

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 136 - Dezembro de 2011
R\$ 16,90

J. B. FRANCO DE GODOI
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

PODER JUDICIÁRIO, GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: REFLEXÕES

Editorial: O LINCHAMENTO MORAL

O NOVO AVISO PRÉVIO

José Geraldo da Fonseca
Desembargador do TRT-1ª Região

Introdução

É desejável que no comércio jurídico, em especial no âmbito dos contratos e das obrigações, os parceiros ajam de boa-fé. Não qualquer boa-fé, do tipo que habita o nebuloso universo anímico das pessoas e legitima o exercício de uma faculdade apenas porque o sujeito está exercitando o seu direito de agir, mas a boa-fé objetiva, que trespassa esses limites e obriga a um agir supondo que a outra parte tem direito igual, de mesmo peso e idêntica hierarquia, e que a *correttezza* pressupõe exercício normal de uma faculdade de exigir. Agir de boa-fé é não impor ao outro nada além do que seja razoavelmente esperável naquele tipo de relação jurídica, e concorrer para que a outra parte cumpra o combinado sem sacrifício exagerado.

As obrigações do empregado e do patrão, defluentes do contrato de trabalho, não escapam a essa regra, e para pôr fim à relação de emprego, uma parte deve avisar à outra, com antecedência mínima de trinta dias¹. Esse aviso prévio é a denúncia vazia do contrato de trabalho. Sendo unilateral, e tendo por fundamento ético o direito potestativo de resilir, a parte pré-avisada da intenção do outro de romper a relação de emprego nada pode fazer, exceto se por alguma garantia contratual, legal ou normativa, puder erigir um contradireito a essa manifestação de vontade.

Mantendo, embora, a duração mínima de trinta dias, o art. 7º, XXI, da Constituição Federal de 5.10.88, diz que o aviso prévio é proporcional ao tempo de serviço, mas a regulamentação dessa proporcionalidade somente veio com a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011. Para os contratos de até um ano na mesma empresa, o aviso prévio continua sendo de trinta dias, mas para os que excederem esse lapso passa a ser proporcional ao tempo de serviço, e se conta à base de três dias para cada ano de contrato, até o limite de noventa dias.

A lei, pobre de conteúdo e rica de silêncios perigosos, nasceu polêmica e já desafia a nossa argúcia.

É disso que trato aqui.

Com o advento do Código Civil de 2002, a obrigação deixa de ser um vínculo entre dois sujeitos para traduzir uma relação de cooperação, e a par de tudo o efetivamente contratado,

as partes também se obrigam a um sem-número de deveres fiduciários, chamados acessórios, correlatos, anexos ou instrumentais que, conquanto não escritos, servem de moldura ao conteúdo ético da relação obrigacional. A obrigação passa a ser vista como processo no qual o credor, tanto quanto o devedor, se obriga a concorrer para que o negócio se ultime sem prejuízo ou ônus além dos normalmente esperados. Não interessa a esse novo Direito o homem como mero endereço da lei, mas como pessoa concretamente considerada. Numa palavra: busca-se o Direito concreto, e não o Direito como objeto de contemplação. Essa releitura da obrigação mostra que deveres não expressos são tão ou mais vinculantes que os naturalmente contratados. Dentre os deveres fiduciários do contrato, ou das obrigações, ressalta o de agir de boa-fé. Especificamente em relação à intenção de pôr fim ao contrato de emprego, a boa-fé exige pré-aviso, a fim de que uma parte não seja colhida de surpresa com a decisão da outra de romper o vínculo jurídico obrigacional.

A exigência de aviso prévio nas relações jurídicas estava no art. 81 do Código Comercial, de 1850, no ponto em que declarava que “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”.

O contrato de trabalho – sabe-se – tem sua origem remota na locação de serviços de que tratava o antigo Código Civil. O art. 1221 desse Código dizia que, “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”.

Especificamente em relação ao contrato de trabalho, o aviso prévio foi positivado no art. 6º da Lei 62, de 5.6.1935.

