

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CAIO CAVALCANTI DE MENDONÇA

**DISPENSA POR JUSTA CAUSA E DIREITOS DECORRENTES:
Análise da garantia do 13º salário proporcional e das férias proporcionais**

Recife
2018

CAIO CAVALCANTI DE MENDONÇA

**DISPENSA POR JUSTA CAUSA E DIREITOS DECORRENTES:
Análise da garantia do 13º salário proporcional e das férias proporcionais**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá Filho.

Recife
2018

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Mendonça, Caio Cavalcanti de.
M539d Dispensa por justa causa e direitos decorrentes: análise da garantia do 13º salário proporcional e das férias proporcionais / Caio Cavalcanti de Mendonça. - Recife, 2018.
57 f.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito do trabalho. 2. Dispensa por justa causa. 3. Direito adquirido. 4. 13º e férias proporcionais. I. Sá Filho, Fábio Menezes de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

349.2 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-168)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CAIO CAVALCANTI DE MENDONÇA

DISPENSA POR JUSTA CAUSA E DIREITOS DECORRENTES:
Análise da garantia do 13º salário proporcional e das férias proporcionais

Defesa Pública em Recife, 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador: Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá Filho

Examinador:

Prof. Luís Emmanuel Barbosa da Cunha

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, José Luiz Alves de Mendonça e Conceição Tereza de Melo Cavalcanti que tanto me ensinaram e ensinam diariamente, que são meus exemplos e que ajudaram a chegar onde cheguei. Dedico também à minha namorada, Tâmara Araújo, por todo apoio, carinho e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por tudo. Agradeço também aos professores por toda a jornada do curso que, de certa forma, contribuíram para esta pesquisa. Agradeço especialmente ao meu orientador e amigo, Fábio Menezes de Sá Filho, por toda orientação, disponibilidade para ajudar e transmitir seu conhecimento que foram imprescindíveis para a realização desse Trabalho de Conclusão de Curso.

“A injustiça num lugar qualquer
é uma ameaça à justiça em todo lugar”.

(Martin Luther King)

RESUMO

O presente estudo analisa a garantia do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais na modalidade de dispensa por justa causa. A relevância da pesquisa sustenta-se na ampliação do rol de direitos adquiridos, com o intuito de englobar as verbas em estudo como débitos trabalhistas, para com isto o trabalhador recebê-las de forma proporcional, inclusive quando a terminação contratual decorrer de uma falta grave cometida por este. Assim, este trabalho traz uma potencial sugestão normativa, com vistas a alterar as súmulas e os dispositivos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que prejudiquem a percepção das verbas em destaque na terminação contratual em decorrência de uma falta grave. A metodologia adotada para alcançar os objetivos é bibliográfica, porque são utilizados artigos, doutrinas e demais pesquisas acerca do tema, que corroboram com a sustentação da hipótese, e a pesquisa é descritiva e explicativa. Constatou-se, ao final, que, considerando o entendimento uniforme sobre o ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial majoritário ser no sentido de não haver a percepção das verbas em destaque na ocorrência de uma justa causa profissional, reconhece, após os estudos realizados, que tais devem ser consideradas como direitos adquiridos, o que demanda as respectivas alterações normativas sugeridas.

Palavras-chave: Dispensa por justa causa. Direito adquirido. 13º e férias proporcionais.

RESUMEN

El presente estudio analiza la garantía del 13º (décimo tercero) salario proporcional y de las vacaciones proporcionales en la modalidad de dispensa por justa causa. La relevancia de la investigación se sustenta en la ampliación del rol de derecho adquiridos, con el propósito de englobar los fondos en estudio como débitos laborales, para que el trabajador recibirá de forma proporcional, incluso cuando la terminación contractual se deriva de una falta grave cometida por éste. Así, este trabajo trae una potencial sugerencia normativa, con miras a alterar las sumas y los dispositivos previstos en el ordenamiento jurídico brasileño que perjudiquen la percepción de los fondos en destaque en la terminación contractual como consecuencia de una falta grave. La metodología adoptada para alcanzar los objetivos es bibliográfica, porque se utilizan artículos, doctrinas y demás investigaciones sobre el tema, que corroboran con la sustentación de la hipótesis, y la investigación es descriptiva y explicativa. Se constata, al final, que, considerando el entendimiento uniforme sobre el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial mayoritario ser en el sentido de no haber la percepción de los fondos en destaque en la ocurrencia de una justa causa profesional, reconoce, después de los estudios realizados, que tales deben ser consideradas como derechos adquiridos, lo que demanda las respectivas alteraciones normativas sugeridas.

Palabras clave: Dispensa por justa causa. Derecho adquirido. 13 y vacaciones proporcionadas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT4 – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

TRT6 – Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. FORMAS DE TERMINAÇÃO CONTRATUAL DE EMPREGO: ESPÉCIES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E DIREITOS DECORRENTES.....	12
2.1 Resolução do contrato de trabalho.....	13
2.2 Rescisão do contrato de trabalho.....	15
2.3 Caducidade do contrato de trabalho.....	22
3. DISTINÇÃO ENTRE DÉBITOS TRABALHISTAS E VERBAS RESCISÓRIAS.....	25
3.1 Débitos trabalhistas.....	25
3.2 Verbas rescisórias.....	30
4. DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS NA DISPENSA POR JUSTA CAUSA E DA SUGESTÃO NORMATIVA PARA RECONHECIMENTO DA AMPLIAÇÃO DO ROL DE DIREITOS ADQUIRIDOS.....	36
5. CONCLUSÃO.....	52
6. REFERÊNCIAS.....	54

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo os institutos jurídicos do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais, visando a adequar a legislação trabalhista para reconhecê-los como direito adquirido do trabalhador independentemente da modalidade de terminação da prestação de serviço, uma vez que foram adquiridas no decorrer do período laborado pelo empregado.

A justificativa para a escolha do tema é que este estudo está sendo feito na busca de modificar o ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de incorporar tais verbas como algo devido ao empregado pelo tomador, não importando a forma de extinção contratual. Este trabalho mostra-se relevante por pretender igualar as verbas supramencionadas a um direito pautado em um fato jurídico já ocorrido, possuindo caráter de direito adquirido.

A temática abordada busca de imediato prover suporte teórico a todos os interessados no assunto em apreço, como os operadores do Direito e os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem assim readequar a legislação vigente, tornando tais institutos jurídicos como perceptíveis pelo trabalhador na dispensa por justa causa, o que não ocorre atualmente, pois não são consideradas como devidas tais verbas nesta modalidade de terminação contratual, sob o título de serem verbas rescisórias e não direitos adquiridos.

Nesse contexto, questiona-se: é razoável o não pagamento da proporcionalidade das férias e da gratificação natalina quando o trabalhador é dispensado por justa causa? Em resposta a tal questionamento, caso sejam considerados direitos adquiridos, deve o ordenamento jurídico brasileiro declarar expressamente a percepção do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais em todas as formas de extinção contratual, ainda que na dispensa por justa causa.

Como objetivo geral, almeja-se analisar o ordenamento jurídico brasileiro quanto à garantia do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais na modalidade de dispensa por justa causa.

No que concerne aos objetivos específicos, o presente estudo presta-se a pesquisar as formas de extinção contratual previstas na legislação trabalhista, evidenciando a modalidade de justa causa, no sentido de demonstrar a ausência do

recebimento das verbas em destaque quando da sua ocorrência. Posteriormente, é pesquisado o conceito de direito adquirido, fazendo-se uma distinção com as verbas rescisórias previstas na legislação trabalhista. Por fim, são revisitados os créditos trabalhistas devidos quando da dispensa por justa causa, apresentando-se sugestão normativa de garantia do 13º (décimo terceiro) proporcional e das férias proporcionais nesta situação.

A metodologia empregada nesta pesquisa é a bibliográfica, pois são utilizados artigos, doutrinas e demais pesquisas acerca do tema, que corroboram com a sustentação da hipótese telhada. Além disso, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo das formas de extinção contratual, percorrendo o instituto do direito adquirido e findando com a sugestão de texto para potencial alteração normativa de garantia do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e férias proporcionais independentemente da modalidade de terminação contratual. Para tanto, a pesquisa é descritiva e explicativa.

No presente estudo, inicialmente, são vistas e analisadas as formas de extinção contratual, quais sejam resolução, rescisão e caducidade, bem como suas características, consequências, incluindo os direitos decorrentes.

No segundo capítulo, é feita a distinção entre os débitos trabalhistas e as verbas rescisórias, com vistas a considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional como direitos adquiridos.

Por fim, são sugeridos os créditos trabalhistas, que a legislação deveria garantir como devidos na modalidade de dispensa por justa causa, com a apresentação de uma sugestão normativa para tutela da ampliação do rol de direitos adquiridos, a fim de incluir os institutos jurídicos em destaque estudados, os quais são o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais, retirando-os da classificação de verbas rescisórias.

2. FORMAS DE TERMINAÇÃO CONTRATUAL DE EMPREGO: ESPÉCIES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E DIREITOS DECORRENTES

O contrato de trabalho corresponde ao acordo de vontades, tácito ou expresso, em que uma pessoa física coloca sua mão de obra à disposição de outra pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, sendo estes serviços pessoais, não eventuais, onerosos e subordinados.

Inicia-se com o estabelecimento da relação de emprego entre tomador e trabalhador, que se caracteriza pelo preenchimento de alguns requisitos, quais sejam subordinação jurídica, habitualidade, onerosidade e pessoalidade.

A subordinação jurídica corresponde à obrigação que tem o empregado de prestar serviços, sob as ordens do empregador, não se exigindo exclusivamente fiscalização presencial, de modo que a relação de emprego também se vislumbra no teletrabalho.

A habitualidade ou não eventualidade significa que a prestação de serviços pelo empregado deve ocorrer de forma repetida nas atividades permanentes do empregador, sendo do interesse de ambos tal continuidade.

Por onerosidade, entende-se que o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso, em virtude de envolver prestações e contraprestações recíprocas entre o empregado e o empregador. Assim, o tomador recebe a prestação de serviço do funcionário e, em troca, este último deve receber pagamento, isto é sua remuneração.

De igual modo entende Cassar (2012, p. 274) ao afirmar que:

Onerosidade significa vantagens recíprocas. O patrão recebe os serviços e, o empregado, o respectivo pagamento. A toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação pecuniária ou in natura. Não há contrato de emprego gratuito, isto é, efetuado apenas em virtude de fé, do altruísmo, da caridade, ideologia, reabilitação, finalidade social, sem qualquer vantagem para o trabalhador.

Por fim, a pessoalidade corresponde ao *modus operandi* para a configuração da relação de emprego da prestação de serviços, a fim de que se dê por pessoa física e que esta não possa ser substituída por outra, em razão de o trabalho somente poder ser realizado por ela.

O trabalho, portanto, deve ser não eventual, prestado *intuitu personae* por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade.

Por sua vez, é válido salientar que o contrato de trabalho, como negócio jurídico realizado entre empregado e empregador, pode sofrer modificações durante o seu curso e, certamente, chegará ao seu fim pelas mais diversas razões.

