

A INDENIZAÇÃO ADICIONAL E O AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena
Prof. da UFMG - Juiz do TRT da 3ª
Reg. Aposentado - Advogado em
Belo Horizonte

1. Toda a lei, que venha a disciplinar, in novo, um grupo de relações jurídicas, estatuidando nexos de direitos e obrigações antes inéditos, tropeça, primeiro, com certo desarvoramento, depois, com grande vacilação dos Tribunais encarregados de aplicarem-na, tal a diversidade de concepção doutrinária, quanto a conceitos jurídicos fundamentais e sua funcionalidade, de que são portadores os Juízes.

1.2. A obra da jurisprudência não constitui um "juízo de acerto" tão só no caso individual-concreto como situou a doutrina italiana dominante do Processo mas, também, na aceção de um encontro - caso a caso e sucessivamente - com o sentido visado na norma objeto de equacionamento.

Tal percurso, que se nota na aplicação de qualquer lei nova, vêm-se denunciando agora, no que diz respeito à lei 6.708/79, sobretudo em seu art. 9º, que pressupõe o jogo de dois ou três institutos jurídicos, tais como o do aviso prévio, o da indenização e uma forma jurídica (como diria ERICH MOLTOR), que é o "tempo de serviço", tudo isso sobre o instituto básico da dissolução do contrato de trabalho, examinada, aqui, como ato unilateral de uma das partes, pela rescisão.

1.3. Na temática objeto da pesquisa em desenvolvimento, verifica-se que se alastra em sistema, nas relações gerais de trabalho, "a substituição do prazo" do aviso prévio, concedido pelo empregador, "por dinheiro", com despedida imediata, como observa renomado autor nacional:

"Vem se tornando normal, passando a excepcional a concessão do aviso a tempo e em tempo" - cf. CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. 2ª Ed. S. Paulo. Ed. Saraiva, 1981, 2º v., p. 348, n. 2.22.3.

A controvérsia, em torno da "indenização adicional", de que cuida o art. 9º, da lei 6.708/79, armou-se exatamente sobre o fato específico do "aviso prévio indenizado", no que diz respeito ao momento da rescisão ou dissolução do contrato de trabalho e à exigibilidade daquele direito.

2. A indenização da lei 6.708/79.

Inusitadamente e no quadro do regime liberalizante das rescisões, aberto pela lei 5.107/66 (Lei do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço), o legislador de 1979, como que em uma operação de contra-marcha parcial, instituiu a indenização do art. 9º da lei 6.708, de 30 de outubro desse ano.

Como que para distinguí-la da “indenização por tempo de serviço”, regulada, primeiro, no art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, que se esfumou com a opção pelo Fundo de Garantia, vem se cognominando a indenização do art. 9º, da Lei 6.708/79 “indenização adicional” e a explicação mais aproximativa para essa alcunha quem a dá é ALUYSIO SAMPAIO:

“... é adicional à indenização de antiguidade devida na forma da CLT (empregado não optante) ou aos depósitos do FGTS (empregado optante) – cf. seu artigo Correção Monetária do Salário. In Revista de Direito do Trabalho. Ns. 24/25. Março-Junho. Ano 5. São Paulo. 1980, p. 37.

Uma tomada de campo atenta e objetiva, conduzir-nos-á a observação a singularidades que revestem a indenização, chamada **adicional**, singularidades essas que, certamente, nos propiciarão a formulação de acepções próprias para ela, não só quanto à sua natureza como quanto à sua finalidade, sem olvidar-se de que possui o direito que dela decorre pressupostos específicos de exigibilidade.

Na conceituação do Magistrado e Professor paulista, poder-se-á falar em “adicional”, porque a indenização do art. 9º, se devida, já encontra o empregado sempre portador do direito ou à “indenização de antiguidade” ou ao levantamento do FGTS.

Conquanto se possa admitir certa afinidade entre ambas as indenizações, em sua força reparadora de um dano e em sua função indiretamente obstaculadora ao implemento de um ou mais direitos intra-contratuais, a verdade é que a chamada “indenização adicional” guarda características, que lhes são suas e próprios são os pressupostos que lhe dão nascimento.

A focagem do tema conduz a um desdobramento no exame dessa questão, que sobremaneira contribuirá para um melhor entendimento da “indenização adicional”, em sua pertinência, em sua finalidade e na armação do campo de gravitação d’onde ela parte.

2.1. A indenização de antiguidade e a indenização adicional.

Discutiu-se e ainda muito se discute a natureza jurídica da “indenização de antiguidade” (“indemnización por despido”; “indennità di licenziamento”; “indenite” de licenciamet” ou “kündigungsschädigung, originariamente, na Alemanha. Cf. JUNIOR, A. F. Cesarino. Direito Social Brasileiro. 6ª Ed. S. Paulo. Ed. Saraiva, 1970, 2º v., p. 245 ss., n. 46.1.16; RUSSOMANO, Mozart Victor. O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. José Konfino, 1º v., p. 288 ss.; DEVEALI, Mario L. Lineamientos de Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina 1948, p. 232 n. 3; KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. 3ª Ed. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1977, v. I. p. 513 ss., c; BARASSI, Ludovico. il Diritto del Lavoro. Milano. Giuffrè Ed.. 1949, III vol. p. 282 ss., esp. p. 285 ss., n. 327; CAMERLYNCK, G. H.. Contrat de

Travail Traite de Droit du Travail dir par G H Camerlynck Paris Librairie Dalloz 1968 p 397 ss n 234 e HUECK Alfred u NIPPERDEY Hans Carl Grundschrift des Arbeitsrechts 4 Auflage Berlin u Frankfurt a M, Verlag Franz Vahlen GmbH 1968 S 124 b)

No que traz conotações com a "indenização adicional" afastadas as teorias do salário diferido, do crédito, da pena, do prêmio, do maior valor da empresa e a da previsão ou assistência social (Cf RUSSOMANO, ob e vol cits ps 290 296 e DEVEALI, ob cit, ps 233 235 e 236), uma abordagem, por mais perfunctória que seja, das "justificativas" que explicam a "indenização de antiguidade" no "risco profissional" e no "dano" propiciarão sempre fontes de luz para equacionar se com mais justeza o problema da indenização da lei 6 708/79

