

PAGAMENTO DE AVISO PRÉVIO E FALTA GRAVE

LUIZ FERNANDO VAZ CABEDA

INTRODUÇÃO — O aviso prévio no contrato de trabalho é a notificação da iniciativa de rompimento sempre que houver prazo indeterminado, ou quando — existindo prazo certo e cláusula assecuratória — for antecipado o termo final.

As principais dúvidas que suscita não surgem diante da notificação mesma, mas: do tempo de vigência contratual que lhe segue, seja ela dada ou negada. Por isso é elogiado o designativo “*delai congé*” da doutrina francesa, que acentua como caracterizador do instituto o período entre o aviso e a rescisão.

Conquanto aparentemente superada pela interpretação em atos administrativos e jurisprudência, vicejam duas controvérsias cuja medida de relação ainda está por ser investigada: a) natureza jurídica salarial ou indenizatória do aviso prévio desobedecido, e b) ser cabível ou não nas chamadas “despedidas indiretas”. Que isso se dê com o mais antigo direito trabalhista assegurado no Brasil, após mesmo comentários dos maiores tratadistas, é fato que livra o intérprete de compor novos arranjos como se tratasse de encontrar a chave de um enredo.

Por certo, definir fórmulas necessariamente não é melhor abranger alguma realidade, mas peregrinar entre incertezas a respeito de dado da existência humana que já pôde ser contido em uma frase, e convertido em artigo de lei, implica em deixar como coisa abandonada pela ciência — mutilando-lhe o objeto — algo que é próprio do homem e de suas mais importantes relações. Isso talvez justifique repensar o tema, a partir dos registros feitos nos vários números deste Ementário.

A despeito de todo o esforço crítico já despendido, é possível repetir conhecido verso: mesmo na vida das retinas mais fatigadas um acontecimento não pode ser esquecido, quando no meio do caminho resta ainda uma pedra.

PRIMEIRA CONTROVÉRSIA — 1.º Diz respeito à natureza jurídica do pagamento de aviso prévio não dado. Insiste uma corrente que se trata de salário correspondente ao período, já que a integração no tempo de serviço é expressa em lei (CLT, art. 487, § 1.º), e o empregado é alcançado por aumento deferido no seu curso (Súmula 5/69 do TST).

Predomina interpretação indenizatória, pois existe obrigação de fazer que — descumprida — resolve-se pela forma geral de atendimento das perdas e danos. Assim, não incidem os descontos previdenciários (parecer 348/71 da Consultoria Jurídica do antigo Ministério do Trabalho e Previdência Social, tornado normativo pela Portaria 3286, de 27/09/73), o recolhimento dos depósitos para o FGTS (Orientação de Serviço SAF 202.98/75 do INPS) e o imposto de renda (Decreto 76.186/75, RIR, art. 22, “e”).

2.º Os assentos deste Ementário mostram que o Tribunal afina com a corrente majoritária, manifestando convicção de concordância (6/73, fls. 146, ementa 1979, relator João Antonio G. Pereira Leite) ou acatando-a embora sob ressalva de entendimento contrário (7/74, fls. 78, processo 2775/73, relator Ermes Pedrassani).

3.º Na evolução do direito brasileiro muito variaram as cominações pelo rompimento intempestivo de contratos ligados ao trabalho. A partir de 1837 foram distinguidas as iniciativas do locador e do locatário, com atribuição diferente de encar-

gos. Importa pouco que as primeiras leis tratassem só de ajustes a prazo determinado, pois releva verificar que a natureza indenizatória, multatória, de pena carcerária, de trabalho forçado ou salarial — mesmo só nos casos de inadimplemento — variou demasiado (o que não deixa de ser próprio, desde que a contratação deu-se à margem, por largo tempo, do regime escravista).

A Lei de 13/09/1830, que regulou o “contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiro ou estrangeiro dentro e fora do Império”, previu indenização “pela metade do valor ajustado” pagável pelo contratante que se afastasse.

