

# Forma de Pactuação e Prorrogação do Contrato de Experiência

*Alberto José Moschin Júnior*

## RESUMO

O presente artigo visa esclarecer alguns aspectos controvertidos sobre o *contrato de experiência*. Para isto, inicialmente faz-se uma análise dos elementos constitutivos e caracterizadores do contrato de trabalho, previsto no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, para, só então, analisar-se o *contrato de experiência* em si. A previsão legal, no que tange o contrato de trabalho, é de que este pode ser acordado tácita ou expressamente. Não obstante, indaga-se: pode também o contrato de experiência ser acordado de ambas as formas? Ou teria este uma forma especial, por enquadrar-se em uma modalidade de contrato de caráter excetivo? Partindo destas indagações, faz-se uma interpretação integradora das disposições legais, buscando a real intenção do legislador, quanto à forma de pactuação, ao prever que “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente”. Após esta análise, faz-se um breve estudo sobre a prorrogação do contrato de experiência e eventual prejuízo ao empregado quando há cláusula de prorrogação automática. Por fim, demonstram-se as conseqüências decorrentes do término do contrato de experiência.

**Palavras-chave:** contrato de experiência; forma de pactuação; cláusula de prorrogação automática; término.

## ABSTRACT

### **Agreement and Extension Forms of the Probation Contract**

The present article aims to clarify some controversial aspects about the probation contract. Initially it makes an analysis of the constitutive and characterizing elements of the work contract according to the article 442 of the *Labor Law Consolidation (Consolidação das Leis do Trabalho)*. Only after that, it analyses the probation contract itself. According to the work contract's legal stipulations, this contract can be expressly or tacitly agreed. Despite this it's questioned: could the probation contract also be stipulated in these two forms? Or would there be a special form because of the fact that it fits in a modality of exceptive contract? Considering all of these questioning, an integrated interpretation of the legal statements is done in order to understand the real intention of the legislator with regards to the agreement form because it says that “the individual work contract can be expressly or tacitly agreed”. After this analysis, a brief study about the extension of the probation contract and possible loss for the employee when there is an extension clause is done. Finally, the consequences of the probation contract's termination are demonstrated.

**Keywords:** probation contract; agreement forms; automatic extension clause; termination.

## 1. O Contrato de Trabalho: denominação e conceito

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 442, estabelece que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego.

Embora a CLT utilize o termo *contrato de trabalho*, teria sido de boa técnica legislativa a utilização da expressão *contrato de emprego*, já que, utilizando-se da palavra emprego, não deixaria margem a dúvidas de que o referido contrato trata do pacto entre empregador e empregado, de uma relação de subordinação. A palavra trabalho pode referir-se a outros tipos em que não há vínculo empregatício, como bem acentua Sérgio Pinto Martins:

Contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário, etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí porque se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie.<sup>1</sup>

Não obstante a expressão *contrato de trabalho* não ter sido utilizada adequadamente, no art. 442 da CLT, do ponto de vista técnico-jurídico, sabe-se que seu entendimento ocorre no sentido estrito, o de contrato de emprego. Assim sendo, Mauricio Godinho Delgado define o contrato de trabalho como “o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal não eventual subordinada e onerosa de serviços”<sup>2</sup>.

O texto legal ainda fala que o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego. Em análise ao item 44 da Exposição de Motivos da CLT, depreende-se que o legislador equiparou as expressões *contrato de trabalho* e *relação de emprego* visando facilitar o reconhecimento de uma situação de vínculo empregatício. Estas duas expressões não têm o mesmo significado, mas uma depende da existência da outra.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “não se pode dizer que contrato de trabalho é algo que corresponde à relação de emprego. Se o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, não é igual à relação de emprego, pois a lei emprega o verbo corresponde”<sup>3</sup>.

Já Amauri Mascaro Nascimento diz que, “o contrato é a fonte da qual a relação de emprego é o efeito que se consubstancia com a prestação material dos serviços no complexo de direitos e deveres dele emergente mas de outras fontes também (...)”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 80.

<sup>2</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 491.

<sup>3</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 81.

Na realidade, pode-se dizer que o *contrato de trabalho* e a *relação de emprego* surgem concomitantemente, pois, verificando-se a existência de um, automaticamente tem-se o outro.

Como se pode concluir, a CLT é imprecisa ao definir o *contrato de trabalho*, cabendo à doutrina limitar o alcance do termo *contrato de trabalho* e fornecer a correta definição do que seja.

### 1.1. Natureza Jurídica

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “analisar a natureza jurídica de um instituto é procurar enquadrá-lo na categoria a que pertence no ramo do direito”<sup>5</sup>.

As principais teorias que tentam explicar a natureza jurídica da relação trabalhista são: a *teoria anticontratuálista* e a *teoria contratuálista*.

A *teoria anticontratuálista* defende a inexistência de uma relação jurídica trabalhista regida por um contrato. Para Amauri Mascaro Nascimento:

As suas fontes são encontradas no intervencionismo estatal, que modificou a estrutura política, na proscrição da economia liberal e das suas concepções de trabalho como mercadoria e salário como preço, na denominada decadência da soberania do contrato a que se refere Morin, com todas as conseqüências e implicações dela resultantes.<sup>6</sup>

A mencionada teoria subdivide-se em duas correntes, quais sejam: *teoria da instituição* e *teoria da relação de trabalho*.

A *teoria da instituição* entende a empresa como um corpo social, uma instituição. Esta surge quando uma idéia se impõe objetivamente a um grupo de pessoas e, baseadas em regras sociais, as atividades se autocoordenam. A instituição escapa à vontade de seus fundadores, sendo o estatuto o seu reflexo. O trabalhador, ao ingressar na empresa, não discute cláusulas contratuais, apenas adere ao estatuto previamente estipulado.

Recaséns Siches ensina o significado da instituição:

(...) é uma idéia prática que se objetiva e vem determinada pela participação dos seus membros nessa mesma idéia de empresa; pela comunhão em tal idéia. Tal comunhão produz um equilíbrio de forças internas; origina a atuação segundo alguns procedimentos objetivos; e engendra uma estrutura organizada. A realização e a duração da instituição não dependem da vontade subjetiva de alguns indivíduos determinados. A instituição é objetiva e se produz por um sistema espontâneo de equilíbrios objetivos, que se põem ao serviço da idéia e conduzem por si mesmos a

---

<sup>4</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 602.

<sup>5</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 84.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 596.

uma situação de direito. As instituições representam, no direito, a categoria da *duração*, da *continuidade* e da *realidade*.<sup>7</sup>

Complementando este pensamento, Amauri Mascaro Nascimento afirma que:

Assim, aplicado ao direito do trabalho, o institucionalismo procura dar explicação à empresa como instituição, uma idéia-ação reunindo, por uma razão imanente ao grupo, empregado e empregador. O pressuposto dessa união não está na autonomia da vontade contratual, porque à obra a que se propõe a empresa, perpetuada e durável, aderem os membros desse organismo social, surgindo uma relação entre o indivíduo e um estado social objetivo no qual o indivíduo está incluído.<sup>8</sup>

Segundo Renato Saraiva, “a teoria institucionalista não foi aceita em virtude da liberdade contratual de que as partes dispõem”<sup>9</sup>.

