

ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE O AVISO PRÉVIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther^(*)

Cristina Maria Navarro Zornig^(**)

Sumário: 1. Origens históricas; 2. Natureza jurídica; 3. Conceito; 4. Cabimento; 5. Forma do aviso prévio; 6. Efeitos; 7. Conseqüências da ausência de aviso prévio pelo empregador; 8. Conseqüências da ausência de aviso prévio pelo empregado; 9. Duração do aviso prévio; 10. Aviso prévio proporcional; 11. Aviso prévio indenizado; 12. Redução da jornada de trabalho durante o prazo do aviso; 13. O aviso prévio e o tempo de serviço; 14. Aviso prévio e despedida indireta; 15. Aviso prévio e culpa recíproca; 16. Aviso prévio e contrato de experiência; 17. Aviso prévio e extinção da empresa; 18. Aviso prévio e falência da empresa; 19. Aviso prévio e estabilidade; 20. Aviso prévio “cumprido em casa”; 21. Aviso prévio e prescrição; 22. Aviso prévio e férias; 23. Aviso prévio e renúncia; 24. Aviso prévio e indenização adicional; 25. Aviso prévio – Empregado menor; 26. Retorno ao serviço do empregado que esteve em gozo de aposentadoria; 27. Morte do empregador constituído em firma individual; 28. Correção salarial durante o seu curso; 29. Faltas no curso do aviso prévio; 30. Prazo para pagamento; 31. Irrevogabilidade do aviso prévio por ato unilateral; 32. Aviso prévio e descontos previdenciários; 33. Referências bibliográficas.

1. *Origens históricas*

Segundo registram Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹, a origem do instituto está na Idade Média, quando foi introduzido nas

^(*)Juiz do TRT da 9ª Região

^(**)Assessora de Juiz no TRT da 9ª Região

relações corporativas. Pelo menos a partir do século XIII são verificados exemplos registrados em estatutos e corporações de prazos variáveis de duração. No aviso de uma parte a outra, o empregado sempre estava sujeito a prazo maior.

Durante a Revolução francesa ele permaneceu ignorado, prevalecendo, em meio às idéias liberais e o individualismo jurídico, a ruptura brusca como um direito. Esta situação só veio a ser alterada a partir de meados do século passado, quando os tribunais europeus começaram a se sensibilizar com os abusos dos patrões.

No Brasil, originou-se a idéia do instituto do aviso prévio através do Código Comercial de 1850, que em seu artigo 81 estatuiu: “*não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação*”.

Sobreveio a esta disposição o Código Civil, de 1916, com o artigo 1.221 dispondo: “*não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II – com antecipação de quatro dias, se o salário estiver ajustado por semana ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contrato por menos de sete dias*”.

No Direito do Trabalho a sua aparição ocorreu através da Lei nº 62, de 05 de junho de 1935, em seu artigo 6º, que exigia comunicação somente do empregado, tendo, posteriormente se consolidado nos artigos 487 a 491 da CLT.

E em 1988 foi a vez da Constituição Federal, no artigo 7º, inciso

¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Vols. I e II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 411.

XXI, consagrar o direito ao aviso prévio como cláusula pétrea. Sim, porque o artigo 7º da CF/88 está incluído no Capítulo II dos Direitos Sociais, consagrando, o artigo 6º, o trabalho como direito social. Não pode ser esquecido que o título II da Constituição estabelece os direitos e garantias fundamentais, nos quais estão incluídos aqueles previstos no Capítulo II.

Não havendo qualquer dúvida quanto ao acima exposto, nem mesmo emenda constitucional pode subtraí-lo da condição de direito pétreo do empregado, sob pena de ofensa ao art. 60, parágrafo 4º, da CF/88, que proíbe emenda **tendente a abolir** “os direitos e garantias individuais”.

2. Natureza jurídica

Não há unanimidade na doutrina acerca da natureza jurídica do aviso prévio. O resumo deste dissenso doutrinário é relatado por José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho²:

Para uns, dentre os quais se incluem Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o aviso prévio é um ato receptício, eis que, recebida a denúncia, originária do empregador (despedida) ou do empregado (demissão) traduz-se, imediatamente, em ato jurídico perfeito e acabado, aceitando ou não as partes, e, ainda, de um ato constitutivo, cujo efeito se produz para o futuro. Outros, como o Professor Russomano, classificam-na como conversão do contrato de duração indeterminada em de duração determinada. E também há quem a diga como termo suspensivo ou inicial da efetiva extinção do contrato (o Professor Catharino, por exemplo).

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1999:467), o aviso prévio tem tríplice natureza jurídica. A ***primeira***, é de comunicar a

² RODRIGUES PINTO, José Augusto e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas**. Vol. I - Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000. p. 95.

outra parte do contrato de trabalho do desinteresse na sua continuidade. A **segunda**, é de período mínimo que a lei determina para aviso da parte contrária quanto à rescisão do contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa procurar novo emprego. E a **terceira**, a de pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do pacto, ou à indenização substitutiva pelo não-cumprimento do aviso prévio por qualquer das partes³. Há, assim, a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento (salarial ou indenizatório).

3. Conceito

Comunicação a que está obrigada, com antecedência mínima legal, sob pena de indenização substitutiva, qualquer das partes do contrato de trabalho estabelecido por prazo indeterminado a oferecer a outra quanto ao seu desejado rompimento da relação de emprego.

Resumem Orlando Gomes e Elson Gottschalk: “O aviso prévio é instituto peculiar a todo contrato de execução continuada, por tempo indeterminado, tornando-se essencial aos que vinculam a pessoa, como ocorre com o de trabalho.

Consiste na obrigação que tem qualquer das partes do contrato de trabalho por tempo indeterminado de notificar à outra de sua intenção de romper o vínculo contratual, em data futura e certa.

É uma advertência que se faz para prevenir o outro contraente de que o contrato vai se dissolver, de que os seus efeitos vão cessar”⁴.

³ Não pode ser ignorada, no entanto, a Súmula nº 305 do C. TST

⁴ GOMES, Orlando Gomes e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 412.

Oliveira Viana, em parecer, sobre a Lei nº 62, em 1938, conceituava que “o aviso prévio é um meio preventivo que protege ao mesmo tempo o patrão e o empregado contra os inconvenientes de uma rescisão ex abrupto, inconvenientes estes que afetam, ao mesmo tempo, o patrão e o empregado; este, porque não teve tempo para encontrar outra colocação; aquele, porque fica sem poder dar substituto imediato ao empregado que se despediu sem avisá-lo a tempo”⁵.

Para Hiroshê Pimpão, “o Aviso Prévio é o espaço de tempo, fixado em lei, que antecede à rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo indeterminado, quando não tenha ocorrido um motivo imperioso, e durante o qual a parte avisada deve procurar restabelecer as condições normais de seu trabalho, evitando, assim, as conseqüências da ruptura brusca dos vínculos contratuais”⁶.

O nome correto, bem lembra o Prof. Sergio Pinto Martins não é “**aviso brev e**, como é comum ser empregado, principalmente entre os trabalhadores de baixa instrução. Prévio quer dizer com antecedência. Breve significa de pouca extensão, ligeiro”⁷.

4. **Cabi m en to**

A partir do próprio conceito já se verifica que o aviso prévio é admissível nos contratos por prazo indeterminado, quando a dissolução que se pretende, por qualquer das partes, não tem justa causa para acontecer.

Nos contratos por prazo determinado (em razão do objeto ou porque assim assentem as partes), o aviso prévio não tem cabimento, pois previamente já está acertada a data limítrofe da relação

⁵ PAULO, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988. p.41.

⁶ PIMPÃO, Hiroshê. **Aviso prévio**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 78-79.

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 347.

estabelecida.

“Tem cabimento apenas no contrato de trabalho por tempo indeterminado, que se quer rescindir sem justa causa. Não se justifica no contrato por tempo determinado, nem na rescisão com justa causa. (...)”

Com vista à sua finalidade, deve ser excluída a possibilidade de ser dado (...) quando o empregado obtém, com o consentimento do empregador, e sem interrupção do serviço, emprego em outro estabelecimento ou empresa. Não se justifica, também, na dissolução do contrato por mútuo consenso, salvo o livre ajuste das partes sobre este ponto”⁸.

5. Form a do aviso prévio

Não existe forma solene para o aviso prévio, podendo até mesmo ser verbal. Portanto, é reconhecida como hábil e eficaz qualquer maneira que efetivamente leve ao conhecimento da parte a perda do emprego após o esgotamento do prazo do aviso.

De acordo com o artigo 82 do Código Civil, a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita **ou não defesa em lei**.

O problema surge quando há controvérsia a respeito da ciência, quando deverá, então, ser provada a observância da notícia notificadora da proximidade do fim do liame contratual, que se desfará ao término do prazo.

“O aviso prévio, que é a expressão material da denúncia, não obedece, entre nós, a nenhuma forma especial. A declaração de vontade deve ser,

⁸ GOMES, Orlando Gomes e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. fl. 412.

entretanto, *séria e não equívoca. Mas, para sua validade não está subordinada à forma determinada.*

A comunicação da denúncia deve ser feita, porém, de modo que se possa precisar o momento de sua recepção, para a contagem exata do período fixado em lei. Daí a vantagem dos avisos por escrito, com o ciente da outra parte. Pode ser dada oralmente ou por escrito, seja por carta ou por telegrama ou qualquer outro meio de comunicação. Nada impede que o empregador faça a comunicação mediante aviso, com citação nominal dos empregados, afixado em quadro no estabelecimento, desde que estes possam, por este meio, ter conhecimento da decisão tomada. A modalidade escrita da comunicação facilita a prova do fato que, por ser positivo, cabe o ônus a quem alega, em juízo, tê-lo cumprido”⁹.

6. Efeitos

Os ***efeitos principais*** do aviso prévio são:

- 1) a prevista rescisão contratual, ao término de seu prazo;
- 2) durante o seu curso permanecem integrais os direitos e obrigações contratuais;
- 3) o seu período inclui-se no tempo de serviço do trabalhador, ainda que indenizado (art. 487, § 1º, da CLT).

Como ***efeitos secundários*** podem ser apontados:

- 1) do ponto de vista do empregado, o de lhe proporcionar tempo para a obtenção de uma nova colocação no mercado de trabalho;

⁹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 413.

- 2) e, do ponto de vista do empregador, o de lhe propiciar tempo, igualmente, para providenciar um substituto à vaga a ser deixada.

7. Conseqüências da ausência de aviso prévio pelo empregador

A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários do período do respectivo aviso (§ 1º do art. 487 da CLT), garantindo-se sempre a sua integração no tempo de serviço do empregado, sendo este o principal fim colimado pela lei.

O empregado, de uma forma ou de outra, sempre será reparado do prejuízo acarretado pela rescisão de seu contrato de trabalho, ou seja, o empregador de todo modo responderá pelo ato abusivo e lesivo do direito do contratante.

8. Conseqüências da ausência de aviso prévio pelo empregado

Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o contrato de trabalho, sem pré-aviso, desde que este seja prejudicial à gestação (art. 394 da CLT). Afora esta específica situação, a falta de aviso prévio por parte do empregado que pretende se desligar da empresa dá ao empregador o direito de descontar o saldo de salários correspondentes ao prazo respectivo (art. 487, § 2º, da CLT).

O empregador só poderá descontar do empregado os salários do período mencionado (art. 462 da CLT), e não outro tipo de verba, como, exemplificativamente, férias.

Se o empregado não presta serviços durante o aviso prévio, por sua própria decisão, perde o direito aos dias respectivos:

“FALTA GRAVE - ABANDONO DE EMPREGO DURANTE O AVISO PRÉVIO. *Abandono de emprego, pelo*

*trabalhador, após a cientificação do aviso prévio, somente retira-lhe o direito ao respectivo aviso prévio. inteligência do Enunciado setenta e três do TST*¹⁰.

É de se observar a referência expressa da lei a “desconto”, o que significa dizer que nada sendo devido pelo empregador, nada poderá ser subtraído, como soa elementar.

9. Duração do aviso prévio

A duração mínima do aviso prévio passou a ser, incondicionalmente, de trinta dias para todos os trabalhadores: urbanos, rurais (artigo 7º, XXI, da CF) e domésticos (art. 7º, parágrafo único, da CF), nada impedindo, no entanto, que as partes, espontaneamente, por liberalidade, ou por força de instrumento normativo (art. 444 da CLT) elasteçam a duração deste prazo.

Hirosê Pimpão conclui, neste particular: “...conquanto em nosso Direito positivo nada se encontre disposto a respeito, concluímos ser lícito que as partes pactuem o prazo de duração maior do que o fixado na lei, por não se oporem a isso razões ponderáveis, a menos que, em face de um caso concreto, elas se apresentem”¹¹. E continua: “Não vemos nenhum inconveniente nesse procedimento. Até pelo contrário, acreditamos que nêle vai grande parte do reconhecimento do empregador pela contribuição recebida de seus auxiliares no sentido do progresso da empresa.

