

O AVISO PRÉVIO E SUAS DIFICULDADES

JOÃO ANTÔNIO G. PEREIRA LEITE

Juliz Togado do TRT da 4.ª Região

1. O aviso prévio por sua natureza é uma notificação. É clássica a definição de Eloy José da Rocha: "Aviso prévio é a notificação de uma das partes, no contrato de trabalho por prazo indeterminado, à outra, da cessação do mesmo contrato, ao fim de determinado prazo", 1938. Esta notificação, de alguma forma, é preenchida pelo salário pago durante os dias em que decorre. Tais dias, aliás, eram reduzidos a tal ponto que a linguagem dos trabalhadores transformou-o, comicamente, em aviso breve. É inquestionável a natureza salarial da quantia paga durante o aviso prévio. Inúmeras dúvidas têm sido postas, todavia, se este aviso ou notificação não é dado em tempo mas indenizado (ou pago). O empregador que dispensa o empregado sem dar-lhe aviso prévio responde sabidamente pelo pagamento da quantia correspondente aos salários desta notificação. E, mais: conta-se o tempo de serviço do aviso como se o empregador tivesse cumprido a lei normalmente. Trata-se de uma ficção jurídica pela qual a regra de direito afirma que é verdade o que não ocorreu. Contudo, porque de ficção mesmo se trata, deve-se aceitá-la como é lançada. O empregado recebe o salário do aviso. Se este salário tem a função de indenizá-lo, nem por isso, em face da ficção jurídica apontada, perde sua natureza salarial.

2. O tempo do aviso prévio conta-se para todos os efeitos. Se a notificação foi dada ou paga, o efeito é o mesmo. Há de computar-se o prazo respectivo para qualquer efeito, isto é, 13.º salário, FGTS, férias simples ou proporcionais, estabilidade real ou provisória e sobretudo anotação na carteira de trabalho. Não vemos como se possam discutir validamente tais questões. Se pelo cômputo do aviso prévio indenizado implementa-se requisito para aquisição da estabilidade sindical, v.g., desfaz-se o efeito natural ao aviso prévio e restabelece-se o vínculo de emprego.

As contribuições do FGTS incidem sobre a remuneração paga ao empregado. Logo, recairão também sobre o aviso prévio dado ou pago. As férias terão seu tempo de serviço calculado conforme as dimensões da notificação prévia, valendo o mesmo raciocínio para a gratificação de Natal

(13.º salário). Conta-se o tempo de aviso prévio indenizado para fins de anotação da CTPS? A resposta é categoricamente afirmativa, pois a contagem far-se-á para todos os efeitos (art. 487, § 1.º, da CLT). A lei diz textualmente que será garantida a integração desse período no seu tempo de serviço. Como, pois, mutilar este tempo de serviço subtraindo-lhe o prazo do aviso? Isto ocorreria se se falseasse a anotação da carteira. Dúvidas poderiam surgir quando o empregado fosse admitido desde logo em outro emprego. A solução mais viável está no empregador anotar a projeção do contrato no tempo, na parte relativa a anotações gerais. Estaria preservado o tempo de serviço inclusive para os relevantes fins previdenciários. Esta a conclusão que a lei impõe não só conforme sua letra mas pelas finalidades mesmas do aviso prévio. E não se trata de uma questão-cula mas sim de questão que envolve por vezes direitos fundamentais como a estabilidade, por exemplo. Lembre-se, por demasia, que o princípio prevalente no direito brasileiro é o da pluralidade de empregos e não o da unidade. Desta forma, não haveria qualquer erro no fato de o empregado trabalhar ficticiamente (ficção legal) num serviço e realmente no outro.

3. A Constituição Federal de 1988 confere apenas ao empregado o direito ao aviso prévio. Não assim, a lei ordinária pré-existente. Parece que nenhuma inconstitucionalidade se há de censurar. Assim como o aviso prévio busca minorar para o empregado os efeitos do desemprego, para o empregador é entrave a perda súbita de um colaborador. A norma é tradicional em nosso direito e de justiça inatacável. Não teria sentido conferir o direito ao aviso prévio apenas ao empregado. É forçoso reconhecer que uma eventual supressão do aviso prévio para o empregador não acarretaria males irreparáveis. Vale aqui invocar um dado sociológico, que é a ausência de empregos e a fartura de mão-de-obra. O fato de o empregado dever indenização e não salário ao empregador em nada interfere na natureza salarial daquilo que ele trabalhador recebe. Evidentemente o salário é obrigação devida ao empregado. Se a lei o compele a indenizar o empregador pelo aviso prévio não concedido isto não transforma seu direito dele empregado à percepção de salários. Em contrário, Mozart Victor Russomano, em "Comentários à CLT", 12.ª edição, pág. 592.

4. A Constituição de 1988 inovou a matéria ao instituir aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias. Quanto ao mínimo, nada a reparar. Por que, todavia, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, ou melhor, qual a proporcionalidade a ser adotada? Esta é a *vexata quaestio* que ainda levará muito tempo a ser resolvida. Inúmeros Juizes de 1.ª Instância já a tem solucionado por conta própria e com manifesta inadequação, assegurando um mês de aviso por ano de serviço. A construção jurisprudencial é absurda porque ao empregado de nada adianta dispor de cinco meses de aviso prévio. Se não obtiver emprego em prazo razoável, digamos de 30 dias, está condenado ao infortúnio. O problema não se resolve por esta via mas sim pela estabilidade no emprego tão censurada e literalmente eliminada pela Constituição. Na verdade o

aviso proporcional poderá voltar-se contra o trabalhador, impedindo qualquer longevidade no emprego. Desta questão não deve descurar o legislador ao regulamentar o inciso XXI do art. 7.º da Constituição.

5. Durante o aviso prévio deve o empregado dispor de tempo para procurar emprego. A redução será de duas horas por dia ou de um dia a cada sete, à discrição do empregado. *Quid juris*, se o empregador não faculta ao empregado o gozo destes momentos ou dias sem trabalho? Duas são as opções que a jurisprudência oferece: ou pagam-se horas extras ou o aviso perde sua validade. Optamos pela segunda hipótese, pois a privação da redução do trabalho frustra as finalidades mesmas do aviso. De nada adiantaria o empregado estar ciente de que o contrato se extinguiria dentro de certo prazo se não lhe fosse dado buscar nova colocação. Assim, nulo o ato do empregador não gera qualquer efeito e cumpre pré-avisar novamente o trabalhador. Esta solução se impõe pelas finalidades mesmas do aviso prévio.

6. É devido o aviso prévio na despedida indireta. Esta inovação é da Lei n.º 7108 de 05.07.83 e ao mesmo tempo mostra-se ilógica e justa. Ilógica porque é inerente ao aviso prévio a despedida imotivada. Justa porque a se entender o contrário seria mais fácil ao empregador praticar uma falta grave que motivasse a saída do trabalhador do que despedi-lo normalmente. Boa parte da doutrina já sustentava antes esta posição.