Observe-se que a teoria do abuso do direito perde substância no caso, em que ela esta compreendida na própria faculdade de despedir, quando só a justa causa e que corta o direito a "indenização de antiguidade" Toda a dispensa, em princípio, e abusiva, pois a ela vem atrelada uma obrigação de indenizar (cf CESARINO JUNIOR, ob e vol cits, p 248, n 46 1 16) Falar em "fraude", nas dispensas permitidas e indenizadas, será apenas inflar a doutrina de uma injeção de ênfase, quando se sabe que a "fraude" e uma transmutação qualificada do "abuso do direito", revelada em formas e supostos específicos, cujo nucleo e o concluem fraud, na esfera das relações negociais e a fuga da incidência da regra imperativa, nas relações clausuladas em leis imperativas Voltar se a a essa colocação

Concernentemente ao dano, a indenização de antiguidade visaria a reparar perdas várias, como a do emprego, a do tempo de vida desgastado na empresa e a do enriquecimento do empregador, como implementação complementar do salário recebido (cf KROTOSCHIN, ob e v cits p 514)

A doutrina apropriada se do enfoque, para aqui, também, modus in rebus, situar a "indenização adicional" do art 9º, em um mesmo prumo teleológico que a indenização de antiguidade e a do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço

"Se aquelas (de antiguidade e do FGTS) tem por objetivo ressarcir o empregado de um dano presumido (a vinculação no emprego durante determinado período), nesta, outro e o dano o não recebimento do salário corrigido É medida legal visando a impedir a rotatividade da mão-de obra" (ALUYSIO SAMPAIO, artigo e rev cits, p 37)

Se se ligou, em princípio, a "indenização adicional" em sua finalidade primordial certamente, ao 'não recebimento do salário corrigido' e se já se avançou mais, como dizer que ela 'É medida legal visando a impedir a rotatividade de mão de obra' (o que nos parece precário, ante o fundo de tela estampado na lei 5107/66), pode se submeter essa indenização especial em sua explicação ao mesmo desenvolvimento crítico que ganhou a teoria do risco profissional' quanto a 'indenização de antiguidade'

2.2. A indenização adicional propriamente dita.

Ao indenizar-se o empregado, pelo art 9º, da lei 6.708/79, está-se, embora parcial ou forfaitairement, cobrindo o eventual risco da perda dos benefícios dos aumentos coletivos ou semestral, que receberia se permanecesse no emprego

Robustece-se esse ponto de vista, quando se sabe que o empregado, despedido-indenizado, para não alcançar a revisão salarial, voltará a empregar-se, em outra empresa, com o salário que ganhava na empresa primitiva ou com o mínimo legal, conforme o caso.

Na raiz do problema estaria não a rotatividade, em si, mas a volta ao mesmo salário, porém, em outra empresa.

Em verdade, se há sentido de ressarcimento, este dá-se **apenas em parte**, como se dá, também por essa teoria, no que diz respeito à indenização de antiguidade, pois os critérios da fixação de seu quantum fixaram-se a priori (cf. RUSSOMANO, ob. cit., p. 294/295), um mês de salário por um ano e/ou seis meses de casa, pelo art. 478 da C.L.T. e um mês de salário, pelo art. 9º, da lei 6708/79.

Se a indenização do art. 9º tem a natureza **reparatória**, embora não integral, ela é **substitutiva** e jamais poderia, portanto, recair o seu pagamento em uma situação que importasse em **cumulatividade**. Substitui, em tese e no escopo da lei, a perda da percepção das revisões salariais pelo pagamento de um mês de salário, anterior a essa revisão.

É evidente, em primeira linha de corolário e, ao mesmo tempo, de conclusão, que o valor da indenização a ser paga, pelo art. 9º, é o do salário anterior ao corrigido. A não ser assim, por um lado, ter-se-á entrado no período-vigência da correção e não haverá indenização a pagar (pois a lei fala "no período de 30 (trinta) dias que antecede a data da sua correção salarial") e, por outro, se calculada sobre os aumentos a indenização, estar-se-á incorrendo ao mesmo tempo que em um bis in idem, em reconhecimento de prestações que, em seus suportes e em seus pressupostos, se excluem.

Equívocou-se o julgado abaixo, com decidir

"Correção salarial - Obstaculação - Valor da pena - Se o prazo do aviso prévio, ainda que indenizado, termina já estando em vigor a correção salarial do empregado, o valor da pena prevista no art. 9º da Lei nº 6.708 deve corresponder ao do salário corrigido" - TRT 3ª Reg. Proc. TRT-RO-3.025/80 Rel. Juiz ODILON RODRIGUES DE SOUZA IN DJ-MG 29/4/81, p. 37

Recente acórdão do ilustre Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região sintoniza, entretanto acertadamente, a hipótese

“Indenização adicional – Art. 9º da Lei 6.708 – Ocorrendo a dispensa nos trinta dias que antecedem o direito à correção salarial, faz jus o empregado à indenização adicional prevista no art. 9º, da lei 6.708. Impossível pretender ver somado o período correspondente ao aviso prévio indenizado com o fito de receber as parcelas indenizatórias com base em salário reajustado. A indenização legal devida pela fraude presumida por tal preceito legal, exclui a procedência da pretensão, sob pena de verdadeiro “bis in idem” – TRT – 1ª Reg. 2ª T. Proc. 5.605/80. Rel. Juiz MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO. IN Revista LTr. Julho-1981. Ano 45, p. 835.

Descendo o investigador do plano comparativo, entre as indenizações de “antiguidade” e “adicional”, pelas teorias do dano e do risco, para o terreno da positividade, arma-se, de pronto uma questão fundamental, que mantém estreito nexos com os princípios que governam a eficácia ou mesmo a retroeficácia das normas coletivas, admitidas estas, inúmeras vezes nos julgamentos dos dissídios coletivos, em face da ulterioridade das sentenças normativas em relação ou ao início de vigência fixado em norma anterior ou ao ingresso em juízo.