Parece evidente que, dispondo de prazo maior, mais calma e pensadamente o trabalhador buscará uma colocação nova, não tendo que aceitar a primeira que se lhe oferecer, muitas vezes em discordância absoluta com as suas habilidades e com os usos e costumes industriais que já adquiriu. E 'o hábito é uma segunda natureza' ...

¹⁰ TST-AC 406569-RR 406569/97. 4ªT. DJ 03.04.98. Rel. Ministro Leonaldo Silva.

¹¹ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 237.

Uma questão, no entanto, poderá surgir, no espaço de tempo compreendido entre a notificação e o seu término longínquo, ainda. É esta: se o empregado lograr obter novo emprego quando ainda faltar muito tempo para a expiração do prazo, como há de proceder?

Ele precisa aceitar essa nova colocação, que lhe interessa, porque não é justo que se exija dele que vá arriscar ver terminar o contrato sem ter aceito o emprego que se lhe ofereceu, e para logo, e agora, prestes a terminar o prazo, fique sem conseguir nova oportunidade de se reempregar.

Terá ele que oferecer, em tal hipótese, por sua vez, Aviso Prévio ao empregador, menor naturalmente do que o já vigorante e dado por êste, ou poderá desligar-se imediatamente do serviço e transferir-se para o novo emprego obtido?

Parece-nos que a atitude correta e indicada deve ser esta última. E isso pelos fundamentos seguintes: o Aviso obedecendo os prazos legais ou o que fôr oferecido com prazo mais dilatado pelo empregador, visa sempre o mesmo fim. Isto é, a obtenção por parte do empregado, quando fornecido pelo empregador, de novo emprego, e a substituição do empregado pré-avisante, quando fôr ele quem forneceu a notificação.

Ora, atingido o fim reservado pela instituição pré-avisal ao empregado, o aviso se exauriu, naturalmente, em suas finalidades, com êsse objetivo satisfeito, e passará a ser, desde então, inoperante.

Dessa forma afirmamos que o Aviso Prévio cessará a sua função, e o empregado poderá deixar, imediatamente, sem obrigação de pré-avisar o empregador, o serviço e ir assumir o emprego que se lhe oferece”¹² (transcrição literal, de época anterior à reforma gramatical).

Com a Constituição de 05.10.88 os incisos I e II¹³ do artigo 487 da CLT, relativamente ao empregador, foram superados. O mesmo,

¹² Ob. cit. p. 243-244.

entretanto, não ocorre no que se refere ao empregado, como explica o Prof. Sergio Pinto Martins:

“A Lei Maior não dispõe que o aviso prévio é o dado pelo empregador ao empregado, mas que se trata de um direito do trabalhador. Assim, na hipótese do aviso prévio dado pelo empregado ao empregador, o prazo poderá ser de oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou por tempo inferior. Se o aviso prévio for dado pelo empregador ao empregado, terá de ser de pelo menos 30 dias, mesmo que o trabalhador ganhe por semana ou tempo inferior”¹⁴.

A forma de início da contagem do aviso prévio é prevista pela Orientação Jurisprudencial nº 122 da SDI I DO C. TST, inserida em 20.04.98: *“Aviso prévio. Início da contagem. Art. 125, Código Civil. Aplica-se a regra prevista no art. 125, do Código Civil, à contagem do prazo do aviso prévio”*.

A partir 11 de janeiro de 2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil (art. 2.044 da Lei nº 10.406/02), essa forma de contagem passa a ser regulada pelo seu artigo 132.

O prazo poderá ter início em dia não útil, como salienta o Professor Sergio Pinto Martins¹⁵, pois não há nenhuma ressalva no Direito material quanto a esse fato, ao contrário do Direito Processual (§ 2º do art. 184 do CPC), que disciplina começarem a correr os prazo no primeiro dia útil após a intimação. Assim, também, o último dia do aviso prévio poderá recair em dia não útil, quando terminará o

¹³ **Art. 487.** Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de: **I** - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; **II** - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de doze meses de serviço na empresa”

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.350.

¹⁵ ob. cit. p. 351.

contrato, sem nenhuma prorrogação, porque o prazo é de trinta dias corridos.

O Ministério do Trabalho e Emprego, antes (IN 03/02, art. 18), entendia que o prazo deveria ter início no dia útil seguinte à notificação expressa, mas, agora, através da Instrução Normativa nº 04, da Secretaria de Relações do Trabalho, de 29.11.02 (DOU 03.12.02), adaptou-se à forma de contagem do prazo preconizada pelo C. TST, deixando claro que este terá início no dia seguinte (mesmo que dia não útil) à respectiva comunicação.

10. Aviso prévio proporcional

A novel Constituição Federal estabeleceu o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, todavia o fez em norma de caráter programático, ou seja, dependente de lei que fixe a proporcionalidade. Neste sentido a Orientação Jurisprudencial nº 84 DA SDI I DO C. TST: “*Aviso prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável*” (inserida em 28.04.97).

Arion Sayão Romita, sobre o fato de diversos dispositivos constitucionais, sobre direito individual e coletivo do trabalho, previdência, assistência e seguridade social, dependerem de regulação pela lei infraconstitucional, enfatiza: “*As normas constitucionais, neste setor, quando não meramente programáticas, raramente são dotadas de eficácia plena, isto é, aptas a imediata aplicação independentemente da intermediação do legislador ordinário, o que reduz consideravelmente sua importância prática*”¹⁶.

Como a legislação ainda se faz ausente, somente há

¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**. SP: LTr, 1991. p.14-15.

possibilidade de ser concedido aviso prévio proporcional ao tempo de serviço se instrumentos normativos, equivalentes à lei (arts. 611 e 612 da CLT), trouxerem tal previsão.

11. Aviso prévio indenizado

A obrigação ao aviso prévio é uma obrigação de fazer, não sendo permitida sua alternância com obrigação de pagar, ou seja, não é dado a qualquer das partes conceder em tempo ou pagar o valor do salário correspondente ao prazo do aviso. “*Não é uma obrigação alternativa*”¹⁷.

Existe o chamado aviso prévio indenizado, mas, em verdade, ele nada mais é do que uma indenização substitutiva por inadimplemento da obrigação. Portanto, se as partes não cumprem especificamente a obrigação de fazer, “*esta se converte em obrigação de pagar. Nesta conversão de obrigações opera-se, tecnicamente, o que o direito denomina ressarcimento de dano. O caráter ressarcitório da indenização de aviso prévio não se altera porque seja ela correspondente ao salário do prazo do aviso. É uma forma encontrada pelo legislador para liquidar o dano, tarifando-o à forfait, tal como procedeu com a indenização por acidente do trabalho no regime anterior à Lei nº 5.316*”¹⁸.

Apesar disto, a Súmula nº 305 do C. TST dispõe deva haver incidência de FGTS sobre aviso prévio, mesmo quando indenizado. Ainda que "indenizado", o aviso prévio não pode perder sua natureza salarial, sob pena de se possibilitar que o empregador se beneficie de sua própria torpeza.

Não há prestação do trabalho por conveniência do empregador, que opta por romper imediatamente o vínculo, sem conceder o prazo de pré-aviso que a lei impõe. A importância que se paga a título de

¹⁷ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 416-417.

¹⁸ Ob. cit. p. 417.

aviso prévio tem por fim indenizar ou reparar dano sofrido pelo empregado pela sua falta, sem perder, no entanto, ao mesmo tempo, o seu caráter de salário pago antecipadamente para permitir o rompimento imediato do vínculo. Inteligência do artigo 487, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Surgindo o direito à indenização substitutiva, conhecida como “aviso prévio indenizado”, ela deverá corresponder ao valor do salário devido ao empregado, neste incluídas as horas extras habituais, conforme Súmula nº 94 do C. TST: “*Horas extras. O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado*” (RA 43/1980, DJ 15.05.80, republicada com correção na Res. 80/1980, DJ 04.07.80).

Já virtual gratificação semestral a que tenha direito o empregado não integra o seu cálculo, de acordo com o que dispõe a Súmula nº 253 do C. TST: “*Gratificação semestral. Repercussão nas férias, aviso prévio e horas extras. A gratificação semestral não repercute nos cálculos das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados*” (Res. 1/1986, DJ 23.05.86).

Também, o Ministério do Trabalho e Emprego, recentemente, através da Instrução Normativa nº 04/2002, alterou o art. 27 da IN 03/02, orientando no sentido de, independentemente da causa da rescisão contratual (com ou sem justo motivo), o empregador pagar o repouso semanal remunerado quando do término do aviso prévio no sábado ou na sexta-feira, quando existir acordo compensatório do sábado ou escala de revezamento e o aviso prévio encerrar-se no dia anterior ao previsto para descanso.

12. Redução da jornada de trabalho durante o prazo do aviso

Quando o empregador concede o aviso prévio, é permitido ao empregado, sem prejuízo de seu salário, durante o seu prazo, dispor de

tempo (duas horas diárias ou 7 dias corridos – art. 488 e parágrafo único da CLT) para a busca de uma nova colocação, o principal objetivo do instituto.

O trabalhador rural, segundo dispõe o art. 15 da Lei nº 5.599/73, tem direito a, minimamente¹⁹, um dia por semana para procurar nova colocação. Justifica-se esta diferenciação pelas peculiaridades que envolvem a atividade rural, principalmente as grandes distâncias entre as áreas.

Não há distinção na lei a respeito dos empregados que desenvolvem jornada reduzida, seja legal (como, por exemplo, os médicos, bancários), ou contratual. Isto, portanto, pode fazer surgir a possibilidade de um empregado chegar a não estar obrigado a prestar serviços durante o prazo do aviso prévio: aquele, por exemplo, contratado para trabalhar duas horas por dia.

Seja diurna ou noturna a jornada, o empregado tem direito à aludida redução ou supressão.

Não há, por outro lado, especificação expressa na lei sobre o momento em que elas devam ocorrer (se no início ou no final da jornada, em se tratando de redução, ou se no início ou final do período do aviso, em se tratando da supressão de sete dias). As partes, assim, neste aspecto, deverão entrar em acordo, para definir o seu adequado momento.

Já o fracionamento, não resta dúvida de que é vedado, o mesmo ocorrendo com a substituição da redução horária ou supressão de dias de trabalho por pagamento de horas extras, conforme prescreve a Súmula nº 230 do C. TST: “*Aviso prévio. Substituição pelo pagamento das horas reduzidas da jornada de trabalho. É ilegal substituir o período que se*

¹⁹ tempo superior poderá ser concedido espontaneamente pelo empregador ou previsto em instrumento normativo (art. 444/CLT).

reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes” (Res. 14/1985, DJ 19.09.85).

Se o empregado pudesse trabalhar as duas horas diárias a que tem direito ou os sete dias corridos, substituindo-os por horas extras isso frustraria o intuito ensejador da regra celetista, que é o de proporcionar ao trabalhador um tempo capaz para a busca de um novo emprego. É ilegal, portanto, esta substituição, que, ocorrendo, torna nulo o aviso prévio concedido e gera o direito ao empregado de receber a indenização correspondente.

Nesse sentido a sensível jurisprudência do TRT da 2ª Região:

“AVISO PRÉVIO - SUBSTITUIÇÃO DA REDUÇÃO LEGAL DE HORÁRIO PELO DAS HORAS CORRESPONDENTES - POSSIBILIDADE - O Enunciado 230 pacificou a jurisprudência no sentido de que é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho no aviso prévio pelo pagamento das horas correspondentes. Pré-aviso cumprido sem a redução de lei não é aviso prévio e a condenação ao seu pagamento, que se impõe, não implica nulidade (pois não se anula o inexistente) nem ‘bis in idem’, mas puro e simples ressarcimento de obrigação originada em direito irrenunciável”²⁰.

Não ocorrendo a redução da jornada ou a supressão de dias de trabalho, isto equivalerá à inexistência de aviso prévio, sujeitando-se o empregador ao pagamento do valor correspondente ao período.

Quando o aviso prévio é concedido pelo empregado não há redução na jornada de trabalho. “O empregado certamente não é obrigado a procurar emprego durante as duas horas que lhe são concedidas para tanto; seu procedimento nesse período é matéria que afeta sua vida particular

²⁰ TRT 2ª Reg. AC 02980530500/98. RO 02970488676/97. 8ª T. DOESP 27.10.98. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

*apenas, em que o empregador não pode ismicuir-se*²¹.

13. O aviso prévio e o tempo de serviço

O período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para o cálculo de mais 1/12 de 13º salário, férias e FGTS²² em função da sua projeção. Logo, o contrato de trabalho não se finda instantaneamente, mas só depois de terminado o prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Por esse motivo é que a data a ser anotada na CTPS do empregado como sendo a de término do contrato de trabalho deve ser a correspondente à do fim do cumprimento do aviso prévio ou da projeção do aviso prévio indenizado, caso a referida comunicação não seja cumprida (Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI do TST²³).

