

ASPECTOS DO "AVISO PRÉVIO"

José Martins Catharino

SUMÁRIO: 1 — Terminologia. Conceito; 2 — Pressupostos Legais. Sugestões; 3 — A Igualdade Jurídica e o Instituto; 4 — Substituição do tempo por dinheiro, havendo despedida injusta; 5 — Evolução e Transformação; 6 — Inadequação, do ângulo teleológico; 7 — Experiência ou Prova.

APRESENTAÇÃO

JOSÉ MARTINS CATHARINO, Advogado, Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Salvador, Professor catedrático de Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia. Na presente conferência, proferida no VII Encontro dos Magistrados do Trabalho da 9.^a Região, o autor examina diversos aspectos do "aviso prévio".

1 – TERMINOLOGIA. CONCEITO

Segundo J. B. VICO (Sabedoria Primitiva dos Italianos, desentranhada das origens da língua latina (1710), "As palavras são signos das idéias, estas são signos e representações das coisas", e os romanos diziam indistintamente *quaestionem norminis* "busca do nome" e *quaestionem definitionis* "busca da definição", e criam buscar a definição quando buscavam que idéia surgia na mente humana, em geral, ao proferir a palavra".

Ideal seria que uma palavra bastasse, que fosse definição, mas assim não é. Para definir são necessárias outras palavras, embora a definição seja conceito com um mínimo delas, sem perda de substância ontológica.

Aviso tanto pode ser comunicação do que já aconteceu, acontecerá, acontece, está acontecendo, ou poderá acontecer.

"Aviso prévio", "prévio aviso" e "pré-aviso", sinônimos, servem para designar corretamente o instituto?

Não, e o seu uso provoca confusões e até perplexidades.

O "aviso prévio" não é do que está acontecendo nem do que acontecerá, e sim referente ao que já aconteceu. O empregador não avisa estar despedindo nem que despedirá, nem o empregado, quanto à sua demissão. Um avisa ao outro que dá por findo o contrato, por ato perfeito desde o instante em que o avisado dele conhece.

Por força do aviso, dito "prévio", a rescisão unilateral praticada, perfeita com a recepção, tem sua eficácia retardada (art. 489, da CLT: "Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo. . .").

Assim, do "a.p." resulta termo certo, suspensivo ou inicial adjudicado à rescisão unilateral, oriunda do exercício de direito potestativo do empregado ou do empregador, e não ao contrato de emprego, razão pela qual não deixa de ser sem prazo.

2 – PRESSUPOSTOS LEGAIS. SUGESTÕES

Na ordem, são:

- 1º - relação de emprego válida, instável e sem prazo;
 - 2º - sua rescisão unilateral (despedida ou demissão, sendo que o empregado não pede demissão, demite-se, embora "pedido de demissão" esteja nos arts. 477 e 500, da CLT);
 - 3º - ausência de causa, ou de "justa causa".
- 2.1 – No direito positivo brasileiro, relação de emprego sem

prazo ("por prazo indeterminado". — CLT; 483, ou sem "prazo estipulado" — 487). Instável, porque se for estável a rescisão unilateral é impossível — a estabilidade acarreta a impossibilidade de despedida, mesmo se o empregado cometeu "falta grave" (CLT, 492 a 494; o empregado estável, ainda que faltoso grave, não está sujeito a despedida, em que pese a letra do primeiro; ". . . a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação", como está no 494, é incorreto: julgada procedente a acusação, o contrato é resolvido por sentença constitutiva negativa).

Se a mesma relação for inválida, não há como falar-se em obrigação de dar "a.p."

Quanto ao pressuposto do contrato ser sem prazo é exclusivamente legislativo.