É curial que o momento estabelecido para a eficácia do aumento normativo (o da revisão semestral, trazido na lei 6.708/79, como se vê de seus arts. 2º, § 1º e, especialmente, 15, § 3º), é exatamente o momento em que desapareceu o dies ad quem, porque ultrapassado, do período de vigência do contrato com virtualidade de suporte para o direito à indenização.

Sob esse prisma, veja-se como se colocou o aresto que se segue:

“Indenização do Art. 9º da Lei nº 6.708 – Aviso Prévio Indenizado – Se o término do prazo do aviso prévio indenizado que integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos, ocorre dentro dos 30 dias anteriores à correção salarial, devida é a indenização prevista no art. 9º da Lei nº 6.708/79” – TRT – 3ª Reg. Proc. TRT-RO-2.041/80, Rel. Juiz FERNANDO PESOIA JUNIOR. IN DJ-MG de 26/2/81, p. 29.

A ALUYSIO SAMPAIO não passou despercebida tal circunstância – eminentemente objetiva –, quando expôs:

“Se no referido período apenas houver a comunicação do aviso prévio, com término posterior à data da correção monetária do salário, não nos parece devida a indenização ancional, de vez que o empregado dispensado terá direito ao salário monetariamente corrigido, com repercussão nos direitos pecuniários” – Revista e art. cits., p. 38.

Faltou ao expositor paulista a precisão de datas-momentos de exigibilidade e a análise da projeção do período do aviso prévio indenizado na hipótese ora sob exame.

A simples abordagem das normas aplicáveis no caso, com abstração de seu conteúdo, sua finalidade e sua função, torná-las-ia sujeitas a uma aplicação arbitrária senão largamente controvertida, com prejuízo para o desempenho da tarefa do julgador, a quem incumbe a uniformização dos critérios de aplicação do direito, verificados os mesmos supostos.

Em suma, desvenda-se, na indenização, de que trata o art. 9º, da lei 6.708/79, uma natureza preventiva-reparatória-retributiva, no sentido de que visa a repor, em importância forfaitairement pré-fixada, o que o empregado deixou de perceber com o aumento normativo.

Corolariamente, se o empregado entra na faixa do aumento, verifica-se o seguinte: ao mesmo tempo em que cai o pressuposto de formação do direito à indenização (que se legitima no intercurso de um mês antes da incidência da norma coletiva), não se concebe que, partilhando desse aumento – que é o bem jurídico perdido e compensável – venha a obter também o resultado compensatório, a indenização cumulada, sob pena de cair-se ou em contradictio in adjecto ou em bis in idem.

O Tribunal do Trabalho da ilustre 3ª Região foi preciso e lapidar na concisa formulação da segunda ementa:

“Indenização – Lei 6.708/79. Ementa: Indenização prevista na lei 6.708/79 - Campo de Incidência – Se com a projeção do aviso prévio, o empregado alcançou a correção semestral, cessou a razão do pagamento da indenização prevista na Lei 6.708” – TRT-RO-2.533/80. Rel. Juiz JOSÉ CARLOS JUNIOR. Redator do acórdão: Juiz JOSÉ ROTSEN DE MELO. IN DJ-MG-13/5/1981, p. 34.

Ementa:

Indenização prevista no art. 9º da Lei 6.708/79 – Incidência – Se no término do aviso prévio, o empregado teve o seu salário reajustado, cessa a razão do pagamento da parcela prevista no art. 9º da Lei 6.708/79” – TRT 3ª Reg., Proc. TRT-RO-2.119/80, 1ª T. . Relator Juiz José Rotsen de Mello. IN DJ-MG-05.08.81. Pág. 28.

Nesse acórdão já se vislumbra um critério lógico-axiomático para a solução do problema, porque as normas em jogo (art. 9º da lei 6.708/79 e § 1º, do art. 487, da C.L.T.), contendo supostos temporais matemáticos de captação de seu preceito, somente alcançarão juízo correto de aplicação se subsumidas no círculo de sua exação conceitual. O juízo de julgamento que impõem não é um juízo “aproximativo de verdade” (como pretende a escola ecológica, com CARLOS CÓSSIO à frente), mas um juízo de certeza no encontro do preceito com a realidade (cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª Ed. Rio de Janeiro. 1979. p. 122 ss. e esp. ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Juridica Actuales*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra S.A.. 1968, p. 384 ss., esp. 385, 445 ss. O problema não é não só de indeterminabilidade como não é

de "cláusulas gerais" cf., no mesmo autor, p. 342, 377, n. 100, 291, 328 ss.).

Portanto, o "princípio da contraposição" entre a incidência do preceito que institui a indenização e a da correção salarial atua como um inafastável comando exegético na hipótese e vem ele dia a dia ganhando corpo e sendo gradualmente apreendido pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho.

2.3. A obstatividade.

Consagrou-se na doutrina a concepção de que o Direito do Trabalho Brasileiro (antes, é verdade, do regime do FGTS) continha a estabilidade no sentido impróprio, porque só a atingia o empregado com dez anos de casa (C. L. T., art. 492 ss.) e estava pressuposta no poder de dispensa, mediante o pagamento de uma indenização (cf. CESARINO JUNIOR, ob. e vol. cit., p. 256. n. 46.1.20. ERNESTO KATZ entende não ter ela existido no Brasil. Cf. sua obra *La Estabilidad en el Empleo*. Buenos Aires. Roque Depalma Editor. 1957. p. 6/7).

Paralelamente a essa postura, viu-se no gradual aumento do valor da indenização de antiguidade, à medida em que maior fosse a permanência do empregado na empresa, um obstáculo de ordem econômica à dispensa pelo empregador.

Essa concepção alcança nítida visibilidade, quando se depara o § 3º, do art. 499, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe:

"A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição da estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478" (verbis).

Para fins de presunção do intuito obstativo e de ônus de prova, o Tribunal Superior do Trabalho acabou por editar a Súmula 26, verbis:

"Presume-se obstativa à estabilidade a despedida sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço",

sem que se obstasse a prova, pelo empregado certamente, da manifestação obstaculadora em tempo de casa anterior.

