

O “PRINCÍPIO” DA MITIGAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA (RESTRITA) APLICABILIDADE DA REGRA DA IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL AO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Daniel Pires Novais Dias

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), em doutorado sanduíche com a Ludwig-Maximilians-Universität em Munique (LMU);

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP).

Resumo: Neste artigo analisa-se a aplicabilidade analógica da regra da irreparabilidade do dano evitável, presente no direito civil, ao direito do trabalho. Segundo essa regra, o devedor não responde pelo dano decorrente da sua inexecução, mas que o credor poderia razoavelmente ter evitado. Transpondo para o direito do trabalho, a principal questão analisada é a de se, em caso de dispensa ilícita, o empregador poderia deixar de indenizar, ou ter o valor da indenização reduzido, sob o argumento de que o empregado poderia ter evitado o próprio prejuízo. Para ilustrar a investigação, apresenta-se brevemente o instituto da mitigação de danos no sistema jurídico anglo-americano e a sua expressão no direito do trabalho dos EUA, Inglaterra e Canadá, onde se reconhece que o empregado dispensado ilícitamente tem de tentar obter outro emprego para mitigar o próprio prejuízo, sob pena de ter a sua indenização, em face do ex-empregador, reduzida ou excluída. No direito brasileiro, com exceção das situações de acidente de trabalho, são analisadas as diversas situações com potencial para aplicação da regra da irreparabilidade, em especial os casos envolvendo falta de aviso prévio, dispensa imotivada de empregado estável e dispensa discriminatória. Em conclusão, verifica-se que a aplicabilidade analógica da regra de irreparabilidade do dano evitável é bastante restringida pelo fato de o direito do trabalho já regular de maneira exauriente e taxativa muitas das hipóteses de responsabilidade civil por inadimplemento contratual em relação de emprego. Essa regra é, todavia, aplicável aos casos de dano decorrente da falta do aviso prévio por parte do empregado, mas que o empregador poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis de diligência ou cuidado.

Sumário: 1 Introdução – 2 A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro – 3 A mitigação dos danos no direito do trabalho do sistema anglo-americano; 3.1 O instituto da mitigação dos danos – 3.2 Da mitigação dos danos no direito do trabalho; 3.2.1 Em caso de despedida sem o devido aviso prévio; 3.2.2 Em caso de discriminação laboral nos EUA –

4 A irreparabilidade do dano evitável no direito do trabalho brasileiro; 4.1 Dano evitável envolvendo aviso prévio; 4.1.1 Falta por parte do empregador; 4.1.2 Falta por parte do empregado; 4.2 Dispensa de empregado estável e dano evitável; 4.2.1 Estabilidade provisória; 4.2.1.1 Evolução do tema, posição prevalecente e apreciação crítica dos seus fundamentos; 4.2.1.1.1 Da suposta liberdade de escolha entre reintegração e indenização; 4.2.1.1.2 Da suposta irrenunciabilidade do direito à estabilidade; 4.2.1.1.3 Da suposta dissociação entre o art. 10, II, do ADCT e a estabilidade; 4.2.1.2 Conclusão: inaplicabilidade da irreparabilidade do dano evitável; 4.2.2 Estabilidade celetista ou decenal; 4.3 Despedida imotivada de contrato a termo; 4.4. Dispensa discriminatória – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a aplicabilidade da regra da irreparabilidade do dano evitável ao direito do trabalho. Essa análise tem por base duas premissas. De um lado, no direito civil brasileiro vigora a regra da irreparabilidade do dano evitável, a qual estabelece que o devedor inadimplente não responde pelo dano decorrente da sua inexecução, mas que o credor poderia ter evitado mediante o emprego de comportamento de diligência normal.

Por outro lado, no direito do trabalho de países componentes do sistema jurídico anglo-americano, vigora norma análoga de limitação de responsabilidade, em que o devedor inadimplente (geralmente o empregador) não responde pelo dano decorrente da sua inexecução, mas que o credor inadimplido (normalmente o empregado) poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis de cuidado, como a tentativa de obter outro emprego, em caso de despedida ilícita.

Em face dessas duas premissas, investiga-se se, também no direito do trabalho brasileiro, a regra de irreparabilidade do dano evitável seria aplicável. Formulando a questão de maneira metodologicamente mais precisa, analisa-se se a norma de irreparabilidade do dano evitável, presente no direito civil brasileiro, é analogicamente aplicável ao direito do trabalho. E, caso positivo, em que medida.

Para proceder a essa investigação, parte-se de uma apresentação mais detida das duas referidas premissas, expondo com mais detalhes tanto a irreparabilidade do dano evitável no direito civil quanto o instituto da mitigação existente no direito do trabalho comparado. Em seguida, procede-se a uma análise da aplicabilidade da regra de irreparabilidade do dano evitável no direito do trabalho brasileiro.

Mas antes de iniciar propriamente essa investigação, cabem duas observações. Primeiramente, não são analisadas neste artigo as situações de acidente de trabalho. Essa exclusão deve-se mais a peculiaridades do regramento civil brasileiro, do que da referida situação em si. Os acidentes de trabalho são situações de potencial aplicação da regra de irreparabilidade do dano evitável, pois há casos em que a adoção de medida razoável por parte do empregado lesionado, como se submeter a tratamento médico simples, minimizaria o dano decorrente da sua lesão corporal. Contudo, o valor da indenização em casos de lesão corporal é regulado por dispositivos específicos no Código Civil brasileiro (arts. 949 e 950). E na presente investigação parte-se, de maneira distinta, exclusivamente da previsão geral da regra de irreparabilidade do dano evitável, como será mais bem detalhado abaixo.

Por fim, a breve apresentação da experiência do instituto da mitigação de danos no sistema anglo-americano não significa, de maneira nenhuma, um processo de recepção de instituto de direito estrangeiro. Essa apresentação tem a finalidade exclusiva de ilustrar a aplicação da regra análoga à irreparabilidade do dano evitável, presente no direito do trabalho anglo-americano, divulgando por exemplo as situações em que a aplicação dessa regra normalmente ocorre, o que permite que se tenha uma referência concreta e prática para uma melhor investigação do tema no direito pátrio. Contudo, a regra da irreparabilidade do dano evitável tem fundamento legal no próprio ordenamento jurídico brasileiro, o que afasta qualquer possibilidade de se estar aqui perquirindo a recepção de instituto de direito estrangeiro.

2 A IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Segundo o art. 403 do Código Civil, o devedor inadimplente não responde pelo dano decorrente da sua inexecução, mas que o credor inadimplido culposamente (mediante dolo ou negligência) deixou de evitar. Ou seja, o devedor inadimplente não responde por dano que o credor poderia ter evitado, mas deixou de fazê-lo intencionalmente (dolo), ou pela inobservância de deveres de cuidado que uma pessoa razoavelmente diligente teria observado nas circunstâncias do caso concreto (negligência). Essa construção normativa é sintetizada por meio da assertiva de que o devedor não responde por dano evitável.

Textualmente, o art. 403 prevê que as perdas e danos incluem apenas os prejuízos efetivos e lucros cessantes por “efeito direto e imediato” da inexecução do devedor.

Contudo, como é tradicionalmente reconhecido,¹ essa expressão legal “efeito direto e imediato” não pode ser compreendida em seu sentido literal. O método literal de interpretação levaria, nesse caso, a resultados inadmissíveis, como o de responsabilizar o devedor apenas pelo dano que correspondesse à lesão direta do bem objeto da obrigação inadimplida (efeito direto) ou pelo dano que se produzisse instantaneamente à inexecução (efeito imediato). De maneira distinta, é sabido que o devedor responde também por dano ligado indiretamente ao objeto da obrigação e por dano que ocorra apenas posteriormente à inexecução. Esse é o caso, por exemplo, da responsabilidade por lucro cessante. Essa espécie de dano muitas vezes não é direto, pois não está ligado diretamente à lesão do bem objeto da obrigação, mas sim à utilização desse bem pelo credor. O lucro cessante também não é muitas vezes uma consequência imediata da inexecução, mas sim um efeito patrimonialmente negativo que se manifesta ao longo do tempo.²

A regra de irreparabilidade do dano evitável é extraível do art. 403 do Código Civil a partir de uma interpretação histórica e confirmada por uma análise comparatística de sistemas jurídicos afins ao brasileiro em matéria de perdas e danos, especialmente o direito francês. Desde a origem remota dessa previsão legal, na doutrina francesa jusracionalista, durante a Idade Média, é detectável uma relação intimamente próxima entre as ideias de irreparabilidade de danos distantes, remotos e daqueles evitáveis pelo credor. Essas ideias foram reunidas e fundidas na previsão de limitação da responsabilidade do devedor à “consequência imediata e direta” da sua inexecução, presente no art. 1151 do Código Civil francês de 1804 e no art. 1229 do Código Civil italiano de 1865. Essa construção refletiu-se no direito brasileiro: o Código Civil de 1916 estabeleceu o efeito direto e imediato da inexecução como limite da responsabilidade do devedor inadimplente (art. 1060), e parte considerável da doutrina brasileira da época excluía a responsabilidade do devedor pelo dano evitável com base nesse dispositivo. E no Código Civil vigente, a limitação da responsabilidade ao efeito direto e imediato da inexecução encontra-se, como sabido, no art. 403.³

¹ Ver, por todos: Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 356 ss.

² Sobre a crítica à compreensão literal dos termos “imediato” e “direto” como limite da responsabilidade do devedor inadimplente, por todos, ver: Paolo Forchielli. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 33 ss.

³ Sobre o desenvolvimento histórico da regra de irreparabilidade do dano evitável, ver: Daniel Pires Novais Dias. *A corresponsabilidade do lesado: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. 2016. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, fl. 24 ss.

A percepção de que o limite da responsabilidade ao efeito direto e imediato da inexecução impõe a irreparabilidade do dano evitável pelo credor passou por um período de esquecimento na França e no Brasil, especialmente durante o final do século XX e início do século XXI. Entre outros fundamentos, esse esquecimento deve-se em grande parte à falta de clareza da expressão legal. Nada obstante, a relação entre efeito direto imediato e dano evitável tem sido relembrada por diversos autores, o que tem novamente influenciado a percepção da comunidade jurídica acerca do tema, em especial na França e no Brasil.⁴

Assim, apesar de breve período de esquecimento, desde a origem e durante séculos de desenvolvimento em diferentes países, o dano evitável pelo credor é tido como efeito indireto e mediato da inexecução. Seguindo essa tradição, no direito vigente, o art. 403 Código Civil estabelece que o devedor inadimplente não responde por dano razoavelmente evitável pelo credor.⁵

3 A MITIGAÇÃO DOS DANOS NO DIREITO DO TRABALHO DO SISTEMA ANGLO-AMERICANO

Em países do sistema jurídico anglo-americano, como Inglaterra, EUA e Canadá, um empregado que foi dispensado ilicitamente tem de tomar medidas razoáveis para tentar encontrar um novo emprego, sob pena de ter sua indenização reduzida na medida da extensão do dano que poderia ter evitado sofrer. Além disso, a reparação financeira devida pelo ex-empregador é reduzida no valor das remunerações trabalhistas que o ex-empregado receber de outras fontes durante o período de aviso prévio. Nos EUA, a legislação também prevê que, em caso de despedida discriminatória, as “receitas interinas ou valores obteníveis com razoável diligência” pela pessoa discriminada devem reduzir o valor da remuneração correspondente ao período em que ela passou indevidamente afastada do trabalho.

Essas regras são expressões, no contexto laboral, de normas gerais que compõem a mitigação dos danos, instituto que permeia todo o direito da indenização do sistema jurídico anglo-americano.

3.1 O INSTITUTO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS

⁴ Ver Dias, op. cit. n. 3, fl. 123 ss.

⁵ Para uma análise aprofundada do fundamento da irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro, ver Dias, op. cit. n. 3, fl. 176 ss.