Ressaltando ser relativa a distinção do c.e. quanto à sua duração, faz-se necessária distinguir situações:

- 1.º - tendo o c.e. termo final ou resolutivo certo e terminando por extinção normal, não há por que falar-se em "a.p.";
- 2.º - se o tempo for incerto, justifica-se comunicação do empregador fixando o dia em que o c.e. terminará;
- 3.º - se o c.e. tiver termo certo, ou transformado em certo (2.º), justifica-se plenamente o "a.p.", se houver rescisão antes do tempo fixado sem causa ou sem "justa causa", caso em que a ruptura por um contratante é contrária ao contrato mais surpreende o outro;
- 4.º - se o c.e. for sob condição resolutivo ou final (ex.: o do § 2.º do art. 475, da CLT) é quase de duração indeterminada, dada a incerteza intrínseca da condição, logo, é razoável o cabimento do "a.p.", verificados os outros dois pressupostos.

(A Lei n. 2.959/56 assegura aos empregados contratados "por obra certa", com mais de 12 meses de emprego, indenização quando a obra termina; ver o art. 14 da Lei n. 5.889/73, referente ao contrato por safra).

2.2 — Trata-se de pressuposto legal, que não exclui a possibilidade de "a.p.", se houver, p. ex., rescisão bilateral ou distrato, nos termos do art. 444 consolidado.

2.3 — De causa e não de "motivo", como erradamente está nos arts. 477 e 487, da CLT; mais erradamente ainda no art. 502; "motivo de força maior". Corretamente, no art. 482: "justa causa".

No caso de demissão por justa causa, mal chamada de "despedida indireta", não há mais dúvida: o "a.p." é devido, após o advento da Lei n. 7.108/83. Os efeitos dessa demissão são iguais ao da despe-

didada sem justa causa, inclusive indenização. Negar ao empregado o "a.p." seria beneficiar o empregador faltoso. Iníquo tanto quanto negar-se indenização.

3 – A IGUALDADE JURÍDICA E O INSTITUTO

A atual situação de igualdade formal de tratamento do "a.p.", imigrado dos Códigos Comercial e Civil, e revivido, sem adaptação objetiva, fere a igualdade jurídica que o Direito do Trabalho busca alcançar. Contraria a própria realidade, tanto que não conhecemos reclamação alguma de empregador para receber indenização pela falta de "a.p.", para o que concorre a criticável impenhorabilidade absoluta do salário. Em contrapartida, cada vez mais são numerosos os casos de despedida simulada, a pedido de empregado que se demite, para que possa haver saque contra o FGTS pelo código 01.

O tratamento igual a sujeitos e situações desiguais, como no caso e no de experiência, viola a igualdade jurídica.

Ver os ns. 6 e 7, *infra*.

4 – SUBSTITUIÇÃO DO TEMPO POR DINHEIRO, HAVENDO DESPEDIDA INJUSTA

4.1 – Assim procedendo, o empregador está cumprindo a lei. Satisfazendo, como devedor, potestativamente, obrigação alternativa (Código Civil, art. 884), dada a pluralidade de objeto (conf. nossa tese Aspectos do Aviso Prévio no Direito do Trabalho, Bahia, janeiro de 1953, n. 19, p. 40/1). Não havendo, por isso, descumprimento, não há indenização, sendo que o pagamento substitutivo melhor atende à finalidade do instituto.

4.2 – O pagamento substitutivo do "a.p." não dado em tempo e a tempo é salarial, sem dúvida, segundo nossa legislação (CLT, arts. 4.º, 487, § 1.º, e 488; Código Comercial, art. 81; art. 34 da Lei n. 4.486/65, sobre representação comercial autônoma: ". . . ou ao pagamento de importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

É salarial, porquanto o tempo do "a.p." é de serviço, por força da lei, como em muitos casos de descontinuidade executiva parcial ou redução executiva do c.e., dita "interrupção".