No que diz com a aquisição da estabilidade descobre-se na indenização por tempo de casa não um fim, para constranger-se o empregador a permitir que o empregado ultrapasse os umbrais dos dez anos. Neste ponto, a indenização tem uma função estabilizadora indireta, função essa que vai ao paroxismo no § 3º, do art. 499/CLT.

SUSSEKIND calca o inciso na teoria do abuso de direito (cf. SUSSEKIND, Arnaldo - MARANHÃO, Délio e VIANNA, J. Segadas. Instituições de Direito do Trabalho 7ª Ed. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos S.A., v. II, p. 526), ponto de

vista também acolhido por CESARINO JUNIOR (cf. ob. e v. cits., p. 248. n. 46.1. 16).

Esse fim obstativo transpassou-se também para o art. 9º da lei 6.708/79, como se vê em ALUYSIO SAMPAIO, que assim inicia o tópico referente ao tema.

“A fim de obstar a dispensa injusta de empregado às vésperas da correção monetária automática, institui a Lei 6.708/79 uma indenização adicional por dispensa injusta” (Revista e art. cits., p. 37) .

Em sua direção teleológica, como válvula de contenção, convenha-se em que o art. 9º da lei 6.708/79, se encontre, em seus motivos, com o § 3º, do art. 499, da C.L.T.

Desde o instante em que o empregado alcança a estabilidade (cumprindo os 10 anos de casa — ou 9 anos e 11 meses, fustigando-se já o tempo de aviso prévio), não cabe mais falar em indenização em dobro de fundo obstativo. Aqui, ultrapassou-se o momento e a condição de concessão de tal indenização. Atingiu-se o implemento, com a aquisição da estabilidade.

Mutatis mutandis, venceu o empregado o período de 30 (trinta) dias, que antecede a correção salarial, perdeu o suporte-condição para fazer jus à indenização do art. 9º da lei 6.708/79, já que entrara na esfera da incidência do aumento e de suas repercussões. Nada mais curial, pois a dispensa, no intercurso de 30 dias antes da vigência da correção, dá-lhe a indenização, porque lhe não dá o aumento.

Ainda que a título ilustrativo, cumpre aclarar que a “obstatividade” comparece no § 3º, do artigo 499, da C.L.T., como seu único elemento componente teleológico, o que sempre autorizou a indagação das causas da rescisão, de ordem objetiva (fechamento da empresa, força maior, redução geral ou técnica do quadro ou incompatibilidade do empregado, pelo rompimento atenuado da fidúcia), qualificadas pela jurisprudência como “justo motivo”, que, sem constituir “justa causa”, exclui a indenização em dobro, em caso de dispensa.

Na hipótese do art. 9º, da lei 6.708/79, não prosperam tais temperamentos à sanção indenizatória, porque a “obstatividade” é um dos seus elementos componentes e a tipicidade do fato gerador colhe modelo no ato-fato objetivo da dispensa sem justa causa, dentro do lapso de tempo demarcado (trinta dias antes da vigência da correção salarial). Não comporta, pois, o dispositivo outra indagação senão a do fato objetivo da despedida no período assinalado no texto.

Exauridas, quantum satis, as abordagens do tema no plano exegético, do lógico ao sistemático e deste ao teleológico, o rumo da pesquisa há de enveredar-se, agora, para a localização, in concreto, do punctum pluriens do problema, cuja metodologia de focagem compreenderá, primeiro, a fixação de conceitos em torno da dissolução do contrato - suas espécies - e, segundo, dos efetivos momentos em que ela

se verifica, tornando-se como suposto central de levantamento o chamado "aviso prévio indenizado". É o que, finalmente, se fará

3. A rescisão do contrato individual de trabalho.

3.1. A terminologia

O ineditismo de uma lei presta-se, ao ser ela lançada no tráfego jurídico, a inúmeros embaralhamentos, tal a insegurança e muitas vezes a imaturidade e a incidência jurídica, com que passa, ao primeiro lance, a ser tratada

Uma questão aparentemente terminológica mas em realidade de natureza conceitual infiltrou-se nas dobras das primeiras aplicações do art. 9º, da lei 6708/79, quando o ilustre Tribunal da 8ª Região entendeu

"para fins da lei 6708/79, importa a data da dispensa, não a data da rescisão" Decisões Trabalhistas Ficha nº 1288 Setembro/1980 (cf., também, a sentença do processo da 11ª JCJ, proc. 354/81 da lavra do Dr. Ricardo Vasconcelos Moreira da Rocha)

Certamente, interpenetram-se o jogo terminológico e o jogo conceitual, como há jogo puramente terminológico e jogo fundamentalmente conceitual

Quando DÉLIO MARANHÃO (Direito do Trabalho 6ª Ed. Rio de Janeiro Ed. Fundação Getúlio Vargas, p. 222 e 223) toma a expressão "resilição" como a dissolução do contrato fundada em "acordo" ou em "ato unilateral" de uma das partes, vertente em que se envereda também MESSIAS PEREIRA DONATO (cf. Curso de Direito do Trabalho São Paulo Ed. Saraiva 1975, p. 335), estão esses autores mais rentes com certa corrente de doutrinadores franceses, do porte de ANDRÉ ROUAST et PAUL DURAND (cf. Droit du Travail 2ème Ed. Paris-Dalloz, p. 477 ss.) E isso, porque a dissolução pela "denúncia", fundada em "nulidade" ou "lesão" do contrato, que os tratadistas nacionais titulam "rescisão" (MARANHÃO, p. 223 e DONATO, p. 336), tomam na outros expositores também franceses, em obras recentes, por "résiliation" (a resilição – como se vê em BRUN, André et GALLAND, Henri Droit du Travail 2e Ed., t. 1, p. 806, n. 631), enquanto PIERRE DOMINIQUE OLLIER (Lei Droit du Travail Paris Lib. Armand Colin, 1972) qualifica-a "résolution" ("resolução"), no que conta com o respaldo de G. E. CAMERLYNCK et GÉRARD LYON CAEN (cf. Droit du Travail Paris Dalloz 1965, p. 123 ss., n. 138). Nestes autores, a expressão "résiliation" (resilição) volta à acepção de livre dissolução, pela vontade das partes (OLLIER, p. 144, § 1º)