A mitigação dos danos (*mitigation of damages*) é um instituto consagrado no chamado “direito da indenização” (*law of damages*), ou seja, entre as normas utilizadas pelos tribunais para determinar o valor da indenização, em casos de responsabilidade civil tanto contratual quanto extracontratual. O instituto é composto por três regras. A primeira, também conhecida como a “regra das consequências evitáveis”, afirma que o réu não é responsável por perdas resultantes do seu ato ilícito – quebra de contrato ou delito civil –, se o autor poderia ter razoavelmente evitado ou mitigado essas perdas.⁶

A segunda regra autoriza o reembolso de despesas razoáveis que o lesado realize na tentativa de mitigar danos, independentemente do sucesso de tal tentativa. E a terceira, também conhecida como a “regra das consequências evitadas”, afirma que o réu não é responsável por perdas que o autor conseguiu evitar ou mitigar, independentemente do fato de as circunstâncias do caso indicarem ou não que o autor tinha um dever de mitigar.⁷

Na exposição em seguida, envolvendo a mitigação no direito do trabalho do sistema anglo-americano, é enfocada principalmente a regra das consequências evitáveis. Esse enfoque se deve pelo recorte da presente investigação, em que se analisa a aplicabilidade analógica ao direito do trabalho brasileiro da regra da irreparabilidade do dano evitável,

⁶ Ver os *Restatement (Second) of Contracts* § 350(1) e *Restatement (Second) of Torts* § 918(1). A tradição e a importância do instituto da mitigação de danos são expressamente referidas por vários estudiosos do sistema jurídico anglo-americano. Enfocando prioritariamente a regra das consequências evitáveis, ver ilustrativamente as declarações dos seguintes autores: Yehuda Adar, *Comparative negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion*, in *Quinnipiac Law Review* (Quinnipiac L. Rev.), vol. 31, 2013, p. 810 (“A mitigação tem sido por séculos considerada por ambos os tribunais e comentaristas como um instituto do sistema anglo-americano universalmente aceito e tido em alta conta.”); Solène Rowan. *Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 142 (“princípio fundamental do direito da indenização na Inglaterra”); John D. Calamari e Joseph M. Perillo. *The law of contracts*. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 610-611 (“raiz de muitas das regras do direito da indenização. [...] também uma premissa tácita na maioria das regras de indenização em geral”); Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virginia Law Review* (Va. L. Rev.), vol. 69, 1983, p. 967 (“o dever de mitigar é um princípio do direito dos contratos universalmente aceito”); Clive M. Schmitthoff. *The duty to mitigate*, in *The journal of business law*, 1961, p. 361 (“um princípio consagrado do direito inglês”).

A regra das consequências evitáveis também se faz presente em países de tradição romana, por meio da correspondente regra de irreparabilidade do dano evitável, presente no art. 1227 II do Código Civil italiano, no art. 1151 do Código Civil francês e no art. 403 do Código Civil brasileiro. Para uma análise detalhada da relação entre esses dispositivos e a regra de irreparabilidade do dano evitável, ver: Dias, op. cit. n. 3, fl. 123 ss.

Por fim, essa regra é também encontrada em diversos projetos de unificação internacional do direito privado e em convenções de direito internacional. Entre outros, ver a Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, art. 77), os Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (PICC, Art. 7.4.8(1)), o Direito Comum Europeu da Compra e Venda (CESL, Art. 163), os Princípios do Direito Contratual Europeu (PECL, Art. 9:505(1)), o Projeto Quadro Comum de Referência (DCFR, Art. 3:705), o Estudo de Viabilidade para um Futuro Instrumento no Direito Contratual Europeu (FS, Art. 167(1)) e os Princípios Acquis (ACQP, Art. 8:403)

⁷ Para essa “taxinomia tripartite”, ver: Adar, op. cit. n. 6, p. 792; Michael Bridge. *Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss*, in *Law Quarterly Review*, vol. 105, 1989, p. 398; Harvey McGregor. *McGregor on Damages*. 19th ed. London: Thomson Reuters, 2014, p. 250; H. G. Beale. *Chitty on contracts*. 32nd ed. London: Thomson Reuters, 2015, p. 1849. Dan Dobbs adota estas três regras, mas acrescenta uma quarta (Dan B. Dobbs. *Law of remedies: damages-equity-restitution*. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1993, § 3.9, p. 271).

presente no art. 403 do Código Civil brasileiro, norma equivalente à regra das consequências evitáveis, presente no sistema anglo-americano. Além disso, pode-se acrescentar que a regra das consequências evitáveis é a mais importante do instituto da mitigação dos danos,⁸ que a segunda regra desse instituto pode ser vista como um mero desdobramento da primeira⁹ e que a terceira regra, no direito brasileiro, pode ser vista como uma expressão do pressuposto do dano para que haja obrigação de indenizar (art. 927, CC).

Por fim, convém referir que a nomenclatura a respeito do instituto da mitigação de danos é bastante variável na doutrina anglo-americana. Há quem chame esse instituto meramente por “mitigação de danos” (*mitigation of damages*)¹⁰ ou mesmo apenas mitigação (*mitigation*),¹¹ princípio de mitigação (*mitigation principle*),¹² dever de minimizar danos (*duty to minimize damages*),¹³ dever de mitigar (*duty to mitigate*)¹⁴ ou dever de mitigar a perda (*duty to mitigate the loss*).¹⁵ A principal crítica que a doutrina tem feito é o da equivocidade da expressão “dever” de mitigar, porque o autor não incorre em responsabilidade por não minimizar o seu próprio dano.¹⁶ Em vez disso, o réu simplesmente não é responsável pela perda que o autor poderia ter evitado.¹⁷

Além disso, é importante notar que a mitigação de danos não tem a natureza de princípio jurídico – por isso foram utilizadas aspas no título do presente artigo –, mas de instituto jurídico. Sem adentrar à profunda controvérsia sobre o conceito de princípio

⁸ Ver Goetz e Scott, op. cit. n. 6, p. 967 n. 2 (“O princípio das consequências evitáveis [...] é a peça central do princípio da mitigação.”); Adar, op. cit. n. 6, p. 792 (“a primeira regra, que é universalmente considerada a mais fundamental das três”). A formulação original dessa regra foi dada pelo Visconde Haldane no caso *British Westinghouse Electric v Underground Electric Railways* (AC 673, 689 (House of Lords, 1912)).

⁹ Segundo Dobbs, essa regra é o lado positivo da regra das consequências evitáveis. Ver Dobbs (op. cit. n. 6), p. 273.

¹⁰ John Goldberg et al. *Tort law: responsibilities and redress*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer, 2012, p. 503.

¹¹ G. H. Treitel. *The law of contract*. 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 1058 ss.

¹² Goetz e Scott, op. cit. n. 6, p. 967 ss.

¹³ Ver Charles T. McCormick. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West Publishing, 1935, p. 128.

¹⁴ Treitel, op. cit. n. 11, p. 1058 ss.

¹⁵ Charles Fried. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2nd ed. Oxford et. al.: Oxford University Press, 2015, p. 131. Haldane, in *British Westinghouse*, op. cit. n. 8, p. 689.

¹⁶ Para manifestações da doutrina norte-americana, ver: Comentário ao § 350 do *Restatement (second) of Contracts*; Goldberg et al., op. cit. n. 10, p. 503; Dobbs, op. cit. n. 6, p. 271 n. 5; McCormick, op. cit. n. 13, p. 128; Goetz e Scott, op. cit. n. 6, p. 967 n. 1; Allan E. Farnsworth. *Contracts*. 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 779-780; James M. Fischer. *Understanding remedies*. New York; San Francisco: Mathew Bender, 1999, p. 63.

Para manifestações da doutrina inglesa, ver: Andrew Burrows. *Remedies for Torts and Breach of Contract*. 3rd ed. Oxford et. al.: Oxford University Press, 2004, p. 122; Bridge, op. cit. n. 7, p. 399; Beale, op. cit. n. 7, p. 1850; McGregor, op. cit. n. 7, § 9-017, p. 255. Para manifestações dos tribunais ingleses, ver: *Darbsshire v Warran*, 1 WLR 1067, 1075 (Court of appeal in England 1963).

Para manifestações da doutrina no campo do direito europeu dos contratos, ver: Reinhard Zimmermann. *Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*, in *The Edinburgh Law Review*, vol. 18, 2014, p. 219.

¹⁷ McCormick, op. cit. n. 13, p. 128.

jurídico,¹⁸ a referida natureza jurídica é demonstrável pelo fato de que, em termos analíticos, a mitigação de danos é formada por uma pluralidade de normas concatenadas (foram apresentadas três regras principais, mas há quem distinga quatro)¹⁹, às quais subjazem uma pluralidade de valores e pensamentos jurídicos.²⁰ E é a partir dessas características – da concatenação de distintas normas²¹ ou de diferentes pensamentos ou ideias jurídicas²² – que se extrai a categoria de instituto jurídico que qualifica a figura da mitigação de danos.

3.2 DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NO DIREITO DO TRABALHO

3.2.1 Em caso de despedida sem o devido aviso prévio

Em caso de dispensa ilícita (*wrongful dismissal*), o ex-empregado tem de adotar medidas razoáveis para encontrar outro trabalho,²³ sob pena de o Tribunal reduzir a sua indenização no valor do dano que ele poderia ter evitado sofrer, ou seja, no montante da remuneração que ele poderia ter obtido em outros empregos.²⁴ Nesse contexto, a situação mais comum de despedida ilícita é a de dispensa sem concessão do devido aviso prévio. Essa situação pode ocorrer em dois casos: ou quando o empregador despede o empregado sem justa causa, mas não lhe concede período suficiente de aviso prévio; ou quando o empregador dispensa o empregado alegadamente por justa causa, e conseqüentemente não lhe dá nenhum aviso prévio, mas as circunstâncias que levaram ao término da relação na realidade não configuram justa causa.

O fundamento material dessa regra baseia-se na finalidade do aviso prévio, que é a de dar ao empregado despedido tempo para arranjar outro emprego. O aviso prévio não visa,

¹⁸ Sobre essa controvérsia, ver: Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35 ss.

¹⁹ Ver acima n. 7.

²⁰ Sobre os fundamentos da irreparabilidade do dano evitável, ver: Dias, op. cit. n. 3, p. 176 ss.

²¹ Menezes Cordeiro define os institutos jurídicos como “um conjunto concatenado de normas e de princípios que permite a formação típica de modelos de decisão”. (António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil*, vol. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 924).

²² Canaris caracteriza os institutos jurídicos como figuras que se baseiam na “ligação de pensamentos jurídicos distintos”. (Claus-Wilhelm Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 50-51).

²³ Na doutrina inglesa, ver: Treitel, op. cit. n. 11, p. 1059. Na doutrina norte-americana, ver: Dobbs, op. cit. n. 6, p. 273.