A respeito da duração de tal ajuste negocial, afirma Delgado (2009, p.1010) que “O contrato de trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre quase inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue”.

Dessa forma, o instrumento pelo qual o trabalhador estabelece com o empregador uma relação de subordinação e confiança é o contrato de trabalho, que pode ser extinto em virtude de diversos fatores. Tal variação da terminação contratual, gera efeitos jurídicos diferentes, influenciando diretamente na incidência das verbas rescisórias a serem recebidas.

A relação de emprego, portanto, pode ser extinta exemplificativamente de diferentes maneiras: pela morte do empregado; pela força maior; pelo advento a termo ou implemento de condição; pela declaração de vontade de uma das partes; pelo distrato. Dessa forma, existem 3 (três) espécies de extinção contratual, quais sejam: resolução, rescisão e caducidade, a seguir explanadas.

2.1 Resolução do contrato de trabalho

A primeira modalidade, a ser explicada, de extinção contratual é a resolução. Essa modalidade caracteriza-se por ser uma dissolução do contrato de trabalho, em razão da não execução das obrigações pelo contratante, decorrendo de uma justa causa praticada pelo empregador em prejuízo do empregado.

No entendimento de Gomes e Gottschalk (2007, p. 358): “O que caracteriza esse modo de dissolução contratual, nas legislações que seguem o sistema francês, é a necessidade de pronunciamento judicial”.

Nesse íterim, a faculdade de resolução contratual deve ser exercida por meio de ação judicial, mesmo que haja cláusula resolutiva expressa no sentido de previsão do término da relação pela inexecução das obrigações previamente pactuadas pelas partes, caracterizando-se como um poder vinculado.

Sendo assim, impende destacar que a faculdade de rescindir o contrato de trabalho é das partes, sendo cabível a atuação do órgão jurisdicional somente como solucionador da lide, visto que, ao ser provocado, dará uma resolução por meio do seu pronunciamento.

A resolução é o que a doutrina e jurisprudência dominante entendem por rescisão indireta, prevista no artigo 483 da CLT, e ocorre quando o empregador descumpre as obrigações contratuais, gerando prejuízo ao empregado e este aciona o Poder Judiciário em busca da extinção contratual decorrente da culpa do contratante.

No âmbito da legislação trabalhista, as causas previstas para a ocorrência da rescisão indireta ocorrem quando no exercício do labor: a) o empregador exigir serviços superiores às forças do empregado, como, por exemplo, quando o empregado tem que carregar peso acima do máximo permitido; b) o empregador tratar seu empregado de forma rigorosa e excessiva, a exemplo de quando o empregador ferir a dignidade do empregado, em face do tratamento; c) o empregado correr manifesto perigo de mal considerável; d) o empregador não cumprir com as obrigações pactuadas no contrato, deixando por exemplo de pagar o salário do empregado; e) o empregador, ou seus prepostos, praticar ato lesivo a honra e boa fama contra obreiro ou pessoas de sua família; f) o empregador, ou seus prepostos ofenderem o empregado de forma física, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o trabalho do empregado, por peça ou tarefa, afetando de forma direta seu salário.

Além dessas hipóteses, também é fato ensejador de rescisão indireta a situação em que o empregado tiver que realizar obrigações legais incompatíveis com a continuação do labor prestado, como, por exemplo, quando é eleito para exercer um cargo administrativo e o tempo para a sua execução coincide com o tempo de serviço.

No caso, de morte do empregador, constituído em empresa individual, é facultado ao empregado a rescisão do contrato.

Ademais, na ocorrência do não cumprimento das obrigações contratuais pelo empregador, e quando houver redução de tarefa e obra, o empregado além de requerer judicialmente a rescisão indireta, pode pleitear o pagamento das indenizações, mesmo que permaneça ou não no serviço até o fim da decisão judicial, valendo destacar que em caso de não permanência, a ação deve ser ingressada no mesmo dia, sob risco de ser considerado abandono de emprego ou outra falta grave.

O pedido da resolução do contrato de trabalho deve ter fundamentação suficiente para satisfazer o convencimento do magistrado, isto é, o empregado precisa comprovar o motivo que ensejou a rescisão indireta devidamente previsto no artigo 483 da CLT. Caso contrário, haverá a conversão de tal pedido em outro, qual seja, o de dispensa por parte do empregado se caracterizando como um pedido de demissão, o que trará consequência direta em relação às verbas a serem recebidas.

A rescisão indireta confere ao empregado o direito de receber as mesmas verbas rescisórias percebidas na dispensa sem justa causa, havendo ainda a baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, a emissão do termo de rescisão contratual, com o código de saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e do depósito dos 40% (quarenta por cento) adicionais deste, bem assim poderá ter acesso às guias do seguro-desemprego, caso preencha os requisitos legais.

Sendo assim, o empregado faz jus ao saldo de salário, férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço), 13º (décimo terceiro) salário proporcional, aviso prévio trabalhado ou indenizado, com a devida projeção contratual, liberação do FGTS com acréscimo de multa de 40% (quarenta por cento) e seguro-desemprego ou indenização correspondente.

2.2 Rescisão do contrato de trabalho

A rescisão do contrato de trabalho, também denominada de resilição é a segunda modalidade de extinção. Esta se define por ser o término dos efeitos do contrato de trabalho por ambas as partes, ou por apenas 1 (uma) delas, caracterizando-se por 1 (um) exercício lícito das partes, cessando a eficácia do contrato por mútuo consentimento ou não, independentemente da intervenção do Poder Judiciário.

A rescisão pode ser feita de forma unilateral, quando apenas 1 (uma) das partes extingue o contrato de trabalho, como, por exemplo, na dispensa sem ou com justa causa e o pedido de demissão.

Tal forma unilateral pode decorrer de declaração de vontade por parte do empregador ou do empregado. A forma que parte do empregador se denomina como despedida ou dispensa e não deveria ser imotivada, por força constitucional. Ademais, é válido demonstrar que, embora seja algo mais raro, também pode ocorrer a extinção

do contrato de trabalho por iniciativa do empregado que deseja sair da empresa, por sua vontade livre e conveniência.

A rescisão unilateral, portanto, pode acontecer por iniciativa do empregado ou por iniciativa do empregador.

Nesse sentido, quando a decisão de ter extinto o contrato de trabalho ocorre por iniciativa do empregado, tem-se o pedido de demissão. Desse modo, ocorre quando o empregado comunica que não há mais interesse ou disponibilidade para trabalhar no estabelecimento do empregador, cabendo a este último aceitar o pedido ou convencê-lo do contrário, quando possível.

Em decorrência do pedido de demissão, o empregado possui o direito de receber como verbas trabalhistas as férias proporcionais e integrais mais 1/3 (um terço), 13º (décimo terceiro) salário proporcional e o saldo do salário.

O empregado que pede demissão não recebe aviso prévio, caso não o tenha efetivamente trabalhado e não possui direito ao acesso às guias para saque do seguro-desemprego, já que este apenas é percebido quando da extinção contratual involuntária, bem assim não terá o FGTS liberado nem receberá a multa de 40% (quarenta por cento).

Ainda e não menos importante, o pedido de demissão implica a perda da proteção das garantias de emprego, ou seja, de eventual estabilidade, uma vez que se trata de um ato de vontade do empregado. Dessa forma, se, por exemplo, uma gestante, empregada estável desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, conforme artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), pede demissão, não há que se falar em garantia de emprego.

Noutro giro, quando a decisão de extinguir o contrato de trabalho é de iniciativa do empregador, a rescisão pode acontecer nas modalidades de dispensas sem justa causa ou com justa causa.

A modalidade de dispensa sem justa causa, também denominada dispensa arbitrária ou ainda dispensa desmotivada, decorre do poder potestativo e diretivo do empregador, que nas palavras de Delgado (2010, p. 615), podem ser vistos da seguinte forma:

[...] Direito potestativo define-se como a prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o

exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático.

Na dispensa sem justa causa, o empregado possui o direito de receber saldo de salário, férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço), 13º (décimo terceiro) salário proporcional, aviso prévio trabalhado ou indenizado, multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS, saque dos depósitos fundiários e seguro desemprego, ou indenização correspondente.

Ainda deve ser dada baixa na CTPS do empregado, emitido o termo de rescisão contratual, com o código de saque do FGTS e do depósito dos 40% (quarenta por cento) adicionais deste, bem como efetuada a comunicação de dispensa como as guias do seguro-desemprego.

Por outro lado, a dispensa sem justa causa não surte efeito frente a algumas garantias jurídicas em favor da manutenção do vínculo empregatício, como a estabilidade provisória. Então, no caso de o empregador querer dispensar sem a ocorrência de justa causa um empregado que ocupe cargo de dirigente sindical não será possível, uma vez que goza de garantia de emprego desde o registro da candidatura até 1 (um) ano após o término do mandato, nos termos dos artigos 8º, VIII, da CRFB/1988 e 543, § 3º, da CLT.

Nesse íterim, o desrespeito das supramencionadas garantias jurídicas pelo empregador gera a nulidade da dispensa sem justa causa, e, por conseguinte, pode o empregado pleitear judicialmente a reintegração ao emprego ou indenização correspondente, no caso de ser desaconselhável a reintegração, nos termos do artigo 496 da CLT.

Na dispensa por justa causa, que será melhor explanada adiante, o empregado comete uma falta grave prevista no artigo 482 da CLT, possuindo o direito de receber apenas o saldo do salário do seu empregador.

Lado outro, a rescisão também pode ser feita de forma bilateral, quando ambas as partes entram em acordo, pondo fim à relação de emprego, sendo exemplos o distrato e a culpa recíproca.

A esse respeito, defendem Gomes e Gottschalk (2007, p. 362) que:

A rescisão bilateral ou distrato, que é um contrato extintivo, as partes têm liberdade de regular os próprios interesses de acordo com o que lhes convém. Não está sujeita à forma especial, nem, para valer, reclama de qualquer ato judicial [...].

O distrato ocorre quando, por exemplo, o empregado está prestes a se transferir para outro domicílio, em razão de receber melhor oferta ou melhor condição de emprego, e acorda com seu empregador a extinção contratual. Dessa forma, para dissolver o contrato de emprego, que vincula empregado e empregador, ambos celebram outro contrato apenas com este fim.

Com o advento da Reforma Trabalhista, houve a regulamentação do distrato, ou seja, do comum acordo no artigo 484-A da CLT, o qual não permite acesso ao seguro-desemprego, sendo paga a metade do valor devido pelo aviso prévio, quando este for indenizado, e da multa sobre o FGTS, além do adimplemento integral das demais verbas trabalhistas, cabendo destacar que o limite para movimentação dos depósitos do FGTS é de até 80% (oitenta por cento) nesta hipótese, ficando o resto retido.

A culpa recíproca, por sua vez, se dá quando há um justo motivo para a terminação do contrato dado pelo empregador, permitindo a resolução, e pelo empregado, permitindo a dispensa por justa causa, contemporaneamente, podendo ter acordo judicial ou extrajudicial.

A esse respeito, nas palavras de Romar (2018, p. 557): “Caracteriza-se a culpa recíproca sempre que se verifique, simultaneamente, a prática de ato faltoso grave pelo empregado e pelo empregador”.