Embora seja a relação, entre empregado e empregador, regida por normas imperativas e convenções trabalhistas, de caráter imperativo, independente da vontade das partes, é indubitável que seu vínculo somente é gerado por iniciativa das partes. Tanto o empregado quanto o empregador, devem manifestar, mesmo que tacitamente, sua vontade, para que possa ser caracterizado o vínculo empregatício.

A *teoria da relação de trabalho* vê a natureza jurídica do contrato de trabalho como estatutária. Esta teoria nega completamente a manifestação da vontade como criadora da relação empregatícia. O estatuto da empresa é que estabeleceria as condições de trabalho. Mesmo quando esta relação tivesse origem em um contrato previamente estipulado, seus efeitos apenas se verificariam quando da prestação efetiva dos serviços.

Assim ensina Amauri Mascaro Nascimento:

A teoria da relação de trabalho ou da relação de emprego reúne os pensadores que, em maior ou menor escala, negam a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento do contrato de trabalho, daí o propósito de evitar a palavra “contrato”, vinculada que está ao ajuste ou pacto estabelecido entre duas pessoas. Preferem entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo físico e natural é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados.<sup>10</sup>

Ainda de acordo com esta linha de pensamento, as normas que regulamentam o trabalho seriam aplicáveis independentemente da existência do contrato de trabalho ou ainda que este fosse inexistente ou nulo. Mais importante é a forma de prestação de trabalho e não as cláusulas contratuais.

Para Mario de la Cueva:

<sup>7</sup> SICHES, Recaséns, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 600.

<sup>8</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 601.

<sup>9</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 55.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 597.

Os efeitos fundamentais do direito do trabalho principiam unicamente a produzir-se a partir do momento em que o trabalhador inicia a prestação de serviço, de maneira que os efeitos que derivam do direito do trabalho se produzem, não pelo simples acordo de vontades entre o trabalhador e o patrão, senão quando aquele cumpre, efetivamente, a obrigação de prestar um serviço.<sup>11</sup>

Com uma concepção plenamente contratualista sobre a natureza jurídica da relação que rege empregado e empregador, vem a *teoria contratualista*. O entendimento desta seria no sentido de que os efeitos jurídicos decorrentes da relação de emprego passariam a surtir efeitos desde o nascimento do contrato, da pactuação.

Na primeira fase de desenvolvimento desta teoria, tentava-se justificar o *contrato de trabalho* com base nos contratos do Direito Civil, como mandato, arrendamento, sociedade e compra e venda.

Sobre esta fase inicial, Sérgio Pinto Martins informa que:

Na primeira fase dessa teoria, procurava-se explicar o contrato de trabalho com base nos contratos do Direito Civil, sendo chamada de fase clássica, envolvendo os contratos de: arrendamento, pois o empregado arrenda seu trabalho ao empregador; venda e compra, porque o empregado vende seu trabalho ao empregador, mediante o pagamento de um preço, que é o salário; sociedade, porque o empregado e o empregador combinam esforços em comum para a produção de bens e serviços para o mercado; mandato, em que o empregado é o mandatário do empregador.<sup>12</sup>

Hodiernamente, não mais se utiliza destes institutos de Direito Civil para explicar a natureza do contrato de trabalho.

A relação entre empregador e empregado seria contratual, porém, com forte intervenção estatal, visando o Estado, ao elaborar normas aplicáveis ao Direito trabalhista, resguardar direitos dos trabalhadores, já que estes estariam, baseado no princípio da subordinação, em posição desfavorável em relação ao empregador.

Ainda que tenham que se sujeitar às normas trabalhistas, o empregador e o empregado devem manifestar a sua vontade em aceitar a relação de emprego existindo, portanto, o contrato.

Para Arnaldo Süssekind:

Embora nem todo contrato de trabalho seja de adesão, pois em muitos casos suas cláusulas são discutidas e estipuladas livremente pelos contratantes, observados sempre os preceitos básicos e imperativos de proteção ao trabalhador, certo é que a livre discussão das condições contratuais não constitui pressuposto essencial à contratualidade de qualquer negócio jurídico.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> CUEVA, Mario de la, *apud* MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 87.

<sup>12</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 88.

<sup>13</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 224.

Com isto, pode-se afirmar que, mesmo quando o empregado adere às normas da empresa, ou acordos e convenções coletivas, encontra-se diante de um contrato, pois o mero ajuste de vontades é o suficiente para produzir efeitos jurídicos.

Como bem esclarece Sérgio Pinto Martins, “a liberdade em assentir em ajustar o contrato de trabalho é fundamental. O trabalho do empregado é livre, assim como é livre a vontade da pessoa passar a trabalhar para a empresa”<sup>14</sup>.

Ainda, para o mesmo autor, teria a CLT, em seu art. 442, uma concepção mista abrangendo elementos tanto da *teoria anticontratuálista*, quanto da *contratuálista*, já que a comissão encarregada pela elaboração da CLT era integrada por dois institucionalistas e dois contratualistas. “O consenso acabou por levar a redação do art. 442 da CLT a ter aspectos contratualistas, quando faz referência a acordo tácito ou expreso (acordo de vontades), e institucionalistas, quando usa a expressão *relação de emprego*”<sup>15</sup>.

Diferentemente do que ocorria com as teorias supra descritas, a tendência atual é no sentido de harmonizar o contrato de trabalho com a relação de emprego.

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “o contrato é, com efeito, o *aspecto subjetivo* de um fato que se objetiva na relação”<sup>16</sup>.

Com base no art. 442 da CLT, pode-se depreender que esta tem uma concepção mista, pois à ela importa tanto a relação de emprego, característica da *teoria anticontratuálista*, quanto o contrato de trabalho, característica da *teoria contratualista*, sendo, estes, institutos que se complementam.

## 1.2. Características

Atualmente, é pacífico o entendimento de que o *contrato de trabalho* não corresponde a nenhuma das espécies de contrato do direito civil, como o de locação de serviços, compra e venda ou sociedade, como outrora era entendido. Por este motivo, deve-se entendê-lo como um contrato autônomo, com características próprias.

Quanto às características, não há muita divergência entre os doutrinadores em elencá-las, como se pode verificar.

---

<sup>14</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 88.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 89.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 603.

- *É um contrato de direito privado*. As partes têm liberdade para estipular as cláusulas do contrato trabalhista, desde que não violem as normas pertinentes à legislação trabalhista, da Constituição Federal (CF) e da CLT, referentes à proteção do trabalhador.