Explicam-se essas variações, ante a aplicação, conforme o suporte da pretensão, ora do art. 1184, do C. Civil francês, ora na legislação especial, representada, recentemente, pelo art. 23 do Code du Travail ou fundada na lei de 13 de julho de 1973, complementada pela lei de 3 de janeiro de 1975

A qualificação dos fatos jurídicos, componentes da rede normativa da ordem jurídica, quem a faz é a lei - legem habemus, ou, melhormente, lex, res surda inexorabilis - e no Direito do Trabalho Brasileiro tem-se "rescisão" como espécie de dissolução do contrato de trabalho levada a efeito por ato de vontade das partes ou de uma delas. Ex vi legis, ou por fato a elas inimputável também se admite a dissolução, que, no caso, se intitula "extinção" do contrato de trabalho.

É indispensável alertar-se que essa classificação nada tem de graciosa ou de arbitrária. Ela estrutura-se em função de efeitos jurídicos.

Em razão disso, a "rescisão", se não consensual ou bilateral, consistirá ou na demissão (iniciativa do empregado) ou na despedida ou dispensa (ato, também unilateral, originário do empregador - cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Da Extinção do Contrato de Trabalho no Direito Brasileiro. IN Direito do Trabalho & Fundo de Garantia. S. Paulo. Ed. LTr. 1978, p. 115 ss. e, especificamente, CATHARINO, José Martins. A Despedida e suas Limitações. Bahia. 1958, p. 13-14; GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 8ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2º v., p. 475 e 488; DÉLIO MARANHÃO, IN "Instituições. . . cit., v. I, p. 414, A - em que esses autores se referem a "despedida" e à "demissão" como sub-espécies da rescisão).

Ora, o art. 9º, da lei 6.708/79 empregou a palavra "dispensado", o que afasta, de imediato, a espécie rescisão (como diferentemente fizera a lei 4.090, de 13 de julho de 1962, que, em seu art. 3º fala em rescisão, o que demanda a exigibilidade da gratificação nataliana proporcional também nas "rescisões indiretas"). O ato é unilateral, da iniciativa do empregador - a despedida ou dispensa.

O empregador, ao comunicar a despedida, rescinde; para rescindir, despede (cf., até, DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio-S.Paulo. Forense. 1963, p. 1356, verbete "Rescisão").

Enunciado pela espécie ou pela sub-espécie, no caso, o ato é o mesmo; o que importa indagar é o momento em que, juridicamente, ele se exaure ou em que se exaurem os seus efeitos.

3.2.1 Despedido o empregado, a projeção do aviso prévio indenizado pode dar-se tanto para excluir como para incluir a indenização adicional. Ver-se-á adiante.

O que se nota é um baralhamento ao enfrentar-se com o intercurso compreendido pelo aviso prévio que não se cumpriu e que se substituiu pelo correspondente em dinheiro, chamado aviso prévio indenizado.

A tarefa final, portanto, nessas pesquisas, reduzir-se-á em precisar-se o dies ad quem, em que cessam todos os efeitos do contrato de trabalho do empregado despedido mediante o pagamento do aviso prévio sem sua concessão.

3.3. Aviso prévio indenizado: "dies a quo" "dies ad quem"

Outra incursão pelo direito estrangeiro, por entendimentos paralelos no exame do instituto facilitará a compreensão da controvérsia que inicialmente, acredita-se, lavrou na jurisprudência brasileira.

O direito francês e o italiano não são providos, em sua legislação, de um dispositivo igual ou semelhante sequer à parte final, do § 1º, do art. 487, da C.L.T., verbis:

"§ 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integridade desse período no seu tempo de serviço."

PAUL DURAND e ANDRÉ VITÚ, em obra matriz (Traité de Droit du Travail. Paris. Libr. Dalloz. 1950. T. II, p. 844, n. 448), trazem todavia esse claríssimo ensinamento.

"O prazo-de-dispensa, ou de pré-aviso ("le délai-congé, ou de préavis"), é um prazo que corre a partir da notificação da dispensa, e durante o qual as relações de trabalho são mantidas pelas partes. A cassação do contrato somente produz-se na expiração do pré-aviso" (verbis).

Se, porém, acontece o "brusco rompimento" imotivado, da parte do empregador ("la brusque rupture"), estará obrigado a pagar ao empregado uma indenização e CAMERLYNCK, em obra já recente (Contrat de Travail integrante do Traité de Droit du Travail - sous la direction do mesmo G. H. CAMERLYNCK - Paris. Lib. Dalloz. 1968, p. 341), adiante:

"a indenização é igual à remuneração que teria sido paga ao assalariado durante o prazo de seu pré-aviso".

Logo abaixo, arremata o tratadista gaulês:

"Pois bem, a Corte de Cassação emprega desde alguns anos, de maneira significativa, o qualificativo de indenização compensadora do aviso prévio - le qualificatif d' indemnité compensatrice de délai-congé" (ob. e p. cits.).

E, à frente, conclui:

"A indenização deve incluir imperativamente todos os elementos correspondentes à remuneração do trabalho durante o período do pré-aviso (p. 342, n. 191).

Embora não se aluda em "projeção do contrato" na "ruptura brusca" em que se não concede o pré-aviso, de um lado DURAND e VITÚ são taxativos em

afirmar que "a cessação do contrato somente se produz na expiração do pré-aviso" concedido e, de outro, CAMERLYNCK insiste em que a indenização "compensatória" há de conter "todos os elementos correspondentes à remuneração do trabalho durante o período do pré-aviso"

Não será difícil encontrar, no inequívoco enunciado da parte final do § 1º, do art. 487, da C.L.T., a conjugação dos princípios magistralmente sumulados pelos autores franceses: à cessação do contrato no dies ad quem do prazo do pré-aviso e o pagamento de uma indenização, correspondente à remuneração que o empregado deixou de receber, se tivesse havido a concessão do respectivo prazo. Mas o efeito patrimonial, na França, é só este.