Pela Lei 108, de 11/10/1837, que dispôs “sobre contratos de locação de serviços dos colonos”, o locatário deveria pagar ao locador “todas as soldadas que este devesse ganhar, se não o despedira”. Já o locador inadimplente seria preso onde quer que fosse achado, não obtendo soltura enquanto não pagasse em dobro todo o devido ao locatário. Nesse caso, havia pesada multa pecuniária e prisão civil por tempo indeterminado, como constrangimento absoluto para satisfação do encargo.

Só o Código Comercial de 1850 estabeleceu hipóteses diferentes de pagamento de salário (contratos sem prazo, artigo 81) e de indenização (contratos com prazo certo, artigo 82).

O Decreto 2827, de 15/03/1879, liberou o locador de qualquer ônus, mas o locatário deveria pagar-lhe os salários por vencer, se o despedisse sem justa causa. Tal era aplicável aos contratos agrícolas e de parceria, enquanto as Ordenações, em vigor, para os criados domésticos que se afastassem, previa trabalho forçado — por ordem judicial — até o fim do contrato (Ordenações do Reino, compilação de 1603, L. 4.º, T. 34).

Quando foi editada a Lei 62, de 5/06/1935, que estabeleceu a indenização por tempo de serviço, discutiu-se o desaparecimento do aviso prévio previsto no Código Comercial. De fato, entendendo-se indenizatória a verba respectiva, nos casos de descumprimento, o instituto mais antigo teria sido tacitamente revogado pelo novo. Entretanto, a CLT superou o debate. Antes dela ainda o Decreto-Lei 3078, de 27/02/1941, regulou a matéria. Dispondo “sobre a locação de empregados em serviço doméstico”, estabeleceu que o empregado poderia ser imediatamente despedido, sem aviso prévio, se cometesse falta grave; mas o empregador, praticando mesma infração, seria “obrigado a pagar oito dias de salário” ao outro contratante, compelido a se afastar por tal motivo. A isso o Decreto chamou indenização, refletindo linha evolutiva algo tumultuária e dúbia no próprio conceito legal.

4.º Atualmente, pode-se dizer que dois pontos são incontroversos: a) o pagamento do aviso prévio difere da indenização por tempo de serviço; b) recebe salário o empregado que trabalhar no período seguinte ao aviso. Restam controvertidos outros aspectos, mas perde força a corrente majoritária que entende ser indenizado o aviso prévio quando o empregador não o dá. Em tal caso (ou ainda se o patrão notifica mas despede desde logo) deve satisfazer os salários correspondentes. Da mesma forma, o trabalhador que se retira sem pré-avisar sujeita-se à retenção dos mesmos salários, pois ficou a dever trabalho e aqueles são a medida deste. Assim tem interpretado alguma vez o STF e, reiteradamente, o TFR (v.g. 2.ª T, 16/06/76, relator Ministro Paulo Távora, “in” LTr 41/213) desde que o INPS, vinculado agora ao novo Ministério da Previdência e Assistência Social, vem executando devedores da contribuição previdenciária incidente sobre pagamento de aviso prévio. Além disso, outro argumento vem sendo pesado nos tribunais: se o empregador efetivamente indenizasse pelo aviso prévio não dado, poderia anotar imediatamente a data de saída na CTPS como sendo a do desligamento. Isso ocorrendo, de que forma iria ser “garantida sempre a integração desse período no ... tempo de serviço” (CLT, art. 487, § 1.º)?

Vê-se que a tese mais consagrada nessa primeira controvérsia antes bloqueia do que define as preponderantes razões de ordem prática, embora nelas resida o sentido do instituto do aviso prévio. Pelo menos para investigar, é distanciada daquela tese que a elaboração doutrinária deve voltar-se para exame do ponto mais comumente suscitado em juízo, pois aqui também as mais tensas relações concretas da vida impõem sua prioridade.

SEGUNDA CONTROVÉRSIA — 1.º É sobre o pagamento do aviso na despedida indireta. Duas são as orientações tradicionais, defendidas exaustivamente em debate centrado nos anos sessenta.