14. Aviso prévio e despedida indireta

Na explicação do Professor Cesarino Júnior²⁴, caso típico de rescisão indireta ocorre quando quem dá causa à rescisão do contrato de trabalho é o empregador, e quem a exercita, quem a põe em prática é o empregado.

Inexistindo especificação legal, nos primórdios, era pacífica a

²¹ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do direito do trabalho**. 9. ed. SP: LTr, 1995. p. 339.

²² **Súmula nº 305 do C. TST**: “*Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Incidência sobre o aviso prévio. O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS*” (Res. 3/1992, DJ 05.11.92).

²³ **OJ nº 82 da SDI I do C. TST**: “*Aviso prévio. Baixa na CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*” (inserida em 28.04.97).

²⁴ **Apud**: PIMPÃO, Hiroshê. **Aviso prévio**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 255.

incompatibilidade do instituto do aviso prévio com o regime das despedidas indiretas (TST-3.404-50. Rel. Min. Edgard Ribeiro Sanches; TST-4.140-51. Rel. Min. Júlio Barata; TST-6.265-51. Rel. Min. Waldemar Marques). A questão chegou até a ser sumulada (Súmula nº 31 do C. TST). Fundamentava-se que, se o aviso prévio provém do fato de uma parte desejar a rescisão injustificadamente há justa causa do empregador.

Seguindo-se grande oscilação, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobreveio norma legal a coactar a cizânia: a Lei nº 7.108, de 05 de julho de 1983, que acresceu ao artigo 487 da CLT o parágrafo 4º: “É devido o aviso prévio na despedida indireta”.

Houve, então, o cancelamento da Súmula nº 31 do C. TST (RA 31/94 - DJ 12.05.94)²⁵, desaparecendo, em definitivo, a injustiça antes por vezes existente, de se permitir que o empregador, quem efetivamente causava o fim da relação de emprego, nada pagasse a título de indenização, em evidente prejuízo ao empregado.

15. Aviso prévio e culpa recíproca

Segue íntegra a orientação do mestre Mozart Víctor Russomano²⁶: “o aviso prévio – diz o art. 487 – só tem cabimento nos casos de rescisão injusta. Havendo culpa recíproca, a rescisão do contrato é feita tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, com motivo juridicamente aceito pela lei. Isso exclui a figura do aviso prévio”.

Tratando-se o aviso prévio de uma obrigação de fazer, e não de indenização, não se cogita de sua justificação para o caso de culpa recíproca no art. 484 da CLT, vale frisar.

²⁵ Súmula nº 31 do C. TST: “Aviso prévio É incabível o aviso prévio na despedida indireta”.

²⁶ RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Vol. II, 1952. p. 776-777.

O instituto em tela pressupõe absoluta e integral vontade de rescindir o contrato (art. 487 da CLT), a qual não se observa em rescisão por culpa recíproca. A Súmula nº 14 do C. TST assim dispõe: “*Culpa recíproca. Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado não fará jus ao aviso prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo*”(RA 28/1969 DO-GB 21.08.69).

16. Aviso prévio e contrato de experiência

Controvertem a doutrina e a jurisprudência sobre a necessidade de serem expostas as razões, ou justificativas, pelas quais não prossegue o contrato, ou seja, a necessidade de aviso prévio.

Se o contrato de experiência é modalidade de ajuste determinado, afirma Alice Monteiro de Barros, “*com o advento do termo extingue-se o liame empregatício, sem que o empregador tenha necessidade de expor as razões pelas quais não prosseguiu a relação jurídica. É que a legislação não estabelece, como exigência, que o empregador comprove a falta de habilitação*”²⁷.

Em sentido oposto, manifesta-se Milton Vasques Thibau de Almeida, salientando: “*A despeito do silêncio da lei brasileira, a Consolidação das Leis do Trabalho fundamenta-se no pressuposto de que toda rescisão contratual deve ser motivada, punindo a imotivação com indenizações*”²⁸.

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **O contrato de experiência à luz dos tribunais**. Revista de direito do Trabalho. Ano 28. nº 106. abril-junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

²⁸ THIBAU, Milton Vasques. **O contrato de experiência**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 531

Para justificar a primeira corrente, Alice Monteiro de Barros transcreve um julgado em abono ao seu pensar:

“O empregador não está obrigado a declinar os motivos da não realização do contrato de trabalho de forma definitiva, após o contrato de experiência. TST-RR 67591/93.8, Ac. 5ª T. 1.602/93. 4ª Reg. Rel. Min. Armando de Brito, DJU 06.08.1993, p. 15.143”²⁹.

Em sentido diametralmente contrário, Milton Vasques Thibau de Almeida cita aresto que impõe a justificativa para a ruptura contratual sob pena de indenização:

“Não provando o empregador o insucesso da experiência, devido é ao empregado o aviso prévio e seus consectários. TRT 9ª Reg. 1ª T. proc. RO 2.882/86, Rel. Juiz Pedro Tavares”³⁰.

O princípio da boa-fé já era considerado aplicável ao direito do trabalho há muito tempo. Segundo Américo Plá Rodriguez “a boa-fé que deve vigorar como princípio do Direito do Trabalho é a boa-fé-lealdade, ou seja, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção”³¹.

Essa boa-fé-lealdade, conforme o autor citado “se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, nem abusos, nem

²⁹ Ob. cit. p. 21.

³⁰ Ob. cit. p. 531.

³¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978. p. 274.

desvirtuamentos”³².

Preceitua o art. 422 do novo Código Civil, fazendo referência ao princípio basilar da boa-fé objetiva: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Também o art. 113 reporta-se à boa-fé de índole objetiva ao prescrever: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A boa-fé objetiva teria, assim, uma tríplice função: a) cânone hermenêutico interpretativo do contrato; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação de direitos subjetivos³³.

Segundo relata Eduardo Milléo Baracat: “na Consolidação das Leis do Trabalho não existe uma cláusula geral da boa-fé, mas tendo em vista o princípio constitucional da função social do contrato de trabalho, deve ser interpretado de acordo com o princípio da boa-fé”³⁴.

Em decisão que parece ser a primeira, com esses contornos, a E. 2ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por

³² Ob. cit. p. 273.

³³ COSTA, Judith Martins. **O direito privado comum como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, Vol. 753, jul. de 1998. p. 43; SILVA, Agathe Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos, **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 17, 1996. p. 17-18; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio/São Paulo: Renovar, 2002. p. 196-197.

³⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé nas relações trabalhistas**. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 47.

unanimidade, aplicou o princípio da boa-fé objetiva na interpretação do contrato de experiência.

E, ao fazê-lo, explicitou fundamento no sentido de impor que a parte “indique, especificamente, a condição que não se realizou, de forma a fazer legítima a ruptura, ao final do prazo avençado”³⁵.

Do corpo do aresto extrai-se: “o contrato de experiência não é um simples contrato por prazo determinado, mas sujeito ao implemento de uma condição resolutiva. As partes ajustam que, durante determinado período, serão verificadas as condições de trabalho – pelo empregador, se o empregado tem as aptidões necessárias ao exercício da função e, pelo empregado, se o trabalho lhe é conveniente. Se, ao final do prazo, uma das partes não está satisfeita, tem o dever de informar à outra a condição que não se implementou, sob pena de o pacto passar à condição de contrato por prazo indeterminado. À semelhança do que se dá nas tratativas preliminares, em que se reconhece a responsabilidade pré-contratual permeada pelo princípio da boa-fé, também no contrato de experiência têm as partes o dever de lealdade e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença”.

A sentença, ante essas justificativas jurídicas, assim, foi reformada para condenar a ré a pagar as chamadas verbas rescisórias (aviso prévio, 12/12 de férias e natalinas e FGTS de 11,2%).

Trata-se, sem dúvida, de um dos primeiros casos trabalhistas (ou, mesmo, o primeiro) interpretados à luz do princípio da boa-fé objetiva, já aplicando-se, subsidiariamente, o novo Código Civil (art. 8º, parágrafo único, da CLT).

³⁵ TRT-PR-ROPS 1.234/2002. AC. 9.394/03. DJPR 09.05.03. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu.

Ainda, o art. 481 da CLT dispõe que se há uma cláusula no contrato de experiência assegurando o direito recíproco de rescisão antecipada, aplicam-se, em sendo exercido tal direito, as regras que tratam da rescisão do contrato por prazo indeterminado, dentre as quais se inclui a referente ao aviso prévio.

A Súmula nº 163 do C. TST, por sua vez, vai além, esclarecendo que, expressa ou não, é ínsita ao contrato de experiência esta cláusula assecuratória do direito recíproco de final antecipado, ou seja, dispõe ser sempre devido o aviso prévio quando há dispensa no curso deste contrato: “*Aviso prévio. Contrato de experiência. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT*”³⁶.

17. Aviso prévio e extinção da empresa

Ao empregado é garantido o aviso prévio quando da rescisão a que não dá causa. Portanto, extinguindo-se a empresa, tal fato equipara-se à rescisão imotivada, daí o direito ao aviso prévio.

A Súmula nº 44 do C. TST é definitiva: “**AVISO PRÉVIO - CESSAÇÃO DA ATIVIDADE DA EMPRESA.** A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio” (RA 41/73 - DJ 14.06.73).

Poder-se-ia propor, no entanto, com vistas aos artigos 501 e 502 da CLT, uma redução da indenização substitutiva (art. 502, II) em casos de efetiva força maior, como na hipótese de um incêndio, por exemplo³⁷.

18. Aviso prévio e falência da empresa

³⁶ RA 102/1982, DJ 11.10.82 e DJ 15.10.82.

³⁷ Vide Bonijuris - Jurisprudência Trabalhista nº 270, 30.03.01.

Valem, aqui, os mesmos argumentos do item anterior. A falência gera a extinção da empresa, que, por sua vez, não prejudica o direito do empregado ao aviso prévio.

Outro argumento legal que reforça esta posição está insculpido no art. 2º da CLT, que dispõe ser do empregador os riscos do empreendimento, sem possibilidade de transferência ao empregado, exceto nos casos de contratações que prevejam a participação do empregado nos riscos da empresa, como as de altos executivos, por exemplo.

19. Aviso prévio e estabilidade

Com a Constituição Federal de 1988 desapareceu a estabilidade decenal, antes garantida pelo art. 492 da CLT, passando todos os empregados, automaticamente, a serem “optantes” pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Hoje, portanto, afora as estabilidades decenais existentes por força de direito adquirido e a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT, só existem estabilidades provisórias (decorrentes de instrumentos normativos; do art. 8º, VIII, da CF – dirigente sindical; do art. 10, “a”, do ADCT – membro da CIPA; do art. 10, “b”, do ADCT – gestante; do art. 118 da Lei nº 8.213/91 – acidente do trabalho ou doença profissional).

Enquanto o empregado detém o direito a qualquer dessas formas de estabilidades o seu empregador não poderá lhe conceder aviso prévio, sob pena de nulidade (art. 9º da CLT).

Nesse sentido a Súmula nº 348 do C. TST (Res. 58/96, DJ 28.06.96):

“AVISO PRÉVIO. CONCESSÃO NA FLUÊNCIA DA

GARANTIA DE EMPREGO. INVALIDADE. *É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos”.*

Insistindo nessa atitude e sendo consumada a rescisão contratual, o empregado, que possui o direito subjetivo de ação, poderá pleitear judicialmente a sua reintegração, ou, não mais sendo possível o retorno ao trabalho (seja por incompatibilidade ou porque já expirado o prazo da estabilidade), poderá requerer indenização substitutiva.

O problema de maior polêmica, no entanto, quando se discute aviso prévio e estabilidade, surge quando o direito a esta é adquirido durante o prazo do aviso prévio.

A Orientação Jurisprudencial nº 35 da SDI I do C. TST, inserida em 14.03.94, apresenta-se no seguinte sentido: **“DIRIGENTE SINDICAL. REGISTRO DE CANDIDATURA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO.** *Não tem direito à estabilidade provisória (art. 543, § 3º, CLT)”.*

Quanto a esse exclusivo ponto de discussão, a respeito do dirigente sindical, emerge cristalina a intenção do C. TST, que é a de evitar de a estabilidade não atingir o seu objetivo, mas apenas a intenção do empregado, de não ser despedido.

Todos os acórdãos que originaram essa tendência jurisprudencial apontam no sentido de ser inviável reconhecer a estabilidade provisória prevista no § 3º do art. 543 da CLT, por força de registro de candidatura no curso do aviso prévio, primeiro, pela inexistência de má-fé da empresa no despedimento do empregado, sem caráter obstativo a qualquer estabilidade, inexistente à época da comunicação, e, segundo, porque o aviso prévio conferiria ao contrato de trabalho feições de contrato a prazo determinado, não admitindo,

assim, por analogia, a estabilidade sindical (precedentes: ERR 3622/86, DJ 31.08.90, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani; ERR 2269/88, DJ 15.05.92, Rel. Min. José Luiz de Vasconcellos).