Importante a observação de Maurício Godinho Delgado:

Cabe notar que a imperatividade das normas justrabalhistas (uma característica do Direito do Trabalho) não transforma o contrato empregatício em contrato de Direito Público. É que no contrato de trabalho as partes, à diferença do ocorrido no Direito Público, colocam-se em situação de paridade jurídica, por ser nitidamente privada (e está aqui distinção fundamental perante o Direito Público) a relação jurídica básica regulada por suas cláusulas contratuais.<sup>17</sup>

- *É intuitu personae em relação ao empregado*. No que diz respeito ao empregador, predomina a sua despersonalização, podendo ser substituído de modo a não prejudicar a relação de emprego. O empregado é sempre insubstituível, ocorrendo a descaracterização do contrato, caso este princípio não seja observado.

Assim define Carlos Roberto Gonçalves:

Contratos personalíssimos ou *intuitu personae* são os celebrados em atenção às qualidades pessoais de um dos contratantes. Por esta razão, o obrigado não pode fazer-se substituir por outrem, pois essas qualidades, sejam culturais, profissionais, artísticas ou de outra espécie, tiveram influência decisiva no consentimento do outro contratante.<sup>18</sup>

- *O contrato de trabalho não se exaure após o cumprimento de uma única prestação*. Ele deve ser executado continuamente enquanto existir a *relação de emprego*. Por isto, caracteriza-se como um contrato de trato sucessivo.

Neste sentido, Arnaldo Süssekind:

Não se resolve com a execução de determinado ato, eis que dele resulta “uma relação de débito permanente”. Enquanto perdurar a relação de emprego, os contratantes terão de executar, sucessivamente, as prestações e contraprestações que correspondem às obrigações de fazer e de dar que lhe são inerentes.<sup>19</sup>

- *É bilateral*, visto que gera obrigações a ambas as partes, empregado e empregador. Pelo fato destas obrigações serem recíprocas, pode-se afirmar que o contrato de trabalho também é sinalagmático. Para Arnaldo Süssekind “a noção de comutatividade concerne ao contrato, em seu conjunto e não, particularmente, a cada prestação (trabalho) e contraprestação (salário)”<sup>20</sup>. Somente aferindo-se o contrato desta forma é que se pode preservar a característica sinalagmática do contrato de trabalho.

Importante é a observação de Maurício Godinho Delgado:

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 495.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 80.

<sup>19</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 226.

<sup>20</sup> *Ibid.*

Pondera a doutrina que o sinalagma característico do contrato de trabalho é distintamente aferido caso comparado com o que tende a caracterizar os contratos civis em geral. No âmbito empregatício, ele seria aferido tomando-se o conjunto do contrato e não apenas o contra-ponto de suas obrigações específicas (trabalho *versus* salário, por exemplo). É que o instituto da interrupção contratual (pelo qual o obreiro não presta serviços, mas recebe as verbas integrais do contrato, como férias, ilustrativamente) eliminaria, por exemplo, o caráter sinalagmático do pacto empregatício, caso a comparação fosse tópica, parcela contra parcela (o mesmo efeito seria produzido pelo art. 4º da CLT, que admite a existência de obrigações contratuais empregatícias mesmo sem efetiva prestação de serviços). Aferindo-se tal característica pelo conjunto contratual, preserva-se a validade da característica sinalagmática do contrato empregatício.<sup>21</sup>

- *Caracteriza-se ainda, o contrato de trabalho, por ser oneroso.* O contrato oneroso é aquele em que cada parte obtém vantagens econômicas que são correspondidas por ônus recíprocos. No âmbito da relação de emprego, esta onerosidade consiste na prestação de trabalho, por parte do empregado, com o correspondente pagamento de salário, pelo empregador. Para Sérgio Pinto Martins, “há onerosidade no contrato de trabalho, que não é gratuito, pois o serviço prestado pelo empregado deve ser remunerado. Se o empregado presta serviços gratuitamente por vários meses ou anos, não há contrato de trabalho”<sup>22</sup>.

Outrossim, ensina Maurício Godinho Delgado:

Tem essa qualidade o contrato em que cada parte contribui com uma ou mais obrigações economicamente mensuráveis. A onerosidade consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes no âmbito do contrato: há troca de sacrifícios e vantagens na dinâmica contratual; há transferência recíproca, ainda que desigual, de riquezas entre as partes contratuais. No contexto empregatício essa troca faz-se substantivamente através do contraponto prestação de trabalho *versus* parcelas salariais (ressalvadas as situações de interrupção contratual). Se a prestação de serviços realizar-se sem intuito contraprestativo por parte do prestador (laborando, no caso, com objetivos benevolentes, altruísticos e afins – *affectionis vel benevolentiae causa*), o contrato existente não será de emprego, por falta de onerosidade que lhe é atávica.<sup>23</sup>

- *Por fim, eventualmente, o contrato de trabalho pode caracterizar-se por ser um contrato complexo, associando-se a outros contratos com caráter acessório.* Exemplificando, pode-se citar o contrato de comodato de imóvel residencial e o mandato.

Diante do exposto, ressalte-se a essencialidade de cada uma dessas características e quão imprescindíveis elas são ao *contrato de trabalho*, pois, à ausência de apenas uma delas, o contrato se descaracteriza por completo.

Isso significa dizer que, para que haja o vínculo ou a relação contratual, mister a presença de todas essas características para sua validade.

<sup>21</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 495

<sup>22</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95.

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 497.



### 1.3. Elementos Constitutivos

Assim como em qualquer negócio jurídico, para que seja válido e eficaz, o contrato trabalhista deve respeitar certas condições previstas em lei, dentre outras identificadas pela teoria civilista clássica. Estas condições também são conhecidas como elementos constitutivos e dividem-se em essenciais, naturais e acidentais, conforme ensina Maurício Godinho Delgado:

Os primeiros (elementos essenciais) são imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual – sua ausência ou irregularidade pode comprometer a própria existência ou validade do contrato. Os segundos (elementos naturais), embora não sejam imprescindíveis à existência do contrato, são comuns, recorrentes e quase inevitáveis em seu cotidiano concreto. Os últimos (elementos acidentais) são circunstanciais e episódicos na existência de tais contratos.<sup>24</sup>

Os *elementos essenciais* do contrato trabalhista são basicamente os mesmos previstos no art. 104 do Código Civil. De acordo com este, a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No tocante à capacidade do empregador, basta que ele seja “pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a quem a ordem jurídica reconheça aptidão para adquirir e exercer, por si ou por outrem, direitos e obrigações na vida civil”<sup>25</sup>. Quanto ao empregado, a CLT fixa a capacidade plena para atos da vida trabalhista a partir dos 18 anos. Há, porém, algumas observações a serem feitas quanto aos menores de 18 anos. Assim escreve Sérgio Pinto Martins:

No direito do trabalho, o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. É permitido o trabalho do menor aprendiz de 14 a 24 anos (art. 428 da CLT). Assim, o menor de 16 anos não tem capacidade para o trabalho, exceto se for aprendiz e a partir dos 14 anos. A capacidade absoluta só ocorre com 18 anos completos. Entre 16 e 18, os menores são relativamente capazes. O responsável legal do menor tem a faculdade de pleitear a extinção de seu contrato de trabalho, desde que o serviço possa acarretar a ele prejuízos de ordem física ou moral (art. 408 da CLT). O menor, entretanto, poderá firmar recibo de salários; porém, na rescisão de seu contrato de trabalho, há necessidade da assistência dos responsáveis legais para efeito de dar quitação ao empregador pelo recebimento das verbas que lhe são devidas (art. 439 da CLT)<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 498.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 500.