Definitivamente:

a) não há indenização sem dano, seja qual for sua causa

(subjéitiva ou objetiva), e sem proporcionalidade entre ambos, tarifada a priori, ou não;

b) a situação é qualitativamente idêntica à da redução das duas horas diárias, de dia ou dias (Lei n. 7.108/83), quando o "a.p." foi dado a tempo;

c) a substituição é reciprocamente vantajosa.

O máximo que pode ser dito é tratar-se de "salário social". Sem trabalho contemporâneo.

5 – EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

Caracteriza-se pelo fato da regra, vinda dos códigos comuns, ter se convertido em exceção, e vice-versa, o que não é invulgar.

Passou a ser normal a substituição de tempo por dinheiro, no caso de despedida injusta, e por nada, no de demissão sem justa causa.

A razão principal: já condenado o c.e. pela rescisão unilateral injusta, desaparece a possibilidade de sua normal execução durante o período de ineficácia daquela, inclusive por falta de boa fé.

No caso de despedida injusta, o empregador, se der o "a.p." em tempo, receberá menos e pior trabalho, ficando, até, sujeito a lesão patrimonial. Por seu turno, o empregado ficará com menos tempo para procurar novo emprego.

No caso de demissão imediata e injusta, ou no curso do "a.p.", o empregador, na maioria das vezes, não tem possibilidade de receber a correspondente indenização, em virtude da criticável impenhorabilidade absoluta e ilimitada de salário. Isto explica a raridade de reclamação do empregador, sujeito a "ganhar mas não levar", como também a facilidade de substituição, máxime em período de recessão – o atual.

No meio agrário, o determinado no art. 15 da Lei n. 5.889/73 concorre para a aludida transformação, devido às distâncias.

Também concorria para o empregado preferir o pagamento substitutivo o fato de que era o empregador quem determinava quais as duas horas diárias sem trabalho. Apesar da Lei n. 7.093/83 haver alterado substancialmente o art. 488 consolidado, para melhor, somente agora sua aplicação começa a generalizar-se.

Tal é a evidência da transformação que muitos empregados reclamam o pagamento de "a.p." que lhes fora concedido em tempo.

(A respeito do tópico: nosso estudo Aspectos Evolutivos del Pre-aviso, revista Derecho del Trabajo, B.A., ano XX, n. 7, julho de

6 — INADEQUAÇÃO, DO ÂNGULO TELEOLÓGICO

Repete-se de modo enfadonho que o “a.p.” — daí sua reciprocidade tem uma finalidade comum, evitar a surpresa causada pelo fim do c.e., e duas específicas: para o empregador, conseguir substituto e, para o empregado, obter outro emprego — fala-se, até, em finalidade “previdenciária”. Estas duas finalidades, tão distintas em si mesmas, repelem tratamento uniforme.

Certo é que essas duas finalidades dependem, e muito, da situação regida pela lei da oferta — procura — preço, em determinados tempo e espaço, e de outros fatores.

Estando a dimensão temporal do “a.p.” fixada na lei, em mínimo, podem ocorrer quatro hipóteses:

- 1ª — é suficiente;
- 2ª — é mais que suficiente;
- 3ª — é menos que suficiente;
- 4ª — é supérfluo, por inteiro.

A hipótese menos freqüente é a 1ª: admissão de substituto ou encontro de novo emprego no último dia do prazo, ou na véspera.

Se as mesmas duas finalidades fossem essenciais ou principais, teríamos que somente na 1ª hipótese o “a.p.” teria inteira razão de ser. Na 2ª, em parte, tão-somente, por ser excessivo. Na 3ª, igualmente, por insuficiência. Na 4ª, sem razão: seria indevido, por inteiro, e não apenas parcialmente, como na 2ª.

Quando é menos que suficiente, ou insuficiente, passou a ser chamado de “aviso breve” corretamente.

Essas ocorrências tão díspares resultam de ser o “a.p.” meio técnico-jurídico individualista, inadequado às duas últimas finalidades apontadas, principalmente se afetado é o empregado que não encontrava novo emprego, no prazo do “a.p.” nem depois.