Nesse tipo de rescisão, o empregado percebe pela metade o aviso prévio, as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) e o 13º (décimo terceiro) proporcional, bem como terá o direito ao FGTS mais multa de 20% (vinte por cento) e saldo de salário, mas não faz jus ao seguro-desemprego, tendo em vista que também concorreu com a culpa.

Por sua vez, a justa causa é uma forma de rescisão que se fundamenta no poder disciplinar do empregador. Ocorre quando quem dá a causa à extinção do contrato de trabalho é o empregado. Dessa forma, esta modalidade terminativa contratual vincula-se à ocorrência de uma das causas motivadoras que estão previstas no artigo 482 da CLT.

Diante da importância do tema para este estudo, foi propositalmente deixado por último, inclusive por gerar consequências na vida profissional do empregado. Ademais, para que tal ocorra deve restar caracterizado um fato típico elencado nos dispositivos da CLT.

A dispensa por justa causa obedece a requisitos para sua aplicação, quais sejam a imediatidade, a proporcionalidade, o nexo de causalidade com a conduta, e o *non bis in idem*.

A imediatidade significa que o empregador, assim que tomar conhecimento da falta grave praticada pelo empregado, deve imediatamente aplicar a dispensa por justa causa, sob pena de se caracterizar o perdão tácito. Por exemplo, o empregador ao ver ou ao tomar conhecimento da situação em que o empregado subtrai dinheiro do caixa da empresa, o que caracteriza ato de improbidade nos termos do artigo 482,"a" da CLT, deve imediatamente dispensá-lo por justa causa. Caso contrário, não poderá o empregador aplicar a medida em momento posterior.

Nesse ínterim, afirma Cassar (2012, p. 1108-1109) que:

Logo que o empregador tome conhecimento da prática de ato faltoso deve providenciar a aplicação da penalidade. Esta exigência tem como fundamento retirar do patrão o poder de punição, pois poderia usá-lo como forma de ameaçar e deixar o trabalhador oprimido, com medo de ser, a qualquer momento, punido [...].

A proporcionalidade significa que a punição aplicada não pode ser excessiva ou exagerada. Ao contrário, deve guardar consonância com a gravidade da falta, observando-se os limites decorrentes dos princípios previstos na CRFB/1988, como o respeito à dignidade da pessoa humana.

O nexo de causalidade com a conduta significa dizer que é necessária a existência de conexão entre a atitude do empregado e a punição aplicada pelo seu empregador.

O *non bis in idem* significa a singularidade da punição, ou seja, não se admite a aplicação de mais de 1 (uma) sanção para a mesma falta. Por exemplo, o empregado que sofreu 1(uma) suspensão em razão do não uso dos uniformes não poderá ser dispensado pelo seu empregador quando voltar da punição, em razão da caracterização da aplicação de 2 (duas) penas distintas sobre a mesma falta grave.

Como visto, a justa causa ocorre mediante a ocorrência de 1 (uma) falta grave dentre as elencadas no artigo 482 da CLT, que serão analisadas individualmente a seguir.

A improbidade define-se como ato de desonestidade, que viola a lei, contrário à moral e aos bons costumes, gerando prejuízo patrimonial ao empregador ou a terceiro. Ocorre, por exemplo, quando o empregado furta algum objeto ou

patrimônio da empresa, ou quando se utiliza de atestado médico falso para abonar as faltas ocorridas.

A incontinência de conduta define-se por ser uma violação específica da moral sexual, e ocorre, a título de exemplo, quando o empregado assiste a conteúdo de cunho sexual no estabelecimento de trabalho. Já com relação ao mau procedimento, este é ato incompatível com as regras sociais e internas.

Entende-se por negociação habitual, o exercício corriqueiro de atividade concorrente, sem autorização do empregador, explorando o mesmo ramo de negócio, ou quando exerce outra atividade que, embora não concorrente, prejudique o exercício de sua função na empresa. Exemplificativamente, quando o empregado, por conta própria ou em favor de terceiros, vende produtos de marca concorrente na empresa em que labora.

Há ainda a condenação criminal do empregado, transitada em julgado, ao cumprimento de pena privativa de liberdade, quando inexistente possibilidade de suspensão da pena, independente da natureza do crime.

A desídia, por sua vez, ocorre quando o empregado é negligente no exercício de suas funções, atuando de forma descomprometida, com desatenção, a exemplo do empregado que se atrasa muito para o exercício do seu labor ou do empregado que falta reiteradamente de forma injustificada.

A embriaguez habitual é entendida como aquela que ocorre de forma repetida, de forma corriqueira fora do local de trabalho, mas que repercute negativamente na atividade do empregado. No entanto, o entendimento majoritário, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial, dá o tratamento de que a pessoa que está nessa situação, que se intitula de ébrio habitual, deve ser tratado como uma pessoa possuidora de uma patologia, que é o vício ao álcool, isto é, tratado como alcoólatra. Nesse caso, se este precisar afastar-se do trabalho por mais de 15 (quinze) dias, a partir do 16º (décimo sexto) dia não será a empresa que irá custear, mas sim o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Já a embriaguez em serviço é aquela em que o empregado, não sendo ébrio habitual, se embriaga no próprio local de trabalho, durante o expediente, sendo esta hipótese, sim, é o que pode ensejar a dispensa por justa causa.

A violação do segredo da empresa ocorre no caso de o empregado revelar para terceiros quaisquer informações sigilosas de que tenha conhecimento em razão de suas atividades. Nas palavras de Almeida (2010, p.169), a violação de segredo

“Concretiza-se quando o empregado divulga produtos exclusivos da empresa. O empregado deve ter conhecimento sobre o segredo com relação à fórmula ou ao produto”.

Outrossim, o ato de indisciplina é caracterizado pelo descumprimento de ordens gerais de serviço, emanadas em relação a todos os empregados, a exemplo do uso dos uniformes. Já a insubordinação se verifica quando do descumprimento de ordens pessoais do chefe imediato, direcionadas de forma específica ao empregado, a exemplo da não realização de uma tarefa diária ordenada pelo superior hierárquico.

O abandono de emprego define-se pela ausência do empregado por determinado espaço de tempo. A doutrina e a jurisprudência majoritárias, a exemplo do que já foi reconhecido por lei para os domésticos, entendem que tal falta grave pode ocorrer quando a ausência injustificada ultrapassa o período de 30 (trinta dias). O próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST) possui entendimento sumulado nº 32 que para o empregado que não retorna injustificadamente de 1 (um) benefício previdenciário, ao receber a aptidão para o trabalho pela junta médica do INSS, por 1 (um) prazo de 30 (trinta dias) é considerado abandono de emprego. Portanto, a ausência ao serviço deve se dar de forma injustificada e com intenção deliberada de deixar o serviço.

As ofensas físicas e o ato lesivo da honra ou da boa fama, praticado no serviço contra qualquer pessoa, também é motivo para se reconhecer 1 (uma) falta grave praticada, ou seja, deve a ofensa praticada ter ocorrido dentro do ambiente de trabalho, salvo quando for o ato realizado em legítima defesa própria ou de terceiro, o que irá afastar a ocorrência de justa causa.

O ato lesivo a honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, independentemente do local, seja ou não ambiente de trabalho, também é fato ensejador para o reconhecimento da justa causa, salvo quando o ato for realizado em caso de legítima defesa, própria ou de outrem, o que irá afastar a ocorrência de falta grave.

Da prática constante de jogos de azar, entende-se pela participação do empregado, de forma habitual e repetida, em relação à prática de atividades lúdicas em que o fator sorte prepondere ou é exclusivo no local de trabalho ou, se for fora, quando repercutir negativamente repercute negativamente no ambiente de trabalho.

Com o advento da Reforma Trabalhista, foi acrescentada às hipóteses de justa causa a perda da habilitação para o exercício da sua atividade, sendo a título

exemplificativo o caso do empregado que exerce a função de motorista e perde sua carteira de habilitação.

Nesse contexto, Romar (2018, p. 548) dispõe que se trata de: “[...] hipótese somente aplicável aos casos em que a profissão efetivamente não pode ser exercida sem a habilitação e desde que o dolo do empregado tenha sido comprovado”.

Como visto, a prática das faltas graves supramencionadas gera a perda da confiança do empregador em relação ao seu empregado, e é um dos fatores que torna inviável a continuação da relação de emprego, de maneira salutar.

A configuração da justa causa, por pressupor a culpa do empregado, afeta diretamente as verbas trabalhistas devidas, uma vez que apenas é devido o saldo de salário. No entanto, as verbas contratuais já adquiridas, isto é, cujo fato aquisitivo já tenha se consumado, como por exemplo as férias vencidas, também deveriam ser pagas, por constituírem direito adquirido, conforme será explicada mais adiante em tópico próprio.

2.3 Caducidade do contrato de trabalho

O contrato de trabalho também pode ser extinto diante da ocorrência da sua caducidade, ou seja, quando os seus efeitos jurídicos são cessados em consequência de 1 (um) acontecimento natural ou externo em relação aos contratantes, gerando a extinção do contrato independentemente da vontade das partes.

Dentre as hipóteses de caducidade estão a cessação do termo do contrato de trabalho em razão da morte do empregado ou do empregador pessoa física, por fato do príncipe e por força maior.

Em razão do caráter personalíssimo do contrato, ou seja, de a prestação ser *intuitu personae*, com o falecimento do empregado, o contrato perde seus efeitos, e torna-se extinto. O empregador, nessa situação, deverá ao espólio do empregado falecido o 13º (décimo terceiro) salário proporcional, as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço), o saldo de salário e ainda as parcelas vencidas. Além disso, os depósitos de FGTS serão liberados para os dependentes e herdeiros.

Do mesmo modo, restará extinto por caducidade o contrato de trabalho quando o empregador pessoa física falece e a atividade desempenhada pelo empregado não pode ser continuada. Nesse caso, as verbas rescisórias devidas são

as mesmas previstas para a dispensa sem justa causa, quais sejam: saldo de salário, férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço), 13º (décimo terceiro) salário proporcional, aviso prévio trabalhado ou indenizado, multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS, saque dos depósitos fundiários e seguro-desemprego, ou indenização correspondente.

Por fato do príncipe, entende-se pelo caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecendo o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável, conforme previsão do artigo 486 da CLT.

A caducidade por motivo de força maior define-se pela extinção contratual decorrente de todo acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador, desde que este não tenha culpa, de forma direta ou indireta, com o ocorrido.

Tal situação, no contrato por prazo indeterminado ou por prazo determinado com cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, ocasiona a percepção de indenização compensatória de 20% (vinte por cento) do FGTS, aviso prévio indenizado reduzido à metade, metade da remuneração das férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) e metade do 13º (décimo terceiro) salário proporcional.

Em se tratando de contrato por prazo determinado, o empregado faz jus a 25% (vinte e cinco por cento) de toda a remuneração devida até o final de seu contrato, a metade da remuneração das férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço), metade do 13º (décimo terceiro) salário proporcional, indenização de 20% (vinte por cento) sobre o FGTS e o saque do mesmo.