<sup>26</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 98.

Em relação ao objeto, o direito confere validade cabal somente àqueles contratos que tenham objeto lícito. No entanto, para melhor compreensão do tema, é necessário fazer a distinção entre trabalho ilícito e trabalho irregular.

Ilícito, seria aquele trabalho que compõe um tipo penal, que compõe uma atitude ou atividade expressamente prevista, por lei, como crime ou contravenção penal.

Já o trabalho irregular, ou também denominado pela doutrina como proibido, é o que a lei proíbe expressamente, apesar da atividade em si ser lícita. Neste, a lei, “apenas para salvaguardar o próprio trabalhador ou o interesse público, proíbe o trabalho”<sup>27</sup>.

São exemplos de trabalho irregular: o executado por menores em ambientes insalubres ou perigosos ou em período noturno; o da mulher que executa uma atividade que demande emprego de força contínuo em peso superior a 20 quilos.

Em relação aos efeitos decorrentes deste tipo de trabalho, Maurício Godinho Delgado:

O direito do trabalho tende a conferir efeitos justralhistas plenos à prestação empregatícia de trabalho irregular (ou trabalho proibido) – desde que a irregularidade não se confunda também com um tipo legal criminal. A *teoria justralhista de nulidades* (...) incide firmemente em tais situações, garantindo plenas conseqüências trabalhistas ao contrato maculado em seu objetivo. Evidente que o reconhecimento de efeitos justralhistas não elimina a necessidade de determinar-se a correção do vício percebido ou extinguir-se o contrato, caso inviável semelhante correção.<sup>28</sup>

A ordem jurídica, em regra, nega efeitos ao trabalho ilícito. Este é nulo e, por isto, não seria possível reconhecer vínculo empregatício entre as partes. As duas exceções apontadas pela doutrina recairiam no fato do trabalhador desconhecer a finalidade ilícita para a qual contribuía com seu trabalho, ou na dissociação deste com o núcleo da atividade ilícita. Consoante Délio Maranhão:

(...) se a nulidade, entretanto, decorre da ilicitude do objeto do contrato, a menos que o empregado tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de trabalho, já não poderá reclamar o pagamento do serviço prestado: “*nemo de improbitate sua consequitur actionem*”. Dessa forma, se o empregado trabalha numa clínica de abortos, mas não tem conhecimento dessa atividade da empresa, o fato de ser ilícita a atividade do empregador não contamina o empregado, que está de boa-fé, cumprindo com suas obrigações contratuais. O mesmo ocorreria com os serviços prestados pelo pedreiro num prostíbulo, em que o seu trabalho não seria considerado ilícito, apesar da atividade empresarial o ser. É o que se depreende do inciso III do art. 166 do Código Civil, que exige ser o motivo determinante, comum a ambas as partes, ilícito. Se há desconhecimento de uma pessoa da ilicitude do ato, para ela o negócio jurídico é válido<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 75.

<sup>28</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 503.

<sup>29</sup> MARANHÃO, Délio, *apud* MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103.

Como já mencionado, os *elementos acidentais* são circunstanciais e episódicos. No entanto, quando integrantes do contrato trabalhista, alteram substancialmente os seus efeitos. Estes elementos são: a condição e o termo, sendo este, o de maior relevância para o objeto do presente trabalho.

Para um maior esclarecimento, Maurício Godinho Delgado alega que:

A existência de termo (certo ou incerto) nos contratos de trabalho é situação excetiva, viável apenas se configuradas hipóteses legais tipificadas e expressas (art. 443 da CLT ou Lei n. 9.601/98, por exemplo). A regra geral incidente (e presumida) no cotidiano justralhista reporta-se aos contratos sem termo final prefixado. O tipo contratual dos pactos por tempo indeterminado considera-se presumido, caso não comprovada a lícita inserção de termo final no contrato em exame (Súmula 212 do TST)<sup>30</sup>.

Os *elementos naturais* do contrato são aqueles que, mesmo sendo prescindíveis, costumam integrar o contrato trabalhista. Tal é o caso da jornada de trabalho: esta não é um elemento imprescindível para o ajuste do contrato de trabalho, não obstante seja usualmente estipulada no momento da contratação.

#### 1.4. Classificação

Adotar-se-á aqui a classificação utilizada por Renato Saraiva, que fundamenta seu critério no art. 443 da CLT. De acordo com este artigo, os contratos de trabalho classificam-se, quanto à forma, em *tácito ou expresso*. Este, o expresso, ainda subdivide-se em *verbal ou escrito*. Quanto ao prazo, o contrato pode ser *indeterminado ou determinado*.

O contrato é *tácito*, quando se revela a partir da prática de certos atos, por aquele que se enquadra nas características de um empregado e a aceitação, ou não oposição, por aquele que seria o empregador. A constituição do contrato não se faz por uma declaração expressa, mas pressupõe-se implicitamente no comportamento.

Como salienta Renato Saraiva:

A prestação contínua de serviços pelo empregado, sem a oposição do empregador, muito embora o contrato e as respectivas cláusulas não tenham sido expressamente acordados (de forma verbal ou escrita), revela a existência de contrato de trabalho, firmado de maneira tácita.<sup>31</sup>

O contrato é *expresso*, quando todas as condições contratuais são acordadas previamente, de maneira clara, não deixando dúvidas sobre a vontade das partes contratantes. Pode ser pactuado por escrito ou verbalmente. Ele é *escrito* quando são feitas as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), ou formalizado em um documento a parte,

---

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 508.

<sup>31</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 79.

constando o que fora pactuado entre empregado e empregador. É *verbal*, quando expressamente pactuado oralmente.

Melhor ensina Aristeu de Oliveira, quando diz que:

O acordo é expresso quando as partes, empregador e empregado, tratam da relação de emprego de forma clara e objetiva; ele pode ser não escrito, ou seja, tratado apenas de boca (que a CLT chama de verbal), ou escrito. O contrato por escrito é obrigatoriamente formalizado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 29 da CLT). Além do registro em carteira de trabalho, pode-se redigir outro documento à parte, com cláusulas específicas, mas desde que não se desviem dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>32</sup>

O contrato de trabalho por *prazo indeterminado* é aquele que não tem termo prefixado. Pelo fato do princípio da continuidade caracterizar a relação de emprego, o prazo indeterminado é a regra entre os contratos, o que lhe confere presunção jurídica.