O aviso prévio é uma denúncia. Seu fundamento psicológico repousa na boa-fé objetiva que deve nortear cada um dos partícipes de um contrato, seja de trabalho ou não. A necessidade de que uma parte avise à outra, com certa antecedência, de que não continuará honrando o prometido, reside na evidência de que um partícipe não pode ser colhido de surpresa com a intenção do

outro. Há prazos, compromissos éticos e jurídicos que precisam ser observados. Antes de ser uma exigência legal, isso decorre de um código de civilidade que todas as pessoas devem observar no comércio jurídico ou no trato de suas relações pessoais. Por meio dele, qualquer das partes de um negócio jurídico comunica formalmente à outra sua intenção de desfazer o trato.

Segundo a doutrina, aviso prévio é o exercício de um direito potestativo, condicionado à validade de uma declaração receptícia de vontade. Ou seja: como o contrato de trabalho traduz uma relação de débito continuado consistente de prestações sucessivas, há ínsita em cada parte desse negócio a ideia de permanência. Quem quiser desmanchar essa presunção de continuidade deve avisar à outra parte, com antecedência mínima de trinta dias. A exigência de que o patrão avise o empregado de sua dispensa se justifica pela necessidade de dar ao trabalhador tempo de procurar novo emprego; a exigência de que também o empregado avise a empresa de sua intenção de deixar o serviço se justifica pela necessidade de dar ao patrão tempo para selecionar e contratar novo empregado para o posto de trabalho, a fim de não prejudicar a continuidade da atividade empresarial.

Como visto, aviso prévio é um direito potestativo. Trata-se de uma declaração unilateral. Sendo potestativo, a parte denunciada nada pode fazer contra a vontade do denunciante de romper o contrato de trabalho, a menos que esse contrato esteja protegido por alguma cláusula de garantia. Como o direito, embora potestativo, está condicionado à validade de uma declaração receptícia de vontade, o aviso prévio somente será válido se o denunciado estiver em condições de receber a notícia da rescisão e de declará-la válida. Assim, excetuados os casos de falta grave, o aviso prévio não poderá ser dado ao empregado se o contrato de trabalho estiver suspenso ou interrompido por férias, doença ou outro afastamento legal.

Tanto quanto o contrato de trabalho, o aviso prévio pode ser escrito ou verbal. O do art. 487 da CLT fala em necessidade de aviso prévio se o contrato de trabalho não tiver prazo estipulado, numa evidência de que não é exigido nos contratos a termo, como os de emprego temporário e de experiência, entre outros, porque, nesses contratos, as partes sabem, de antemão, o seu prazo de duração.

O art. 489 da CLT diz que a rescisão do contrato de trabalho somente se torna efetiva depois de exaurido o prazo do aviso prévio. A postergação de seu efeito natural não permite concluir que o empregado pré-avisado da dispensa adquira algum tipo de estabilidade ou garantia de emprego na constância do aviso prévio. O TST já disse que a projeção ficta do aviso prévio se refere unicamente aos efeitos pecuniários (acréscimo de 1/12 de férias e de 13º salário, FGTS e INSS do período), o que impede o seu cômputo para cálculo do prazo de ajuizamento da ação trabalhista. O prazo do aviso corre independentemente de qualquer elemento accidental do contrato de trabalho. Se, por hipótese, uma empregada engravida durante o aviso prévio, o contrato de trabalho não se suspende ou interrompe. Findo o prazo do aviso, pode ser dispensada normalmente. Assim, também, no caso de algum empregado se eleger dirigente sindical, ou membro da CIPA, ou de se acidentar no trabalho na