²⁴ É o que se depreende das lições de Philip R. White (Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>). Ver também a seguinte nota prática: <http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/employment/document/393759/55T3-HSP1-F18B-S1K5-00000-00/Wrongful_dismissal_and_mitigation>.

portanto, a premiar o trabalhador pelo seu serviço já prestado e nem mesmo a punir o empregador por ter dispensado seu funcionário sem justa causa.²⁵

Em geral, entende-se que, para encontrar outro trabalho, o ex-empregado só tem de adotar medidas que sejam consideradas razoáveis à luz das circunstâncias do caso concreto.²⁶ De maneira mais detalhada, afirma-se que o empregado tem de agir como ele agiria se não fosse ser indenizado pelo antigo empregador. Fala-se simbolicamente que o empregado ilicitamente dispensado não pode “se sentar” e não fazer nada, com base no fato de que será posteriormente indenizado. Por outro lado, concede-se a ele um tempo razoável após a despedida para que possa “respirar”, antes de se lançar novamente ao mercado de trabalho. O empregado também é autorizado a ter ambições razoavelmente elevadas, isto é, a procurar (ao menos inicialmente) obter empregos com salário e status parecidos com os que ele tinha antes. Contudo, quando ele não consegue obter uma tal posição de trabalho, espera-se que o empregado vá diminuindo progressivamente as suas ambições e vá adquirindo uma visão mais realista e pragmática das suas perspectivas de emprego. Mas, como o trabalhador é a pessoa lesada pelo ato ilícito do empregador, a exigência de mitigação que sobre ele recai não deve ser indevidamente rigorosa. Assim, se houver algum bom motivo para o empregado não estar encontrando um novo trabalho, como uma doença ou uma recessão na indústria em que ele trabalha, não se entende que ele tenha deixado de mitigar a própria perda.²⁷

Nessa análise sobre o comportamento exigível do empregado dispensado, uma situação típica que recebe especial atenção da doutrina é a de oferta de recontração feita pelo ex-empregador ao ex-empregado. Entende-se que tal oferta não tem de ser aceita se, entre outros aspectos, o trabalhador não confiar em seu ex-empregador por causa do tratamento negativo que ele lhe dispensou no passado.²⁸ Assim, o ex-empregado não precisa aceitar a oferta, mesmo que feita nos mesmos termos do contrato original, se a dispensa ilícita ocorreu em circunstâncias de humilhação pessoal, como a despedida sob a acusação de má conduta feita perante seus colegas de trabalho.²⁹ De maneira mais geral, observa-se

²⁵ Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>.

²⁶ Treitel, op. cit. n. 11, p. 1060.

²⁷ Fonte: <http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/employment/document/393759/55T3-HSP1-F18B-S1K5-00000-00/Wrongful_dismissal_and_mitigation>. Há, contudo, distinções nas ilustrações dos autores acerca do que seria ou não razoável. Por exemplo, segundo o doutrinador inglês G. H. Treitel, o empregado dispensado irregularmente não precisa aceitar uma oferta de emprego que envolva uma redução do seu status, ou um grau inferior de trabalho (Treitel, op. cit. n. 11, p. 1060). Já o jurista americano Dan Dobbs apresenta uma posição mais rigorosa, afirmando que o empregado ilicitamente despedido não teria de “aceitar emprego *substancialmente* diferente, ou um salário *muito* mais baixo, ou uma posição humilhante ou degradante”. (Dobbs, op. cit. n. 6, p. 273, grifo nosso).

²⁸ Burrows, op. cit. n. 16, p. 123.

²⁹ Treitel, op. cit. n. 11, p. 1060; Bankes LJ. *Payzu Ltd v Saunders*, in *The Law Reports: King's Bench Division*, 1919, p. 588-589.

que, em função da natureza pessoal da relação de trabalho, a recusa a ser recontratado pelo próprio ex-empregador é mais difícil de ser considerada irrazoável.³⁰

No Canadá, houve recentemente uma importante alteração sobre a aplicabilidade da regra das consequências evitáveis aos contratos de trabalho com cláusula de rescisão que estabelece um período fixo ou uma fórmula para o cálculo do prazo de aviso prévio. Tradicionalmente, entendia-se que a referida regra se aplicava a esses contratos. Contudo, a partir de uma decisão em 2012 do Tribunal de Apelações de Ontário, o entendimento se inverteu: os referidos contratos não estão mais sujeitos à irreparabilidade do dano evitável, a menos que o contrato de trabalho afirme explicitamente o contrário.³¹

De maneira semelhante, o instituto da mitigação de danos não se aplica aos contratos de trabalho a termo, a menos que esses contratos estipulem expressamente o inverso. Assim, se um empregador rescindir um contrato a termo antes do prazo, ele é obrigado a pagar o empregado até o fim do termo previsto, independentemente de considerações mitigatórias. A mitigação também não se aplica a acordos posteriores à rescisão contratual que preveem o pagamento de uma só vez de todas as verbas rescisórias. Dessa maneira, um trabalhador despedido que recebe toda a indenização de uma só vez e começa um novo emprego durante o período de aviso prévio não é obrigado a restituir nenhuma quantia do pagamento unitário ao seu antigo empregador.³²

A aplicação da mitigação segue um padrão procedimental. O tribunal determina primeiramente o período razoável de aviso prévio ao qual o trabalhador dispensado teria direito, mas que o ex-empregador indevidamente não lhe concedeu. Em seguida, o juiz fixa os danos sofridos pelo empregado, por meio do cálculo da remuneração que o empregado deveria ter recebido durante esse período de aviso prévio. E então, desse valor indenizatório é descontada a remuneração obtida, ou obtível mediante esforço razoável, pelo reclamante a partir de outras fontes de emprego durante o período de aviso prévio. Por exemplo, se um tribunal concede ao empregado dez meses de aviso prévio no valor de \$ 100.000,00 e ele ganhou, ou ganharia mediante diligência razoável, o montante de \$ 25.000,00 em outro emprego, a indenização final do empregado despedido será de \$ 75.000,00.³³

Em uma reclamação trabalhista, o ex-empregador tem o ônus de alegar em sua defesa a falha de mitigação do ex-empregado e de provar os fatos que levam a essa conclusão. Por

³⁰ McGregor, op. cit. n. 7, cap. 9, nm. 55, p. 280

³¹ Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>.

³² Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>.

³³ Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>.

exemplo, para mostrar que o ex-empregado não realizou esforços razoáveis para obter outro emprego, o ex-empregador terá de fornecer evidências fáticas de que o trabalhador despedido teria encontrado novo emprego, se essas medidas razoáveis fossem tomadas. Ou seja, o ex-empregador precisa indicar o que o seu ex-funcionário deveria ter feito e fornecer evidências de que de fato havia trabalho disponível para esse indivíduo, o qual ele provavelmente teria obtido se tivesse a ele se candidatado.³⁴

3.2.2 Em caso de discriminação laboral nos EUA

Nos EUA, o Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964 proíbe a discriminação no emprego por raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade. As sanções previstas contra discriminação laboral são bem amplas. O tribunal pode proibir o empregador acusado de se envolver em tal prática ilegal e impor medidas que lhe pareçam adequadas, como reintegração profissional ou contratação de trabalhadores, com ou sem pagamento retroativo de diferenças salariais (*backpay*), além de alguma outra medida judicial (§ 706 (g)).

A sanção de pagamento retroativo de diferenças salariais encontra, no entanto, duas limitações. Por um lado, a responsabilidade do empregador pelo pagamento retroativo está limitada ao período de dois anos anteriores à apresentação da acusação à Comissão Americana para a Igualdade de Oportunidades no Emprego (EEOC). Por outro, “receitas interinas ou valores obteníveis com razoável diligência” pela pessoa discriminada devem reduzir o valor desse pagamento (§ 706 (g)). Essa segunda limitação é entendida como um dever do empregado discriminado de mitigar o próprio dano, decorrente da prática de discriminação laboral.

Essa regra de mitigação do próprio dano foi aplicada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Ford Motor Co. v EEOC*, julgado em 1982, envolvendo a discriminação de um grupo de mulheres, pelo seu sexo.³⁵ Entre os meses de junho e julho de 1971, três mulheres se candidataram para trabalhar em um armazém de peças da empresa Ford, exercendo a função de coletoras-empacotadoras, coletando peças encomendadas no

³⁴ Fontes: <http://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/employment/document/393759/55T3-HSP1-F18B-S1K5-00000-00/Wrongful_dismissal_and_mitigation>; <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>. Apesar de essa ser a regra geral, faz-se a seguinte recomendação prática para os próprios reclamantes: como a não tentativa de arranjar outro emprego pode levar o tribunal a reduzir a indenização do ex-empregado, “é importante para qualquer trabalhador despedido que está pensando em ajuizar uma ação por dispensa ilícita que documente sua busca de trabalho para ser capaz de provar que ele tem tomado medidas razoáveis para encontrar novo emprego”. (Fonte: <<http://employmentlaw101.ca/01-overview-the-duty-to-mitigate7/>>).

³⁵ *Ford Motor Co. v EEOC* (1982) 458 US 219, 102 S Ct 3057 (Título VII).

depósito e as empacotando para o transporte. À época, nenhuma mulher jamais havia trabalhado nesse cargo no armazém da Ford. As candidatas eram qualificadas para os cargos e se candidataram enquanto as vagas ainda estavam disponíveis. Contudo, as vagas foram preenchidas por três homens. Uma das candidatas apresentou então uma acusação ao EEOC, sob a alegação de que a Ford a havia discriminado por causa do seu sexo.

Em janeiro de 1973, duas das candidatas foram recontratadas para antigas posições que tinham exercido no passado na General Motors (GM). Em julho, uma posição de coletora-empacotadora vagou na Ford e a empresa a ofereceu sucessivamente a essas duas candidatas. A oferta não previa retroação do tempo de serviço ao momento da candidatura em 1971, mas não exigia que a ex-candidata desistisse da acusação com base em discriminação, ou seja, tratava-se de uma oferta incondicional. Ambas recusaram, pois não queriam ser a única mulher a trabalhar no armazém e não queriam perder o tempo de serviço já conquistado na GM.

Em 1974, o armazém da GM foi fechado e as duas trabalhadoras foram despedidas. Elas então tentaram obter outro emprego, mas sem sucesso. Em 1975, elas entraram em um programa de treinamento do governo para desempregados. A terceira candidata tentou mais uma vez, em 1973, ser contratada pela Ford, mas não obteve êxito. Desde a sua não contratação em 1971, ela trabalhou em outros lugares, embora com salários mais baixos do que ela teria ganhado na Ford. Em oposição às dificuldades dessas três candidatas, pelo menos dois dos três homens contratados pela Ford em 1971 seguiram trabalhando estavelmente no armazém da empresa.

Em julho de 1975, a EEOC processou a Ford, alegando que ela violara o Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964 – que proíbe a discriminação no emprego por raça, cor, religião, sexo ou origem nacional –, por ter se recusado a contratar mulheres em seu armazém. No julgamento, o Tribunal de primeira instância entendeu que a Ford tinha discriminado as três candidatas por causa do seu sexo e condenou a empresa a pagar as diferenças salariais entre o valor que elas teriam recebido se tivessem sido contratadas e os montantes efetivamente auferidos ou razoavelmente auferíveis por elas, a partir da data da candidatura até a data dessa decisão. O Tribunal não acolheu o argumento de defesa da ré de que as duas candidatas que recusaram a sua oferta de emprego não teriam direito ao pagamento retroativo de diferenças salariais a partir do momento dessa recusa.

Em sede de recurso, o Tribunal de segunda instância confirmou inteiramente a decisão recorrida. Mas, complementarmente, sugeriu que se a oferta de emprego da Ford tivesse

incluído a retroação do tempo de serviço à data da candidatura ao emprego, essa oferta teria interrompido a responsabilidade da empresa ré pelo pagamento retroativo de diferenças salariais. Contudo, sem a retroação do tempo de serviço, o Tribunal concluiu que a oferta da Ford era “incompleta e inaceitável”.

Em seguida, a Ford apresentou recurso à Suprema Corte dos EUA, sob o argumento de que a sua oferta incondicional de trabalho às duas candidatas deveria ter excluído o ulterior incremento da sua responsabilidade pelo pagamento retroativo de diferenças salariais. A Suprema Corte acolheu essa tese.

Segundo a fundamentação da Suprema Corte, a Ford e a EEOC apresentam padrões concorrentes para regular a responsabilidade por pagamento retroativo de diferenças salariais. A empresa ré sustenta que se o empregador faz uma oferta incondicional a um reclamante de contratação para o trabalho ao qual ele havia se candidatado, a recusa do reclamante interrompe o acúmulo contínuo de responsabilidade pelo pagamento retroativo de diferenças salariais. Já a EEOC argumenta que essa interrupção só ocorreria se a oferta incluísse retroação do tempo de serviço à data em que ocorreu a alegada discriminação. Em face dessa controvérsia, a Suprema Corte americana entendeu que o papel dela era o de determinar qual desses dois padrões coincide melhor com os objetivos maiores do Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964.