No entender da mais alta Corte Trabalhista, o período de aviso prévio indenizado integra o tempo de serviço (CLT, art. 487, § 1º), mas já com cláusula resolutiva legal de termo certo e determinado. Com o advento do termo, efetiva-se a resilição mesmo que o empregado se enquadre, nesse interregno, na hipótese do art. 543, § 3º, da CLT.

Em um dos precedentes antes citado (ERR 3622/86, DJ 31.08.90, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani), o posicionamento é detalhadamente explicado:

“A índole do instituto do aviso prévio é possibilitar ao empregado a busca do novo emprego sem ser ameaçado de perda dos direitos decorrentes do contrato de trabalho. Daí a previsão legal que determina a integração do período no tempo de serviço (CLT, art. 487, § 1º). Não se deve presumir que essa integração possa, de alguma maneira, anular o próprio destino do instituto.

Essa integração busca resguardar o empregado da negativa de eficácia do contrato de trabalho durante o período imposto por lei para que ele, empregado, tenha segurança mínima para encontrar nova colocação. Ou seja, transparece da integração sua natureza finita, determinada, a termo ‘cetus an e certus’ quando. Ao se admitir, então, que evento alheio ao instituto, e à integração do período no tempo de serviço, possa anular o ato potestativo que denunciou o contrato, admite-se também que isso só se pode dar por decorrência da integração do período no tempo de serviço.

Ao praticar o ato de registro e comunicá-lo, o empregado já não mais detinha em seu patrimônio jurídico um contrato de trabalho igual àquele que celebrara ao ser admitido. E disso sabia.

Transformara-se em contrato a termo, não por mútuo acordo, mas por força de lei, que justamente prevê um período de segurança ao empregado cujo contrato foi denunciado, estando submetido a termo. O fato de registrar-se como candidato à eleição sindical não tem efeito de reverter a situação já definida juridicamente.

A proteção ao candidato em eleição sindical (CLT, art. 543, § 3º) não se adequa e nem foi prevista para o empregado que já havia sido despedido, eis que a proibição não pode atingir, juridicamente, fatos pretéritos.

O egrégio 4º Regional apanhou perfeitamente a abrangência da integração do período de aviso prévio ao tempo de serviço. O legislador não poderia prever o próprio malogro do instituto por força de uma garantia inexistente no momento de sua utilização.

Destina-se, portanto, a garantir os direitos contratuais, ou seja, aqueles decorrentes da existência do contrato de trabalho, e não os direitos decorrentes da candidatura em eleição sindical, como são previstos pelo art. 543 da CLT.

A alusão dos embargos, de que a orientação da egrégia Turma recorrida facultaria a ação maliciosa por parte do empregador que descobrisse, oportunamente, o propósito de seu empregado em se candidatar a cargo eletivo em organismo sindical, se apresenta como hipótese que poderia ser apreciada e instruir ação trabalhista, com dilação probatória exaustiva. Mas não pode o Poder Judiciário adotar jurisprudência preventiva, portanto, em tese, em verdadeira posição administrativa, de policia, adiantando-se à lei e impedindo inoportunamente que o empregador exerça seu direito de resilir o contrato de trabalho que mantém com empregado não estável.

Observa-se, assim, que o recorrido praticou ato potestativo, previsto em lei, portanto, perfeito, porque consumado. O período de aviso prévio não é condição para a rescisão do contrato, apenas cria um termo para sua efetivação. O próprio interessado na extinção do vínculo não poderá arrependê-lo eficaz e unilateralmente (CLT, art. 489). Esse termo submete-se,

antes de mais nada, à própria natureza do instituto, que se define prevalentemente por seu fim. Apenas após essa configuração é que se poderá admitir que esse termo, na forma do art. 124, submete-se também à regra de sobredireito do art. 119, ambos do Código Civil Brasileiro, pois o capítulo das "Modalidades dos Atos Jurídicos", do Direito Civil, vem a pêlo por via subsidiária, sem a valorização característica da vontade individual, que é da substância daqueles dispositivos".

Na mesma linha vem a Orientação Jurisprudencial nº 40 da SDI I do C. TST, inserida em 28.11.95: **“Estabilidade. Aquisição no período do aviso prévio. Não reconhecida.** A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias”.

Por seu caráter geral ela inclui todas as demais hipóteses de estabilidades provisórias, inclusive a da gestante, por exemplo, que só após extinto seu contrato de trabalho descobre ter tido início o seu estado gestacional no curso do aviso prévio, fixando que ela não tem direito à reintegração ou à indenização substitutiva do período de estabilidade (desde a dispensa até cinco meses após o parto).

Sustenta-se que, se a proibição da dispensa prevista na Constituição é para a “empregada” gestante, em havendo aviso prévio, com a dispensa do trabalho e a indenização do período correspondente, a empregada deixa de deter esta condição, e, apesar de ter se tornado gestante, as duas condições não se fazem presentes ao mesmo tempo – não existindo, portanto, direito à estabilidade ou à indenização. A gravidez é tida como fato superveniente ao ato perfeito e acabado da rescisão contratual. Nestes termos, tem-se a decisão unânime da 5ª Turma do C. TST no RR 460713/1998, julgado em 19.06.02.

A nosso ver, entretanto, a gestante não poderia perder seus direitos, pois, diferentemente da estabilidade sindical, a gravidez não pode ser tachada, categoricamente, como um fato que dependa única e exclusivamente da vontade da empregada. Tem-se, ainda, que, além de o aviso prévio integrar o tempo de serviço, já está assente na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Excelso Supremo Tribunal Federal³⁸, não ser necessária a ciência prévia do empregador sobre a gravidez para que a empregada tenha direito à garantia do emprego assegurada pela Constituição Federal (art. 10, inc. II, “b”, do ADCT).

Da norma constitucional emerge a figura da “responsabilidade objetiva” do empregador, bastando para tanto a prova da gravidez, no curso do contrato (no qual se inclui o prazo do aviso prévio - art. 487, § 1º, da CLT), para a incidência da regra que assegura à empregada gestante estabilidade provisória no emprego.

A União, recentemente, até chegou a ser condenada pelo C. TST a reintegrar ao serviço público um técnico de nível médio, dispensado da extinta Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) em 26 de setembro de 1988, dez dias antes da promulgação da Constituição, que teve reconhecido direito à estabilidade prevista pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adquirida durante aviso prévio.

O Exmo. Relator, Eminentíssimo Ministro Rider de Brito, entretanto, explicou que isso só aconteceu porque não se tratava de estabilidade provisória, decorrente de lei ou da vontade das partes, via acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, mas de estabilidade definitiva (art. 19 da ADCT).

³⁸ STF RE 234.186-3-SP. Unânime. 1ª T. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU 31.08.01: Inf. STF 239/01, de 05.09.01.

Por fim, em progresso, apresenta-se a Orientação Jurisprudencial nº 135 da SDI I do C. TST, inserida em 27.11.98: **“AVISO PRÉVIO INDENIZADO. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO DOENÇA NO CURSO DESTA**. *Os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho”*.

Ela se restringe, por certo, à hipótese de auxílio doença concedido durante o curso do aviso prévio indenizado, não fazendo qualquer menção expressa ao direito à estabilidade decorrente do art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Dentre os fundamentos que embasaram a orientação em tela, temos (E-RR-65.187/92, Ac. 3.288/96, Min. Cnéa Moreira, DJ 21.02.97; E-RR-35.887/91, Ac. 4.899/94, Min. Thaumaturgo Cortizo, DJ 07.04.95):

- 1) O contrato de trabalho continua em plena vigência durante o curso do aviso prévio, ainda que indenizado;
- 2) No período do referido aviso subsistem as obrigações recíprocas das partes, uma vez que a relação jurídica, não obstante terminada de fato, permanece e produz seus efeitos até a expiração do prazo do referido aviso;
- 3) A doença superveniente ao recebimento do aviso prévio indenizado suspende o seu curso e acarreta a suspensão do contrato de trabalho, da mesma maneira que ocorreria se o fato se desse nas circunstâncias normais, conforme previsto no art. 476 da CLT;
- 4) No auxílio-doença, a partir do décimo sexto dia, todas as cláusulas do contrato do empregado atingido pela moléstia

deixam de gerar obrigações para o seu empregador, de modo que a doença, que, nos quinze primeiros dias, produz apenas interrupção contratual, a partir do décimo sexto dia, determina suspensão autêntica, que, com essa natureza, se prolonga até o fim do benefício.

- 5) Somente após o final da licença médica é possível contar o prazo do aviso e haver a conseqüente ruptura do contrato laboral.

Fácil perceber que até determinado ponto os fundamentos parecem sinalizar para a hipótese de uma verdadeira reavaliação das orientações anteriores, em especial da Orientação Jurisprudencial nº 40. Entretanto, ao final, por mais paradoxal que possa parecer, o comando é claro no sentido de que, terminada licença médica só é autorizada a contagem do prazo do aviso, sendo permitida a conseqüente ruptura do contrato laboral, sem se considerar a estabilidade prevista na Lei nº 8.213/91.

Se se diz que no período do aviso prévio permanecem todos os efeitos do contrato de trabalho (art. 489 da CLT), inclusive, quanto aos direitos e obrigações dos contratantes, e, restando estipulado o direito do empregado à suspensão do contrato de trabalho, quando em auxílio-doença, mesmo quando estiver o obreiro no período de aviso prévio estipulado em lei, a doença superveniente ao seu recebimento, que implique afastamento por mais de quinze dias, também deveria acarretar o direito correspondente: a garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, à manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente (art. 118 da Lei nº 8.213/91).

A 2ª Turma do TRT da 9ª Região assim já decidiu:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO ACIDENTADO. ACIDENTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. EXISTÊNCIA. *Garantia de emprego assegurada por lei, como a do acidentado, se a ocorrência do acidente se dá no período do aviso prévio, não inibe o deferimento dos salários correspondentes no prazo de estabilidade provisória, pois o empregador que pré-avisa o empregado não adquire o direito à rescisão, e esta não se efetiva se durante o transcurso do aviso ocorre qualquer evento que impede a despedida arbitrária do obreiro, em decorrência de sua integração, em qualquer caso, ao seu tempo de serviço, por força do § 1º, do artigo 487, da CLT*”³⁹.

Mais se justifica esse entendimento se considerarmos, também, as ponderações de Rodrigo de Lacerda Carelli, Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro): “... seria inteiramente injusto e injurídico a não concessão da estabilidade daquele que sofreu o acidente de trabalho, somente porque este já estava no período do aviso prévio. Ora, o sistema jurídico não pode resguardar situações injustas, pois, como afirma o Mestre Nelsi Silvério de Oliveira, ‘A justiça é o primeiro fundamento, a última finalidade e o único valor absoluto do Direito. Sem a Justiça, o Direito transforma-se em conveniência ideológica, hipocrisia social institucionalizada, instrumento lógico-intelectual de opressão, pseudo-ética de vencedores sobre vencidos’.

*Não há razão, ao contrário das outras estabilidades provisórias, para que não seja concedida a estabilidade acidentária quando o acidente ocorrer durante o aviso prévio. Isto porque o prejuízo do empregado em função da sua fidelidade laboral à empresa ocorreu da mesma forma que se ainda não tivesse recebido o aviso de dispensa”*⁴⁰.

³⁹ TRT-PR-RO 14.631/96 - Ac. 2ª T. 20.148/97. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther, DJPR 1º.08.97.

⁴⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Estabilidade provisória. Contratos a prazo determinado e suspensões e interrupções do contrato de trabalho.** Suplemento

Felizmente o C. TST parece já estar se apercebendo das contradições e dos pontos sobre os quais elas merecem ser banidas, em evidente reavaliação, pelo menos no que diz respeito à estabilidade acidentária, da Orientação Jurisprudencial nº 135 de sua SDI I.

Em 17 de julho de 2002, na “home page” do C. TST (www.tst.gov.br), constou a seguinte notícia, a respeito do julgamento havido no RR 483994/1998, que bem demonstra não ser firme a posição quanto ao efetivo alcance dessa orientação:

“A concessão do Auxílio-Doença Acidentário a um trabalhador suspende o contrato de trabalho em vigência, até mesmo durante o período de aviso prévio indenizado. Com base no artigo 118 da Lei 8.213/91, a Subseção de Dissídios Individuais I (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) negou recurso impetrado pelo Bradesco S.A. para interromper a estabilidade provisória garantida à funcionária Valéria Oliveira Curi Bregalda pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.

Valéria foi desligada do quadro funcional do Bradesco em 7 de janeiro de 1997 e o benefício previdenciário foi concedido quinze dias após sua dispensa. A funcionária, que trabalhou parte do tempo como digitadora, sustentou ter contraído Lesão por Esforço Repetitivo (LER) e que, na época do ajuizamento da reclamação, encontrava-se em gozo de Auxílio-Doença Acidentário.