Existe ainda o caso do contrato de trabalho com prazo pré-determinado estipulado pelas partes, que, ao chegar ao termo final pactuado, gera a extinção por caducidade, no qual também são devidas as verbas trabalhistas da dispensa sem justa causa.

Por fim, insta salientar que a caducada Medida Provisória nº 808/2017 havia inserido na CLT dispositivos para tratar da extinção contratual do labor intermitente, segundo os quais, ressalvadas as hipóteses de justa causa cometida pelo empregado e/ou empregador, as demais situações de terminação de contrato do labor intermitente, por equiparação ao distrato, garantiam a metade do valor devido

pelo aviso prévio indenizado e a multa de 20% (vinte por cento) sobre o FGTS, além do adimplemento integral das demais verbas.

Dessa forma, com o advento da Reforma Trabalhista e da Medida Provisória nº 808/2017, observa-se, a partir dos dispositivos legais que regulamentam o distrato e que dispunham sobre a rescisão do contrato de trabalho de labor intermitente, que o legislador atual já elevou, não necessariamente de forma proposital, o 13º (décimo terceiro) salário e as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) ao status de direito adquirido, haja vista que se estipulou a percepção de tais verbas na sua integralidade; enquanto que, por exemplo, na origem da redação do artigo 501 da CLT depreende-se que o legislador originário considerava as férias proporcionais e o 13º (décimo terceiro) salário como verbas rescisórias, uma vez que na hipótese de caducidade por motivo de força maior o pagamento de tais verbas é feito pela metade.

3. DISTINÇÃO ENTRE DÉBITOS TRABALHISTAS E VERBAS RESCISÓRIAS

O término do contrato de trabalho decorre de fatos extintivos diversos, conforme foi mencionado anteriormente. Por consequência, produzem-se efeitos jurídicos variáveis, os quais se expressam pela incidência de verbas de tipo e importância distintas. Tais verbas se dividem em débitos trabalhistas e verbas rescisórias, a seguir diferenciadas.

3.1 Débitos trabalhistas

Os débitos trabalhistas se definem por serem aqueles direitos devidos ao empregado após o término da relação empregatícia e que não se encontram vinculados à forma de dissolução, ou seja, são devidos independentemente da causa rescisória, por se tratarem de um direito adquirido do trabalhador.

A título exemplificativo e presentes no entendimento do TST, é possível mencionar as verbas salariais em atraso, bem como o 13º (décimo terceiro) salário referente ao ano anterior à dispensa, os adicionais, as comissões e premiações devidas inadimplidas, o saldo de salário ou as férias vencidas sem o respectivo gozo no período concessivo e tampouco a devida remuneração adimplida com 1/3 (um terço) constitucional.

Tais verbas mencionadas definem-se por serem verbas contratuais adquiridas, na medida em que o fato social gerador para a aquisição destas já se consumou, ou seja, devem ser percebidas pelo empregado independentemente do tipo de ruptura contratual.

A esse respeito, afirma Delgado (2009, p.1061) que:

Todas estas verbas não são, do ponto de vista técnico, estritamente rescisórias: é que elas não dependem do tipo de ruptura contratual para que sejam devidas, uma vez que consistem em direito adquirido pelo obreiro ao longo do desenvolvimento do contrato [...].

Os débitos trabalhistas, como acima mencionado, correspondem a direito adquirido, sendo este derivado de *acquisitus*, do verbo latino *acquirere*, que significa adquirir, alcançar, e, nas palavras de Silva (2005, p. 434), é conceituado como: “[...] direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio,

para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes [...]”.

Para se chegar a tal conceito acima apresentado, mostra-se necessário fazer um breve contexto histórico a respeito do instituto do direito adquirido.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), do ano de 1942, no seu artigo 6º, conforme redação original, estabelecia que a lei em vigor teria 1 (um) efeito imediato e geral, porém, não atingiria, salvo por disposição em sentido contrário, as situações jurídicas definitivamente construídas e a execução do ato jurídico perfeito. Noutras palavras, tal redação demonstra que os atos jurídicos praticados eram regidos pelas leis que estivessem vigorando, durante o seu acontecimento, tendo por fundamento o princípio *tempus regit actum*, isto é, o tempo rege o ato, adotado pela teoria objetivista, a seguir explanada.

Ocorre que o dispositivo acima mencionado foi alterado pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, à luz da Constituição de 1946, na medida em que foi editada nova redação, segundo a qual a lei em vigor terá efeito imediato, respeitando-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Além disso, foram adicionados dispositivos legais que conceituam direito adquirido como aquele que o seu titular pode exercê-lo, bem como aquele que o começo do exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável. Esta nova redação já traz o aspecto da teoria subjetivista.

Após a demonstrada alteração na redação do artigo da LINDB, mostra-se importante discorrer sobre as teorias no direito intertemporal, e nesse ínterim Novelino (2010, p. 437) diz:

Dentre as diversas teorias existentes no campo do direito intertemporal, as principais são as que encaram o problema e face dos direitos subjetivos individuais (teorias subjetivas) e as que procuram resolvê-lo sob o aspecto das situações criadas pela lei (teorias objetivas) [...].

Adentrando nessas teorias, tem-se a subjetivista, que defende a aplicação da lei nova apenas aos fatos presentes e futuros, ou seja, não aos fatos pretéritos, sob o fundamento da irretroatividade, visando a preservar a segurança jurídica.

Como principal defensor da teoria subjetivista, há Carlos Francesco Gabba (1898 apud LEAL JÚNIOR; PIRES, 2008), que baseou sua doutrina na ideia de proteção aos direitos adquiridos. Para esse expoente da referida teoria, a lei nova não

pode violar direitos adquiridos, ou seja, estes direitos já são consumados, não podendo ser prejudicados por uma lei posterior, mas, no que concerne aos direitos das demais naturezas, ele defende que a lei deve ser aplicada amplamente para as relações jurídicas novas e para as consequências de relações anteriores.

Sendo assim, Gabba (1898 apud SÁ FILHO, 2016, p. 12):

[...] considera adquirido o direito que, diante de uma lei nova: a) seja consequência de um fato jurídico consumado (decorrente de conjunto de ato jurídico perfeito) ou já consumável antes da vigência da lei nova; b) tenha entrado para o patrimônio do sujeito; c) não seja uma mera expectativa abstrata [...].

Ademais, Gabba (1898 apud LEAL JÚNIOR; PIRES, 2008) aduz que os direitos adquiridos ocorrem por meio de fatos, ou seja, deve haver uma real demonstração de que a hipótese legal ocorreu em favor da pessoa, em virtude de um fato ocorrido, sob pena de não ser caracterizado como direito adquirido, mas apenas possibilidade de direito.

Desta feita, para ocorrer a proteção do direito com o surgimento de uma lei nova, é preciso que o titular deste o adquira, ou, pelo menos, esteja vivenciando determinada situação jurídica, isto é, o fato social gerador, para que seja conservado após o surgimento de nova lei e não cause a perda desse direito.

Parcela da doutrina entende que se não se iniciou o exercício do direito, não há que se falar em direito adquirido. Entretanto, a maioria da doutrina não concorda com esse entendimento, haja vista que se defende que o titular do direito não o perde em face de não ter o exercido anteriormente a revogação da lei que o concedia, ou antes do surgimento de nova lei estabelecendo uma situação contrária a lei anterior.

A esse respeito, Silva (2005, p. 434-435) afirma que:

[...] *Direito subjetivo* “é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”. Ora, essa possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face lei nova. Essa possibilidade de exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente [...].

Noutras palavras, o direito subjetivo transforma-se em direito adquirido quando a lei posterior modifica as bases normativas, sob as quais foi constituído. Sendo assim, mostra-se válido salientar que não se trata da retroatividade da lei

propriamente dita, mas sim do limite para sua aplicação, pois a lei posterior não se aplica a situações constituídas sob a égide de lei anterior.

A irretroatividade da lei é considerada um princípio geral do Direito e, por conseguinte, deve servir de fundamento para todos os ramos jurídicos. A partir de tal princípio, demonstra-se que as leis são aplicadas a casos posteriores a sua vigência, apenas podendo retroagir quando houver previsão expressa, sendo vedado em matéria de natureza penal, salvo para beneficiar o réu ou resguardar direito adquirido e situações consumadas.

Em contraponto à teoria subjetivista, surge a objetivista, que tem como principal defensor o francês Roubier (1960 apud TEIXEIRA, 2008), que tratava da aplicação imediata dos efeitos da lei nova, enfatizando a situação jurídica e repelindo a teoria dos direitos adquiridos. Ele acreditava que o conflito de leis no tempo soluciona-se com base na identificação da lei vigente no momento em que os efeitos dos fatos são produzidos.

Sendo assim, Roubier (1960 apud TEIXEIRA, 2008) defende que a lei seja retroativa para os fatos passados; já em relação aos fatos presentes sugere uma distinção entre as partes anteriores à lei nova, sendo estes retroativos e para os fatos posteriores deve ser aplicada a lei nova de forma imediata e geral; e, por fim, aos fatos futuros, não poderia haver retroatividade possível, pois a lei nova tem eficácia imediata e geral.

A LINDB adota ambas as teorias subjetivista e objetivista, a fim de tratar da incidência da lei aos fatos passados, presentes e futuros. Pelo princípio do *tempus regit actum*, a lei é imediata, isto é, a partir de sua vigência, aplica-se a todas as situações existentes. Entretanto, não deve atingir o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, com vistas a respeitar a segurança jurídica, como entendia Gabba (1898 apud LEAL JÚNIOR; PIRES, 2008).

Uma vez entendidos os conceitos e teorias acerca do direito adquirido, resta aplicá-los ao Direito do Trabalho. Nesse ínterim, segundo Resende (2012, p. 48):

A aplicação do Direito do Trabalho no tempo segue a regra geral do direito comum, isto é, aplica-se a lei nova de forma imediata e não retroativa, o que significa que a lei nova tem efeitos imediatos, mas não atinge o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Isso significa que o Direito do Trabalho adota a teoria subjetivista, que, como visto, tem por principal expoente Gabba (1898 apud LEAL JÚNIOR; PIRES, 2008).

Portanto, depreende-se que a teoria subjetivista deve ser aplicada aos institutos jurídicos do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais. Isso porque o fato social gerador para a aquisição de tais créditos já foi consumado, não havendo motivo para que alguma lei retroaja e alcance este fato, uma vez que se configura como um direito adquirido.

Contudo, o TST e a doutrina majoritária entendem que essas 2 (duas) verbas não são consideradas como débitos trabalhistas e, por conseguinte, não entendidas como direitos adquiridos, mas sim verbas rescisórias, pois só irão ser percebidas pelo empregado a depender da modalidade de dispensa, inclusive não sendo devida na dispensa por justa causa.

Nesse ínterim, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), no julgamento do Recurso Ordinário (RO) nº 0000656-48.2014.5.04.0383, em 31 de março de 2016, sob a relatoria do Desembargador Wilson Carvalho Dias, posicionou-se no sentido de não percepção do 13º (décimo terceiro) salário na dispensa por justa causa, conforme ementa abaixo colacionada:

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL. O art. 7º do Decreto 57.155/65, que regulamenta a Lei 4.090/62, foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo expresso ao excluir o direito à gratificação natalina no caso de despedida por justa causa. No caso, tendo sido confirmada a despedida da reclamante por justa causa, é indevido o pagamento da gratificação natalina proporcional. Recurso da reclamada provido no aspecto (BRASIL, 2016).