Sobre esta presunção, Maurício Godinho Delgado explica que:

O caráter de regra geral que é deferido pela ordem jurídica ao contrato por tempo indeterminado confere-lhe *status* privilegiado: o *status* de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia (Súmula 212 do TST). Ou seja, se há pactuação de relação de emprego, presume-se ter sido ela efetivada mediante contrato por tempo incerto. Em coerência a essa presunção, o Direito do Trabalho considera, ao contrário, excetivos os pactos empregatícios a termo existentes na realidade sociojurídica.<sup>33</sup>

Já o contrato por *prazo determinado* é aquele celebrado por um período determinado. De acordo com o §1º do art. 443 da CLT: “Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

Este tipo de contrato, por ser exceção, somente pode ser pactuado nos casos previstos em lei. Caso haja continuidade da relação empregatícia após o prazo estabelecido, o contrato por prazo determinado passa a vigorar por prazo indeterminado, adquirindo as características e conseqüências próprias deste.

Dentre os contratos por prazo determinado, o *contrato de experiência* é a espécie relevante ao presente trabalho.

## 2. O Contrato de Experiência: conceito e natureza jurídica

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual de contratos de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 20.

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 522.

Conceitua-se o *contrato de experiência*, como o acordo bilateral, firmado entre empregador e empregado, objetivando-se a avaliação mútua entre as partes, com prazo determinado de, no máximo, 90 dias.

Para melhor ilustrar esta reciprocidade de experiência, Renato Saraiva salienta que:

O empregador irá verificar se o empregado cumpre corretamente a jornada de trabalho, se atende as determinações emanadas, se realiza o serviço com zelo e dedicação, se o relacionamento com os demais empregados é adequado, etc. Já o empregado, durante o pacto experimental, observará se o empregador lhe trata com urbanidade, se cumpre em dia as obrigações salariais pactuadas, verificando também o ambiente de trabalho, as condições oferecidas, etc.<sup>34</sup>

Sua previsão legal encontra-se no art. 443 da CLT, conforme infra transcrito:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

(...)

c) de contrato de experiência.

No direito do trabalho, temos como regra que os contratos vigoram por prazo indeterminado. Os contratos a termo, ou por tempo determinado, são exceções, restritos às hipóteses elencadas no §2º. do art. 443 da CLT.

Desta forma, conclui-se que o *contrato de experiência* é uma espécie do gênero contrato por prazo determinado, já que neste existe um termo prefixado. Oportunas são as palavras de Marcelo Segal:

No contrato por prazo determinado as partes antecipadamente sabem quando o contrato irá terminar (seu *dies ad quem*) porque isto já foi acertado no momento da contratação. Não há surpresa pela ruptura abrupta porque ela fora prevista desde a gênese.<sup>35</sup>

É um contrato bilateral, pois gera obrigações recíprocas entre empregador e empregado, sendo também denominado sinalagmático. A palavra grega *sinalagma* tem o significado de reciprocidade de prestações, ainda que o contrato de trabalho seja de adesão, sua característica de bilateralidade continua a existir.

Assim ensina José Luiz Ferreira Prunes:

Bilateral também a experiência, sendo que afirmamos que ele, em si, é bidirecional. Nos últimos tempos, com a evolução inexorável que sofre o direito do trabalho, a proteção ao trabalhador está se ampliando também nas particularidades do contrato de experiência. Assim, não basta a insatisfação silenciosa do empresário ou a

<sup>34</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 84.

<sup>35</sup> SEGAL, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 75.

inexistência de motivos para o não prosseguimento da relação do trabalho após o período experimental, para que o pacto encontre fim.<sup>36</sup>

No que tange a essência do *contrato de experiência*, é esta discutida por várias teorias. Há autores que entendem este contrato como sendo *preliminar*. Tal teoria não seria aceitável já que necessariamente, em consequência ao contrato preliminar, dever-se-ia celebrar o contrato principal. No entanto, este poderá ou não existir já que o contrato de experiência tem como objetivo a experiência mútua, entre empregado e empregador.

Outros autores vêem este tipo de contrato *subordinado a uma condição*. A respeito deste entendimento, Maurício Godinho Delgado:

A classificação em torno da *condição suspensiva* é, porém, pouco prestigiada. É que, efetivamente, o contrato de prova, tão logo vigorante, produz todos os efeitos jurídicos trabalhistas regulares: a bem sucedida experimentação não lhe susta consequências; ao contrário, a experimentação só ocorre em virtude da plena vigência do contrato. Nesse quadro, não há como assimilar-se a figura a uma condição suspensiva.

Contudo, é relativamente prestigiada a vertente que enxerga a experiência como *cláusula condicional resolutive*. Fundamenta essa concepção a circunstância de o resultado positivo ou negativo da experimentação empregatícia não ser sabido de antemão (noção de incerteza quanto ao evento), só podendo ser aferido após certo lapso contratual (noção de futuro). A cláusula experimental atuaria, assim, como condição resolutive, propiciando a extinção (ou continuidade) do vínculo em face da futura aferição produzida.<sup>37</sup>

Considerou-se também, durante longo período, a *natureza unitária do contrato*, sendo a experiência uma cláusula do *contrato de trabalho por tempo indeterminado*.

Hodiernamente, prevalece o entendimento de que o *contrato de experiência* seja um *contrato autônomo*. Assim ensina Amauri Mascaro Nascimento:

Predomina o entendimento de que se trata de um contrato. É a *teoria do contrato autônomo* que não vê unidade jurídica entre os dois contratos, o de experiência por prazo determinado e o contrato de trabalho que o segue por prazo indeterminado, mantendo cada um a sua independência, de tal modo que não estariam relacionados entre si por um liame de continuidade, a não ser para que o tempo de duração do contrato de experiência, quando o empregado permanece na empresa, venha a ser somado ao segundo contrato para todos os efeitos legais.<sup>38</sup>

Deste modo, o *contrato de experiência* nada mais é do que uma espécie do gênero *contrato de trabalho por tempo determinado*, conforme previsto no art. 443, § 2º, “c” da Consolidação das Leis do Trabalho.

### 3. Forma de Pactuação do Contrato de Experiência

<sup>36</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 57.

<sup>37</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 548.

<sup>38</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 717.

No Título IV da CLT, que trata do Contrato Individual do Trabalho, em alguns momentos é mencionado que o *contrato de trabalho* pode ser acordado tacitamente, como ocorre nos artigos 442 e 443, *caput*.

Neste ponto, indaga-se: o *contrato de experiência* pode também ser acordado de forma tácita? Em rápida análise ao texto legal, poder-se-ia levar a crer que sim, pois este não distingue se o acordo tácito cabe a todos os contratos, sejam eles por prazo indeterminado ou determinado, ou se esta regra seria aplicável somente a determinadas hipóteses.

Para que se possa compreender melhor esta questão, far-se-á uma análise desta previsão legal em consonância com alguns princípios que regem o Direito do Trabalho e outras disposições legais.

Inicialmente, observe-se a regra constante do artigo 456 da CLT: “A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou por instrumento escrito e suprido por todos os meios permitidos em direito.”