O Bradesco argumentou que a doença da funcionária só foi admitida pelo INSS após a rescisão contratual e que a prestação do benefício teve início no curso do aviso prévio, motivos para impedir a estabilidade. Mas o INSS reconheceu a existência da doença profissional durante o período de aviso prévio indenizado. Atestado do órgão previdenciário ainda confirmava a

Trabalhista LTr 106/00. p. 620.

existência dos sintomas da doença desde antes da comunicação do aviso prévio pela empresa.

Após análise do recurso, o TST considerou indiscutível o direito à estabilidade provisória, uma vez que a rescisão do contrato de trabalho só ocorre com o término do aviso prévio. Conforme ressaltou o ministro Rider Nogueira de Brito, 'havendo a concessão do Auxílio-Doença Acidentário no curso do período do aviso prévio, opera-se a suspensão do contrato de trabalho, da mesma maneira que ocorreria se o fato se desse nas circunstâncias normais'. A suspensão do contrato trabalhista só pode acontecer depois de expirado o benefício previdenciário, conforme Orientação Jurisprudencial número 135".

No que se refere à estabilidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91 ainda é importante registrar que ela abrange doença profissional e acidente de trabalho, ou seja, estende-se aos trabalhadores portadores de doença profissional e não somente àqueles que sofrem acidente de trabalho. O C. TST, recentemente, decidiu nessa direção, através de sua 2ª Turma, no julgamento do RR 499.274/98, DJ 28.06.02, tendo atuado como Relator o Exmo. Juiz convocado José Pedro de Camargo, que assim fundamentou seu voto:

“De fato, há de ser feita interpretação sistemática da Lei 8.213/91, eis que o seu artigo 20, em seus incisos I e II, equipara a doença profissional ao acidente de trabalho, ou seja, atraindo também, a garantia de emprego, por 12 meses. A sentença de 1º grau reconheceu à trabalhadora estabilidade provisória e determinou sua reintegração ao serviço, com o pagamento da remuneração equivalente ao auxílio-doença por acidente de trabalho. Ao término do benefício, a empregada deveria ser colocada em função compatível com sua condição física, fluindo a partir deste momento o período de 12 meses a que se refere a lei”.

20. Aviso prévio “cumprido em casa”

No direito do trabalho já se tornou comum a expressão “aviso prévio cumprido em casa”, pretendendo-se, doutrinária e jurisprudencialmente, seja firmado entendimento no sentido de que através dele o empregador pré-avisa o trabalhador e determina que este cumpra o prazo do aviso em casa. Dela, entretanto, ousamos divergir.

Não existe embasamento técnico ou jurídico para a existência do chamado aviso prévio “cumprido em casa”. Os artigos 477 e 487 da CLT indicam a concreção de duas modalidades de aviso prévio: indenizado ou trabalhado. Ponderando-se que o fundamental compromisso contratual do empregado é dispensar labor, eximi-lo dele, então, corresponde à forma indenizada do instituto, não se mostrando correta, a nosso sentir, substituí-la pela vulgar proposição “aviso prévio cumprido em casa”.

De qualquer forma, não se nega que essa modalidade indenizada encerra, de fato, situação benéfica ao trabalhador:

“No aviso prévio ‘cumprido em casa’ o empregado não terá, apenas, duas horas para procurar novo emprego, mas período integral, situação mais benéfica ao obreiro. Durante o período de aviso prévio o empregador poderá inclusive, reconsiderar o aviso e o contrato de trabalho continuar, nos termos do art. 489 da CLT.

Não se incompatibiliza também o aviso prévio ‘cumprido em casa’ com o art. 444 da CLT, pois não traz nenhum prejuízo ao empregado. Permite ao obreiro tempo de serviço para procurar novo emprego.

Mesmo nos casos em que o empregado ganhe por produção, por peça ou tarefa, ou por comissão, o aviso prévio ‘cumprido em casa’ não importará

prejuízo ao empregado, desde que se assegure ao obreiro a maior remuneração que este já percebeu no período ou o salário do mês anterior; do contrário haveria prejuízo ao trabalhador, pois, para obter sua remuneração, teria de trabalhar. Tal ato poderia configurar uma dispensa indireta, se demonstrado o prejuízo ao operário”⁴¹.

Confirma-se tal situação favorável que tem o empregado pela adoção da forma indenizada através da Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI I do C. TST, inserida em 25.11.96, que descarta a possibilidade de as verbas rescisórias virem a ser pagas somente após o período do aviso prévio: “Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Até o 10º dia da notificação da demissão. (CLT, 477, § 6º, ‘b’).”

21. Aviso prévio e prescrição

Muito se discute a questão referente à projeção do aviso prévio indenizado, para efeito de se determinar o marco inicial do prazo prescricional do direito de pleitear, em juízo, verbas trabalhistas: se da datação do aviso prévio ou do rompimento total do vínculo empregatício com o efetivo decurso do prazo do aviso.

Sendo o aviso prévio indenizado, evidentemente, não pode implicar que o contrato é rescindido, automaticamente, no ato da dispensa do empregado e do pagamento da indenização substitutiva.

No ordenamento jurídico pátrio, em face da previsão legal do artigo 487, § 1º, da CLT, quando ocorre a dispensa com o aviso prévio indenizado, há a concentração, em um mesmo momento, do ato de avisar e do ato de reparar. Todavia, os efeitos da comunicação se projetam pelo prazo relativo ao período do aviso, cessando a relação de trabalho com o desligamento que, como ato jurídico perfeito e

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 13. ed. SP: Atlas, 2001. p 355-356.

acabado, só se completa depois de corrido o prazo do aviso prévio.

Conseqüentemente, o fim do contrato de trabalho iguala-se com o último dia do prazo previsto para o aviso prévio, momento a partir do qual se tornam exigíveis pelo empregado as parcelas decorrentes da rescisão contratual, ocorrendo, neste ensejo, o início da contagem do prazo prescricional para que o empregado ingresse em juízo pleiteando o que entender de direito.

Não se ignore que a indenização substitutiva (“aviso prévio indenizado”) foi instituída como benefício para o empregado e como faculdade para o empregador, o qual poderá exercer o seu poder potestativo no sentido de exigir o seu efetivo cumprimento pelo empregado, ou liberá-lo da prestação de serviço nesse período, não se eximindo, todavia, neste caso, do pagamento do salário correspondente ao período do aviso.

Assim, igualmente na hipótese indenizada, aplica-se o disposto no art. 487, § 1º, da CLT, dilatando-se a rescisão do contrato de trabalho para o término do prazo do aviso prévio. Portanto, tal período integrará o tempo de serviço do empregado, que não pode ser prejudicado pelo exercício de uma faculdade patronal.

A Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI I do C. TST, inserida em 28.04.97, é clara: “*Aviso prévio. Indenizado. Prescrição. A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, CLT*”.

Sobre esse especial assunto, reputamos importante reproduzir aqui um exemplo prático que nos é dado por José Luiz Ferreira Prunes⁴²:

⁴² PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho**. SP: LTr, 1998. p. 605-606.

“... o empregado é despedido repentinamente – digamos – em 1º de janeiro de 1991; não recebe o aviso prévio e nem outros eventuais direitos; b) o empregado ingressa com reclamatória em 15 de janeiro de 1993, ou seja: dois anos e quinze dias depois do último dia de trabalho. Podemos ter as seguintes soluções:

- a) se o empregador se limitar a se defender alegando tão somente a prescrição, por já terem se passado mais de dois anos desde o último dia de trabalho, sua defesa certamente não é eficiente: com a soma do período de aviso prévio, mesmo tendo o empregado trabalhado até 1.1.1991, seu tempo de serviço se projeta até 31.1.1991 e sendo a ação proposta em 15.1.1993, ainda não se deu a prescrição;
- b) se o empregador alegar justa causa para embasar o fato de não ter dado o aviso prévio (e nem o computado no tempo de serviço), se reconhecida a justa causa o contrato – de fato e de direito – se extinguiu em 1.1.1991 e em 15.1.1993 já terá se concretizado a prescrição;
- c) entretanto, se o ex-empregador não comprovar a justa causa que teria rompido o contrato há mais de dois anos (1.1.1991 a 15.1.1993, respectivamente despedida e ajuizamento da ação), soma-se à primeira data (1.1.1991) os 30 dias de aviso prévio, o que projeta-se à primeira data (1.1.1991) os 30 dias de aviso prévio, o que projetará o biênio prescricional até 31.1.1993. Terá o empregador de atender a indenização do aviso prévio, assim como as verbas requeridas sobre a despedida (injusta) e a prescrição que foi invocada quando da contestação, apenas atingirá as parcelas que seja devidas há mais de cinco anos...”

22. Aviso prévio e férias

Hirosê Pimpão, em seu livro “As Férias e o Bem-Estar Físico do Trabalhador”⁴³ já salientava:

“As férias constituem um refrigério ao espírito e um bálsamo para o corpo cansados, forçosamente, pelos afazeres a que se dedicou o homem durante um dilatado tempo de trabalho como é um ano. (...)”

O servidor deverá evitar trabalhos cansativos durante as suas férias. Deverá evitar sequer de se lembrar das suas ocupações normais que o absorvem durante todo um ano de labor. Qualquer objeto, pessoa, atividade que lembre a atividade comum do servidor deverá ser afastado dêle” (grafia sem os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

Completando esse pensamento, em outra obra, extraordinária e pioneira, acentuou: *“é evidente que o Aviso Prévio, porque prende o trabalhador à sua atividade normal, porque lhe traz preocupações próprias da próxima perda do emprêgo, não pode ser fornecido durante as suas férias.*

No gôzo de férias o empregado tem o direito, que é quase uma obrigação, de se distrair, de sair do local onde está situada a fábrica onde trabalha, ou o estabelecimento, o que não poderá acontecer se, no curso de suas férias, receber o Aviso Prévio de dispensa”⁴⁴ (também aqui a reprodução não contém ajustes decorrentes da reforma gramatical).

J. Antero de Carvalho relatou um caso concreto apreciado pelo C. TST por volta de 1949, assim:

“Certo empregador deu aviso prévio a um grupo de empregados na véspera de entrarem em gôzo de férias.

Inconformados, reclamaram perante a Junta de Conciliação e Julgamento, tendo o reclamado sustentado não haver impedimento legal, sendo

⁴³ Curitiba, 1943. p. 42 e 92.

⁴⁴ PIMPÃO, Hirosê. *Aviso prévio*. 2. ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 275.

de acrescentar que o contrato de trabalho, durante as férias, não se interrompe nem se suspende.

A Junta deu ganho de causa aos empregados, confirmando a decisão em grau de embargos. Daí o apêlo ao Tribunal Superior.

Ouvida a Procuradoria Geral, opinou esta pelo não conhecimento ou não provimento do recurso. E o Pretório máximo da Justiça especializada adotou o parecer sustentando que seria a anulação do instituto do aviso prévio permitir que seu prazo flua concomitantemente com o das férias, cumprindo o empregador duas obrigações salariais com o pagamento de um só salário (TST – 5.873-49).

Com efeito, além de se anular o aviso prévio, ficaria desvirtuada a finalidade das férias, com um duplo prejuízo para o empregado e reais vantagens para o empregador.

Não saltassem aos olhos motivos impeditivos de tal prática, bastava considerar o artigo 488 da Consolidação, in verbis: ‘O horário normal do trabalho do empregado durante o aviso prévio e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral’.

Advém daí que a lei pressupõe esteja o empregado trabalhando para receber o aviso prévio, ou, pelo menos, que se encontre à disposição do empregador.

Mas durante as férias, em que o empregado fica inteiramente fora do comando do patrão, sob pena de desvirtuar as exigências do repouso, burlando a sua elevada finalidade higiênica, - durante esse período, não se pode admitir o aviso prévio”⁴⁵ (da transcrição não constam os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

⁴⁵ ANTERO DE CARVALHO, J. *Direito do trabalho interpretado*. RJ, 1951. p. 213.

Diversa, no entanto, é a situação das férias escolares, que não se confundem, vale lembrar, com as férias normais do professor.

A Súmula nº 10 do C. TST, de 1969 (RA 28/1969 - DO-GB 21.08.69), sinaliza claramente para a possibilidade de o aviso prévio poder coincidir com as férias escolares, que acontecem quando o professor fica à disposição do empregador, podendo dele exigir prestação de serviços: “**Professor.** É assegurado aos professores o pagamento dos salários no período de férias escolares. Se despedido sem justa causa, ao terminar o ano letivo ou no curso dessas férias, faz jus aos referidos salários”.

E esse entendimento veio a ser incorporado no artigo 322, § 3º, da CLT, através da Lei nº 9.013, de 30 de março de 1995: “Na hipótese de dispensa sem justa causa, ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares, é assegurado ao professor o pagamento a que se refere o caput deste artigo”.