De acordo com a interpretação da Suprema Corte, o principal objetivo do Título VII é o de acabar com a discriminação, pois a vítima de tratamento discriminatório em contexto laboral quer emprego e não reclamações trabalhistas. Contudo, uma vez ocorrida a discriminação, o objetivo secundário do referido Título é o de reparar as vítimas pelas lesões sofridas. Assim, no entendimento da Suprema Corte, o padrão proposto pela Ford, para regular o pagamento retroativo de diferenças salariais, atende melhor o objetivo de acabar com a discriminação, como também repara devidamente as lesões sofridas pelas vítimas.

Nessa linha, a Suprema Corte afirma que se as duas candidatas tivessem rejeitado a oferta incondicional da ré antes da recontração pela GM, a interrupção da responsabilidade da Ford pelo pagamento retroativo de diferenças salariais seria claramente consistente com a reparação integral das lesões delas. Um reclamante desempregado ou subempregado, assim como todas as demais vítimas de discriminação laboral, está sujeito ao dever de minimizar o próprio dano, previsto no § 706 (g). Esse dever é radicado em um antigo princípio jurídico e impõe ao reclamante que se utilize de diligência razoável para encontrar outro emprego adequado. O empregado não é obrigado a mudar a sua linha de trabalho, a aceitar um

rebaixamento de cargo ou mesmo uma posição humilhante, mas ele perde o direito ao pagamento retroativo de diferenças salariais, se ele não aceitar um trabalho consideravelmente parecido com aquele que foi a ele discriminatoriamente negado. Portanto, um empregador acusado de ter praticado discriminação laboral pode interromper o agravamento da sua responsabilidade pela remuneração retroativa do empregado discriminado, por meio da oferta incondicional do trabalho para o qual ele se candidatou. Agindo assim, o empregador dá ao empregado a oportunidade para mitigar o próprio dano.

Segundo o entendimento da Suprema Corte americana, para ser eficaz, a oferta incondicional não tem de necessariamente incluir a retroação do tempo de serviço. Afinal de contas, o empregado discriminado obviamente teria de aceitar as ofertas de trabalhos equivalentes, feitas por outros empregadores, para o fim de mitigar o próprio prejuízo, mesmo que essas ofertas não previssem benefícios relativos a uma antiguidade ainda não alcançada. Se o empregado aceita a oferta incondicional do empregado e assim cumpre a regra de mitigação do próprio dano, ele permanece com o direito à reparação integral. Ou seja, ele ainda pode obter judicialmente o pagamento retroativo da remuneração anterior à oferta, a retroação do tempo de serviço e a indenização por quaisquer perdas sofridas como resultado de sua menor antiguidade antes da decisão do tribunal.

Em resumo, a Suprema Corte dos EUA concluiu que “a obrigação legal do reclamante desempregado ou subempregado de minimizar o próprio dano exige dele aceitar uma oferta incondicional do trabalho originalmente procurado, mesmo sem antiguidade retroativa”. O principal fundamento para essa conclusão foi a de que “a aceitação da proposta preserva, ao invés de colocar em risco, o direito do reclamante de ser integralmente indenizado”. Portanto, “a regra sugerida pela Ford apenas encarna a exigência existente do § 706 (g) de que o reclamante minimize os danos, sem afetar o seu direito à reparação”.

4 A IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Apresentadas as premissas, parte-se para a efetiva investigação da aplicação analógica ao direito do trabalho da regra, presente no art. 403 do Código Civil, de irreparabilidade do dano evitável. Por se tratar de uma aplicação analógica, devem ser observados os critérios gerais de aplicação da analogia, como a existência de lacuna e a semelhança valorativa entre

a situação regulada pela norma e a situação não prevista por ela,³⁶ como inclusive estabelece (ao menos em parte) o art. 8º da CLT.

A presente investigação parte da análise das situações existentes no direito do trabalho brasileiro que desafiam, ao menos em tese, a aplicação da regra da irreparabilidade do dano evitável, isto é, situações que envolvam responsabilidade civil do devedor e dano que o credor poderia ter razoavelmente evitado sofrer. Em seguida, passa-se à análise se o regramento trabalhista é lacunoso nesse particular, ou seja, se há abertura para a aplicação da regra de irreparabilidade do dano evitável.

4.1 DANO EVITÁVEL ENVOLVENDO AVISO PRÉVIO

Em um contrato de trabalho por tempo indeterminado, se uma das partes quiser rescindi-lo sem justa causa, ela deve cumprir a obrigação do aviso prévio, ou seja, comunicar à outra parte, com uma antecedência mínima de trinta dias, da sua vontade de extinguir o contrato (art. 487, CLT).

O aviso prévio tem a finalidade de atenuar o impacto da rescisão imotivada do contrato de trabalho, “conferindo ao contratante surpreendido certo prazo para se ajustar ao término do vínculo”.³⁷ O instituto visa, portanto, a “impedir que as partes sejam pegas de surpresa com a ruptura brusca do contrato indeterminado”.³⁸ O tempo a que alude o aviso prévio serve para que o empregado pré-avisado possa procurar um novo trabalho para garantir o seu sustento, ou para que o empregador pré-avisado possa providenciar a contratação de outro empregado para substituir aquele que está se demitindo.³⁹

Caso o empregador não cumpra o aviso prévio, o empregado terá direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso (art. 487, § 1º, CLT). E se a falta do aviso prévio for por parte do empregado, o empregador pode descontar os salários correspondentes ao período respectivo (art. 487, § 2º, CLT).

Em face desse regramento e inspirado na ideia de irreparabilidade do dano evitável, é possível levantar as seguintes questões: 1) Se o empregador não cumprir o aviso prévio, pode

³⁶ Sobre a analogia em geral, ver: Maria Helena Diniz. *As lacunas no direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141 ss.

³⁷ Maurício Godinho Delgado. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1307.

³⁸ Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 755. De maneira análoga, ver também: Orlando Gomes e Elson Gottschalk. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 390.

³⁹ Barros, op. cit. n. 38, p. 755.

ele se opor em juízo a indenizar, no todo ou em parte, os salários correspondentes ao período de pré-aviso, sob o argumento de que o empregado poderia ter conseguido facilmente outro emprego durante esse período? 2) E em caso de o empregado não pré-avisar, se esse inadimplemento gerar dano para o empregador, pode o empregado se defender em juízo, alegando que esse dano poderia ter sido razoavelmente evitado? A análise de cada uma dessas questões é feita em tópico próprio.

4.1.1 Falta por parte do empregador

A aplicabilidade analógica da regra de irreparabilidade do dano evitável à situação de falta do aviso prévio por parte do empregador encontra elementos favoráveis. Primeiramente, essa é uma situação de responsabilidade civil do devedor por inexecução obrigacional: a falta do aviso prévio constitui o inadimplemento da obrigação de pré-avisar, e os salários do período correspondente ao prazo do aviso passam, a partir do inadimplemento, a assumir a natureza jurídica de dano (lucro cessante) do empregado.

Além disso, existem situações em que esse dano pode ser evitado pelo empregado mediante a adoção de condutas razoáveis. Entre outras hipóteses, imagine-se o caso de um empregado dispensado sem justa causa em uma localidade em que há mais procura do que oferta de profissionais da sua área, ou então a situação em que, logo após ser dispensado imotivadamente, o empregado recebe a oferta de contratação para trabalho equivalente ao seu anterior.

Um terceiro ponto de apoio para a aplicabilidade da regra do dano evitável pode ser encontrado na Súmula 276 do TST, segundo a qual o pedido do empregado de dispensa do cumprimento do aviso prévio exime o empregador de pagar os salários correspondentes, quando haja comprovação de que o empregado obteve novo emprego. Essa regra pode ser encarada como uma expressão do instituto anglo-americano da mitigação de danos, mais especificamente da regra das consequências evitadas, segundo a qual é irreparável o dano que o lesado evitou sofrer, independentemente do juízo de razoabilidade sobre seu comportamento.⁴⁰ Esse é o caso descrito na Súmula 276 do TST: o empregado pré-avisado, que arranja rapidamente outro trabalho e pede dispensa do cumprimento do aviso prévio, não tem direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, porque durante esse período já estava trabalhando em outro emprego, ou seja, não tem direito de ser indenizado (salários

⁴⁰ Sobre a regra das consequências evitadas, ver acima o tópico “3.1 O Instituto da Mitigação dos Danos”.

durante o aviso prévio), pois não sofreu dano (lucro cessante, que se caracterizaria caso não houvesse percepção de salários nesse período).⁴¹

A aplicabilidade da irreparabilidade do dano evitável apresenta também coerência em relação à finalidade do aviso prévio. Como visto logo acima, o aviso prévio presta-se a fornecer ao empregado tempo para que ele arrume outro trabalho. Sendo assim, se o empregado pode encontrar outro emprego imediatamente ou, ao menos, em menos tempo do que o período do seu aviso prévio, o pagamento integral do aviso poderia ser considerado excessivo. E, em paralelo, ainda poderia ter um efeito colateral negativo, o de desestimular os empregados recém-dispensados a aproveitarem essas oportunidades de célere recolocação no mercado de trabalho, uma vez que apenas por meio desse não aproveitamento estaria garantida a percepção integral do aviso prévio.

Contudo, a forma como o aviso prévio é regrado no direito brasileiro apresenta elementos determinantes que inviabilizam a aplicação analógica da irreparabilidade do dano evitável aos casos de falta de aviso prévio por parte do empregador. Um primeiro aspecto é o fato de que o período de pré-aviso no direito brasileiro é determinado ou certo. Há o período mínimo de trinta dias (art. 7.º, XXI, CF e art. 1.º, *caput*, Lei 12.506/2011) e mais o aviso prévio proporcional, na razão de três dias a cada ano trabalhado, até o período máximo de 60 dias (art. 1.º, parágrafo único, Lei 12.506/2011). Esse critério certo e objetivo pode ser interpretado como sinal de que os legisladores constitucional e infraconstitucional quiseram garantir ao empregado esse período mínimo para que ele obtenha outro emprego. Esses legisladores, mesmo tendo podido fazê-lo, não estabeleceram exceção para essa regra, como a de que o aviso prévio não seria integralmente pago, se o empregado pudesse razoavelmente encontrar outro emprego em menos tempo do que o previsto. E também não se valeram de um regramento mais dinâmico e variável, como o de prever que a duração do aviso prévio corresponderia ao tempo razoavelmente necessário para o empregado obter outro emprego. A regulação mais estática, escolhida pelos legisladores brasileiros, atende a valores e interesses caros ao sistema jurídico brasileiro, como a previsibilidade e a segurança jurídica. Mais em particular, ela oferece vantagens ao empregado, como a de ele poder contar com o valor

⁴¹ Aplica-se analogicamente a Súmula 276 do TST ao caso em que há dispensa sem justa causa e ainda falta do aviso prévio por parte do empregador (e não pedido por parte do empregado de dispensa do cumprimento do aviso prévio), mas o empregado igualmente obteve outro emprego durante o aviso prévio? Sim, pois a razão de ser da Súmula se apresenta nessa situação. Ela se diferencia do caso regulado pela Súmula apenas por circunstâncias que não são decisivas para a sua aplicação. A diferença entre essas situações é a de que, em uma, o próprio empregado pede para não cumprir o aviso prévio e, na outra, a falta do aviso prévio é da parte do empregador. Contudo, em ambas, o empregado não sofre dano pela falta do cumprimento de aviso prévio, pois em ambas ele obtém remuneração por outro trabalho.

integral do aviso prévio para garantir o seu sustento, sem o risco de ser surpreendido com a sua redução (ou mesmo exclusão), sob o fundamento de que ele foi negligente por não ter arranjado outro trabalho durante o período de pré-aviso.