A CTPS tem sua funcionalidade exteriorizada, no momento em que serve de elemento de análise do empregado, pelo empregador, para verificação de suas condições pregressas no âmbito profissional; para o governo, no que diz respeito aos fatos que podem gerar benefícios ao empregado; e, para o empregado, servindo como elemento de prova das condições pactuadas com determinado empregador, subsídio para pleitear benefícios perante a Previdência Social, assim como retrato de toda sua vida profissional.

Este valor probante da CTPS também está expresso no artigo 40 da CLT, elencando em 3 incisos, casos em que suas anotações são de substancial importância. A respeito da utilidade e funcionalidade da CTPS como prova, Sérgio Pinto Martins explica que:

A CTPS constitui-se no documento de identificação do trabalhador, dando elementos ao governo para analisar a mão-de-obra empregada e a que está por se empregar, inclusive tendo idéia dos menores que são empregados ou pretendem empregar-se. Por meio da CTPS há condições de o empregado verificar o passado do trabalhador, observando se este permaneceu muito ou pouco tempo no emprego, se passa de emprego em emprego. Para o trabalhador, a CTPS irá demonstrar o tempo de serviço em que contribuiu como empregado para efeitos de contagem do referido tempo, visando à concessão de futura aposentadoria. Destina-se, também, a CTPS a provar a existência do contrato de trabalho e as condições que foram pactuadas, como salários, atualizações desses, contribuição sindical, férias etc.<sup>39</sup>

Não obstante as previsões ora mencionadas e a utilidade descrita por Sérgio Pinto Martins, manifestou-se o TST no sentido de que “as anotações apostas pelo empregador na

---

<sup>39</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 457.

Carteira de Trabalho do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*<sup>40</sup>. Tal consolidação do Superior Tribunal do Trabalho apenas veio trazer luz à parte final do artigo 456, quando menciona que a prova ainda pode ser suprida por todos os meios permitidos em lei.

Mas, se a legislação prevê que a prova do *contrato de trabalho* deve ser feita pelas anotações na CTPS, por qual motivo também estabeleceria que esta mesma prova poderia ser suprida por qualquer meio permitido em direito?

Outro motivo não seria senão a *primazia da realidade*, que funciona como norteadora nos casos de dissídio trabalhista. Conforme comentário de Sérgio Pinto Martins, ainda sobre a Súmula 12, mencionada: “Do contrário, o empregado não iria conseguir provar que trabalhou antes do período de registro, de que o salário anotado na CTPS é inferior ao efetivamente percebido”<sup>41</sup>.

A Carteira de Trabalho e Previdência Social teria, antes de tudo, um caráter de documento de qualificação profissional, sendo a primeira manifestação do Estado em tutelar os direitos trabalhistas.

Alexandre Marcondes Filho assim escreve na Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho:

27. Foi, aliás, considerando a importância da carteira profissional como elemento primacial para manutenção do cadastro profissional dos trabalhadores, como título de qualificação profissional, como documento indispensável à colocação e à inscrição sindical e, finalmente, por servir de instrumento prático do contrato individual do trabalho, que a Comissão encontrou razões bastantes para reputar uma instituição fundamental de proteção do trabalhador e não admitir fosse relegada à inoperância da franquía liberal, tornando-a, então, obrigatória.

A CLT ainda prevê a obrigatoriedade da CTPS para o exercício de qualquer emprego, em seu art. 11, assim como a apresentação desta ao empregador, pelo empregado, para as devidas anotações, inclusive condições especiais, no art. 29. Ainda, neste último artigo, está previsto em seu § 3º que o não cumprimento do disposto nele, “acarretará a lavratura do auto de infração, pelo Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, comunicar a falta de anotação ao órgão competente, para o fim de instaurar o processo de anotação”. Mais adiante, em seu art. 49, a CLT dispõe sobre as penalidades no caso de falsificações relativas a CTPS e suas anotações.

Analisando o disposto nestes artigos e naqueles já mencionados, que dizem respeito ao valor das anotações, além do explicitado na Exposição de Motivos, leva-se a crer que o

---

<sup>40</sup> Súmula 12 do TST.

<sup>41</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18.



legislador tinha como ideal que todos os contratos de trabalho fossem pactuados de maneira expressa e escrita.

O contrato tácito e o verbal apenas foram admitidos como meio de proteção ao trabalhador, assim como a presunção *juris tantum* das anotações na CTPS.

O ápice desta proteção ao empregado foi expresso no artigo 442 da CLT, quando o legislador menciona que o contrato de trabalho é correspondente à relação de emprego. Obviamente ele não confundiu as duas expressões, apenas fazendo uma correlação dos institutos para que se pudesse chegar à conclusão de que ambos caminham pareados ocorrendo, concomitantemente, e em consonância com a previsão protetora de que o contrato pode ser pactuado tacitamente.

Se de outro modo fosse, caso não houvesse a previsão legal de que o contrato pode ser pactuado tacitamente e não pudesse ser feita uma análise da realidade, da relação de emprego, como poderia o magistrado reconhecer um vínculo empregatício baseado em uma norma estritamente formal?

Apesar de muitas críticas recebidas, esta correlação não há nada de imprecisa, sob um aspecto técnico-legislativo e é de fundamental importância para a proteção dos direitos trabalhistas.

Deve-se, ainda, levar em consideração o princípio da continuidade da relação de emprego, no qual o contrato por prazo indeterminado seria a regra. Tal princípio foi tema da Súmula 212 do TST, esclarecendo que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Com base nos princípios e dispositivos legais acima expostos, pode-se chegar a conclusão de que o *contrato de experiência* deve, necessariamente, ser anotado na CTPS. Por ser um contrato dependente de termo pré-fixado, impossível seria sua pactuação tácita, pois, deste modo, não haveria como qualquer das partes conhecer previamente este termo.

Sobre a formalidade na pactuação do *contrato de experiência*, Maurício Godinho Delgado esclarece que:

No tocante à sua formalidade, esse tipo de contrato ocupa, como já mencionado, uma posição singular no Direito do Trabalho: embora efetivamente não seja, em princípio, formal, solene – a CLT não faz menção a tal requisito (art. 443, §2º, “c”) –, a jurisprudência já pacificou não ser ele passível de contratação meramente tácita; isso significa que deve, necessariamente, provar-se através de um mínimo de formalização escrita. Essa construção hermenêutica justifica-se em virtude de o prazo curto desse contrato (máximo de 90 dias) somente poder ser delimitado através de termo prefixado (art. 443, §1º, CLT), dia certo, portanto – elemento que exige enunciação contratual clara, firme e transparente desde o nascimento do pacto.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 545.