Pela literalidade da lei, portanto, não há óbice legal à despedida do empregado no curso do recesso escolar. O que, entretanto, o empregador não pode deixar de fazer, caso tome a iniciativa de dispensar o professor durante as férias escolares, é de pagar os salários correspondentes ao período, pois embora no interstício o professor não goze de qualquer estabilidade ou garantia de emprego, a eles tem direito (**caput** do art. 322 da CLT).

Hirosê Pimpão, desde 1958 era defensor dessa posição, pelos seguintes fundamentos:

“Fomos, na qualidade de advogado do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Secundário, Primário e Comercial do Rio de Janeiro, quem, pela vez primeira, sustentou a compatibilidade dessas férias escolares com o Aviso Prévio.

Em nossa opinião até não há outra oportunidade mais oportuna para pré-avisar professores que a das férias escolares.

É que durante o ano letivo o professor pré-avisado não encontra vagas nos colégios, que estarão com seus quadros preenchidos, assim como os colégios também não encontrarão professores disponíveis para substituir o que foi pré-avisado.

Já durante as férias escolares esse problema não existe, porque é a época em que há muitos contratos terminando, como há muitas renovações nos quadros de professores”⁴⁶ (a transcrição não contém, repita-se, os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

Há, no entanto, jurisprudência contrária, como pode se ver do aresto que segue:

“PROFESSOR - AVISO PRÉVIO CONCEDIDO NO PERÍODO DE FÉRIAS ESCOLARES - IMPOSSIBILIDADE. *Durante as férias escolares, ao professor é assegurada a sua remuneração normal e integral. Despedido sem justa causa nesse período, o professor fará jus aos salários correspondentes, independente dos outros direitos rescisórios, tal como o aviso prévio, que não poderá coincidir com o período de férias escolares. Entendimento em contrário desnatura o instituto do pré-aviso, pois que nesse período de férias, impossível ao professor a procura de novo emprego, vez que todas as escolas se encontram fechadas”⁴⁷.*

23. Aviso prévio e renúncia

⁴⁶ PIMPÃO, Hiroshê. **Aviso prévio**. 2. ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 277.

⁴⁷ TRT 2ª Reg. AC. 02970495516. RO 02960350426/1996. 8ª T.DOESP 07.10.97. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz Da Silva.

Sobre a renúncia Pontes de Miranda leciona:

“Renúncia é ato de disposição. Extingue-se direito, pretensão, ação ou exceção do renunciante. Qual a repercussão que a renúncia tem na esfera jurídica de outrem depende, não da renúncia em si, mas do que, por fora, se ligou à renúncia (...) não se renuncia ao crédito, em negócio jurídico bilateral, mas remite-se a dívida: o que estava com o credor se remete ao devedor, por força de prestação do credor. A remissão típica, unilateral, essa é renúncia. Cumpre que a cada caso de ato desvestitivo, ato pelo qual alguém se desveste de direito, pretensão, ação ou exceção, se procura a classificação que tem. O conhecimento das espécies de fatos jurídicos, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos unilaterais e bilaterais, é de importância enorme. Se daí se partir, os enganos são inevitáveis. A cada momento, as conclusões inexatas e erradas de juristas, nacionais e estrangeiros, resultam de não estarem a par da classificação científica dos fatos jurídicos”⁴⁸.

A respeito dos efeitos da renúncia pelo empregado, no que toca ao aviso prévio, Arnaldo Süssekind é específico⁴⁹:

"Durante a relação de emprego prevalece, como regra, o princípio de que o empregado não pode renunciar aos direitos que lhe correspondem ou aos que advirão no curso do contrato. Tratando-se de direitos oriundos de normas de ordem pública, a renúncia só é válida nos casos em que a lei venha admiti-la. (...) Em verdade, sendo a subordinação jurídica do empregado ao empregador o traço característico e essencial do contrato de trabalho; correspondendo a esse elemento o poder hierárquico e o de comando da empresa; colocando-se o empregado, na quase totalidade dos casos, num estado de absoluta dependência econômica em relação ao empregador - inócua seria a proteção ao trabalho se se desse validade à renúncia ocorrida durante a execução do contrato de trabalho, seja pertinente a direito adquirido, seja

⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, parte especial**. Tomo XXXI. 3. ed. Editor Borsoi. p. 9, 25 e 27.

⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 11. ed. SP: LTr, 1991. p. 207-208.

alusiva a direito futuro. Se o direito resulta de norma de ordem pública, sua aplicação 'não pode ceder ao arbítrio das partes', pois, se assim fosse, a função do Direito do Trabalho 'seria totalmente estéril'. Se nasceu da livre manifestação de vontade dos contratantes, deve ser presumido o vício de consentimento do empregado, sempre que não possui legítimo interesse no resultado do ato pelo qual abre mão do direito ajustado".

E em termos de renúncia no momento da cessação do contrato de trabalho, discorre o mestre⁵⁰:

"O que devemos examinar neste ensejo, é se o estado de dependência econômica, capaz de constituir uma coação econômica, cessa no momento em que o trabalhador deixa de ser empregado da empresa. Com o término do contrato de trabalho, reconhece a melhor doutrina que, sem embargo de cessar a 'soggezione impiegatizia', pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador, capaz de o levar a renunciar a certos direitos, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou, mesmo, sua indenização. Neste caso, a renúncia corresponde a uma transação oculta, que não pode ter validade pela inexistência da 'res dubia'. Eis a razão pela qual o Enunciado nº 276, do TST, enuncia que o 'direito ao aviso prévio é irrenunciável' ... salvo comprovação de haver o prestador de serviços obtido novo emprego'. O vício de consentimento de vontade do empregado, oriundo da coação econômica nitidamente caracterizada, determina a nulidade do ato".

Um mero pedido do empregado não é apto a legitimar a sua renúncia ao aviso prévio e eximir o empregador do dever de remunerar o período correspondente a seu gozo, o que só pode este alcançar mediante a prova de imediata obtenção de novo emprego pelo prestador de serviços:

“AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA SUBSEQÜENTE AO ATO NOTIFICATÓRIO DO EMPREGADOR, QUE DENUNCIA O

⁵⁰ Ob. cit. p. 210-211.

CONTRATO SEM CAUSA JUSTIFICADA. *Sujeito a regulação legal indisponível e, portanto, de eficácia irrenunciável, o empregado só pode ser dispensado antes do termo final do prazo do aviso prévio, com a conseqüente desoneração do empregador do pagamento do salário a que lhe corresponde, se houver comprovada justificação. Enunciado número duzentos e setenta e seis do TST. Tratando-se de parcela salarial e, portanto, integrativa da remuneração, o valor correspondente à duração do aviso prévio e do décimo terceiro salário integra a base de cálculo do FGTS. Revista conhecida e provida*⁵¹.

A citada Súmula nº 276 do C. TST permite exceção à regra da irrenunciabilidade do direito ao aviso prévio, tanto por parte do empregado quanto por parte do empregador.

A jurisprudência confirma esse tipo de flexibilização, nos seguintes termos:

*“Embora em princípio seja irrenunciável, previamente, o aviso prévio, a jurisprudência tem evoluído no sentido de aceitar a renúncia ao cumprimento do mesmo, quando livremente manifestado pelo empregado, e no seu interesse. Revista conhecida e provida em parte”*⁵².

“AVISO PRÉVIO - DIREITO DE RENÚNCIA. *A renúncia, rigorosamente, é unilateral, não dependendo da anuência de outrem. Quando se diz que o empregado ‘renunciou’ ao aviso-prévio, tem-se, na realidade, salvo prova em contrário, que ele propôs fosse liberado da prestação de serviços no período, ficando o empregador, em conseqüência, liberado do pagamento respectivo. Há, portanto, um ajuste, um ato jurídico bilateral quanto à formação, com a presunção de que atendeu aos interesses das duas partes. No caso, merece ser salientado, após a rescisão do contrato e sob assistência legal, o*

⁵¹ TST. AC. 3062. RR 2769/88. 3ª T. DJ 18.11.88. Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani.

⁵² TST. AC. 2354. RR 4891/84. 2ª T. DJ 09.08.85. Rel. Min. Barata Silva.

empregado admitiu constasse, do instrumento da quitação final, que pedira dispensa do cumprimento do aviso prévio, tendo, ademais, manifestado ressalva a propósito de outra parcela. Em conseqüência, tendo por regular o havido, estou em que, na hipótese, renúncia, propriamente dita, só poderia haver, por conseguinte, no tocante às duas horas previstas no artigo quatrocentos e oitenta e oito da CLT, devidas ao empregado independentemente da prestação de serviços. É irrenunciável, pois, somente o direito às duas horas de cada dia do período do aviso prévio. Recurso do empregado provido parcialmente para esse fim”⁵³.

A renúncia pelo empregador ao aviso prévio a que tem direito ocorreria, por exemplo, no caso de, ao receber a comunicação do empregado, já possuir, de imediato, um substituto para a vaga, ou, simplesmente, por motivo de foro íntimo, não mais querer a continuidade da prestação de serviço. Vale lembrar, no entanto, que o empregador pode dispensar, desde logo, o empregado pré-avisante, mas não pode deixar de lhe pagar o salário atinente ao período respectivo. Nas sábias palavras do Ministro Luís Galotti, quando titular da Procuradoria Geral, no AI 14.303, DJ 23.11.49, p. 3.973: “A renúncia do empregador ao seu direito há de ser permitida, mas somente até onde não prejudique o empregado”.

E quanto ao empregado também pode ocorrer a renúncia, quando este, por exemplo, também de imediato, ao ser pré-avisado, já tem uma outra colocação, esvaziando-se, assim, o principal objetivo do instituto em discussão (a procura de um novo emprego).

Poder-se-ia argumentar que mesmo nesta hipótese (de o empregado já ter encontrado um novo emprego) a renúncia necessitaria ser aceita pelo empregador, porque o aviso prévio é irrenunciável se, sob qualquer aspecto, a renúncia importar ofensa aos

⁵³ TST. AC. 305. RR 3553/86. 1ª T. DJ 22.05.87. Rel. Juiz Convocado Manoel Mendes de Freitas.

interesses das partes.

Em análise a esse tema o filósofo Emanuel Kant, quando enunciou o célebre princípio da relatividade, é bem lembrado por Hirosê Pimpão⁵⁴: “O direito de um termina onde começa o de outro”.

Seguindo esse raciocínio, da necessidade do exercício condicional do direito, sempre limitado pelos interesses circunvizinhos, mesmo o empregado que já tivesse outro trabalho em vista só poderia insistir na renúncia ao aviso prévio que recebeu se o empregador a aceitasse. Do contrário, sem este aceite, só restaria ao empregado faltar durante o período respectivo e ver, então, descontadas estas faltas de seu salário.

Sergio Pinto Martins explica: “No aviso prévio dado pelo empregado, o período pertence ao empregador e este poderá renunciá-lo, o que não ocorre quando o aviso prévio é dado pelo empregador. Caso, entretanto, o empregado deixe de cumprir o aviso prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo”.

O descumprimento, pelo empregado, do aviso prévio dado pelo empregador deve sempre ser registrado como faltas ao serviço ou, então, deve ser comprovada a obtenção de novo emprego pelo trabalhador, durante seu curso, sob pena de, em se tratando de direito irrenunciável, o empregador estar sujeito ao seu pagamento.

Pode ocorrer, também, de o empregado, mesmo sem ter outro emprego já em vista, comunicar seu empregador da rescisão e, ao mesmo tempo, pedir-lhe a dispensa do cumprimento do aviso prévio. Mesmo neste caso, se o empregador o dispensar do trabalho deverá efetuar o pagamento dos valores devidos durante o período. Só a obtenção de nova colocação eximiria o empregador que dispensa o trabalho do pagamento respectivo, consoante a Súmula nº 276 do C.

⁵⁴ PIMPÃO, Hirosê. *Aviso prévio*. 2. ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 231.

TST:

“AVISO PRÉVIO. IRRENUNCIABILIDADE. O direito ao aviso prévio é irrenunciável, como são, via de regra, todos os direitos trabalhistas previstos em lei. Assim, a liberação do cumprimento do aviso prévio pela empresa, a empregado dispensado a pedido, não a exime do pagamento dos valores pecuniários pertinentes, irrenunciáveis”⁵⁵.

24. Aviso prévio e indenização adicional

O aviso prévio também reflete na indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), que corresponde a um salário mensal (Súmula nº 182 do C. TST), ou seja, ainda que indenizado, será computado para se observar se o empregado foi dispensado nos trinta dias anteriores à data-base da categoria, o que lhe daria o direito à respectiva indenização.

Consoante entendimento sedimentado nas Súmulas nº 182⁵⁶ e 314⁵⁷ do C. TST, em se tratando de aviso prévio indenizado, a data a ser considerada para efeito de verificação do direito ou não à indenização adicional é aquela correspondente à data imposta pela sua projeção.

Portanto, se a ruptura contratual, considerada a projeção do aviso prévio indenizado, insere-se nos trinta dias que antecederam a

⁵⁵ TST. AC. 3255. RR 57285/92. 2ª T. DJ 26.11.93. Rel. Min. Ney Doyle.