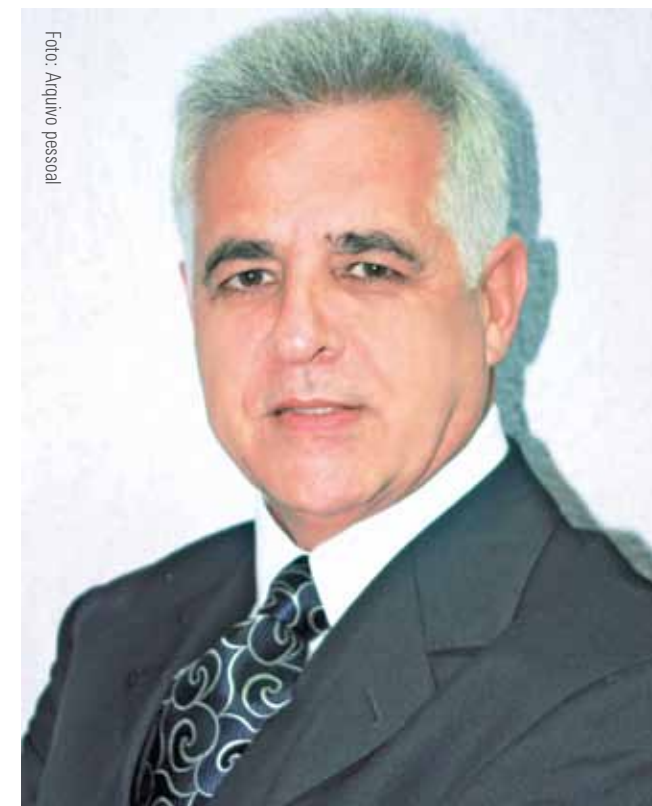


Foto: Arquivo pessoal

constância do pré-aviso. Em qualquer dessas hipóteses, o prazo do aviso não se interrompe ou suspende. Advindo a alta médica, por exemplo, o contrato de trabalho pode ser resiliado.

O aviso prévio não é devido nos contratos rescindidos por justa causa, sejam de tempo indeterminado ou não; a parte que comete falta grave assume o risco de ter o contrato rompido abruptamente. Qualquer das partes pode cometer falta grave durante o aviso prévio. Se é o empregado quem a comete, perde o direito ao restante do prazo e às verbas rescisórias disso decorrentes. Se é o patrão quem a pratica, autoriza o empregado a resilir o contrato imediatamente, sem necessidade de cumprimento do restante do aviso e sem prejuízo de qualquer indenização.

O aviso prévio é um direito irrenunciável do trabalhador. Ainda que o patrão, por conveniência, dispense o empregado do seu cumprimento, deve pagar-lhe a remuneração equivalente ao mês do pré-aviso, salvo se provar que o empregado já obteve outro emprego. Uma vez concedido, o aviso prévio flui inexoravelmente, e somente pode ser reconsiderado se a parte pré-avisada consentir; se a parte avisada da dispensa ou da demissão não concordar com sua reconsideração, o contrato de trabalho estará desfeito no último dia do aviso. Por óbvio, a reconsideração deve ser feita na constância do aviso prévio, e nunca depois de exaurido o seu prazo.

Aumentos gerais de salário deferidos à categoria profissional aproveitam ao empregado em cumprimento de aviso prévio. A baixa do contrato de trabalho na CTPS do empregado dá-se com o último dia trabalhado. Se a iniciativa de romper o contrato de trabalho partir do patrão, o empregado poderá reduzir em duas horas por dia a jornada de trabalho na constância do aviso prévio, ou optar pela redução de sete dias seguidos. O

fundamento dessa redução é permitir ao empregado buscar novo emprego. Se a iniciativa da rescisão tiver partido do empregado, a jornada de trabalho não poderá ser reduzida. O E. nº 230/TST reputa nulo o aviso prévio cumprido sem essa redução e proíbe o pagamento em dinheiro da supressão parcial da jornada. Nesse caso, o pagamento deve ser repetido.

Na extinção da empresa, o aviso prévio deve ser indenizado, porque a extinção equivale à rescisão imotivada do contrato de trabalho. A cessação da atividade produtiva por percalços do mercado é risco do negócio, que não pode ser imposto ao trabalhador. O mesmo não ocorre nos casos de paralisação da atividade produtiva empresária por força maior porque, nessa hipótese, o término do contrato de trabalho decorre de motivo justo. Força maior é todo fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O aviso prévio não é devido, ainda, na terminação do contrato por culpa recíproca, mas o é na falência, porque a quebra é risco do empresário, e não do empregado.

Ainda que a indenização do aviso prévio tenha nítida natureza indenizatória, o TST entende que sobre o valor pago incide contribuição para o FGTS.