Um outro ponto que depõe contra a aplicabilidade analógica da irreparabilidade do dano evitável é que o período de aviso prévio no direito do trabalho brasileiro é relativamente curto, especialmente quando comparado com o período de aviso prévio a que se pode chegar nos países do sistema jurídico anglo-americano.⁴² No direito pátrio, parte-se de um período mínimo de trinta dias, podendo-se chegar ao período adicional de até sessenta dias, caso o empregado tenha trabalhado vinte anos (!) no mesmo emprego. Esse curto período de tempo afeta gravemente a possibilidade de se constatar na prática a irrazoabilidade do comportamento de um empregado que não obteve outro emprego durante o prazo de aviso prévio. Nos países do sistema anglo-americano, por exemplo, entende-se que após uma dispensa ilícita o empregado tem direito a um período para se restabelecer psicologicamente antes de ser instado a sair à procura de novos empregos.⁴³ O curto período de aviso prévio retira portanto o potencial de aplicação prática da irreparabilidade do dano evitável em caso de descumprimento da obrigação de pré-avisar por parte do empregado.

4.1.2 Falta por parte do empregado

O inadimplemento da obrigação de pré-avisar por parte do empregado pode gerar dano ao empregador. Imagine-se a seguinte situação: um empregador consegue, depois de muita procura, contratar um profissional altamente qualificado para trabalhar na sua fábrica em uma pequena, isolada e inóspita cidade do interior. Depois de algum tempo no trabalho, o empregado, que sempre viveu em grandes cidades, constata que não consegue se adaptar ao estilo de vida do interior e decide se demitir e retornar imediatamente para sua cidade natal. Ele então comunica ao empregador da sua demissão e que não irá cumprir o aviso prévio, preferindo que seja descontado o seu salário correspondente ao período respectivo. Contudo, para o empregador, a imediata demissão desse empregado gera uma situação desastrosa. Sem esse trabalhador, a atividade da fábrica irá parar, pois ele exerce uma função indispensável para a linha de produção. Para o empregador seria fundamental que o empregado cumprisse o período do aviso prévio, para que ele pudesse ter tempo de conseguir achar um outro empregado para substituí-lo. Mas o empregado mantém resolutamente a sua

⁴² Acima foi referida, em citação de lição de doutrinador canadense, a concessão de aviso prévio de dez meses. Ver o tópico “3.2.1 Situação de despedida sem o devido aviso prévio”.

⁴³ Ver o tópico “3.2.1 Situação de despedida sem o devido aviso prévio”.

decisão, vai imediatamente embora e a produção da fábrica efetivamente para, gerando para o empregador dano de grande extensão.

Contudo, adicione-se a esse caso a seguinte variação fática: o empregado descontente com a vida no interior, ciente da imprescindibilidade do seu posto trabalho para a continuação da produção da fábrica, consegue convencer um colega de profissão com qualificação equivalente à sua a substituí-lo em seu emprego. Assim, o empregado insatisfeito comunica ao empregador da sua demissão e da sua decisão de partir imediatamente, mas o informa também que há uma pessoa capaz e disposta a substituí-lo. O empregador, todavia, se recusa a liberar o empregado do seu aviso prévio e a contratar o seu colega, insistindo que o empregado teria de cumprir a sua obrigação e que ele precisa desse tempo para pessoalmente encontrar um substituto. Mas o empregado decide partir assim mesmo, ocasionando a interrupção da produção fabril. Indignado, o empregador ajuíza ação contra o empregado para obter reparação pelo dano sofrido, em decorrência do inadimplemento do empregado da sua obrigação de cumprir aviso prévio.

Nesse caso, seria possível o empregado se defender por meio do argumento de que o dano sofrido pelo empregador era razoavelmente evitável, mediante a contratação de outro empregado disponível? Em uma perspectiva metodologicamente mais evidente, a questão é se é possível, ou melhor, se faz sentido considerar a aplicação analógica da regra da irreparabilidade do dano evitável (art. 403, CC) ao caso. A resposta para esse questionamento passa primeiramente pela determinação se há ou não lacuna na CLT para a resolução desse problema. Ou seja, se a reparabilidade ou não do dano evitável pelo empregado já não é solucionada pela CLT.

Segundo o § 2º do art. 487 da CLT, único dispositivo que regula a situação em que o empregado descumpra a sua obrigação de pré-avisar, “a falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo”. Há duas posições acerca da natureza desse dispositivo. De um lado, afirma-se que esse desconto de salário “tem natureza jurídica de indenização tarifada por dano causado ao empregador”, pelo fato de o empregado não ter dado a ele tempo suficiente para arranjar outro empregado que iria substituí-lo.⁴⁴ Seguindo essa interpretação, não seria possível considerar a aplicação analógica da regra da irreparabilidade do dano evitável ao caso sob

⁴⁴ Vólia Bomfim Cassar. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 1041-1042. Luciano Martinez parece seguir essa linha de entendimento, pois trata como uma espécie de aviso prévio o “aviso prévio indenizado pelo empregado”. (Luciano Martinez. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 617).

análise, pois o art. 487, § 2º da CLT já estaria regulando a responsabilidade do empregado inadimplente e limitando o montante da indenização ao valor dos salários correspondentes ao período do aviso prévio não cumprido.

Por outro lado, entende-se que o art. 487, § 2º da CLT não trata de indenização, mas estabelece apenas o direito do empregador de descontar os salários correspondentes ao aviso prévio do empregado.⁴⁵ Por meio dessa interpretação, é perfeitamente possível considerar a aplicação analógica da irreparabilidade do dano evitável ao caso de inadimplemento do empregado da sua obrigação de pré-avisar. Se a previsão do art. 487, § 2º da CLT não regula a indenização do devedor, não há então nenhuma previsão na CLT que regula o limite da responsabilidade do empregado em decorrência do inadimplemento da sua obrigação de pré-avisar o empregador.

A segunda posição é a correta. A autorização do § 2º do art. 487 da CLT de desconto dos salários do empregado inadimplente não tem natureza jurídica de indenização tarifada. Em primeiro lugar, o simples fato de o empregado não ter cumprido a sua obrigação de pré-avisar o empregador não gera necessariamente dano. O empregador pode, por exemplo, achar rapidamente um substituto, ou os seus demais empregados podem “cobrir” temporariamente as tarefas do empregado que se demitiu, ou o período sem o empregado e sem um substituto pode gerar algum desconforto, mas não o suficiente para configurar dano material ou moral, ou o empregador poderia já não mais necessitar do empregado, gerando para aquele até mesmo uma situação econômica mais favorável. Assim, não é sempre, e quiçá nem a maioria das vezes, que a ausência de pré-aviso do empregado faz com que o empregador não tenha o mesmo incremento patrimonial (lucro cessante) ou, o que é ainda mais difícil, que ele tenha um decréscimo do seu patrimônio (dano emergente).

O art. 487, § 2º da CLT trata então efetivamente daquilo que ele prescreve: de uma autorização do empregador para descontar o salário do empregado que não cumpre aviso prévio. Como o empregado que não cumpre aviso prévio não trabalha o último mês, ele não faz jus ao salário e, exatamente por isso, o empregador pode descontar esse valor. Apesar de essa conclusão ser teoricamente extraível da regra geral da compensação (art. 368, CC), a existência dessa previsão expressa se justifica pelo fato de ela excepcionar a regra geral do direito do trabalho, que é de vedar ao empregador o poder de realizar qualquer desconto do salário do empregado (art. 462, CLT).

⁴⁵ TRT - 3ª R. - RO 0001157-05.2013.5.03.0079, 1ª T., Rel.ª Des.ª Conv.ª Maria Cecília Alves Pinto, DJEMG 23.5.14.

Conclui-se, portanto, que há uma lacuna na CLT acerca do limite da responsabilidade do empregado que não cumpre aviso prévio, pelo dano causado ao empregado em decorrência desse inadimplemento. Em face dessa lacuna, cabe então questionar: aplica-se analogicamente a regra da irreparabilidade do dano evitável (art. 403, CC) para delimitar a responsabilidade do empregado pelo dano causado ao empregador em decorrência do seu descumprimento do aviso prévio? A resposta é afirmativa. Os fundamentos materiais da regra de irreparabilidade do dano evitável no campo civil em geral estão presentes nessa situação de responsabilidade do empregado que não cumpre aviso prévio, como os elementos da causalidade, da eficiência econômica e da autossuficiência.⁴⁶ Além disso, reforça ainda mais essa aplicação analógica o fato de a regra da irreparabilidade do dano evitável ser uma norma que previne a oneração excessiva do devedor inadimplente. A sua aplicação a esse caso concretiza, portanto, o princípio, vigente no direito do trabalho, de proteção do trabalhador.

4.2 DISPENSA DE EMPREGADO ESTÁVEL E DANO EVITÁVEL

Outra situação à qual se poderia analisar a aplicabilidade da irreparabilidade do dano evitável é aquela em que há dispensa sem justa causa de empregado com direito a estabilidade. São distintos os regramentos da estabilidade provisória e da estabilidade celetista ou decenal. Por isso, as situações envolvendo cada uma dessas categorias são analisadas separadamente.

4.2.1 Estabilidade provisória

Entre as hipóteses de despedida ilícita por violação da estabilidade provisória, há um caso típico, recorrentemente enfrentado pelos tribunais brasileiros, que se adequa bem para ilustrar e orientar a análise da questão da aplicabilidade da regra de irreparabilidade do dano evitável. Um empregado provisoriamente estável é despedido sem justa causa e em seguida ajuíza reclamação trabalhista, pedindo indenização no valor dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Contudo, na audiência de conciliação, o ex-empregador oferece ao reclamante a sua reintegração ao antigo trabalho, mas ele não aceita. Essa situação tem se verificado na maioria das vezes com empregadas gestantes, certamente pelo fato de que, de todas as causas para estabilidade provisória, é a única em que é possível que haja a dispensa imotivada sem que as partes soubessem que a empregada era estável. É

⁴⁶ Sobre os fundamentos materiais da regra de irreparabilidade do dano evitável, ver: Dias, op. cit. n. 3, p. 176 ss.

o que acontece quando a empregada é dispensada quando já estava grávida, embora não se soubesse ainda desse fato. O entendimento atualmente prevalecente dos tribunais, principalmente do TST, é o de que, não obstante a recusa de ser reintegrado, o empregado tem direito à indenização.

A regra da irreparabilidade do dano evitável, caso aplicável ao caso, teria potencial para influenciar a sua resolução, afinal o empregado está exigindo indenização por dano que ele poderia razoavelmente evitar sofrer. A aplicabilidade analógica dessa regra pressupõe, contudo, a constatação de lacuna jurídica da legislação laboral. Deve-se, portanto, primeiramente analisar a solução que o direito do trabalho dá a esse caso típico.

4.2.1.1 Evolução do tema, posição prevalecente e apreciação crítica dos seus fundamentos

Seguindo os ensinamentos de doutrinadores que se manifestaram sobre a situação sob análise, o empregado que recusa oferta de reintegração não teria direito a ser indenizado, porque a recusa à oferta de reintegração implicaria renúncia à estabilidade.⁴⁷ Por essa linha de raciocínio, não haveria que se falar em aplicação analógica da irreparabilidade do dano evitável, simplesmente porque o empregado não faria jus a qualquer reparação.