Ainda em consonância com este posicionamento, Sérgio Pinto Martins “Assim, há necessidade de anotação na CTPS do empregado do referido pacto, que dará ao obreiro todos os direitos e obrigações pertinentes ao citado acordo.”<sup>43</sup>; Arnaldo Süssekind, “Ainda que o contrato de experiência seja firmado por escrito, ele terá de ser anotado na Carteira de Trabalho do empregado.”<sup>44</sup>; Marcelo Segal, “O contrato de experiência deve ser materializado em contrato escrito assinado pelas partes e lançado na parte relativa a contratos da carteira profissional.”<sup>45</sup>; Aristeu de Oliveira “Por ser um contrato de trabalho por prazo determinado, há necessidade de anotação, na CTPS do empregado, do referido pacto, que dará ao obreiro todos os direitos e obrigações pertinentes ao referido acordo.”<sup>46</sup>; Valentin Carrion, “A formalidade da anotação na carteira, no prazo de 48 horas, com menção àquela circunstância, poderá substituir o contrato escrito mas não pode ser dispensada.”<sup>47</sup>.

No mesmo sentido, têm-se posicionado os Tribunais:

O contrato de experiência deve ser por escrito, constando os elementos essenciais do contrato de trabalho por prazo determinado, como nome e qualificação das partes, condições de trabalho, natureza do cargo, remuneração, assinatura das duas partes, termo de vigência do contrato, data da assinatura do contrato, e etc. Normalmente, ao admitir-se alguém como empregado, é feito o registro na ficha ou livro de registro, na conformidade da Lei. Se além do registro não se fizer qualquer contrato formal com o empregado, entende-se que há entre este e a empresa um contrato por prazo indeterminado, que é, na verdade, o tipo usual de contrato de trabalho. (TRT da 2ª Região, Proc. 02950070951, 7ª Turma, DOESP 20/06/1996, Rel.: Juiz Gualdo Amaury Fórmica.).

O contrato de trabalho tem por natureza o sentido de continuidade. Por isso, sua mais importante classificação se traduz no contrato por prazo indeterminado. O contrato de experiência constitui uma possibilidade do empregador em submeter o empregado a um período de prova, contratando-o antes a título experimental, até porque a aprovação ou não seria de escolha do empregador. Inadmissível portanto contrato de experiência na forma verbal. (TRT da 2ª Região, Proc. 02970085032, Ac. 7ª T., 02980005910, DOESP 13/02/1998, Rel.: José Mechango Antunes.).

Carteira de Trabalho e Previdência Social. Obrigatoriedade das anotações do contrato de experiência. A anotação do contrato de experiência na CTPS constitui formalidade indispensável à validade do ajuste, na forma do art. 29 da CLT, já que se trata de condição extraordinária relativa à duração do pacto e à forma de sua execução. (TRT da 12ª Região, Ac. 1ª Turma 07934/1997, TRT-SC-RO-V-8218/1996, DJ/SC 04/08/1997, p. 103, Rel.: Juiz Humberto D'Ávila Rufino.).

Carteira de Trabalho e Previdência Social. Obrigatoriedade das anotações do contrato de experiência. A anotação do contrato de experiência na CTPS constitui formalidade indispensável à validade do ajuste, na forma do art. 29 da CLT, já que se trata de condição extraordinária relativa à duração do pacto e à forma de sua

<sup>43</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111.

<sup>44</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 250.

<sup>45</sup> SEGAL, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 76.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual de contratos de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>47</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 293/294.

execução. (TRT da 12ª Região, Ac. 1ª Turma 07934/1997, TRT-SC-RO-V-8218/1996, DJ/SC 04/08/1997, p. 103, Rel.: Juiz Humberto D'Ávila Rufino.).

Na corrente contrária, Renato Saraiva:

Apesar de não existir no texto consolidado a obrigatoriedade do contrato de experiência ser pactuado por escrito, em vários concursos públicos nos quais este tema foi abordado a resposta considerada correta apontou que o contrato de experiência deve ser estipulado por escrito.

Não obstante, entendemos que o contrato de experiência poderá ser pactuado de forma verbal, em função de essa possibilidade estar prevista nos arts. 443 e 447 consolidados.<sup>48</sup>

No direito comparado, também verifica-se a tendência em exigir a forma escrita, como demonstra Alice Monteiro de Barros:

Saliente-se, apenas para argumentar, que o contrato de experiência está previsto em algumas legislações estrangeiras, inclusive no Código Civil italiano, cujo art. 2.096 o denomina *patto di prova*. O *caput* do citado preceito legal exige, expressamente, a forma escrita para este contrato, salvo disposição expressa prevista nos contratos coletivos. A mesma exigência consta do Estatuto do Trabalhador Espanhol (art. 14), do Código do Trabalho da Colômbia e do Panamá. Logo, a tendência na legislação estrangeira é exigir a forma escrita para esses ajustes.<sup>49</sup>

Assim sendo, para preservar a segurança da relação jurídica entre empregado e empregador, o ideal é que o *contrato de experiência* seja anotado na CTPS. No entanto, não havendo pactuação expressa deste tipo de contrato, ele não será nulo.

Conforme posicionamento defendido acima, reconhece-se o acordo tácito em defesa do vínculo empregatício. Porém, caberá à parte interessada provar que o contrato era de experiência, já que este é excetivo.

#### 4. Prorrogação do Contrato de Experiência

O *contrato de experiência*, de acordo com o texto legal, pode ser pactuado por, no máximo, um período de 90 dias. A CLT ainda prevê que este contrato somente pode ser prorrogado por uma única vez. Assim expressa o texto legal: “Art. 451. O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo”.

A soma do primeiro prazo com o segundo, na hipótese de prorrogação, nunca poderá exceder aos 90 dias previstos legalmente. Este é o posicionamento do Superior Tribunal do Trabalho em sua Súmula 188: “O contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias”.

<sup>48</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 84.

<sup>49</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 126.

Não há texto legal que esclareça sobre o prazo que deverá prevalecer na prorrogação. Deste modo, entendem os doutrinadores que o prazo da prorrogação poderá ser superior ao primeiro pactuado. Por exemplo: Pactua-se inicialmente por 30 dias e prorroga-se por 60 dias.

Sobre a prorrogação do contrato de experiência, Sérgio Pinto Martins:

Em hipótese alguma, pode exceder o contrato de experiência a 90 dias, seja na prorrogação (S. 188 do TST), seja por uma única contratação. Assim, não é possível prorrogar um contrato de experiência de 90 dias por mais 90 dias, pois o prazo máximo de 90 dias contido no parágrafo único do art. 445 da CLT foi excedido. Entretanto, será possível a contratação por 30 dias e a prorrogação por mais 60 dias, ou ser combinado o pacto por 20 dias e a prorrogação por mais 70 dias, ou o ajuste por 45 dias e a prorrogação por mais 45 dias. Nesses casos, o prazo máximo foi observado e também foi feita apenas uma única prorrogação<sup>50</sup>.

A prorrogação do contrato em análise far-se-á expressamente, assim como sua pactuação, e pelos fundamentos desta, conforme supra analisado.

