regras do Novo CPC e seus impactos no âmbito das relações de trabalho.** LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). **CPC – Repercussões no processo do trabalho.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- TERRA, Éberson; VILELA, Iara. **Sabático o poder da pausa: Por que dar um tempo vai mudar para sempre sua perspectiva sobre trabalho, carreira e vida.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TOFFOLETTO, Franco; PUCCI, Paola. **Diritto del lavoro.** Roma: EGEA, 2009.
- TÓLI, Emerson Luiz Marcuzzo *et al.* **Análise comparativa do sistema penal militar norte americano e brasileiro.** Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12701-12702-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 set. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-322-12.2023.5.09.0657 – 8ª Turma – Rel. Min. Sérgio Pinto Martins. Julgamento em 02/10/2024. Publicação em 07/10/2024. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#fc7691f87d48466992679f89abcd396>> Acesso em: 09 out. 2024.

TRICONTINENTAL. **Dossiê 64. A condição da classe trabalhadora na Índia.** Disponível em: <<https://thetricontinental.org/pt-pt/dossie-64-condicao-classe-trabalhadora-india/#top>>. Acesso em: 27 out. 2024.

TSU, Sung. **A arte da guerra.** Tradução Elvira Vigna. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009.

VALENTIM, Michaël. **O modelo Tesla: do Toyotismo ao teslismo: as estratégias disruptivas de Elon Musk.** Tradução Júlia dos Santos Fervenza. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2023.

VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali – semantica e politica del diritto.** Milão: Giuffrè Editore, 2010.

VENERAL, Débora Cristina; VENERAL, Silvano Alves Alcantara. **Direito aplicado.** 2ª ed. Curitiba: InterSaber, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito.** 7ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

VIANA, Nildo. **Introdução à sociologia.** 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2011.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 1998.

WEIGAND NETO, Rodolfo Carlos; SOUZA, Gleice Domingues de. **Reforma trabalhista: impacto no cotidiano das empresas.** São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

WESTIN, Ricardo. **CLT chega aos 80 anos com direitos do trabalhador sob disputa.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/04/clt-chega-aos-80-anos-com-direitos-do-trabalhador-sob-disputa>>. Acesso em: 11 nov. 2024.

ZAFFARI, Eduardo Kucker *et al.* **Direito coletivo do trabalho.** Porto Alegre: SAGAH, 2021.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social: direito do trabalho.** 15^a ed. Barueri: Manole, 2021.

ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2008.

ZARPELLON, Carlos Fernando. **Curso de relações trabalhistas para pequenos e médios empresários.** São Paulo; LTr, 1996.

https://www.pensador.com/trabalhar_prazer/. Acesso em 10 set. 2024.