⁵⁶ **Súmula nº 182** (com alteração dada pela Res. nº 05/83, DJ 09.11.83): **“Aviso prévio. Indenização compensatória. Lei nº 6708/79** - O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional do art. 9º da Lei nº 6708/79”.

⁵⁷ **Súmula nº 314** (Res. 6/1993 DJ 22-09-1993): **“Indenização adicional. Verbas rescisórias. Salário corrigido.** Ocorrendo a rescisão contratual no período de trinta dias que antecede à data-base, observado o Enunciado 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis nºs 6708/79 e 7238/84”.

data-base, isto é o que basta para o pagamento da indenização adicional (*a dispensa no trintídio que antecede a data-base, computada a projeção do aviso*), independentemente de o empregador pagar verbas rescisórias com base no salário vigente após a data-base ou complementá-las. Isto não faz desaparecer a presunção de que o empregador tencionou, com a dispensa, obstar a continuidade do reajuste da data-base, daí a incidência da indenização adicional (*como forma de penalidade*).

Uma coisa (*verbas rescisórias corrigidas*) não compensa outra (*indenização adicional*), dada a diversidade da natureza, não podendo ser esquecido, ainda, que a Súmula nº 314 do C. TST também teve objetivo de caráter econômico, pois transparece, com clareza, ser grande, em termos monetários, a diferença entre os valores equivalentes à correção e à indenização.

25. Aviso prévio – Em prego do menor

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (DOU 16.12.98) conferiu nova redação ao inciso XXXIII do artigo 7º da CF: “*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos*”.

A CLT, em seu Capítulo IV, ainda não foi adaptada formalmente, considerando-se esses novos limites de idade, como se vê, por exemplo, no art. 402.

À luz do artigo 439 da CLT, que dispõe ser vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência de seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida, indaga-se se o trabalhador menor, sem esta mesma assistência, pode conceder aviso prévio ao empregador.

O Professor Russomano entende que pode, pois o direito de rescindir o contrato de trabalho seria inerente à liberdade do trabalhador como homem. Para ele quem dá o aviso prévio não renuncia a direitos decorrentes da rescisão contratual, “*porque é o preavisante quem provoca a rescisão. Esses direitos reduzem a mera hipótese, probabilidade, expectativa e se limitam ao caso de rescisão injusta e provocada pelo patrão*”⁵⁸.

E é acompanhado por Carlos Alberto Reis de Paula:

“*Se o menor, sem assistência, pode firmar contrato de trabalho, vinculando a sua atividade pessoa a uma determinada atividade ou encargo, pode, ipso facto, tomar a iniciativa de rescindir o contrato. Aliás, o ato jurídico de contratação é mais denso e de maior amplitude do que o de provocar a rescisão contratual. Normalmente, do ponto de vista formal, os contratos são extintos tal como constituídos.*

A incapacidade relativa do menor, na órbita do Direito Laboral, restringe-se apenas e tão-só a sua capacidade de firmar recibo rescisório, presumindo-se erro, ou coação ou simulação (art. 147, II, do Código Civil), presunção juris tantum que pode se elidida pela confissão livre do menor, ratificando o ato (art. 148 do Código Civil).

Concluimos, pois, que o aviso prévio concedido pelo empregado menor inassistido é válido”⁵⁹.

26. Retorno ao serviço do empregado que esteve em gozo de aposentadoria

A aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 475 da CLT, apenas suspende o contrato de trabalho, não acarretando, como, nos

⁵⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O aviso prévio no direito do trabalho*. RJ, 1961. p. 167.

⁵⁹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O aviso prévio*. SP: LTr, 1988. p.76.

demais casos de aposentadorias, por idade, por tempo de serviço e especial, a extinção do contrato de trabalho, tanto é assim que o art. 46 do Decreto nº 3.048/99 dispõe que o segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo da inspeção bial e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Somente após o seu cancelamento, verificando-se a recuperação da capacidade de trabalho do segurado, é que o contrato retoma o seu curso normal.

Assim, somente depois do retorno ao trabalho é que poderá ser concedido aviso prévio ao obreiro. *“Evidentemente que o aviso prévio não poderá ser concedido enquanto o trabalhador estiver afastado pelo motivo da aposentadoria por invalidez, que suspendeu o contrato de trabalho”*⁶⁰.

27. Morte do empregador constituído em firma individual

O artigo 483, § 2º, da CLT dispõe: *“No caso de morte do empregador constituído em firma individual, é facultado aos empregados rescindir o contrato”*.

As interpretações dadas por Valentin Carrion e Sergio Pinto Martins a esse dispositivo legal se assemelham:

- 1) a morte do empregador é caso de *“motivo justificado, não de justa causa; o empregado pode rescindir, mas não recebe indenização; está eximido de fazer a comunicação de aviso prévio ou de indenizar os prejuízos ocasionados (em*

⁶⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 355.

*caso de contrato por tempo determinado)*⁶¹.

- 2) “O § 2º do artigo 483 da CLT atribui uma faculdade ao empregado no caso de falecer o empregador constituído em empresa individual. Se a empresa individual encerra sua atividade, o empregado está automaticamente despedido; porém se alguém continua com o negócio, ao empregado fica a faculdade de rescindir ou não o contrato. Preferindo o empregado sair da empresa, na última hipótese, não terá de dar aviso prévio ao empregador, porque há um motivo para a rescisão, mas é de se entender que a hipótese é de pedido de demissão e não de dispensa, pois haverá a continuidade dos negócios da empresa”⁶².

A jurisprudência confirma:

“AVISO PRÉVIO. MORTE DO EMPREGADOR. O aviso prévio é devido mesmo na hipótese de morte do empregador, tendo em vista que a possibilidade de rescisão por iniciativa do empregado é apenas faculdade legal (art. 483, par. 2º, da CLT) que pode ou não ser exercida, pois além de a morte do empregador não acarretar necessariamente a extinção do empreendimento, o pagamento da indenização a que se refere o art. 485 não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio”⁶³.

Apesar de o empregado não estar sujeito a pré-avisar os sucessores do falecido, em caso de optar pela rescisão, estes, “ao contrário, não havendo em seu favor preceito de lei que dispense a adoção do

⁶¹ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação dos leis do trabalho*. 21. ed. SP: Saraiva, 1996. nota 8. p. 375.

⁶² MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. SP: Atlas, 2000. nota 14. p. 502.

⁶³ TRT 2ª Reg. RO 432220/99. AC. 483286/00. 8ª T. DOESP 14.11.00. Rel. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

*aviso prévio, a ele estão obrigados*⁶⁴.

28. Correção salarial durante o seu curso

A Súmula nº 05 do C. TST (RA 28/1969. DO-GB 21.08.69) orienta: **“Reajustamento salarial.** O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra o seu tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

Projetando-se o aviso prévio indenizado (art. 487, § 1º, da CLT) no mês da correção salarial do empregado, as diferenças de pagamento restringem-se aos dias adentrados em referido mês, vale lembrar.

Se o pré-aviso fosse cumprido em serviço, os dias havidos no mês anterior ao da correção salarial seriam pagos com base no salário deste; só os outros, cumpridos no mês em que se verifica o reajuste, é que geram diferenças.

Em termos de salário o empregado somente não fará jus a virtual antecipação espontânea, como salienta o Prof. Sergio Pinto Martins: *“A empresa não estará obrigada a conceder antecipações salariais espontâneas em relação ao aviso prévio do empregado que está desligando-se da empresa, justamente porque não poderá compensá-las na data-base, além de não existir determinação legal nesse sentido”*⁶⁵.

E quanto ao FGTS, também não terá direito à correção da

⁶⁴ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do direito do trabalho.** 9. ed. SP: LTr, 1995. p. 336.

⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 351.

multa de 40% do FGTS em face da projeção, conforme Orientação Jurisprudencial nº 254 do C. TST, inserida em 13.03.02: **“FGTS. MULTA DE 40%. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇA INDEVIDA. O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal”**.

Os fundamentos para essa inclinação da jurisprudência é a seguinte: *“por mais que se considere o tempo relativo ao aviso prévio indenizado, como de serviço para todos os efeitos legais, não há qualquer previsão legal que ampare o pagamento de diferenças futuras, resultantes de eventual correção monetária que incidiria sobre os valores depositados.*

Até porque, quando decorrer este prazo (aviso indenizado), o empregado poderá já ter sacado o montante depositado em sua conta vinculada, devidamente atualizado, com a incidência da multa prevista legalmente.

Isto porque, ao ser dispensado do cumprimento do aviso prévio, o empregado receberá antecipadamente os valores correspondentes não só aos salários e demais vantagens que receberia como se estivesse trabalhando (art. 487, 1º da CLT), como também a multa de 40% incidente sobre todos os valores depositados em sua conta vinculada do FGTS, atualizados até aquela data (art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90).

Além do mais, ao efetivar o pagamento da multa de 40% (FGTS) juntamente com as parcelas rescisórias o empregador não terá condições de prever qual será o montante da conta vinculada do FGTS ao final do prazo alusivo ao aviso prévio indenizado.

Por fim é de se objetar que o art. 477, § 6º, da CLT impõe um prazo para que o empregador efetue o pagamento das parcelas constantes do

instrumento de rescisão (no caso de aviso prévio indenizado: até o décimo dia contado da data da notificação).

Assim, o empregador deverá pagar a multa de 40%, sobre os saldos existentes na conta vinculada do FGTS na data prevista no citado dispositivo consolidado.

Por todas essas razões é que se conclui pela total falta de amparo legal relativamente à pretensão do reclamante de receber diferenças de multa de FGTS, em face do cômputo do prazo relativo ao aviso prévio indenizado”⁶⁶.

29. Faltas no curso do aviso prévio

No que se refere à hipótese de falta cometida pelo empregador no curso do aviso prévio o art. 490 da CLT não deixa qualquer dúvida: “O empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato, sujeita-se ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização”.

Quanto ao empregado, no entanto, há certa divergência de pensamento, ante a redação do art. 491 da CLT (“O empregado que, durante o prazo do aviso prévio, cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para a rescisão, perde o direito ao restante do respectivo prazo”) e da Súmula nº 73, RA 69/78, DJ 26.09.78: “**FALTA GRAVE.** Falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização”.

Controverte-se se o empregado faltoso perde somente o restante do aviso prévio ou perde, igualmente, o direito à indenização de antigüidade.

⁶⁶ TST-E-RR 194225/95. AC.SBDI1 3252/97. Rel. Min. Vantuil Abdala. DJ 12.09.1997.

Ivan Dias Rodrigues Alves e Christovão Piragibe Tostes Malta sustentam que a opinião no sentido de o empregado perder somente o restante do aviso prévio encontra-se de todo superada, explicando: “o período de duração do aviso é de vigência do contrato de trabalho, não se podendo admitir que um empregado cometa falta nesse prazo gozando de impunidades que lei não prevê e que são incompatíveis com seu espírito. A prevelecer a tese vencida, ficaria o empregado em regime de pré-aviso na cômoda posição de poder provocar o distrato a qualquer momento, comentendo falta e não se sujeitando, pois, a seu exclusivo critério, a cumprir o aviso”⁶⁷.

Confirmam, portanto, o que há muito o mestre Mozart Victor Russomano já dizia: “Se o aviso prévio não põe fim ao contrato; se durante o seu prazo perduram todas as obrigações legais e contratuais que vinculam as partes; se isso está dito, expressamente, na lei – a falta grave durante o prazo do aviso prévio deve provocar os mesmos efeitos que a falta grave cometida pelo trabalhador durante a vigência do contrato, antes da concessão do aviso. Se se entender de forma diversa, permitir-se-á que o trabalhador preavisado e que não queira cumprir o prazo do aviso que lhe foi estabelecido, se rebele, disciplinarmente para receber de imediato a indenização que, a rigor, só lhe seria devida no término do prazo do aviso prévio. Além disso, sua falta, na verdade, ficará impune, pois a perda do restante do prazo, em nosso exemplo, coincide com o seu próprio desejo”⁶⁸.

A já referida Súmula nº 73 só excetuou a falta capitulada na letra “i” do art. 482 da CLT (abandono de emprego), vale sublinhar, porque considerou o prazo de trinta dias de aviso prévio, à luz da Súmula nº 32, que tem como caracterizado este tipo de falta grave só depois de decorridos mais de trinta dias.

⁶⁷ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes Malta. **Teoria e prática do direito do trabalho**. 9. ed. SP: LTr, 1995. p. 344.

⁶⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. RJ: José Konfino, 1972. p. 180-181.