Na constância do aviso prévio, cumprido ou indenizado, o empregado deve receber remuneração idêntica à que receberia se estivesse trabalhando. Sobre o valor do aviso prévio não incide gratificação semestral, mas os demais componentes do salário, como horas extraordinárias, adicionais noturno e de insalubridade ou periculosidade, comissões, gratificações ajustadas ou outras quantias pagas como habitualidade integram a massa salarial, pela média física. Pelas regras do E. nº 354/TST – de constitucionalidade duvidosa –, as gorjetas cobradas pelo empregador na nota de serviço, ou as dadas espontaneamente pela clientela não integram a base de cálculo do aviso prévio.

Ainda que indenizado, o aviso prévio não comporta incidência das quotas do INSS. A Lei 9.528/97 alterou a redação do art. 28, § 9º da Lei 8.212/91 e incluiu o aviso prévio indenizado na base de cálculo do salário-de-contribuição. Com isso, o aviso prévio passou a ter natureza jurídica de salário e deveria ser alcançado pela cota previdenciária. O art. 214, § 9º, V, “f” do Decreto 3.048/99 excluiu o aviso prévio indenizado do cálculo do salário-de-contribuição de que trata o art. 28, § 9º da Lei 8.212/91, alterada pela Lei 9.528/97, o que lhe retira a natureza jurídica de salário e veda a incidência de contribuição previdenciária sobre ele.

A Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, modificou parcialmente o art. 487 da CLT, mantendo o aviso prévio de 30 dias para os contratos de até um ano e acrescentando a esse lapso três dias por ano de trabalho na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias para os contratos de mais de um ano.

O primeiro registro necessário é que essa lei não tem efeito retroativo e, por óbvio; somente beneficia os empregados que estão trabalhando e aqueles que forem admitidos e dispensados do emprego após a sua publicação. Quem foi dispensado do emprego na constância da lei antiga (CLT, art. 487) e já cumpriu o prazo do aviso prévio, recebeu indenização equivalente (CLT, art. 487, § 1º) ou está cumprindo o pré-aviso não tem direito

a essa proporcionalidade, porque a rescisão do contrato de trabalho segundo a regra do art. 487 da CLT é ato jurídico perfeito que favorece o empregador.

A solução jurídica não se altera se o empregado foi dispensado antes de 11 de outubro de 2011 e a publicação da Lei 12.506 o apanhou no curso do aviso prévio. Aplica-se, segundo penso, a regra do § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. O art. 1º da Lei 12.506 mantém o aviso de trinta dias para contratos de até um ano e recepciona o *caput* do art. 487 da CLT, estabelecendo a proporcionalidade para os demais tipos de contrato de tempo indeterminado.

Outra questão a ser resolvida pela jurisprudência diz respeito à redução da jornada no curso do aviso prévio. Segundo o art. 488, *caput*, e parágrafo único, da CLT, se a iniciativa do rompimento do contrato de trabalho tiver partido da empresa, o empregado poderá reduzir em duas horas por dia o horário de trabalho na constância do aviso prévio ou sete dias corridos durante o mês. O fundamento desse benefício é permitir ao empregado a busca de novo emprego. A nova lei é omissa. Para mim, como o propósito dessa redução de horário é permitir ao empregado a busca de novo emprego, a regra continua valendo porque ao término do aviso, proporcional ou não, o empregado estará sem emprego e terá de buscar nova colocação no mercado. A necessidade de redução do horário de trabalho na constância do aviso prévio para que o empregado procure novo emprego não muda segundo a duração do pré-aviso. Qualquer que seja a sua duração, o empregado poderá encurtá-lo em duas horas por dia em toda a sua duração ou em sete dias corridos.

Também se pergunta se o novo aviso prévio aplica-se ao empregado doméstico. Embora o art. 2º do Decreto 71.885, de 9 de março de 1973, que regulamentou a Lei 5.859/72, que cria a profissão de empregado doméstico, diga que a CLT somente se aplica aos empregados domésticos quanto a férias, a nova lei não faz qualquer distinção e limita-se a disciplinar de outra forma o instituto do aviso prévio, que já era plenamente aplicável aos domésticos. Qualquer empregado com contrato de mais de um ano faz jus à nova disciplina do aviso prévio.