Já no direito italiano esboça-se a dissidência, porque também silenciosa é a sua legislação quanto à eficácia do contrato, isto é, seu termo final.

MARIO GHIDINI (Diritto del Lavoro: 7. Ediz. Padova CEDAM. 1979, p. 373) indica:

"é a chamada indenização substitutiva do pré-aviso; mas ainda em tal caso a relação continua por todo o período do pré-aviso (Cassaz. 29 aprile 1977, n. 1950),

no que discorda, parcialmente, GIULIANO MAZZONI (Manuale di Diritto del Lavoro. 5. Ediz. Milano. Giuffrè Ed. . 1977, v. 1, p. 735-736) que expõe:

"quando se dá a indenização substitutiva, o período não se computa, mas os efeitos patrimoniais não mudam porque a indenização compreende também os duodécimos da indenização anual".

Possivelmente, a posição de LUISA RIVA SANSEVERINO (Diritto del Lavoro. 13ª Edz. Padova. CEDAM. 1978, p. 393) estaria, em sua formulação, latente na confusão das situações elaboradas na jurisprudência brasileira, que, com a limpidez da parte final do § 1º, do art. 487, não poderia abrigar tal desdobramento. Veja-se qual é:

"Quando o período do pré-aviso é substituído pela respectiva indenização, a posição do trabalhador, relevante para os fins de seu tratamento, seria em linha de princípio aquela vigente no momento da extinção da relação, e não aquela relativa ao momento em que a relação se extinguiria se o período do aviso prévio não fosse substituído pela indenização" (ob. e p. cits.).

Embora em formulação optativa, a extraordinária autora italiana admite a existência de dois momentos diferentes para a extinção do contrato, na hipótese de ter sido concedido o aviso prévio e na hipótese de sua conversão em indenização

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência não discrepam e robuste-

com o texto legal, exaltando-lhe o sentido integrativo

O tempo de serviço pode ser exclusivamente jurídico, como a hipótese do § 1º, do art. 487, da C.L.T. (cf., nesse sentido, CATHARINO, Compêndio. . cit., 2º v., p. 167, 2 15.1)

Em monografia sobre o instituto aqui versado, RUSSOMANO aduz

“Por outras palavras na terminação do contrato, que se efetua sob incidência do aviso prévio, não atua ele automaticamente, no momento de sua concessão. Fixa, apenas, o instante — posto no futuro — em que o contrato deixará de vigorar” (cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. O Aviso Prévio no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. José Konfino Ed. . 1961, p. 166.

A despedida, com o aviso prévio indenizado, na forma do § 1º, do art 487, da C.L.T., consiste na concentração, em que um mesmo momento, do ato de avisar e, no de reparar, do de retrain para o momento desse ato o curso de tempo, mas os efeitos da comunicação, a partir do instante em que é declarada ao empregado, continuam projetando-se pelo prazo correspondente ao período do aviso, quando então, ao seu término, cessarão as relações de trabalho.

Por isso, mantém uma postura correta HIROSÉ PIMPÃO, ao afirmar, no início de sua definição, que o

“Aviso Prévio é o espaço de tempo, fixado em lei, que antecede à rescisão unilateral do contrato. . .” (cf. sua obra Aviso Prévio. 2ª Ed. Rio de Janeiro, José Konfino Ed. 1958, p. 78).

Se se substitui à concessão do prazo do aviso prévio a respectiva indenização, nem por isso deixou de haver a **comunicação prévia** do empregador e a projeção do tempo, em tal caso, decorre da própria lei, fazendo com que, na realidade jurídica, o contrato só se rescinda no trigésimo ou no oitavo dia daquela comunicação.

A emissão, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Súmula 94 revigora esse entendimento, quando preceitua

“Súmula 94 - O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado”

Sabe-se, curialmente, que horas extras habituais passaram a ser um componente salarial, o que demonstra a consideração remuneratória do aviso prévio como um suposto da vigência do contrato de trabalho, juridicamente revelado nesse pagamento indenizado da ruptura brusca mas remuneratório do **tempo jurídico** de projeção do contrato

Para fins do art 9º, da lei 6 708/79, na hipótese de aviso prévio indenizado, o

contrato rescinde-se no mesmo dia em que se rescindiría se tivesse havido o cumprimento do aviso. Trata-se de projeção legal do art. 4º, da C.L.T., diferindo a eficácia jurídica do ato da "brusca ruptura", à força do § 1º, do seu art. 487.

4. A indenização adicional e o aviso prévio indenizado

Sem que se deixe de fazer uma referência – porque os decretos regulamentares, em geral, são muito impressionistas e servem ou de repouso para o juiz, que lhes segue descansadamente o texto sem se deterem exegeticamente no nível da lei regulamentada, ou trazem um teor de credibilidade quase fetichista em suas minúcias, prevendo e disciplinando dobras de hipóteses não previstas na norma superior – ao decreto 84.560, de 14 de março de 1980 (que regulamenta a lei 6.708/79), cujo art. 4º, em seu § 2º, dispõe:

"§ 2º A indenização referida no caput corresponderá ao salário mensal na data da comunicação da dispensa".

A "data da comunicação da dispensa" nada tem a ver com o valor da indenização do art. 9º, da lei 6.708/79. A data que se conta é a da cessação das relações de trabalho, **cumprindo o aviso prévio dado ou compreendido o prazo do aviso prévio presumido indenizado.**

Haja desdobramento de momentos (comunicação da dispensa, que é "aviso prévio" e seu cumprimento) ou haja concentração de momentos (a comunicação e o intercurso do prazo do pré-aviso), o dies ad quem é um só, para fins de captação da regra do art. 9º. Este é que é o día-suporte para saber-se se se credita a indenização, que se calcula, então, pelo salário anterior à revisão ou se se pagam as diferenças devidas pela rescisão, excluída, evidentemente, a indenização, como acima se explicou em abordagens até exaustivas.