A jurisprudência, todavia, apresenta um posicionamento mais diversificado e cujo entendimento prevalecente se alterou ao longo do tempo. Até alguns anos atrás, os tribunais em geral entendiam que a recusa do empregado à oferta de reintegração implicava renúncia à sua estabilidade provisória, de maneira que ele não faria mais jus às vantagens do período de estabilidade posterior à oferta.⁴⁸ No entanto, mais recentemente, tem se consolidado o

⁴⁷ Segundo Alice Monteiro de Barros, “[i]mplica igualmente renúncia à estabilidade provisória a recusa de dirigente sindical, de CIPA, de acidentado e até mesmo da gestante a retornar ao emprego, quando o empregador, em audiência, o coloca à disposição do empregado e ele, sem comprovar incompatibilidade entre as partes para o prosseguimento do liame empregatício, deixa de acatar a reintegração, que era oportuna, e insiste na sua conversão em pecúnia”. (Alice Monteiro de Barros. *Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial*, in *Revista Síntese Trabalhista*, nov. 1997, p. 9). Nessa mesma linha, ver: Cassar, op. cit. n. 44, p. 1133; Barros, op. cit. n. 37, p. 794.

⁴⁸ Representativas dessa primeira fase, entre outras decisões, ver: TST - RR - 312899-12.1996.5.03.5555, Relator Ministro: José Bráulio Bassini, Data de Julgamento: 12/05/1999, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/06/1999; TRT-24ª R. - RO 348/2000 - (1509/2000) - Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza - DJMS 27.07.2000 - p. 38; TST - RR - 368829-45.1997.5.15.5555, Relator Ministro: Rider de Brito, Data de Julgamento: 07/02/2001, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/03/2001; TST - RR - 44997867.1998.5.10.5555 Data de Julgamento: 12/03/2003, Relator Juiz Convocado: Horácio Raymundo de Senna Pires, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/03/2003; TRT - 23ª R. - RO-00535.2006.051.23.00-1, Ac. 1ª T., Relator Desembargador Roberto Benatar, pub. DJE/TRT 23ª Região em 28.11.2006; TST-RR-1758/2003-015-01.00, Ac. 5ª Turma, Relator Ministro Emmanuel Pereira, pub. DJU em 22.02.2008; TRT-9ª R. - RO - 23876-2008-007-09-00-5, 1ª Turma, Relator Juiz Convocado Patrícia de Matos Lemos, Data de Julgamento: 09/02/2010; TRT-23ª R. - RO 00076.2008.004.23.00-0 - Relª Desª Leila Calvo - J. 05.11.2008; TRT-3ª R. - RO - 00290-2014-079-03-00-7, 1ª Turma, Relator Juiz Convocado: Cleber Lúcio de Almeida, Data de Publicação 14/11/2014.

entendimento oposto, de que a referida recusa não corresponde à renúncia da estabilidade, tendo portanto o empregado direito à indenização pelas vantagens referentes a todo o período remanescente de estabilidade posterior à despedida imotivada.⁴⁹ Se esse último entendimento for correto, haveria espaço para aplicação analógica da irreparabilidade do dano evitável.

Os fundamentos enunciados para justificar essa posição são: 1) o empregado estável dispensado sem justa causa tem a liberdade para escolher entre ser reintegrado ou indenizado; 2) o direito à estabilidade é irrenunciável, de modo que a recusa em ser reintegrado não pode significar renúncia à estabilidade e, conseqüentemente, à indenização correspondente; e 3) o art. 10, II, do ADCT vedou de maneira objetiva o direito do empregador de dispensar sem justa causa o empregado, de modo que não se pode concluir que a reintegração é a consequência necessária.⁵⁰ A divergência de posições e a complexidade do tema exigem uma análise individualizada desses fundamentos.

4.2.1.1.1 Da suposta liberdade de escolha entre reintegração e indenização

O principal fundamento da posição prevalecente de direito à indenização, não obstante recusa à oferta de reintegração, é o de que o empregado estável dispensado ilícitamente teria liberdade de escolher entre ser reintegrado e ser indenizado pelos salários e demais vantagens correspondentes ao período de estabilidade.⁵¹ Todavia, essa liberdade não existe. O empregado dispensado ilícitamente por violação da sua estabilidade tem, em princípio, apenas o direito a ser reintegrado. O direito à indenização caberá se a reintegração for desaconselhável, devido à incompatibilidade entre as partes gerada pelo litígio.

Esse reconhecimento – de que o empregado estável dispensado imotivadamente é, a princípio, titular apenas do direito à reintegração – é, em primeiro lugar, o resultado de uma

⁴⁹ Representativas dessa segunda fase, ver as seguintes decisões: RR - 20205-77.2014.5.04.0372, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 01/06/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016; AIRR - 10105-77.2014.5.03.0150, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/05/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016; RR - 444-65.2014.5.19.0009, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 01/06/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016; TST-E-RR-127040-96.2003.5.10.0020, SBDI-1, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ 10-12-2010; TRT-24ª R. - RO 0000093-03.2013.5.24.0005 - 1ª T. - Rel. Juiz Conv. Júlio César Beber - DJe 22.05.2014.

⁵⁰ TST - RR 150-55.2013.5.02.0030 - Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho - DJe 26.02.2016; TST - RO 800185-34.2013.5.07.0000 - 2ª SDI - Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DJe 23.10.2015.

Essa referência é feita pelo TST diretamente em relação à gestante, que é o caso mais julgado. No entanto, esse argumento poderia ser estendido ao art. 10, II, a do ADCT.

⁵¹ TST - RR - 147-94.2014.5.03.0044, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 11/05/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016; TST - RR 1784-17.2014.5.18.0221 - Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta - DJe 16.10.2015.

análise baseada no sistema de invalidade do negócio jurídico. Havendo estabilidade provisória do empregado, a despedida imotivada é negócio jurídico com objeto ilícito e, portanto, nulo (art. 166, II, CC). E como o negócio nulo via de regra não produz efeito (art. 169, CC), as partes devem voltar ao *status quo ante*.⁵² Nesse caso, o retorno ao estado anterior se atinge pela reintegração do empregado.⁵³

A titularidade apenas do direito à reintegração é também o que se extrai da aplicação analógica do art. 496 da CLT aos casos de empregado com estabilidade provisória. Segundo esse dispositivo, o tribunal pode converter a obrigação de reintegrar em indenização, “quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio”.

Com base nessa previsão, a doutrina afirma que o empregador que dispensou imotivadamente empregado estável não é titular de uma obrigação alternativa, mas simples, pois ele não pode escolher entre reintegrar ou indenizar o empregado. Como bem descrevem Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “o objeto fundamental de sua obrigação é restituir o emprego, dar serviço ao empregado na mesma qualificação profissional, e assegurar-lhe as vantagens da função. A forma perfeita da execução dessa obrigação de fazer é a reintegração”.⁵⁴ Já em relação ao empregado, entende-se que o simples fato de ele ser dispensado imotivadamente não dá a ele direito à conversão da sua reintegração em indenização, sendo essa uma medida apenas para a hipótese de a sua reintegração ser desaconselhável.⁵⁵

⁵² Nesse sentido, ver: Delgado, op. cit. n. 37, p. 1295.

⁵³ De maneira análoga, ver: Barros, op. cit. n. 38, p. 770, embora a sua lição refira-se diretamente à estabilidade celetista ou decenal, ela é analogicamente aplicável à despedida do empregado com estabilidade provisória.

⁵⁴ Gomes e Gottschalk, op. cit. n. 38, p. 422. Nessa mesma linha, ver também: Alexandre Agra Belmonte. *Instituições civis no direito do trabalho*: parte geral, obrigações, responsabilidade civil e contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 199.

⁵⁵ A doutrina afirma normalmente que o empregado estável dispensado sem justa causa não tem direito à conversão da reintegração em indenização, sendo essa medida uma “faculdade” do julgador. Nesse sentido, ver: Sergio Pinto Martins. *Comentários à CLT*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 589; Valentin Carrion. *Comentários à CLT*. 39. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 501; Gomes e Gottschalk, op. cit. n. 38, p. 427. Essa formulação da doutrina tem por base o texto do art. 496 da CLT (“o tribunal do trabalho poderá converter”). Ela não é, contudo, a forma mais técnica de descrever a regulação prevista por esse dispositivo. O empregado estável pode sim ter direito à conversão da reintegração em indenização. Para isso, basta que a sua reintegração seja desaconselhável. Nesse caso, ele tem direito à conversão e pode exigí-la judicialmente. Apesar de o texto do art. 496 da CLT e mesmo a referência da doutrina a uma “faculdade” do julgador sugerirem a ideia de liberdade, não é com esse sentido que tais previsões devem ser entendidas. O tribunal não tem liberdade de decidir a favor ou contra a conversão da reintegração em indenização. Se há incompatibilidade, o tribunal tem o dever de decidir pela conversão; e se não há, tem o dever de decidir pela reintegração. O texto legal e a leitura doutrinária devem ser, portanto, entendidos como uma designação de “competência”, ou seja, de que *cade* ao tribunal do trabalho converter a reintegração em indenização, caso a reintegração seja desaconselhável.

O art. 496 da CLT, assim como essas lições doutrinárias nele baseadas, referem-se diretamente à estabilidade do empregado decenal ou celetista, ou seja, do empregado que “conta com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa” (art. 492, CLT). Contudo, a doutrina⁵⁶ e a jurisprudência⁵⁷ têm aplicado analogicamente esse dispositivo para regular as hipóteses de dispensa imotivada de empregado titular de estabilidade provisória. De fato, a própria noção de estabilidade é ligada primariamente à ideia de efetivo exercício de trabalho e não há razões para, ao menos nesse particular, regular de maneira distinta a estabilidade decenal e os casos de estabilidade provisória.

Já se defendeu que a estabilidade dos empregados dirigente sindical e membro de CIPA não poderiam ser convertidas em indenizações, porque assim elas teriam as suas finalidades desvirtuadas. A estabilidade desses empregados seria fundada no interesse do grupo profissional e a sua conversão em indenização satisfaria apenas a interesses pessoais do empregado, sendo portanto vedada. Já a estabilidade da empregada gestante, de maneira distinta, poderia ser convertida em indenização, pois ela seria prevista para tutelar interesses apenas da própria beneficiária. Nessa linha, a obtenção de indenização poderia ser inclusive muito mais benéfica para a gestante do que a permanência no emprego, especialmente se ela tiver a possibilidade de, em pouco tempo, obter outro trabalho.⁵⁸

Esse entendimento merece, contudo, reparos. A impossibilidade de conversão da estabilidade do dirigente sindical e membro de CIPA em indenização é correta apenas na medida em que se estiver tratando de uma conversão meramente voluntária. Essa, de fato, é inadmissível. Contudo, em caso de despedida imotivada desses profissionais, cuja reintegração seja desaconselhável por motivo de incompatibilidade, outra saída não há que não seja a de converter a reintegração em indenização, aplicando-se analogicamente o art. 496 da CLT.

Em relação à empregada gestante, a ideia de que a sua estabilidade poderia ser convertida em indenização não pode ser entendida como admissão de uma conversão meramente voluntária, por vontade da gestante, sob pena de violação do art. 496 da CLT, em aplicação analógica. A estabilidade celetista também é prevista em atenção aos interesses

⁵⁶ Delgado, op. cit. n. 37, p. 1297; Belmonte, op. cit. n. 54, p. 199.

⁵⁷ Por exemplo, ver: TRT-PR-23876-2008-007-09-00-5, Relatora Juíza do Trabalho Convocada: Patrícia de Matos Lemos, Data de Publicação: DJPR 05/03/2010; TRT - 21ª R. - RO 0091-2007-001-21-00-3, Relator Desembargador Ronaldo Medeiros de Souza, Data do Julgamento: 07/05/2008, Publicado no DJE/RN n. 11725, Data da Publicação: 14/06/2008.

⁵⁸ Octavio Bueno Magano. *Estabilidade provisória: reintegração ou indenização?* In: Rodolfo Pamplona Filho (Coord.). *Processo do trabalho: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*. São Paulo: LTr, 1997, p. 221-222.

do beneficiário e não do seu grupo profissional. Nada obstante, ao estável celetista não é concedida a liberdade de escolha entre reintegração e indenização. Soluções diferentes para esses casos levariam, portanto, a uma incoerência do sistema e também a uma violação do princípio da igualdade. Além disso, nos dias atuais é no mínimo discutível se a opção de um empregado pela conversão da reintegração em indenização seria para ele mais benéfica, caso obtivesse outro emprego durante o período da estabilidade. Com base na Súmula 276 do TST (parte final), esse empregado possivelmente perderia o direito à indenização pelas vantagens correspondentes ao período de estabilidade a partir do momento em que começasse a desempenhar outra atividade laboral.