Do ângulo teleológico, adequado é o seguro-desemprego, sendo este o mais social dos riscos, o que não impede sua coordenação com o “a.p.”, como há muito preconizamos (Direito do Trabalho e Segurança Social: Coordenação e Separatismo, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, ano XVIII, n. 6, nov.-dez., 1969, especialmente n. 5, p. 1.223/4; o seguro-desemprego, no Brasil, de difícil implantação, foi prometido na Exposição de Motivos da Lei do FGTS, o que é sintomático; temos, contudo, o invulgar benefício “auxílio-reclusão” aos dependentes).

7 – EXPERIÊNCIA OU PROVA

Pode resultar do “período de experiência” (CLT, 478, 1.º), ou do “contrato de experiência” (idem, 443, c, e 445, único).

A diferença entre os dois é apenas de duração máxima — um ano e noventa dias. É de natureza, apesar do objetivo comum.

O “período de experiência”, de cláusula adjeta ou adicional, inserta no c.e. sem prazo (ver n. 2, 1.º), funcionando como de carência, mas, tão-somente, de indenização (CLT. 478, 1.º).

No “contrato de experiência” não há adição normativa. A experiência é puramente contratual, como permitido no art. 444 da CLT, e o mesmo contrato, por nossa lei, é considerado “por prazo determinado”, logo, segundo o 487, o “a.p.” seria indevido. Entretanto, por força da injustificável regra do 481, é devido, se houver rescisão injusta ante tempus (conf. a Súmula 63, do TST).

A jurisprudência, contudo, admite “a.p.” durante o “período de experiência”, e ordena o pagamento substitutivo, pelo que tem este como salarial (ver n. 4, acima).

A justificativa maior para o “a.p.” durante a experiência é o fato dela poder ter êxito ou fracassar, e não dela própria, considerada em si mesma.

Por se tratar de incerteza intrínseca e futura, a experiência entra em condição final ou resolutive, a nosso ver, mista, causal e potestativa. Funcional, isto é, somente se verifica se a experiência malograr caso em que o “a.p.” é indevido.

Poderíamos até dizer: se a rescisão unilateral for por “justa causa” (p. ex., fundada na imperícia do empregado), controlável judicialmente, como em Portugal. Certo é que, também no particular, tratar-se igualmente os contratantes fere a igualdade jurídica. O empregado que experimenta se as condições de trabalho satisfazem não pode ser igualado ao empregador que experimenta se o trabalho do primeiro tem a qualidade desejada (ver n. 3, supra).

Se a rescisão for arbitrária e surpreendente, sem relação com o resultado da experiência e antes do seu prazo máximo, devido é o “a.p.”.

O que os tribunais vêm decidindo significa reação contra o desvio teleológico da experiência na realidade brasileira. Contra seu uso abusivo.

A insuficiência e a deficiência do ensino técnico acarretam, respectivamente, a falta de comprovação de habilitação e natural desvalia de diplomas. Por isso, a experimentação é geralmente o único meio do empregador saber se o empregado está ou não habilitado.

Porém, em se tratando de trabalho sem qualificação técnica, sequer declarada, a experimentação serve de mero expediente para incrementar a produtividade. Geralmente, com êxito, por estar arraigada entre os trabalhadores a suposição de que, enquanto em prova, ainda não são empregados, ou não são "efetivos", o que somente ocorrerá se o empregador aprová-los. Aliás, suposição também presente em duas concepções do contrato de emprego experimental: a) a de que seria **mera promessa de contrato de emprego**; b) a de que seria **contrato de emprego sob condição inicial ou suspensiva**. Em verdade, é um só, de emprego, mas gerando duas relações distintas (a propósito: nosso *Compêndio de Direito do Trabalho*, 3.^a ed., S.P., Saraiva, 1982, vol. 1, n. 2.7.3, especialmente letra c, p. 309 a 312).