Já houve, no entanto, voz abalizada defendendo que a exclusão do abandono de emprego não deveria existir, como bem lembrado por Carlos Alberto Reis de Paula⁶⁹, a do Professor Célio Goyatá⁷⁰:

“Há, segundo pensamos, que distinguir duas hipóteses perfeitamente distintas uma da outra; na primeira, o empregado, preavisado, e durante a execução do aviso prévio, encontra nova colocação e pede ao seu empregador dispensa do restante do prazo do aviso, e o seu patrão o atende; na segunda hipótese, o trabalhador, também preavisado, pede ao seu empregador seja dispensado do cumprimento do restante do prazo do aviso prévio para se engajar em novo emprego, mas o empregador, por razões de ordem interna da empresa, não pode atendê-lo; todavia, mesmo assim, com a negativa patronal, o assalariado preavisado abandona o seu emprego para se colocar no novo posto.

Na segunda hipótese, indubitavelmente, com a prática de falta grave de abandono de emprego, capitulado no art. 482, alínea i da Consolidação das Leis do Trabalho, ao nosso parecer, o obreiro perdeu direito não só aos salários do restante do aviso prévio, mas também à própria indenização que lhe seria devida”.

Esse posicionamento, porém, não encontrou abrigo, pelos seguintes motivos:

“Com a devida vênia ao entendimento do doutrinador respeitado, dissentimos. In casu, entendemos que o empregado perde apenas o salário pelos dias restantes do prazo. Sendo o empregado o pré-avisado, principalmente o instituto visa propiciar-lhe oportunidade de obter emprego. Entendimento contrário, pois, seria frustrar o próprio instituto, fiel ao princípio aristotélico-tomista de que quod agit, agit propter finem.

⁶⁹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. SP: LTr, 1988. p. 65.

⁷⁰ GOYATÁ, Célio. **Aviso Prévio. Curso de direito do trabalho: em homenagem a mozart victor russomano**. SP: Saraiva, 1985. p. 386-387.

Ademais, estar-se-ia implantando o princípio da igualdade fictícia entre as partes contratantes, incompatível com a desigualdade real, que não se coaduna com o Direito do Trabalho cuja preocupação central é a proteção de uma das partes para se alcançar, na medida do possível, uma igualdade verdadeira e substancial entre os contratantes. Válida a observação de Wagner Giglio que, com tais fundamentos, critica o legislador quando autoriza o empregador a reter salários para se cobrir da falta de aviso prévio (art. 487, § 2º, da CLT), sustentando que ‘essa norma, flagrantemente injusta, não permite esquecer as origens do Direito do Trabalho’⁷¹.

30. Prazo para pagamento

O prazo para pagamento das verbas rescisórias, incluído o aviso prévio, está prescrito no artigo 477, parágrafo 6º, da CLT.

Concedido aviso prévio e tendo ele sido corretamente cumprido pelo empregado, o pagamento deve ocorrer até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato (art. 477, § 6º, letra “a”, da CLT).

Quando o aviso prévio não é concedido ou quando ele é indenizado, dispensando-se o seu cumprimento, a quitação deve acontecer até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão (art. 477, § 6º, letra “b”, da CLT).

Apesar de o chamado “aviso prévio cumprido em casa” não existir juridicamente, lembramos que ele, como já vulgarizado, equivale à dispensa de cumprimento e, portanto, o prazo para pagamento das verbas rescisórias deve observar o disposto no artigo 477, § 6º, “b”, da CLT, ou seja, até o décimo dia contado da data da notificação da dispensa, sendo devida a multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT quando há descumprimento do referido prazo, conforme dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI I do C. TST.

⁷¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. SP: LTr, 1988. p. 66.

De acordo com o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 162 da SDI I do C. TST, a contagem do prazo para pagamento do aviso prévio, previsto no art. 477, § 6º, "b", da CLT, exclui, necessariamente, o dia da notificação e inclui o dia do vencimento, em obediência ao disposto no art. 125 do Código Civil (art. 132 a partir 11 de janeiro de 2003), considerando a inexistência de norma na CLT disciplinando a forma dessa contagem. Já o Ministério do Trabalho e Emprego orienta que este prazo inicia-se da própria data da notificação, sendo este o primeiro dos 10 (dez) dias (Instrução Normativa nº 04/02, que alterou o art. 11 da IN 03/02, revogando, inclusive, o seu parágrafo 1º).

Conclui-se, portanto, que, seguido este comando do MTE, e havendo o pagamento integral das verbas rescisórias devidas, judicialmente o empregador não será condenado por atraso no pagamento de verbas rescisórias.

Independentemente da data do início da contagem do prazo, surge considerável dúvida quanto ao prazo para pagamento do aviso prévio na hipótese da letra "b" do § 6º do art. 477 da CLT quando o décimo dia recai em dia não útil, em domingo ou feriado, por exemplo.

No TRT da 9ª Região já se decidiu em sentidos diametralmente opostos:

“MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. CONTAGEM DO PRAZO PARA SUA APLICAÇÃO. Ocorrendo feriado nacional no décimo dia da rescisão contratual, o prazo a que se refere o § 6º, alínea 'b', do artigo 477 da CLT deve ser contado segundo a regra legal do § 1º, do artigo 184 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no processo trabalhista, que o considera prorrogado até o

*primeiro dia útil, se o vencimento coincidir com o feriado*⁷².

“VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO DE PAGAMENTO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ART. 477, § 6º, ALÍNEA ‘b’. *Como se pode observar no disposto no § 6º do artigo 477 da CLT, a lei somente na alínea ‘a’ estipula que o limite do prazo se vença em dia útil, inexistindo tal previsão na alínea ‘b’, resultando, portanto, que nas hipóteses da alínea ‘b’, o prazo limite de pagamento das verbas rescisórias é o décimo dia, devendo ser realizado anteriormente se o décimo dia cair em feriado, ante a estipulação de que o pagamento se dê até o décimo dia, e não que o pagamento seja feito no décimo dia*”⁷³.

A Instrução Normativa nº 2 da Secretaria Nacional do Trabalho, estabelece em seu artigo 5º, inciso II, que a rescisão contratual não poderá exceder ao décimo dia subsequente à data da demissão, no caso de ausência do aviso prévio, indenização deste ou dispensa do seu cumprimento. E este, a nosso ver, deve ser o comando a ser observado, na esteira da seguinte decisão do C. TST:

“AVISO PRÉVIO INDENIZADO. MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. *A alínea ‘b’ do parágrafo sexto do artigo quatrocentos e setenta e sete da CLT é claríssima no sentido de que, quando da indenização do aviso prévio, o pagamento das verbas rescisórias deve ser efetuado até o décimo dia contado da notificação da dispensa. Não respeitado esse prazo, é devida a multa prevista no parágrafo oitavo do mesmo artigo quatrocentos e setenta e sete. Os feriados bancários, em todo o território nacional, nos dias quatorze, quinze e dezesseis de março de mil novecentos e noventa em decorrência do advento do Plano Collor, em*

⁷² TRT-PR-RO 14.149/98. AC. 3ª T. 19.362/99. Rel. Juiz Altino Pedrozo dos Santos. DJPR 03.09.99.

⁷³ TRT-PR-RO 159/97. AC. 1ª T. 20.382/97. Rel. Juiz Wilson Pereira. DJPR 1º.08.97.

quinze de março de noventa, não beneficiam a empresa, porque as verbas rescisórias deveriam ter sido pagas nos dez dias que se seguiram ao dia oito de março de noventa. Recurso de Revista da reclamante conhecido, por violação ao artigo quatrocentos e setenta e sete, parágrafo sexto, letra 'b', da CLT, e provido para deferir o pagamento da multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias”⁷⁴.

31. Irrevogabilidade do aviso prévio por ato unilateral

Concedido o aviso prévio, somente havendo concordância da parte que o recebeu é que ele pode ser revogado.

Em sendo expressa essa concordância, estaremos diante da típica reconsideração e, em sendo tácita, que ocorre quando ultrapassado o limite máximo do aviso prévio o empregado continua a prestar serviços sem que o empregado se oponha ao fato (artigo 489, parágrafo único, da CLT), estaremos diante da derrogação do aviso.

As duas figuras, como explica Hirosê Pimpão, “alcançam o mesmo fim, se bem que por caminhos diversos. Ambos os institutos conseguem pôr fim ao Aviso Prévio, sem pôr fim ao contrato de trabalho, que continua existindo como se nada de anormal tivesse ocorrido, ameaçando até a sua existência”⁷⁵.

Ensina Dorval Lacerda: “Caso seja aceita a reconsideração, isto é, tal arrependimento ou continuando a prestação depois de expirado o referido prazo, o contrato continuará a vigorar como se o aviso não tivesse sido dado”⁷⁶.

⁷⁴ TST. AC. 5278/94. RR 100654/93. 4ª T. DJ 16.12.94. Rel. Min. Rider Nogueira De Brito.

⁷⁵ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2. ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 161.

⁷⁶ LACERDA, Dorval. **O aviso prévio na tradição brasileira**. Revista do Trabalho. RJ, out/43.

Ivan Dias Rodrigues Alves e Christovão Piragibe Tostes Malta sustentam, no entanto, haver uma exceção à regra da bilateralidade da reconsideração: na hipótese de comunicação feita por empregado estável:

“Partindo-se da premissa de que o empregado estável que pretende desligar-se da empresa deve dar aviso prévio ao empregador, o simples decurso do pré-aviso não teria força bastante para importar em distrato, porquanto a lei exige, no caso, cautelas especiais a que se refere a CLT, art. 500. Em consequência, antes de terminar o prazo do pré-aviso ou mesmo depois dele, o empregado poderia reconsiderar seu ato e tornar o aviso sem efeito”.

Em outras palavras⁷⁷, portanto: expirado o aviso e interrompida a prestação de serviços, se chega a haver um novo entendimento entre as partes isto significa, em regra (art. 453 da CLT), um novo contrato de trabalho, exceto quando importe, de perto, o instituto da estabilidade, que possibilitará se ver, nesta nova relação, pura e simplesmente, uma continuação da precedente, aplicando-se, assim, estritamente, o princípio contido no artigo 453 da CLT: *“No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal”.*

32. Aviso Prévio e Descontos Previdenciários

Nos termos do art. 28, inc. IV, § 9º, alínea “e” (alterada pela Lei nº 9.528/97), da Lei nº 8.212/91 e do art. 214, § 9º, inc. V, alínea “f”, do Decreto 3.048/99, não integra o salário-de-contribuição somente o aviso prévio indenizado. Já o valor pago em decorrência do aviso prévio regularmente cumprido insere-se na totalidade de rendimentos e na remuneração de que tratam os incisos I e II do art. 28 da Lei nº

⁷⁷ PIMPÃO, Hirosê. Aviso Prévio. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 158.

8.212/91 e os incisos I e II do art. 214 do Decreto 3.048/99, integrando-o.

Em face do parágrafo 3º do artigo 114 da Constituição Federal, do parágrafo único do artigo 876 da CLT, das Orientações Jurisprudenciais nº 32 e 141 da SDI-1 do C. TST, bem como da decisão do STF no RE 196.517-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, de 14.11.00, já não se mantém o entendimento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para determinar descontos previdenciários.

Portanto, acordo judicial ou sentença trabalhista que traga obrigação ao pagamento de aviso prévio deverá observar as disposições legais antes referidas para fixar os descontos a serem efetuados do crédito do empregado para a Previdência Social.

33. Referên cias bibliográficas

Agathe Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos, **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 17, 1996. p. 17-18; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. **In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio/São Paulo: Renovar, 2002.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Curso de direito do trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá**. SP: LTr, vol. 1, 1993.

ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do direito do trabalho**. 9. ed. SP: LTr, 1995.

ANTERO DE CARVALHO, J. **Direito do trabalho interpretado**. RJ, 1951.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé nas relações trabalhistas**. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **O contrato de experiência à luz dos tribunais**. Revista de direito do Trabalho. Ano 28. n.º 106. abril-junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Estabilidade provisória. Contratos a prazo determinado e suspensões e interrupções do contrato de trabalho**. Suplemento Trabalhista LTr 106/00.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação dos leis do trabalho**. 21. ed. SP: Saraiva, 1996.

COSTA, Judith Martins. **O direito privado comum como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, Vol. 753, jul. de 1998.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Vols. I e II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____ **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOYATÁ, Célio. **Aviso Prévio. Curso de direito do trabalho: em homenagem a mozart victor russomano**. SP: Saraiva, 1985.

LACERDA, Dorval. **O aviso prévio na tradição brasileira**. Revista do Trabalho. RJ, out/43.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, parte especial**. Tomo XXXI. 3. ed. Editor Borsoi.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988.

PIMPÃO, Hiroshê. **Aviso prévio**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho**. SP: LTr, 1998.

RODRIGUES PINTO, José Augusto e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas**. Vol. I - Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**. SP: LTr, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Vol. II, 1952.

_____ **Curso de direito do trabalho**. RJ: José Konfino, 1972.

_____ **O aviso prévio no direito do trabalho**. RJ, 1961.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 11. ed. SP: LTr, 1991.

THIBAU, Milton Vasques. **O contrato de experiência**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.