A posição favorável à liberdade de escolha entre reintegração e indenização é também contrária ao princípio da continuidade da relação de emprego. Além disso, ela apenas aparentemente concretiza o princípio da proteção do trabalhador, pois, na prática, pode ser para ele mais maléfico. Para obter prestações salariais sem ter de trabalhar, o empregado abre mão de um emprego que poderia durar muito mais tempo do que o período de estabilidade. E, em um cenário mais pessimista, a ideia de liberdade de escolha entre reintegração e indenização pode incentivar os empregados a desempenharem mal as suas atividades para serem imotivadamente despedidos e assim obterem as vantagens do período de estabilidade sem terem de trabalhar.⁵⁹

⁵⁹ Advertência análoga foi feita pela doutrina em face do antigo texto da Súmula 244 do TST, o qual previa: “A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.” As críticas da doutrina a esse texto são bem sintetizadas no seguinte trecho escrito por Nei Frederico Cano Martins, no qual é inclusive feita referência a posicionamentos de outros autores: “A respeito da impropriedade desse posicionamento do TST, assim manifestou-se Francisco Antonio de Oliveira: ‘Tem-se, pois, que a Súmula ora comentada não afina com a realidade e constitui mesmo incentivo ao despedimento, quando não permite a reintegração, indo além mesmo da vontade das partes. Suponha-se que determinada empresa realmente não soubesse do estado de gestação de sua empregada. Mas ao tomar conhecimento coloca o emprego à disposição. [...] Todavia, o Enunciado poderá, inclusive, dificultar um acordo, já que a empregada preferirá em muitos casos a indenização à volta ao emprego, com respaldo na Súmula que não permite a reintegração. *Urge, pois, que a presente Súmula seja repensada.*’ Tem toda a razão o jurista, já que, conforme antes assinalado, a ofensa à garantia estabilitária deve ser reparada mediante o retorno da trabalhadora ao emprego, só se podendo cogitar de indenização na hipótese de esse retorno se inviabilizar, quer em função do desinteresse da empregadora, quer na hipótese de a eventual sentença transitar em julgado apenas após finda a garantia. Entender de forma contrária representa, inclusive, coonestar com o ócio remunerado. [...] Como se vê, o entendimento do C. TST pode levar uma empresa a pagar salário e demais direitos a uma empregada por período superior a um ano, sem a correspondente prestação de serviço, o que acaba por representar autêntico enriquecimento ilícito da obreira. Há na doutrina, inclusive, opinião no sentido de que o norte que o TST deu à questão é inconciliável com a atual Constituição Federal. É nesse sentido a lição de *Amauri Mascaro Nascimento*, que, referindo-se ao Enunciado em exame, diz: ‘Foi aprovado em 1985, antes da Constituição de 1988, com a qual não se harmoniza e para isso deveria considerar nula a dispensa da gestante, em razão da estabilidade, assegurar-lhe, diante da nulidade do ato do empregador, a continuidade do contrato de trabalho, com reintegração, se oportuna. O pagamento de todos os valores devidos pelo contrato sem a reintegração é forma substitutiva utilizada quando não é possível o restabelecimento da relação de emprego, como ocorre quando a decisão judicial é proferida depois do termo final da estabilidade.’” (Nei Frederico Cano Martins. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995, p. 88-89)

Por fim, há também a percepção de que o empregado deveria poder escolher entre reintegração e indenização, pelo fato de que após o retorno ao trabalho ele não é mais tratado da mesma forma, passando a travar relações com os colegas e/ou superiores marcadas pela animosidade ou indiferença, sendo a ele repassadas poucas tarefas ou serviços menos apreciados e também sem ter mais as mesmas chances de promoção. Apesar de ser esse um fenômeno que de fato ocorre na prática, a forma para lidar com ele, à luz do regramento legal vigente, não é a de defender a liberdade de escolha do empregado entre reintegração e indenização, porque contrária ao art. 496 da CLT, mas sim a de recorrer à noção legal de “reintegração desaconselhável”. Nessa linha, poder-se-ia propugnar até mesmo a ideia de que a reintegração fosse considerada presumivelmente desaconselhável, sempre que o empregador fosse pessoa física, ficando a cargo do empregador a demonstração de que não há incompatibilidade entre as partes. Para tal fim, o empregador poderia demonstrar, por exemplo, que ele não sabia que a empregada estava grávida e que a sua dispensa decorreu de uma reestruturação interna do empregador pessoa jurídica, sem que tenha havido qualquer incompatibilidade com a empregada.

4.2.1.1.2 Da suposta irrenunciabilidade do direito à estabilidade

Um segundo argumento é o da irrenunciabilidade do direito à estabilidade, pelo fato de ser esse um direito indisponível, previsto por norma de ordem pública e que, no caso da gestante, visa a proteger não só a ela, mas também ao nascituro.⁶⁰ Contudo, o direito à estabilidade pode sim ser renunciado pelo empregado. Em primeiro lugar, o direito à estabilidade não goza de uma proteção absoluta no sistema jurídico brasileiro. O empregado estável pode, por exemplo, ser demitido por justa causa. Além disso, a própria renunciabilidade do direito à estabilidade é implicitamente admitida por meio do reconhecimento de que o empregado estável pode se demitir.⁶¹

⁶⁰ TST - RO 800185-34.2013.5.07.0000 - 2ª SDI - Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DJe 23.10.2015; TST - RR 2548-08.2014.5.12.0047 - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DJe 23.10.2015; TST - RR - 2387600-76.2008.5.09.0007, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 25/02/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015.

⁶¹ Na doutrina, ver: Barros, op. cit. n. 47, p. 9, em que a autora se refere à demissão do empregado estável como um exemplo de renúncia no direito do trabalho. Na jurisprudência, o TST decidiu recentemente pela litude do pedido de demissão de uma empregada gestante, não tendo sido verificado no caso concreto nenhum vício de consentimento que invalidasse o ato da gestante: TST - RR - 20074-75.2015.5.04.0014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 13/04/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016). Ver também: TRT-24ª R. - RO 0000374-23.2011.5.24.0071 - 1ª T. - Rel. Des. Nery Sá e Silva de Azambuja - DJe 29.05.2012.

A renunciabilidade do direito à estabilidade pode ser mais facilmente percebida agora que já se demonstrou acima que o empregado estável não pode voluntariamente converter a sua reintegração em indenização. Partindo dessa constatação, insistir na irrenunciabilidade do direito à estabilidade implicaria a obrigatoriedade do empregado estável a trabalhar durante o seu período de estabilidade. Essa ideia, contudo, é evidentemente improcedente, chegando a parecer absurda, porque contraria gravemente a liberdade individual do empregado. Um empregado não pode ser constrangido a permanecer em determinado emprego, mesmo que por apenas determinado período, sob pena de grave violação da sua liberdade individual.⁶²

Além disso, a própria razão de ser da estabilidade milita no sentido da sua renunciabilidade pelo empregado. De modo geral, a estabilidade protege o empregado contra “as incertezas geradas pela precariedade da relação de emprego por tempo indeterminado”.⁶³ E exatamente por ser a estabilidade um direito em benefício do empregado que ela “vincula somente o empregador”.⁶⁴ Ou seja, vedar ao empregado a possibilidade de renunciar à estabilidade nas situações em que ele livre e espontaneamente não queira mais permanecer vinculado à relação de emprego corresponde a uma inversão do sentido da estabilidade, transformando indevidamente um direito em dever.

Por fim, é importante confrontar a renunciabilidade do direito à estabilidade com a premissa de que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, salvo se a sua renúncia for mais benéfica ao empregado.⁶⁵ Em princípio, toda a renúncia à estabilidade é benéfica ao empregado, pois esse ato corresponde a expressão da sua liberdade de não querer mais estar vinculado a determinada relação de emprego. Portanto, a rigor, o empregado não teria necessariamente de provar algum proveito material externo, como o ingresso em uma nova relação de emprego ou a mudança de domicílio, para a validade da sua renúncia. Contudo, como na prática, de um lado, não raro o empregado pode sofrer pressões do empregador para que renuncie a seus direitos e, de outro, normalmente não se abre mão da estabilidade de relação emprego sem qualquer razão externa que justifique tal conduta, é conveniente a

⁶² Em lições sobre a estabilidade celetista, que é por tempo indeterminado, a doutrina trabalhista deixa claro que a licitude do pedido de demissão está calcada na proteção à liberdade individual do empregado. Nesse sentido, ver: Gomes e Gottschalk, op. cit. n. 38, p. 417; Barros, op. cit. n. 47, p. 9. Mas mesmo no caso de empregado com estabilidade provisória, a tutela da liberdade individual do empregado também garante-lhe a possibilidade de renúncia.

⁶³ Gomes e Gottschalk, op. cit. n. 38, p. 417.

⁶⁴ Gomes e Gottschalk, op. cit. n. 38, p. 417.

⁶⁵ Sobre essa premissa, ver, entre outros: Luiz de Pinho Pedreira da Silva. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 124 ss.

perquirição de benefícios e/ou motivações exteriores do empregado para garantir a idoneidade do exercício do direito de renúncia à estabilidade.

4.2.1.1.3 Da suposta dissociação entre o art. 10, II, ADCT e a estabilidade

Com base na previsão do art. 10, II, do ADCT, sustenta-se que o legislador constitucional vedou de “forma objetiva” a dispensa sem justa causa dos empregados membro de CIPA e gestante, ou seja, apenas previu a limitação temporária do direito potestativo do empregado de dispensar imotivadamente o seu empregado. Por isso, não seria possível concluir que a violação dessa garantia implicaria necessariamente reintegração do empregado ilicitamente despedido. Nessa linha, o empregado titular de CIPA e gestante imotivadamente dispensados teriam a liberdade para optar entre reintegração ou indenização.⁶⁶

E assim, com base nesse entendimento sobre o art. 10, II, do ADCT, tem-se concluído que o titular de CIPA ou a gestante que sejam despedidos sem justa causa podem, em reclamação trabalhista, pedir exclusivamente a indenização correspondente às vantagens que teriam durante o período em que a sua dispensa estava vedada e também recusar oferta de reintegração de seus antigos empregadores, sem que isso seja interpretado como renúncia ao próprio direito.⁶⁷

Há, no entanto, alguns problemas nesse raciocínio, que culminam com a sua im procedência. O ponto de partida parece ser o de uma equívoca dissociação entre a vedação à dispensa sem justa causa e o instituto da estabilidade. Sustenta-se que a consequência da violação do art. 10, II, da ADCT não seria necessariamente a reintegração, porque essa previsão constitucional constituiria apenas uma vedação objetiva e temporária à dispensa imotivada. Ou seja, porque a referida previsão não estabelecería uma hipótese de estabilidade.

⁶⁶ Tratando de caso envolvendo dispensa imotivada do cipeiro, ver: TST - RR - 539710-47.1999.5.02.5555, Redator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 09/10/2002, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/12/2002.

Tratando de caso envolvendo a despedida sem justa causa de gestante, ver: TST - E-RR - 127040-96.2003.5.10.0020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/11/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/12/2010; TST - RR 150-55.2013.5.02.0030 - Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho - DJe 26.02.2016; TST - RO 800185-34.2013.5.07.0000 - 2ª SDI - Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DJe 23.10.2015

Nesse mesmo sentido, ver: TRT-24ª R. - RO 0000093-03.2013.5.24.0005 - 1ª T. - Rel. Juiz Conv. Júlio César Beber - DJe 22.05.2014 .