Do mesmo modo, a 4ª Turma do TST, no julgamento do Recurso de Revista (RR) nº 0020233-96.2013.5.04.0334, em 10 de junho de 2015, sob a relatoria da Ministra Maria Assis Calsing, bem como a 2ª Turma no julgamento do RR nº 0000027-88.2012.5.04.0401, em 06 de novembro de 2013, sob relatoria do Ministro José Roberto Pimenta, entenderam que o 13º (décimo terceiro) proporcional e as férias proporcionais não são devidos na modalidade de dispensa por justa causa, conforme se verifica nas respectivas ementas:

RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. JUSTA CAUSA. VERBAS RESCISÓRIAS. FÉRIAS PROPORCIONAIS. 13º SALÁRIO PROPORCIONAL. Mantida a demissão do

empregado por justa causa, as férias proporcionais, acrescidas de 1/3, não são devidas nessa hipótese. Esse é o entendimento firmado na Súmula n.º 171 desta Corte. No que concerne ao 13º salário proporcional, o art. 3º da Lei n.º 4090/62 disciplina que o pagamento dessa verba somente é devido quando a dispensa do empregado ocorre sem justa causa. Recurso de Revista conhecido e provido (BRASIL, 2015).

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO 13º SALÁRIO PROPORCIONAL E FÉRIAS PROPORCIONAIS. O Tribunal de origem, em que pese tenha mantido a decisão de primeiro grau na parte em que corroborou a justa causa aplicada pela ré á reclamante, em razão de sua desídia, também manteve o seu entendimento de que autora, mesmo assim, faz jus ao décimo terceiro salário proporcional e às férias proporcionais. Contudo, o artigo 3º da Lei n.º 4.090/62 estabelece o pagamento do décimo terceiro salário quando ocorrida a rescisão sem justa causa do contrato de trabalho; o artigo 7º do Decreto n.º 57.155/65, que regulamentou a matéria, por sua vez, excluiu expressamente o direito à essa parcela na hipótese de rescisão com justa causa; e o artigo 146, parágrafo único, da CLT e também expresse ao prever o pagamento das férias proporcionais, desde que o contrato de trabalho não tenha sido rescindido por justa causa. Essas disposições legais foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, que apenas estabelece as regras gerais sobre o direito a essas parcelas, mas não garantem por si só o pagamento proporcional na hipótese de dispensa por justa causa. Portanto, as férias e a gratificação natalina, relativas ao período incompleto, não são devidas se a dispensa ocorre por justa causa, nos termos do artigo 3º da Lei n.º 4.090/62, 7º do Decreto n.º 57.155/65 e 146, parágrafo único, da CLT e da Súmula 171 do TST. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2013).

Nesse passo, embora não seja o momento próprio para tratar do assunto, verifica-se que os entendimentos firmados nos precedentes judiciais supracitados são no sentido de considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais como verbas rescisórias, uma vez que só irão ser percebidas pelo empregado a depender da modalidade de dispensa, ou seja, não sendo devidas na dispensa por justa causa.

3.2 Verbas rescisórias

As verbas rescisórias definem-se por direitos decorrentes de causas específicas previstas em lei, como por exemplo, a multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS, em regra geral, ou 20% (vinte por cento) nos casos de culpa recíproca, distrato ou força maior; o aviso prévio indenizado; o 13º (décimo terceiro) salário proporcional; as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional; indenização adicional; ou indenização reparatória do art. 4º, II, da Lei n.º 9.029/1995, na dispensa discriminatória.

Antes de discorrer acerca das verbas rescisórias propriamente ditas, impende destacar a distinção entre as verbas verdadeiramente rescisórias e as verbas que devem ser pagas no momento da rescisão contratual.

Sendo assim, as verbas verdadeiramente rescisórias são aquelas que passam a existir no ato da rescisão, ou seja, surgem com o término do contrato de trabalho. Já no que concerne às verbas pagas na rescisão, estas podem englobar tanto as próprias verbas rescisórias, tratadas anteriormente, bem assim os débitos trabalhistas.

Após tal distinção, e adentrando nas verbas acima mencionadas, tem-se a multa do FGTS, que, nas palavras de Cairo Júnior (2011, p. 683), é devida, em regra:

Quando é do empregador a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho sem opor qualquer motivo, fenômeno também denominado de despedida sem justa causa (resilição unilateral), deverá arcar com o pagamento de uma quantia equivalente a 40% do saldo existente na conta vinculada do seu empregado.

Ademais, como dito, essa multa supracitada corresponde a 20% (vinte por cento), nas situações de culpa recíproca, distrato ou força maior, em virtude de previsão legislativa no sentido de fracionamento pela metade.

No que concerne à indenização reparatória, a Lei nº 9.029/1995 (Lei anti-práticas discriminatórias no âmbito trabalhista) tem como objetivo minimizar a cessação dos contratos de trabalho por motivos de natureza discriminatória.

A título exemplificativo de dispensa desta natureza, têm-se as dispensas de empregados com doenças graves, inclusive em relação àquelas que causem estigma ou preconceito, como é o caso do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Para evitar e regularizar tais práticas, o artigo 4º da referida lei assim dispõe:

Artigo 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

- I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais;
- II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Diante do dispositivo supramencionado, percebe-se que a leitura do inciso I deve ser no sentido de que pode haver a reintegração, ao invés da readmissão

(expressão utilizada pelo legislador na origem da norma), já que nesta se desconsidera tudo que houve antes do afastamento, iniciando a contar o tempo de serviço quando do retorno ao trabalho, ao contrário do que ocorre naquela, pois se aplica o princípio da unicidade contratual, unindo o que aconteceu antes do afastamento com o que for vir após o retorno do obreiro, fato este corrigido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

O TST entende, de forma presumida, haver dispensa discriminatória quando o empregado possuir doença grave geradora de estigma ou preconceito, conforme determinação prevista no Enunciado nº 443 (Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração), o qual dispõe que: “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

Do entendimento sumulado, extrai-se que, quando comprovada a dispensa do empregado por tal motivo, há direito à reintegração ao emprego, em face da vedação à dispensa discriminatória.

Já sobre a indenização adicional, esta é devida nos casos de dispensa sem justa causa ou de resolução contratual quando decorrente de falta grave cometida pelo empregador. A Lei nº 7.238/1984 dispõe sobre a manutenção da correção automática semestral dos salários, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), e no seu art. 9º prevê que:

Art. 9º. O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Dessa forma, segundo Sá Filho (2018, p. 12) a título exemplificativo é possível citar: “[...] o professor dispensado no mês de março possui direito a tal indenização, porquanto a data-base de correção salarial é o mês de abril de cada ano”.

A respeito do aviso prévio, este corresponde à comunicação feita por 1 (um) dos contratantes com o intuito de pôr fim ao vínculo empregatício, desde que, em regra, não seja por prazo determinado, fixado pelas partes da relação contratual. Contudo, o direito do empregado de recebê-lo é irrenunciável, quando a iniciativa da

cessação for do empregador, conforme entendimento do TST, desde que não tenha se engajado em novo emprego.

Ademais, impende destacar que, quando o trabalhador almejar pôr fim à atividade voluntariamente laborada, também deve conceder o aviso prévio, mas tal concessão pode ser renunciada pelo empregador.

Outrossim, segundo Nascimento (2009, p. 987-988), o aviso prévio pode ser compreendido como:

[...] o ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo.

Assim, o aviso prévio pode ser trabalhado ou indenizado, a fim de que a parte pré-avisada possa procurar outro trabalhador, se for o empregador, ou emprego, se for trabalhador.

O prazo do aviso prévio corresponde a 30 (trinta) dias de antecedência para a parte notificar a outra da sua intenção de rescindir o contrato de trabalho, conforme os artigos 7º, inciso XXI, da CRFB/1988 e 487 da CLT, *in verbis*:

Artigo 7º. São direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXI: aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

[...].

Artigo 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

[...]

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

[...].

Por fim, cabe salientar que, quando o empregado pede demissão e no período de cumprimento do aviso prévio comete falta grave, dar-se-á ensejo à transformação do pedido de demissão em rescisão do contrato por justa causa e, por conseguinte, aquele perderá o direito ao recebimento do 13º (décimo terceiro) salário

proporcional e das férias proporcionais com 1/3 (um terço) constitucional, o que não seria concebível, posto que devem ser vistos como direito adquirido do trabalhador.

As férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional definem-se, nas palavras de Nascimento (2009, p.1175), pelo “[...] pagamento na cessação do contrato de trabalho, pelo período aquisitivo não completado, em decorrência da rescisão [...]”.

O direito ao recebimento de tal verba é considerado como amplo, uma vez que o empregado terá direito à percepção desta, exceto quando for dispensado por justa causa. Isso porque, conforme o entendimento do TST, em caso de cometimento de uma justa causa, que deu azo à extinção do contrato, o empregador não é obrigado a pagar as férias proporcionais.

Além do mais, o valor a ser pago é proporcional, pois corresponde a 1/12 (um doze avos) por mês do período aquisitivo, sendo este referente ao tempo laborado para a obtenção das férias. Vale destacar ainda que, caso a fração seja igual ou superior a 15 (quinze) dias, é arredondada para mais 1/12 (um doze avos), e a igual ou menor é excluída.

Por sua vez, o 13º (décimo terceiro) salário proporcional, também denominado de gratificação natalina, possui previsão expressa no artigo 7º, inciso VIII, da CRFB/1988, devendo ser pago com base na remuneração integral ou no valor correspondente à aposentadoria.

Outrossim, a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, em seus artigos, estabelece que tal verba deve ser percebida pelo empregado no mês de dezembro de cada ano, e tal gratificação corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente e a fração superior ou igual a 15 (quinze) dias será percebida como mês integral.

Nesse ínterim e a respeito de tal verba, nas palavras de Garcia (2011, p. 190), pode ser dito ainda que:

O décimo terceiro salário é devido de forma proporcional: na extinção dos contratos a prazo, incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja terminada antes de dezembro; na cessação da relação de emprego resultante de aposentadoria, mesmo que antes de dezembro [...].

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que tal verba na modalidade proporcional é devida em várias formas de extinção contratual, exceto na dispensa

por justa causa, o que não deveria acontecer, uma vez que o fato social gerador para a percepção desta é o tempo laborado pelo empregado, de modo a ser considerada como direito adquirido do trabalhador, perceptível em qualquer forma de extinção contratual, inclusive na dispensa por justa causa

Após discorrer sobre as verbas rescisórias, é importante salientar que o entendimento do TST é no sentido de que as verbas do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional não são percebidas na modalidade de dispensa por falta grave, perdendo tais verbas o caráter rescisório nesta referida modalidade.

Sendo assim, conforme será tratado de forma mais especificada adiante, o ordenamento jurídico vigente deveria englobar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais acrescidas do 1/3 (um terço) constitucional como direitos adquiridos do trabalhador, ampliando o rol de débitos trabalhistas, para não mais considerá-las como verbas rescisórias.

4. DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS NA DISPENSA POR JUSTA CAUSA E DA SUGESTÃO NORMATIVA PARA RECONHECIMENTO DA AMPLIAÇÃO DO ROL DE DIREITOS ADQUIRIDOS

Uma vez apresentadas as formas de extinção contratual e os direitos decorrentes, bem como feita a devida distinção entre débitos trabalhistas e verbas rescisórias, é necessária a análise dos créditos trabalhistas devidos na dispensa por justa causa e propor um novo texto legislativo, com vistas a considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais como direitos adquiridos do trabalhador, para que sejam devidos inclusive na dispensa por justa causa, ampliando-se, dessa forma, o rol de direito adquiridos.

Para tanto, mostra-se válido rememorar os débitos trabalhistas já reconhecidos como direito adquirido pela legislação trabalhista e pelo entendimento majoritário da jurisprudência, quais sejam: 13º (décimo terceiro) salário referente a ano integralmente prestado, os adicionais, as comissões e premiações devidas inadimplidas, o saldo de salário ou as férias vencidas sem o respectivo gozo no período concessivo e tampouco a devida remuneração adimplida com 1/3 (um terço) constitucional. Para tanto, cabe, neste momento, conceituá-los e demonstrar o fato social gerador para aquisição deles.

O 13º (décimo terceiro) salário referente a ano integralmente prestado, ou seja, vencido, é uma gratificação recebida anualmente pelo trabalhador até o mês de dezembro, constituída de 1/12 (um doze avos) da remuneração por mês de serviço do ano correspondente. O fato social gerador desse débito, em regra, é ter o ano integralmente laborado, sendo perceptível em qualquer modalidade de dispensa, uma vez que se trata de gratificação vencida adquirida em face do tempo de trabalho do empregado.

Os adicionais são acréscimos inseridos no pagamento do labor do empregado em razão de diversos acontecimentos. São exemplos de adicionais o de horas extras, de labor noturno, de insalubridade, de periculosidade e de transferência. Dessa forma, o fato social gerador que enseja a percepção dos adicionais pelo trabalhador é a ocorrência de determinadas situações, que serão melhor explicadas a seguir.

O adicional de hora extra é devido quando o empregado labora além da jornada comum de trabalho, para o qual foi contratado. Assim, o empregado, em regra,

deverá receber as horas extras quando ultrapassar a jornada ordinária diária de 8 (oito) horas e semanal de 44 (quarenta e quatro) horas, prevista no artigo 7º, inciso VIII, da CRFB/1988. Vale ressaltar que existem empregados excluídos do controle de jornada, conforme prevê o artigo 62 da CLT, quais sejam: os que exercem trabalho externo, ocupam cargo de gestão ou que realizam teletrabalho.

O labor prestado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia até as 5 (cinco horas) horas do dia seguinte gera o direito ao adicional noturno não inferior a, por exemplo, 20% (vinte por cento), no caso de trabalhador urbano, e de 25% (vinte e cinco por cento), no caso de trabalhador rural. Nesse contexto, Manus (2014, p. 143) esclarece que “O adicional noturno constitui-se em adicional de remuneração, no sentido até aqui exposto, pois visa compensar o desgaste maior do empregado que presta serviço no período normalmente destinado ao repouso”.

O adicional de insalubridade, ademais, é devido ao trabalhador que, no curso do labor, vai minando, degradando a saúde ao longo do tempo, em razão das circunstâncias do trabalho. Há insalubridade quando, por exemplo, há a exposição a ruídos e produtos químicos.

Por sua vez, o adicional de periculosidade é devido quando o ambiente de trabalho expõe o trabalhador a iminentes riscos de vida, como, por exemplo, a exposição a explosivos e eletricidade.

Por fim, no que concerne aos adicionais, tem-se ainda o de transferência, que decorre da real necessidade de serviço, e neste caso poderá o trabalhador ser transferido para local diverso do constante no contrato de trabalho pactuado pelas partes, acarretando mudança de domicílio. Se a transferência for provisória, o empregador arcará com o pagamento do ônus de 25% (vinte e cinco por cento) do salário que será recebido pelo tempo que durar tal situação. Entretanto, tratando-se de transferência definitiva, o empregador proverá apenas com as despesas da mudança, mas não há que se falar em adicional neste caso.

As comissões devidas e inadimplidas são consideradas débitos trabalhistas, que consistem em retribuições financeiras que o empregado recebe com base na sua produtividade. Costuma ser uma forma de estímulo para o empregado, muito comum no âmbito do comércio. Decorre, pois, do trabalho desempenhado pelo empregado, devendo ser percebidas, inclusive quando já tiver ocorrido qualquer modalidade de dispensa, uma vez que automaticamente incorporadas ao patrimônio do empregado, ao haver o respectivo atingimento de metas.

Nessa mesma linha, Romar (2018, p. 412), afirma que:

A comissão constitui modalidade de contraprestação variável, condicionada ao serviço realizado ou à produção alcançada pelo trabalhador. Trata-se de modalidade de *salário por unidade de obra*, constituindo verba calculada levando-se em conta o montante produzido pelo trabalhador.

Nesse ínterim, vale salientar a possibilidade de existir uma remuneração exclusivamente à base de comissões, devendo, no entanto, ser assegurado o salário mínimo ou o piso da categoria. Os empregados que percebem as comissões dessa maneira são chamados de comissionistas puro.

No tocante aos prêmios, estes, anteriormente, quando pagos de forma habitual pelo empregador, possuíam natureza salarial, o que não ocorre mais após a Reforma Trabalhista. Os prêmios são definidos por Garcia (2018, p. 485) como aqueles: "[...] normalmente pagos em razão do preenchimento de certas condições específicas, previamente fixadas, como alcançar determinada meta, ou não se verificarem faltas e atrasos injustificados (prêmio assiduidade)".

Esse débito trabalhista não integra a remuneração do empregado e nem constitui base de incidência de qualquer encargo do âmbito trabalhista e previdenciário, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Noutras palavras, os prêmios são concedidos de acordo com as liberalidades do empregador, e têm como fato social gerador a ocorrência das condições previamente acordadas entre as partes, não podendo ser prejudicado por qualquer forma de extinção contratual.

As férias vencidas acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional tem como razão de ser a prestação de serviço pelo trabalhador pelo período de 12 (doze) meses. Por ocasião da rescisão do contrato, tendo o empregado ultrapassado o período aquisitivo e não gozado férias a que fazia jus, terá direito a ser indenizado pelo valor da remuneração percebida na ocasião, independentemente da modalidade de extinção do contrato de trabalho. Dessa forma, constituem direito adquirido do empregado, nos termos do artigo 146, *caput*, da CLT, tendo o empregado direito a receber o equivalente ao valor de 1 (um) salário acrescido de 1/3 (um terço) constitucional.

Por fim, o saldo de salário corresponde à remuneração relativa ao número de dias em que o empregado efetivamente trabalhou no mês da extinção do contrato

de trabalho. Tem como fato social gerador o tempo de prestação de serviço pelo trabalhador, constituindo direito adquirido.

Pelo exposto, verifica-se que o fato social gerador dos débitos trabalhistas acima explanados relaciona-se com a prestação de serviços pelo empregado. Do mesmo modo ocorre com o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional, uma vez que o fato social gerador de tais créditos trabalhistas é o tempo laborado pelo empregado, isto é, um ato jurídico perfeito.

Destarte, os argumentos para não considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais não subsistem, visto que o fato social gerador é o mesmo dos débitos trabalhistas, não havendo fundamentos plausíveis para considerar apenas como direitos adquiridos esses créditos quando completado integralmente o respectivo período aquisitivo.

Nesse sentido, faz-se necessária uma alteração de texto para potencial sugestão normativa com o intuito de ampliar o rol de direitos adquiridos dos débitos acima mencionados, para ser dado pela legislação trabalhista um tratamento diverso do atual. A intenção seria a de considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais como débitos trabalhistas. Tal proposta encontra alicerce em diversos argumentos a seguir explanados.

Conforme visto anteriormente, o legislador originário considerava o 13º (décimo terceiro) proporcional e as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) como verbas rescisórias e não como débitos trabalhistas, tendo em vista que tanto na culpa recíproca quanto na caducidade, em decorrência de força maior, o pagamento de tais verbas é reduzido pela metade.

O entendimento atual do legislador reformador, ostentado em disposição específica da legislação trabalhista, que trata do distrato, nova modalidade de extinção contratual, elevou, não necessariamente de forma proposital, o 13º (décimo terceiro) proporcional e as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) ao status de débito trabalhista, uma vez que estipulou o recebimento de tais verbas de forma integral, conforme se depreende do artigo 484-A da CLT abaixo colacionado:

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;
 II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.
 [...].

De igual modo, quanto ao artigo 452-E relativo labor intermitente (incluído na CLT pela Medida Provisória nº 808, de 2017, em vigor de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018), depreende-se que o entendimento do legislador reformador foi no sentido de que, nos casos de culpa recíproca e força maior, as verbas em estudo seriam percebidas de forma integral, porquanto não houve ressalva a tais situações nos moldes dos artigos 484 e 502,II, da CLT, não sendo pagos somente nos casos de dispensa por justa causa e de rescisão indireta. Dessa forma, verifica-se a elevação do 13º (décimo terceiro) salário e das férias proporcionais ao status de direito adquirido, devendo ser percebidos na sua integralidade, conforme se extrai da leitura do dispositivo mencionado:

Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)
 I - pela metade: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)
 a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)
 b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017) (Vigência encerrada)
 II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)
 [...].

Dessa forma, da análise dos incisos II do artigo 484-A e 452-E da CLT, percebe-se que a tendência é a elevação de tais verbas ao status de direito adquirido, devendo ser percebidas em todas as modalidades de término da relação contratual, inclusive, como aqui é defendido, ou seja, na dispensa por justa causa.

Com o intuito de ampliar o rol de direitos adquiridos, a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pode ser útil para reforçar serem as férias proporcionais direitos pautados em ato jurídico perfeito, devendo ser visto como já incorporado ao patrimônio do empregado, conforme a teoria de Gabba (1898 apud LEAL JÚNIOR; PIRES, 2008), não podendo ser prejudicado por lei nova.

Ademais, cumpre esclarecer que, a Convenção nº 132 da OIT foi concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. Por meio do Decreto Legislativo nº 47, de 23 de setembro de 1981, a referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, em atenção ao disposto no artigo 49, I, da CRFB/1988. O Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da referida Convenção em 23 de setembro de 1998, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 23 de setembro de 1999.

Essa Convenção diz respeito às férias anuais remuneradas, fixando os limites mínimos que os Estados convenientes deverão observar em sua legislação trabalhista.

Considerando o foco deste estudo, deve-se analisar o tratamento dado pela Convenção às férias proporcionais, e com o objetivo de que este referido tratamento também seja garantido ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional na legislação trabalhista, o que atualmente é vedado pelos artigos 1º, §§ 1º e 2º, e artigo 3º da Lei nº 4.090/1962, conforme transcrição a seguir (propositalmente na ordem invertida):

Art. 3º - Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

[...].