A primeira operação a realizar-se, para o elucidamento matemático-temporal do problema, é a fixação da data-base ou da data do início de vigência da correção salarial, porque esta é o ponto-referência central de que parte o art. 9º da lei 6.708/79 para definir o período de incidência da indenização por ele criada.

En passant, nesse aspecto, observe-se que a lei 6.708/79 subverteu todo o sistema da legislação anterior (derrogando-a e tornando fritas as disposições do Prejulgado 56 a respeito) e reuniu em um só momento, fazendo-se uma só coisa – porque eram votos jurídicos diversos – a data-base e o início da vigência, como se lê em seu art. 4º, § 1º (basta ler-se!) – lex surda inexorabilis.

A data-base da correção, que é o seu dies a quo de vigência atua, na espécie ora examinada, como o marco, do qual, retrospectivamente, se parte para aferir-se se o empregado indenizado tem ou não direito à indenização, tomando-se como outro ponto de linha demarcatória a data da "cessação das relações de trabalho" (expressão de DURAND), o "desligamento jurídico" e não simplesmente fático do

empregado, que coincide com o término do aviso prévio concedido ou indenizado (aqui o intercurso e juris et de jure presumido)

4.1. Podem-se já adiantar os seguintes axiomas

- a) se, com a contagem do prazo do aviso prévio, o dies ad quem, da terminação do contrato, recai dentro do período da vigência da nova correção salarial, não há falar na indenização do art. 9º, da lei 6.708/79,
- b) se, com a projeção do prazo do aviso prévio (intercurso presumido), o dies ad quem, da terminação do contrato recai um dia antes da vigência ou data, base da correção salarial, exsurge o direito à indenização em apreço,
- c) a concessão do prazo do pré-aviso ou o seu pagamento imediato, com o desligamento ex facto, são irrelevantes, pois a cessação é jurídica, em linha de eficácia e de projeção legal de tempo de aviso prévio não cumprido,
- d) se se proceder diversamente em um e em outro caso, estar-se-á dando tratamento diverso a uma mesma situação jurídica (o aviso prévio em todos os seus componentes, de comunicação, intercurso real ou presumido – e dies ad quem)

4.2. Em reverência à precisão matemático-jurídica da hipótese, transplantada para o plano do calendário, esses outros axiomas, agora conclusivos, podem objetivamente ser estabelecidos

- a) se de 30 (trinta) ou de 8 (oito) dias o aviso prévio, exclui-se o dia do começo e computa-se o de vencimento (C. Civil, art. 125),
- b) vigente a correção salarial a 1º de dezembro, desta data se contam, retrospectivamente, os dias, para saber-se se há a indenização ou a incidência do aumento, no que se especifica
 - I o empregado mensalista, despedido com aviso prévio indenizado, a 1º de setembro, não terá direito nem à correção (curial) nem à indenização. A cessação das relações de trabalho deu-se a 1º de outubro, inclusive (C. C., art. 125) e não alcançou o prazo intersticial de 30 dias anterior à vigência do aumento, prazo que corre de 02 de novembro a 1º de dezembro (inclusive, C. C. art. 125), a teor do art. 9º,
 - II - empregado despedido a 1º de outubro, tem cessadas as relações de trabalho a 31 desse mês (inclusive) e não tem direito à indenização nem à correção salarial, porque o prazo intersticial do art. 9º venceu-se a 30 de novembro (inclusive), já que começou a correr a 1º deste mês (art. 125 C. C.)

- III – empregado despedido a 15 de outubro, faz jus à indenização, porque o prazo intersticial do art. 9º foi apanhado pela projeção do aviso prévio, a 14 de novembro (dentro dos 30 dias que antecedem a correção);
- IV – empregado despedido a 03 de novembro não tem direito à indenização, porque, com o intercurso do prazo do aviso prévio (que terminou a 03 de dezembro), entrou ele na faixa de vigência da correção salarial e faz jus às diferenças desta decorrentes, inclusive sobre o próprio aviso prévio indenizado, além de 13º salário e de férias, estas, proporcionais ou não.

5. Jurisprudência.

Citam-se as recentes ementas abaixo, que parece se ajustarem com precisão ao equacionamento doutrinário elaborado neste parecer:

“Indenização prevista na lei 6.708/79 – Campo de incidência. Se com a projeção do aviso prévio, o empregado alcançou a correção semestral, cessou a razão do pagamento da indenização prevista na lei 6.708.” (TRT-RO 2.533/80. Rel. Juiz José Carlos Junior. Redator Juiz José Rotsen de Mello. IN DJ – 13/05/81, p. 34, 2ª T.

“Indenização da Lei 6.708/79 – Se, com a projeção do período do aviso prévio ou por seu cumprimento normal, o contrato atinge o período de correção semestral, razão não há para o recebimento de indenização, devida somente pela dispensa obstativa, explicando-se por esse raciocínio, o cômputo do aviso prévio para que se apure se a dispensa ocorreu, ou não, nos trinta dias anteriores à correção (art. 9º).” (TRT-RO-2.935/80 – Rel. Juiz Manoel Mendes de Freitas - DJMG de 27.05.81 – pág. 35).

“Indenização adicional – Lei nº 6.708/79 – O aviso prévio, mesmo indenizado, deve ser computado para todos os efeitos legais, inclusive aquele do art. 9º da Lei nº 6.708/79, já que a dispensa, ato jurídico perfeito e acabado, só se completa depois de corrido o prazo dele.” (TRT-RO-2.619/80 – Rel. Juiz Nestor Vieira – DJMG de 11.2.81 – pág. 19).

“Indenização – art. 9º da Lei 6708/79 – Se não é devida a indenização da Lei 6708 quando o período de aviso prévio (indenizado), por projeção, ultrapassa a data da correção, por visar, precipuamente, a desestimular a dispensa obstativa, devida será quando o término do aviso prévio situar-se no período de 30 dias anteriores.” (TRT-RO-3237/80 – Rel. Juiz Manoel Mendes de Freitas – DJMG de 12.8.81 – pág. 41).