⁶⁷ De maneira mais evidente nesse sentido, ver: TST - E-RR - 127040-96.2003.5.10.0020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/11/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/12/2010.

Essa separação, contudo, não se sustenta. A essência dos conceitos e institutos jurídicos está no seu regime, isto é, no seu regramento jurídico. Vedação ao direito potestativo do empregador de dispensar imotivadamente é estabilidade do empregado.⁶⁸ E esse reconhecimento de que o dispositivo constitucional está tratando de estabilidade leva à conclusão da aplicação (analgica) do regime jurídico previsto na CLT para o instituto da estabilidade. Isso porque o ordenamento jurídico é uno e as suas normas devem ser interpretadas de modo a, na medida do possível, se harmonizarem entre si.⁶⁹

Por outro lado, a premissa de que a previsão constitucional não estabelece uma hipótese de estabilidade não autoriza a que dela se extraia a conclusão de que o empregado dispensado ilicitamente teria a liberdade de optar entre reintegração e indenização. De maneira distinta, como o dispositivo constitucional estabelece uma clara proibição de dispensa imotivada, em caso de configuração de ato contrário à norma, a sanção jurídica com ela mais condizente seria a de desfazimento do ato e não da possibilidade do empregado optar por uma mera indenização.

4.2.1.2 Conclusão: inaplicabilidade da irreparabilidade do dano evitável

Para os casos em que o empregado com estabilidade provisória foi despedido ilicitamente e não aceita a oferta de reintegração feita pelo seu ex-empregador, não se aplica a norma de irreparabilidade do dano evitável. Essa recusa representa renúncia ao direito à estabilidade, o que consequentemente implica que o empregado não tem direito a ser indenizado pelos salários e demais vantagens correspondentes ao período de estabilidade posterior à oferta de reintegração. Assim, como não há direito à indenização, não cabe nem mesmo cogitar a aplicabilidade analógica da irreparabilidade do dano evitável.

Há posição no sentido de que a tentativa de obter a indenização substitutiva, apesar da recusa à oferta de reintegração, representaria abuso do direito à estabilidade.⁷⁰ Contudo, nessa

⁶⁸ Maurício Godinho Delgado, embora encare a estabilidade provisória como uma garantia de emprego e não como estabilidade no emprego, afirma referindo-se a essas figuras: “Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito.” (Delgado, op. cit. n. 38, p. 1394).

⁶⁹ Para menção da unidade do ordenamento jurídico como postulado hermenêutico, ver: Ávila, op. cit. n. 18, p. 136. Sobre a ideia da unidade da ordem jurídica em geral, ver: Canaris, op. cit. n. 22, p. 16.

⁷⁰ Ver, por exemplo, a seguinte posição esposada em acórdão pelo TRT do Paraná: “A recusa imotivada de retorno ao posto de trabalho demonstra que, na verdade, a Reclamante não desejava o prosseguimento da relação laboral, objetivando, apenas, o recebimento do período estável, desvirtuando-se o instituto, a configurar abuso de direito. [...] a inércia da Reclamante, ao não atender à convocação patronal, evidenciou o seu desinteresse em retornar à atividade laboral, do que se deduz a única intenção da obreira em auferir vantagem pecuniária, relativa à estabilidade a que teria direito, a despeito da finalidade social da norma

situação não há abuso do direito. A configuração do instituto do abuso do direito pressupõe, entre outros elementos, a existência de um direito (ou outra situação jurídica ativa).⁷¹ No caso, com a recusa à reintegração, o ex-empregado passa a não ter mais direito à estabilidade, de modo que a sua reclamação trabalhista para obter indenização corresponde apenas à prosaica situação de alguém que ajuíza ação para obter a tutela judicial de um direito de que não se é titular. Uma situação como essa desafia normalmente apenas uma decisão de improcedência do pedido.

4.2.2 Estabilidade celetista ou decenal

No caso de despedida ilícita de empregado estável celetista, o empregado tem direito a indenização em valor correspondente ao dobro do que receberia por rescisão de regular contrato por prazo indeterminado (arts. 497 c/c 478, CLT). Não há aqui espaço para a aplicação da regra de irreparabilidade do dano evitável (art. 403, CC), porque a indenização é tarifada.

4.3 DESPEDIDA IMOTIVADA DE CONTRATO A TERMO

No caso de despedida sem justa causa de contrato a termo, o empregador tem a obrigação de indenizar o empregado em valor correspondente à metade da remuneração do período remanescente até o término do contrato (art. 479, CLT). Também aqui não cabe a aplicação da regra da irreparabilidade do dano evitável (art. 403, CC), porque o valor da indenização é tarifado.

4.4. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

No direito brasileiro, é proibida a prática de discriminação laboral. Segundo o art. 1º da Lei 9.029/1995, “é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”.

garantidora da proteção ao emprego concedida à gestante.” (TRT-PR-23876-2008-007-09-00-5, Relatora Juíza do Trabalho Convocada: Patrícia de Matos Lemos, Data de Publicação: DJPR 05/03/2010, fls. 10-11)

⁷¹ Para tanto, basta ver o texto do art. 187 do Código Civil, onde o instituto do abuso do direito é positivado.

Em caso de dispensa discriminatória, o empregado tem direito à reparação pelo dano moral sofrido e também a liberdade de optar entre as seguintes prestações: 1) “a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas” (art. 4º, I); ou 2) “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento” (art. 4º, II).

Partindo da análise da mitigação de danos em caso de discriminação laboral nos EUA,⁷² a primeira questão que se levanta é a de se, também no direito brasileiro, a oferta do empregador de recontração do empregado para o mesmo trabalho seria capaz de interromper o agravamento da sua responsabilidade pela remuneração durante o afastamento do empregado.

A resposta é negativa. Diferentemente da legislação americana, em que, segundo a Suprema Corte, o principal objetivo é acabar com a discriminação laboral, no direito brasileiro o empregado vítima de dispensa discriminatória tem a liberdade de escolher se ele quer ser reintegrado ou se ele quer ser apenas indenizado. A previsão legal é bem clara nesse ponto, ao estabelecer que “o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório [...] *faculta* ao empregado *optar* entre” reintegração e indenização ou apenas indenização em dobro. Se o empregado decidir ser apenas indenizado, uma eventual oferta de reintegração não pode ter nenhuma eficácia, pois isso restringiria essa total liberdade que o legislador brasileiro concedeu ao empregado de optar por não voltar a trabalhar com o seu antigo empregador.

Por outro lado, se o empregado optar pela reintegração, a oferta do empregador de recontração implicaria a interrupção do incremento das prestações remuneratórias devidas. Contudo, essa interrupção ocorreria não porque a oferta do empregador deu ao empregado a oportunidade de mitigar o próprio prejuízo, mas sim porque tal oferta representa o reconhecimento da procedência do pedido de reintegração. Assim, as prestações, de fato, não mais se acumulariam, mas não propriamente porque o dano deixou de se agravar e sim porque o litígio foi (ao menos em parte) solucionado.

Fora essa questão particular da oferta do ex-empregador de reintegração do ex-empregado, é possível conceber, em geral, a aplicação analógica da regra de irreparabilidade do dano evitável aos casos de dispensa discriminatória? Por exemplo, o empregado poderia ter sua indenização reduzida por não ter tentado obter emprego junto a terceiros? A resposta é mais uma vez negativa. Em primeiro lugar, no direito brasileiro, como visto, o empregado

⁷² Ver acima no tópico “3.2.2 Em caso de discriminação laboral nos EUA”.

vítima de dispensa discriminatória tem a liberdade de optar por ser reintegrado ao seu antigo trabalho. Portanto, nesse caso, não pode ser exigido dele que adote medidas razoáveis para obter outro emprego equivalente, sob pena de violação do seu direito à reintegração.

Por outro lado, mesmo no caso em que o empregado opte por ser apenas indenizado, a lei trabalhista previu um critério fixo e objetivo para o cálculo da indenização por dispensa discriminatória: o dobro da remuneração correspondente ao período em que o ex-empregado permaneceu afastado. Esse critério de cálculo indenizatório corresponde a uma decisão legislativa, resultado de ponderação de princípios e valores voltados para a situação específica das relações trabalhistas. A existência de um critério específico para o cálculo da indenização e as peculiaridades da ponderação que subjazem à fixação desse critério são suficientes para afastar a aplicação analógica da regra de irreparabilidade do dano evitável, presente no art. 403 do Código Civil.

5 CONCLUSÃO

A regra da irreparabilidade do dano evitável, presente no art. 403 do Código Civil, tem aplicação restrita no direito do trabalho. Apenas na hipótese de falta de aviso prévio por parte do empregado é cabível a aplicação analógica da irreparabilidade do dano evitável. Nesse caso, por meio da sua aplicação, o empregado não responde pelo dano que, embora decorrente do seu descumprimento da obrigação de pré-avisar, poderia ter sido evitado pelo empregador, mediante o emprego de medida razoável de diligência e esforço. Diferentemente, a regra não se aplica ao caso em que a falta do aviso prévio é por parte do empregador, porque o período de aviso prévio é certo ou determinado e relativamente curto.

Em geral, a inaplicabilidade analógica da regra de irreparabilidade do dano evitável se deve ao fato de as indenizações no direito do trabalho serem tarifadas – caso de dispensa ilícita de estável celetista, de despedida imotivada de contrato a termo e de dispensa discriminatória na hipótese em que o empregado opta por pedir apenas indenização. A inaplicabilidade também se verifica nos casos em que o empregado ilicitamente dispensado pede reintegração ao antigo emprego, como no caso de dispensa imotivada de empregado estável ou de dispensa discriminatória, pois a aplicação dessa regra implicaria indireta e indevida restrição do direito à reintegração.

Por fim, a regra de irreparabilidade não é aplicável ao caso de estável provisório ilicitamente dispensado que recusa a oferta de reintegração, porque essa recusa corresponde a renúncia à estabilidade e, conseqüentemente, às vantagens e interesses correspondentes à

estabilidade, posteriores a essa oferta. Se não há direito à indenização, não faz sentido querer aplicar regra de limitação do montante indenizatório.

BIBLIOGRAFIA

ADAR, Yehuda, *Comparative negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion*, in *Quinnipiac Law Review* (Quinnipiac L. Rev.), vol. 31, 2013.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial*, in *Revista Síntese Trabalhista*, nov. 1997.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BEALE, H. G. *Chitty on contracts*. 32nd ed. London: Thomson Reuters, 2015.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho: parte geral, obrigações, responsabilidade civil e contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BRIDGE, Michael. *Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss*, in *Law Quarterly Review*, vol. 105, 1989.

BURROWS, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*. 3rd ed. Oxford et. al.: Oxford University Press, 2004.

CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 39. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Daniel Pires Novais. *A corresponsabilidade do lesado: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. 2016. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages-equity-restitution*. 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1993.
- FARNSWORTH, Allan E. *Contracts*. 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- FISCHER, James M. *Understanding remedies*. New York; San Francisco: Mathew Bender, 1999.
- FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960.
- FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2nd ed. Oxford et. al.: Oxford University Press, 2015.
- GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virginia Law Review* (Va. L. Rev.), vol. 69, 1983.
- GOLDBERG, John et al. *Tort law: responsibilities and redress*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer, 2012.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Estabilidade provisória: reintegração ou indenização?* In: Rodolfo Pamplona Filho (Coord.). *Processo do trabalho: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*. São Paulo: LTr, 1997
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 589.
- MCCORMICK, Charles T. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West Publishing, 1935.
- MCGREGOR, Harvey. *McGregor on Damages*. 19th ed. London: Thomson Reuters, 2014.
- ROWAN, Solène. *Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCHMITTHOFF, Clive M. *The duty to mitigate*, in *The journal of business law*, 1961.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999

TREITEL, G. H. *The law of contract*. 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*, in *The Edinburgh Law Review*, vol. 18, 2014.