Caso a prorrogação fosse permitida na modalidade tácita, indubitável seria o prejuízo ao trabalhador, já que, na prática, este não teria conhecimento da prorrogação e continuaria a trabalhar sob a crença de que seu pacto teria passado a vigorar como contrato por prazo indeterminado.

Neste sentido, Marcelo Segal entende que: “A eventual prorrogação não pode ser presumida. A mesma manifestação de vontade criadora do contrato a termo é exigida em eventual prorrogação, não se admitindo que seja tácita”<sup>51</sup>.

A respeito de inserção de *cláusula de prorrogação automática*, Alice Monteiro de Barros adverte:

A jurisprudência diverge quanto à possibilidade de inserção de cláusula de prorrogação automática do contrato de experiência. Uma corrente nega validade às cláusulas de prorrogação automática do contrato de experiência, por deixar o empregado na incerteza quanto ao verdadeiro término do contrato determinado. Outros a admitem, desde que o somatório do contrato inicial e a respectiva prorrogação não ultrapasse noventa dias<sup>52</sup>.

Sobre a possibilidade deste tipo de cláusula, faz-se uma crítica: sua validade poderia causar prejuízo e imoral violação aos direitos do trabalhador. É o caso do empregador que não quer abrir mão do prazo de 90 dias para a experiência, mas também quer assegurar-se em caso de precisar dispensar o trabalhador antes deste prazo. A cláusula de prorrogação automática deixa claro que a intenção real do empregador é da experiência de 90 dias. No entanto, não se valendo positivamente da experiência, dispensa o trabalhador dentro do primeiro prazo, furtando-se de arcar com a multa de 50%, de indenização, prevista no art. 479 da CLT.

<sup>50</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 112.

<sup>51</sup> SEGAL, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 76.

<sup>52</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 130/131.

Diante do exposto, pode-se concluir que a não observância do prazo máximo de 90 dias ou a prorrogação por mais de uma vez, ou por prazo que supere aqueles 90 dias, torna o *contrato de experiência* em contrato por prazo indeterminado.

## 5. Término do Contrato de Experiência

Extingue-se o *contrato de experiência* após transcorrido o prazo pactuado. É uma característica fundamental, em um contrato por prazo determinado, o prévio conhecimento, pelas partes pactuantes, do termo final. Assim expressa José Luiz Ferreira Prunes:

Já quando da contratação as partes ajustam, nos contratos por prazo determinado, o término da relação de emprego. Isso tanto se pode dar pelo decurso do tempo expresso através de uma data, como também de acontecimento previsível. Os simples casos de contrato por prazo determinado (nas hipóteses previstas e permitidas em lei) apontam para tal data ou acontecimento e, ainda, registra-se a possibilidade de prorrogação (por prazo determinado ou indeterminado). No caso dos contratos de experiência, também as partes ajustam a duração do período de prova e, necessariamente, sua data fatal. Assim, no que se refere ao final do relacionamento, não há a necessidade de um aviso específico (e posterior ao início do contrato), eis que o derradeiro dia já foi previamente ajustado<sup>53</sup>.

Assim, não há que se falar em aviso prévio por término do contrato de experiência. Todavia, se houver cláusula assecuratória de rescisão antecipada, a parte que não deu causa à dissolução antecipada do contrato terá direito ao aviso prévio, conforme previsão do art. 481 da CLT:

Art. 481. Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

Devido ao grande número de reclamações trabalhistas em que havia a pretensão de receber o aviso prévio, nos casos de dissolução antecipada do contrato de experiência, apesar da previsão legal acima transcrita, assim sumulou o TST: “Súmula 163. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas nos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT”. Tal súmula dissipou eventuais dúvidas sobre a aplicação de aviso prévio nos contratos de experiência.

Em regra, a dissolução antecipada do contrato de experiência gera direito à parte que não deu causa ao seu término, a 50% da remuneração que seria devida até o termo do contrato, conforme dispõe o art. 479 da CLT.

---

<sup>53</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 201.

Tanto na hipótese de término do contrato pelo termo previamente ajustado, quanto pela ruptura antecipada, mas sem justa causa, o empregado terá direito às férias e gratificação natalina proporcionais, além do levantamento do FGTS.

Caso a ruptura antecipada tenha ocorrido por culpa do empregador, o empregado ainda terá direito ao levantamento do FGTS acrescido da multa de 40%. Ocorrendo a dispensa por justa causa, o empregado somente terá direito ao saldo de dias trabalhados.

Havendo continuidade na prestação de serviços após o término do contrato de experiência, este transmuda-se em contrato por prazo indeterminado. Assim escreve Marcelo Segal:

Se o contrato de experiência tiver seu limite legal excedido, transforma-se automaticamente em contrato por prazo indeterminado, sendo desnecessária qualquer manifestação das partes neste sentido. Esta nova modalidade contratual retroagirá ao primeiro dia de trabalho como se desde o início este trabalhador houvesse sido contratado por prazo indeterminado<sup>54</sup>.

Não há que se falar em *estabilidade* no caso de pactuação de *contrato de experiência*. Assim nos ensina Maurício Godinho Delgado:

A prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses já legalmente restringidas, torna incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta – e que teria o condão de indeterminar o contrato, alargando o lapso contratual por período múltiplas vezes mais amplo do que o curto período licitamente pactuado<sup>55</sup>.

Por fim, conclui-se que, ao término do prazo estipulado no contrato de experiência, pode este transformar-se em contrato por prazo indeterminado, com todas as consequências próprias deste, ou simplesmente romper-se o vínculo entre empregador e empregado, com o cumprimento das obrigações acima descritas.

## Conclusão

Diante do exposto neste artigo, chega-se a conclusão de que o legislador, quando da criação das normas protetoras deste contrato, idealizava que todo contrato de trabalho fosse pactuado expressamente. A permissão para que ele fosse pactuado de forma tácita ou verbal, justifica-se pela intenção de proteger o vínculo empregatício e, conseqüentemente, os direitos e interesses dos empregados. Com isto, evita-se infrutíferas discussões judiciais baseadas em mera formalidade legal.

---

<sup>54</sup> SEGAL, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 76.

<sup>55</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 537.

Sobre a prorrogação do contrato de experiência verifica-se que não há previsão legal quanto ao prazo que deve prevalecer nesta, podendo ser a prorrogação pactuada por período superior, igual ou inferior ao primeiro, desde que a soma de ambos não ultrapasse 90 dias. O TST já se manifestou neste sentido, deixando claro que, independente dos prazos, basta que a soma não ultrapasse os 90 dias e não haja mais de uma prorrogação.

O presente artigo apenas buscou analisar as regras de proteção ao trabalhador, no que dizem respeito ao *contrato de experiência*, trazendo uma forma lógica de interpretá-las e integrá-las ao seu contexto, demonstrando a inteligência do legislador ao prever a forma tácita de pactuação do contrato de experiência, possibilitando a aplicação da lei ao caso concreto e, com isto, efetivando-se a proteção aos direitos do trabalhador.

### Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual de contratos de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2008.

SEGAL, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.