Por sua vez, o artigo 11 da referida Convenção dispõe que:

Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

Acerca do entendimento sufragado na referida Convenção, Medeiros (2016, p. 4) percebe que:

[...] a Convenção não faz qualquer limitação ao direito do empregado às férias proporcionais, no caso de ocorrer a terminação do contrato de trabalho no

curso do período aquisitivo. Não se exclui do gozo deste direito o empregado dispensado em decorrência da prática de falta grave. Há, portanto, claro conflito entre o disposto na norma internacional e na CLT, uma vez que esta, no já referido parágrafo único do art. 146, estabelece que o empregado despedido por justa causa perde o direito à indenização das férias proporcionais.

Verifica-se, portanto, que a própria OIT já reconhece a proporcionalidade das férias como direito adquirido, haja vista que implicitamente estabelece que as férias proporcionais devem ser recebidas independentemente da modalidade de dispensa. Não é lícito ao intérprete fazer distinção onde o legislador não o fez, de modo que a jurisprudência pátria deveria reconhecer o direito à percepção das férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional em todas as modalidades de extinção contratual.

Outrossim, vale também ressaltar que o entendimento no tocante às férias proporcionais deveria se estender ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional, uma vez o fato social gerador de ambas as verbas ser o mesmo: o período laborado pelo empregado.

Parte da jurisprudência trabalhista entende pela aplicação do que estabelece a OIT, a exemplo do trecho da decisão proferida pela Relatora Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo, pertencente à Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6), no julgamento do RO nº 0000619-69.2012.5.06.0016, em 11 de novembro de 2014, abaixo colacionado:

Com a promulgação do Decreto nº 3.197, de 05 de outubro de 1999, entrou em vigor no Brasil a Convenção nº 132 da OIT, que trata do tema alusivo às férias, instituto de extrema relevância para o Direito do Trabalho, vez que tem por escopo a garantia da integridade física e mental do trabalhador. Trata-se de direito que, oriundo do Direito Internacional do Trabalho, ingressou em nosso sistema jurídico e, presentemente, tem assento na Constituição da República.

Com efeito, a Convenção nº 132 da OIT contém normas mais favoráveis ao trabalhador, se comparadas a outras normas pátrias que regem o Direito do Trabalho. Nesse sentido, vejamos o que dispõem os artigos 4º, 5º e 11 da aludida norma internacional:

Artigo 4

1. - Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo terceiro acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.

[...]

Artigo 5

1. - Um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais.
2. - Cabe à autoridade competente e ao órgão apropriado do país interessado fixar a duração mínima de tal período de serviço, que não poderá em caso algum ultrapassar 6 (seis) meses.
3. - O modo de calcular o período de serviço para determinar o direito a férias será fixado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país

Artigo 11

Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.
[...] (BRASIL, 2014).

Sobre o trecho da decisão acima, Medeiros (2016, p. 9) explica que:

Interpretando-se esses dispositivos, vigentes no território nacional, outro não deve ser o raciocínio senão o de que todo e qualquer trabalhador faz jus à percepção das férias proporcionais, independentemente da forma de terminação do contrato de trabalho, desde que cumprido o período mínimo de 6 (seis) meses de trabalho. Assim, por força do Princípio da Proteção ao Trabalhador, do qual decorre o da Aplicação da Norma mais Favorável, considera-se que o disposto no art. 11 da Convenção nº 132 da OIT se sobrepõe aos artigos 146, parágrafo único, e 147 da CLT, que restringem aos empregados dispensados com justa causa o direito à percepção das férias proporcionais, além de tornar prejudicado o entendimento da Súmula nº 171 do TST, o qual converge com as normas celetistas.

Contudo, o TST não entende pela aplicação do que determina a Convenção 132 da OIT. É o que se depreende do julgamento do RR nº TST-214-43.2015.5.04.0611, em 6 de junho de 2018, de relatoria do Ministro João Batista Brito Pereira, conforme ementa abaixo transcrita:

RECURSO DE REVISTA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. Nos termos da exceção prevista na Súmula 171 do TST e do art. 146, parágrafo único, da CLT, o empregado demitido por justa não tem direito às férias proporcionais [...] (BRASIL, 2018).

O referido Ministro relator decidiu que na hipótese de extinção contratual na modalidade de dispensa por justa causa o empregado não tem direito às férias proporcionais, por entender que:

[...] não se aplica a Convenção 132 da OIT à presente hipótese, na medida em que a referida norma não retrata expressamente o cabimento das férias proporcionais no caso de dispensa por justa causa. Desse modo, se entende que o preceito contido no art. 146, parágrafo único, da CLT, dado seu caráter especial, continua plenamente vigente [...].

Esse argumento de aplicação da CLT, em detrimento da Convenção da OIT diante do conflito aparente de normas, revela-se insubsistente, uma vez que contraria os princípios da cronologia, da hierarquia e da norma mais favorável.

O critério cronológico de resolução de conflitos tem por fundamento o artigo 2º, § 1º, da LINDB que estabelece que a norma posterior revoga a norma anterior. Nesse contexto, a CLT foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e seu artigo 146 atualmente possui a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 13 de maio de 1977. A Convenção nº 132 da OIT, como visto, foi aprovada pelo Congresso Nacional e ratificada pelo Brasil, passando a vigorar em 23 de setembro de 1999.

Dessa forma, verifica-se que, diante do conflito de normas em questão, a Convenção nº 132 da OIT é a norma posterior capaz de revogar o que estabelece a CLT no tocante às férias proporcionais, porquanto regulam a mesma matéria.

O princípio da hierarquia, o mais relevante critério solucionador de antinomias, estabelece que a norma jurídica inferior não pode contrariar uma superior, de modo que esta prevalece sobre aquela.

Acerca do status ocupado pela Convenção nº 132 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), tal foi incorporada antes da inclusão do § 3º ao artigo 5º da CRFB/1988, que estabelece que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e, desta forma, deve ser qualificada como norma de hierarquia supralegal e infraconstitucional. A CLT, por sua vez, tem status de lei ordinária.

Consequentemente, a Convenção nº 132 da OIT ocupa posição hierarquicamente superior à CLT, devendo aquela ser respeitada diante da antinomia sob análise.

De acordo com o princípio da norma mais favorável quando houver 2 (duas) normas possíveis de serem aplicadas, deve prevalecer a que trazer mais vantagem ao empregado. No contexto de confronto entre regras concorrentes, esse princípio

atua como orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas, permitindo “[...] eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador [...]” (DELGADO, 2010, p. 185).

Como visto, o artigo 146, parágrafo único, da CLT exclui o direito às férias proporcionais do trabalhador dispensado em virtude de falta grave, enquanto que a Convenção nº 132 da OIT garante a todos os empregados, sem exceção e independentemente da modalidade de extinção contratual, o referido direito. Assim, resta claro que o estabelecido pela OIT é mais favorável ao trabalhador e, por este motivo, “[...] não haveria motivo justificador de o Brasil ratificar e internalizar a Convenção nº 132 da OIT se justamente as poucas normas mais favoráveis contidas neste diploma não fossem aplicadas às relações de trabalho [...]” (MEDEIROS, 2016, p. 10).

Ademais, a decisão do TST ainda argumenta no sentido de que a Convenção da OIT é genérica. No entanto, o artigo 11 da referida norma internacional não excetuou qualquer hipótese de terminação do contrato para fins de garantia do direito do empregado às férias proporcionais e, neste ínterim, não é lícito ao intérprete fazer distinção onde o legislador não o fez.

Depreende-se, portanto, que a decisão supramencionada do TST conflita com princípios norteadores do Direito, sendo incompatível com os regramentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, pelo que deve ser assegurado o direito às férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional, conforme estabelecido pela Convenção nº 132 da OIT, o que igualmente deveria ser garantido em face do 13º (décimo terceiro) proporcional.

Após explanar o entendimento jurisprudencial por meio das decisões colacionadas e demonstrar a violação da decisão do TST aos princípios da cronologia, hierarquia e da norma mais favorável, faz-se necessário propor um novo texto legislativo, alterando os artigos previstos na CLT e as súmulas que versem sobre as verbas em estudo, com vistas a considerar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e/ou as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional como direitos adquiridos do trabalhador, reformando o entendimento atual, que exclui a percepção destas na ocorrência de uma falta grave do empregado. Para tanto, serão analisadas abaixo as redações atuais de artigos legais e súmulas jurisprudenciais, bem como as disposições propostas.

Ab initio, o artigo 146 da CLT possui a seguinte redação, abaixo transcrita:

Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

Tal dispositivo, para preconizar a percepção das férias em qualquer modalidade de dispensa, precisa ter suprimida a expressão "desde que não haja sido demitido por justa causa" do texto do parágrafo único, permanecendo o *caput* inalterado, conforme redação sugerida abaixo:

Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

Do mesmo modo, tal entendimento deve se estender ao artigo 147 da CLT, no que diz respeito às férias proporcionais, objeto de estudo da presente pesquisa juntamente com o 13º (décimo terceiro) salário proporcional. A redação original é:

Art. 147 - O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.

Esse dispositivo, para preconizar a percepção das férias na modalidade de dispensa por justa causa, precisa ter suprimida a expressão "sem justa causa" e acrescida expressão explícita do que se excluía antes, do texto do *caput*, conforme redação sugerida abaixo:

Art. 147 - O empregado que for despedido, inclusive por justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.

Ainda sobre férias proporcionais, a Súmula nº 171 do TST dispõe que “Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses”, excluindo a percepção desta verba na modalidade de dispensa por justa causa.

Para fins de uma sugestão normativa adequada ao que se presta a pesquisa, deve ser modificada a frase “salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa”, de maneira que a redação sugerida ficaria com os seguintes termos: “A extinção do contrato de trabalho, inclusive na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses”.

Já na hipótese de força maior, antes de adentrar na análise do dispositivo, mostra-se válido rememorar que tal situação se refere a um evento inevitável, caracterizado por ser imprevisível, sendo adotada a teoria da inevitabilidade do acontecimento. A título exemplificativo, podem ser mencionados os desastres naturais e catástrofes, como terremotos e tempestades, que causam prejuízos imprevisíveis.

Insta salientar ainda que uma eventual falência da empresa não configura força maior, uma vez que cabe ao empregador assumir os respectivos riscos da atividade econômica exercida.

A respeito dos direitos decorrentes de tal hipótese, GARCIA (2018, p. 756) afirma que:

No Direito do Trabalho, em razão das peculiaridades da relação jurídica regulada, a força maior não elimina, por completo, o dever de quitação dos direitos decorrentes da cessação contratual. Ocorre apenas uma redução do montante devido ao empregado.

Assim, verifica-se que há uma redução dos direitos a serem percebidos pelo empregado, na ocorrência da força maior, conforme previsão do artigo 502, II da CLT, abaixo transcrito:

Art. 502 - Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:
[...]
II - não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;
[...].

No sistema atual, a Lei nº 8.036/1990 estabelece a percepção da indenização compensatória de 20% (vinte por cento), calculada sobre os depósitos na conta vinculada do FGTS, na cessação do contrato por razão de força maior. Acerca disso, dispõe de forma específica o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.036/1990, colacionado abaixo:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

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

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

[...].