“Indenização Adicional – Computação do aviso prévio na Aferição da Dispensa do obreiro. – O aviso prévio, ainda que indenizado, integra-se ao contrato

de trabalho, e ao cabo de seu prazo é que se dá a despedida do empregado. – Se tal termo recai na antecedência de trinta dias da data de correção salarial automática, devida é a indenização adicional veiculada no artigo nono da Lei nº 6.708/79”. (TRT–RO–2.705/80 – Rel. Juiz Edmo de Andrade – DJMG de 27.05.81 – pág. 33).

“Indenização Adicional – Computação do Aviso Prévio - O aviso prévio é integrativo do contrato de trabalho em qualquer condição e para todos os efeitos legais. Somente ao cabo de seu período, que se projeta – sempre – no contrato laboral, é que se dá a despedida, ou dispensa, do obreiro. E, tal acontece dentro da antecedência de trinta dias da data da correção salarial automática a que se refere a lei n. 6.708/79, devida é a indenização adicional disposta no artigo nono de tal norma legal. ” (TRT–RO–3.219/80 – Rel. Juiz Edmo de Andrade – DJMG de 27.05.81 – pág. 34).

“Indenização da Lei nº 6.708/79 – Integrando o prazo do aviso prévio, ainda que indenizado, o tempo de serviço do empregado, a rescisão contratual, por despedida sem justa causa, só ocorre, efetivamente, após o transcurso do mesmo. É a partir de então, que se conta o prazo de 30 dias previsto no art. 9º da Lei n. 6.708/79.” (TRT–RO–2.655/80 – Rel. Juiz Orlando R. Sette – DJMG de 18.2.81 – pág. 31).

“Indenização suplementar – A indenização suplementar instituída pelo art. 9º da Lei 6.708/79 é devida quando a despedida ocorre nos 30 dias que antecedem à data da correção legal dos salários da categoria profissional, contando-se, para esse efeito, o período de aviso prévio mesmo quando pago em dinheiro. ” (TRT–RO–2.384/80 – Rel. Juiz Pena de Andrade – DJMG de 18.2.81 – 31).

“Indenização adicional – Se computado o prazo do aviso prévio, mesmo indenizado, a dispensa, que é termo final do contrato, ficar situada nos trinta dias anteriores à data da correção salarial semestral automática, aí é devida a indenização adicional a que se refere o art. 9º da Lei 6.708/79.” (TRT-3ª Reg. 1ª T. Proc. TRT-RO-2426/80. Rel. Juiz José Rotsen de Mello, Revisor e Redator José Carlos Junior. IN DJMG – 03/06/1981, p. 35)

“Indenização – Lei 6.708/79. O prazo do aviso prévio há de ser contado para todos os efeitos legais, inclusive para efeito da indenização prevista na lei 6.708, de 1979.” (TRT-3ª Reg. 1ª T. Proc. TRT-RO-1449/80. Rel. Juiz José Waster Chaves, In DJMG – 03/06/81, p. 34).

“Indenização Art. 9º da Lei 6.708/79 – Se o término do prazo do aviso prévio indenizado ocorre dentro dos trinta dias que antecedem a correção salarial, é devida a indenização adicional.” (TRT–RO-2.420/80 – Rel. Juiz José Carlos Junior – DJMG de 20.5.81 – pág. 33).

“Indenização do art 9º, da Lei 6.708/79 – Aviso prévio indenizado. – O prazo do aviso prévio indenizado integra a duração do contrato de trabalho para todos os efeitos legais. Assim, é de considerar-se o prazo do aviso prévio no tempo de duração do contrato para definir-se a indenização prevista no art 9º, da Lei 6.708/79” (TRT-2ª Reg. 3ª T. Proc. 2.801/81. Rel. Juiz Ermelindo Soares de Camargo. IN LTr. Julho/1981. Ano 45, p. 840.

“Salário Adicional – Aviso Prévio – Por força de lei, o prazo do aviso prévio é considerado como de tempo de serviço, inclusive para os efeitos do art. 9º da Lei 6.708/79” (TRT-RO-4.058/80. Rel. Juiz Fernando Pessoa Junior – IN DJMG -05/08/81, p. 30.

O ilustre Tribunal Superior do Trabalho, em dois arestos – neste momento, em vias de publicação, exarou, com absoluta regularidade jurídica, os seguintes preceitos

“...somos dos que entendem que a lei quis se referir exatamente à extinção do contrato, pois, aí, é que ocorre a dispensa do empregado, eis que durante o prazo do aviso as obrigações das partes continuam íntegras, havendo até mesmo a possibilidade de continuar o contrato em sua vigência, por efeito de uma retratação prevista em lei” – TST-Proc. RR-4860/80. Ac. da 3ª T. 2269/80 de 25 de agosto de 1981, Rel. Min. Barata Silva.

“O despacho agravado de fls. 22 tem o seguinte fundamento : “Decidiu o v. acórdão recorrido, *verbis* “Faz jus à indenização do art. 9º da lei 6.708/79, o empregado dispensado trinta dias antes da data da correção do salário de sua classe, mesmo recebendo aviso prévio indenizado, porquanto este, mesmo pago, e computado como tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para o fim de só se considerar a dispensa como ato jurídico perfeito e acabado, após o decurso de seu prazo, o que, no caso, leva-a para dentro do prazo da citada lei”.

O tema, *ultima ratio*, tem cunho interpretativo.

Em termos de aplicação de normas que regulam a matéria tenho por razoável a interpretação dada ao tema pelo v. acórdão” – TST- Proc. AI-1416/81. Ac. da 1ª T. 1928/81. Rel. Min. Antônio Alves de Almeida.

Pelo que se expendeu acima, no campo geral da conceituação dos institutos jurídicos versados, em sua natureza, em sua finalidade, tais como o tempo de serviço (forma jurídica), o da rescisão do contrato de trabalho, o do aviso prévio e o da indenização, parece que a interpretação agasalhada pela ilustre 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não só é a “razoável” – embora toda a sentença seja uma busca “razoável”, com a segurança jurídica da coisa julgada, mas que realmente cobre a hipótese em toda a sua correta contextura