Outra dúvida decorrente da “pouqueza” de palavras da lei refere-se à forma de integração do prazo do novo aviso prévio ao tempo de duração dos contratos. O § 1º do art. 487 da CLT diz que o prazo do aviso prévio se integra ao tempo de contrato para todos os fins. Ou seja: se o empregado trabalhou numa empresa por um ano e seis meses, por exemplo, a integração do prazo do aviso prévio no tempo de serviço faz com que o prazo de duração desse contrato seja, na prática, de um ano e sete meses. A projeção é relevante porque gera ao empregado direito a mais 1/12 de férias, com acréscimo de 1/3 sobre essa fração, além de mais 1/12 de 13º salário, FGTS e INSS sobre o salário correspondente à projeção ficta.

Pergunta-se se essa integração também se dá nos casos de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ditado pela nova lei, em que o empregado, pelo tempo de casa, adquire o direito ao acréscimo de três dias por ano de contrato. Entendo que sim.

O espírito da nova lei é beneficiar o empregado. Se o art. 487, § 1º da CLT garante a integração do prazo do aviso ao tempo do contrato, para todos os fins, a nova lei recepcionou a regra celetista. Com isso, se a soma de três dias de aviso prévio para cada ano de trabalho representar projeção ficta de 15 dias ou mais ao tempo de contrato, o empregado fará jus a mais 1/12 de férias e a mais 1/12 do 13º salário, além de FGTS correspondente a esse acréscimo, INSS sobre o acréscimo salarial e à baixa do contrato em sua CTPS com a data do efetivo desligamento da empresa. Isso porque o trabalho (ou a projeção) de 15 dias ou mais representa “mês cheio” para as férias (CLT, art. 135 e seguintes) e para o 13º salário (Lei 4.090/62, art. 1º, § 2º).

Uma questão que muito em breve será trazida aos tribunais diz respeito ao pedido de demissão do empregado e suas consequências jurídicas em relação ao novo aviso prévio. De acordo com o art. 487 da CLT, se o empregado pedir demissão do emprego e não quiser cumprir o aviso prévio, terá de pagar ao patrão o equivalente a um mês de salário (na verdade, o patrão fica autorizado a descontar um mês de salário do valor que tiver de pagar por verbas rescisórias). Pergunta-se se essa proporcionalidade trazida pela nova lei é válida apenas para o aviso prévio dado pelo patrão ao empregado ou se se aplica aos casos de demissão, isto é, de aviso prévio dado pelo empregado ao patrão. Numa palavra: se o empregado tem direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, à base de três dias para cada ano de contrato, em caso de rompimento do contrato por iniciativa do patrão, o patrão tem direito a exigir do empregado que cumpra aviso prévio na mesma proporção, se a iniciativa de romper o contrato de trabalho partir do próprio empregado? Ainda que se diga que a nova lei tenha sido pensada para beneficiar o empregado, entendo que também beneficia o empregador, porque o contrato de trabalho é bilateral, comutativo e sinalagmático, isto é, impõe direitos e deveres teoricamente simétricos para ambas as partes.

Conclusão

1. A Lei 12.506/2011 não é retroativa.
2. O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, até o máximo de 60 dias, perfazendo o total de 90 dias, somente é aplicável aos contratos de trabalho de tempo indeterminado, inclusive domésticos, rescindidos, sem justa causa, de 11/10/2011 em diante; para as rescisões anteriores, estando ou não exaurido o prazo do aviso prévio, sua duração é de 30 dias.
3. No pedido de demissão referente ao contrato de trabalho de mais de um ano, o empregado se obriga a cumprir aviso prévio ou a permitir o desconto de que trata o art. 487, § 2º, da CLT, na mesma proporção a que teria direito se a rescisão tivesse partido do empregador.
4. O horário de trabalho na constância do aviso prévio proporcional deve ser reduzido em duas horas por dia, ou sete dias corridos, a critério do empregado.
5. O valor do aviso prévio proporcional será o equivalente ao que o empregado receberia se estivesse trabalhando, aí incluídas todas as integrações de que tratam os arts. 457 e seguintes, da CLT.