Sendo assim, observa-se que, na ocorrência de força maior, o empregado recebe as seguintes verbas: saldo de salário, férias e décimo terceiro salário vencidos integrais, férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) e décimo terceiro salário proporcional, ambos pela metade, indenização compensatória no percentual de 20% (vinte por cento) do FGTS, além dos saques referentes aos depósitos deste.

Por sua vez, quanto ao artigo 502, II, da CLT, que trata da força maior, faz-se necessária uma nova redação, com o objetivo de que as verbas estudadas sejam percebidas na sua integralidade, em virtude de serem débitos trabalhistas, com acréscimo da seguinte parte no inciso II do dispositivo “exceto no tocante ao décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais, devendo estas verbas serem recebidas em sua integralidade”, permanecendo o *caput* inalterado, de acordo com a transcrição abaixo:

Art. 502 - Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:

[...]

II - não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa, exceto no tocante ao décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais, devendo estas verbas serem recebidas em sua integralidade.

[...].

Em relação ao fato do príncipe, este se define por gênero da força maior e para a sua configuração há a ocorrência de um acontecimento imprevisível, que o empregador não tenha concorrido para sua realização. Nas palavras de GARCIA (2018, p. 758): “[...] Sua caracterização exige a completa impossibilidade de continuação da atividade empresarial, em seu todo ou de forma parcial (mas desde que no setor em que labora o empregado), em razão de lei ou ato administrativo”.

Observados o conceito e o modo de caracterização de tal fato, mostra-se necessário expor o teor do artigo 486 da CLT, que apresenta a seguinte redação:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

No artigo supra, resta demonstrado que ocorrendo a cessação do contrato de trabalho pelo fato do príncipe a indenização fica a cargo do governo responsável pelo ocorrido. Ocorre que, nas palavras de MARTINS (2002 apud GARCIA, 2018, p. 759), o governo “só responderá pela indenização que for devida ao empregado e não pelas demais verbas rescisórias”. Dessa forma, ficam a cargo do empregador as demais parcelas rescisórias.

Nesse ínterim, o artigo 486 da CLT deve passar a conter a seguinte redação:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento do aviso prévio e da indenização compensatória a que se refere o §1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que ficará a cargo do governo responsável sendo as demais verbas suportadas pelo empregador.

No que concerne à culpa recíproca, o artigo 484 da CLT, bem como a Súmula nº 14 do TST, trazem a ideia de que as verbas em estudo não são direitos adquiridos, pois, ocorrendo tal situação, haverá a redução delas pela metade, inclusive da indenização compensatória que passará a ser de 20% (vinte por cento), assim como ocorre na força maior. Para tanto, destacam-se os entendimentos mencionados da seguinte forma:

Art. 484 - Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade.

Súmula 14 do TST- Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

O artigo supramencionado deveria sofrer a substituição dos termos “o tribunal do trabalho” por “o juízo”, em virtude de sua maior abrangência para os propósitos legais, e ser acrescido da seguinte parte “exceto no tocante ao décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais, devendo estas verbas serem recebidas em sua integralidade”, enquanto que o entendimento sumulado deve suprimir o trecho que aponta a expressão “do décimo terceiro salário e das férias proporcionais” e acrescentar “metade da multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS e a integralidade das demais verbas”, os quais passariam a possuir as seguintes redações sugeridas:

Art. 484 - Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o juízo reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade, exceto no tocante ao décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais, devendo estas verbas serem recebidas em sua integralidade.

Súmula 14 do TST- Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, metade da multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS e a integralidade das demais verbas.

Em relação ao artigo 1º, §§ 1º e 2º, e artigo 3º da Lei nº 4.090/1962, que trata do décimo terceiro salário, estes trazem as seguintes redações (novamente com a respectiva inversão proposital da sua ordem):

Art. 3º - Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.
[...].

Para fins de sugestão normativa, deve haver modificação no artigo 3º para suprimir o trecho “sem justa causa”, bem assim acrescer a expressão “inclusive com justa causa”, e, desta forma, englobar qualquer tipo de dispensa, conforme abaixo disposto:

Art. 3º - Ocorrendo rescisão, inclusive com justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.
[...].

Ademais, impende destacar que a maioria das empresas organizadas tendem a provisionar o pagamento do 13º (décimo terceiro) salário e das férias proporcionais mês a mês, depositando os valores devidos a cada empregado. Dessa maneira, não subsistem justificativas para que o empregador não realize o pagamento das verbas em destaque proporcionalmente na ocorrência de uma justa causa, uma vez que já teria havido o respectivo provisionamento.

Pelo exposto, verifica-se a necessidade de ampliação do rol de direitos adquiridos pelo Poder Legislativo para englobar o 13º (décimo terceiro) salário proporcional e as férias proporcionais, por meio de alteração das normas que versem sobre as verbas em estudo. Isso porque as redações normativas aqui estudadas prejudicam a percepção do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais, já que estas verbas deveriam ser consideradas como débitos trabalhistas por possuírem como fato social gerador o tempo laborado pelo empregado, não devendo ser prejudicada sua percepção, inclusive em decorrência de uma falta grave.

5. CONCLUSÃO

Nesse momento, devem ser feitas algumas considerações finais, a fim de se chegar a uma conclusão sobre a problemática levantada, qual seja: a consideração do 13º (décimo terceiro) salário e das férias proporcionais como débitos trabalhistas, no sentido de direitos adquiridos.

No início do presente estudo, foram verificadas as formas de extinção contratual: (resilição, resolução e caducidade), bem como os seus direitos decorrentes, com ênfase na modalidade de justa causa, constatando-se que nesta última não há o direito à percepção ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional e às férias proporcionais.

Posteriormente, foi feita a distinção dos débitos trabalhistas e das verbas rescisórias. Verificou-se que os primeiros são aqueles devidos independentemente da modalidade de dispensa e, com base na teoria de Francesco Gabba, não poderiam ser prejudicados face a uma lei nova. As verbas rescisórias, por sua vez, são aquelas que sua percepção depende da forma de extinção contratual, sendo este o entendimento atual do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no tocante ao 13º (décimo terceiro) salário e as férias proporcionais. Nesse contexto, defende-se que tais verbas constituem direitos adquiridos do trabalhador, devendo serem percebidas até mesmo na dispensa por justa causa.

Observou-se também que, apesar de haver Convenção da OIT prevendo implicitamente a percepção das férias proporcionais em qualquer modalidade de terminação contratual, entendimento este que deve ser estendido ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional, haja vista possuírem fatos sociais geradores idênticos, o ordenamento jurídico permanece não admitindo a percepção de tais verbas na dispensa por justa causa.

A supramencionada rejeição à percepção de tais verbas na dispensa por justa causa foi constatada por meio da análise do atual posicionamento do TST, que reformou a decisão do tribunal regional, sob o argumento de que a CLT é norma mais específica em relação à Convenção da OIT.

Contraopondo-se ao posicionamento majoritário jurisprudencial, foram apresentados argumentos, artigos e decisões judiciais favoráveis, prevendo o recebimento das verbas em destaque na dispensa por justa causa. Outrossim,

demonstrou-se que o argumento utilizado pelo TST na referida decisão feriu os princípios da cronologia, hierarquia e norma mais favorável.

Ademais, demonstrou-se a tendência do legislador reformador atual em entender o recebimento de tais verbas independentemente da causa da extinção contratual, na medida em que, em determinados casos, o legislador já elevou o 13º (décimo terceiro) salário e as férias proporcionais acrescidas de 1/3 (um terço) ao status de direito adquirido, já que se estipulou a percepção de tais verbas na sua integralidade.

Por todos os argumentos expostos, defendeu-se na presente pesquisa a percepção das verbas em estudo em qualquer forma de extinção contratual, inclusive na dispensa por justa causa.

Ao final, como uma das formas de regulamentar o direito aos débitos trabalhistas do 13º (décimo terceiro) salário proporcional e das férias proporcionais, sugeriu-se aqui texto para potencial alteração normativa com vistas a alterar os dispositivos e as súmulas que prejudicassem ou restringissem o recebimento de tais verbas.

É sabido que o tema é bastante polêmico, mas afastar a possibilidade de o trabalhador receber tais débitos em decorrência de uma falta grave, fere um direito adquirido deste, em razão de o fato social gerador que ocasionou o direito à percepção de forma proporcional, ser o tempo laborado.

Desse modo, caberá aos juristas, em conjunto com a atuação dos legisladores brasileiros, realizar as alterações normativas presentes na potencial sugestão normativa, a fim de garantir a percepção das verbas em estudo na dispensa por justa causa, pelo que resta confirmada a hipótese.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 3.197**, de 5 de outubro de 1999. Promulga a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3197.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 4.090**, de 13 de julho de 1962. Institui a Gratificação de Natal para os Trabalhadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4090.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 7.238**, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a manutenção da correção automática semestral dos salários, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, e revoga dispositivos do decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7238.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9029.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Medida Provisória nº 808**, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. 7ª Turma. Recurso Ordinário nº 0000656-48.2014.5.04.0383, 31 mar. 2016. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430201173/recurso-ordinario-ro-6564820145040383>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**. 2ª Turma. Recurso Ordinário nº 0000619-69.2012.5.06.0016, 11 nov. 2014. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/419496296/recurso-ordinario-ro-6196920125060016/inteiro-teor-419496304?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. 2ª Turma. Recurso de Revista nº 0000027-88.2012.5.04.0401, 6 nov. 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24632372/recurso-de-revista-rr-278820125040401-27-8820125040401-tst?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. 4ª Turma. Recurso de Revista nº 0020233-96.2013.5.04.0334, 10 jun. 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/197986296/recurso-de-revista-rr-202339620135040334>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. 5ª Turma. Recurso de Revista nº 0000214-43.2015.5.04.0611, 6 jun. 2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=214&digitoTst=43&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0611&consulta=Consultar>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 14. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-14>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 171. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 443. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves. Aspectos relevantes do direito adquirido na ordem jurídica brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5104>. Acesso em: 23 set. 2018.

MANUS, Pedro Paulo Texeira. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDEIROS, Alexandre Tenório de Brito. **Do direito do empregado às férias proporcionais na rescisão do contrato de trabalho por justa causa: uma abordagem à luz da Consolidação das Leis do Trabalho e da Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho – OIT**. 2016. 12 f. Trabalho de Conclusão de Pós-Graduação em Novas Questões de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. **Hermenêutica Jurídica: Interpretação, Integração e Aplicação do Direito**: aulas 04, 05 e 06, set. 2016. 16f. Notas de Aula. Impressas.

_____. **Terminação do Contrato de Emprego: Espécies de Extinção Contratual e Direitos Decorrentes**: aulas 10, 11 e 12, ago. 2018. 25f. Notas de Aula. Impressas.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Anderson V. **O Direito Adquirido e o Direito Intertemporal a Partir do Debate entre Roubier e Gabba**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 816, 14 de agosto de 2008. Disponível em:
<<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/62-artigos-ago-2008/5927-o-direito-adquirido-e-o-direito-intertemporal-a-partir-do-debate-entre-roubier-e-gabba>>. Acesso em: 23 set. 2018.