De um lado, entende-se que nos contratos a prazo indeterminado "a rescisão unilateral exige sempre uma notificação e o decurso de certo tempo" ou, em outras palavras, "a obrigação de avisar supõe a rescisão unilateral do contrato" (Délío Maranhão, *Direito do Trabalho*, Rio, 1976, p. 257, Fundação Getúlio Vargas). Não é assim quando desfaz-se o contrato em virtude de inadimplemento. Seria um contra-senso entender devido o aviso de descumprimento contratual. Nos casos de falta, assim como o empregado, o empregador não tem de dar aviso, descabendo cogitar das consequências dessa obrigação não imposta (op. et loc. cit. e também Hirose Pimpão, *Aviso Prévio*, Rio, 1958, p. 253, José Konfino Editor). É a tese dominante.

De outro lado, sustenta-se que a falta grave do empregador, encoberta pelo eufemismo "despedida indireta", tem como ponto determinante o "elemento volitivo" anterior à prática do ato (Mozart Victor Russomano, *O Aviso Prévio no Direito do Trabalho*, Rio 1961, p. 261, José Konfino Editor). Se o cometimento da falta é provocativo da rescisão, não é lógico que o encargo de pagar o período de aviso prévio recaia apenas sobre o empregador que despede diretamente (Roberto Barretto Prado, *Tratado de Direito do Trabalho*, 1967, v. 2, p. 516 e seg. e José Martins Catharino, *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, São Paulo, 1972, p. 807). Evaristo de Moraes Filho chegou a anotar no seu Anteprojeto do Código do Trabalho (Rio, 1963, p. 185, Departamento de Imprensa Nacional), artigo 551, parágrafo único: "julgada procedente a reclamação do empregado com fundamento nas alíneas do artigo 538, '(casos de falta grave patronal)' será também condenado o empregador a lhe pagar o aviso prévio regulado neste capítulo."

2.º Este Ementário registra orientação do Tribunal refletindo o predomínio da primeira tese.

Consideraram devido o pagamento do aviso na despedida indireta os acórdãos nos números 3/68, fls. 37, ementa 1046, relator Mozart Victor Russomano, e 4/69, fls. 191, ementa 1426, relator Henrique Stodieck.

Incabível aquele pagamento segundo os arestos indicados nos números 1/67, fls. 40, ementa 74, relator Eduardo Steimer, e ementa 75, relator Pery Saraiva; 2/67, fls. 41, ementa 561, relator Breno Sanvicente, e ementa 562, relator Pery Saraiva; 3/68, fls. 37, ementa 1047, relator Paulo Bezerra, e 4/69, fls. 191, ementa 1430, relator Jorge Surreaux.

Cumprir destacar que o último relator referiu ser relevante perguntar sobre "a intenção do empregador" e Breno Sanvicente, no acórdão supra referido, ressaltou a hipótese de ter também o empregador "intenção de compelir o empregado a dar por rescindido o ajuste", caso em que haveria uma "implícita despedida direta", manifestada pela forma indireta apenas para não haver "pagamento de mais uma parcela indenizatória". Tais notas, guardando embora seu modo, precederam nova posição hoje largamente sustentada e sob exame adiante. No mesmo sentido, Russomano (op. cit., p. 262) mencionou o artigo de Surreaux, publicado em 1955, "O aviso prévio nas chamadas despedidas indiretas".

3.º A respeito deste tema o TST editou duas súmulas. A de número 14/69 estabelece que o empregado não faz jus ao aviso prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo quando reconhecida a culpa recíproca na rescisão.

A exclusão das férias e décimo terceiro salário, desde que foi admitido o seu cálculo em doze avos, guarda caráter inequívoco de pena, já presente nas leis sobre a matéria quando tratam de falta grave só do empregado. É aceitável que seja excluído o aviso prévio, não por mesmo fundamento, mas porque cometer a falta implica em iniciativa para rescindir o contrato, com prejuízo ao direito do despedimento retardado.

A Súmula 31/70 tem por incabível o aviso prévio na despedida indireta. Por óbvio, antepor-se a ela não é o que tornará qualquer estudo mais conspícuo. A Exposição de Motivos de Apresentação das Súmulas à consideração do TST, feita na sessão de 14/08/69, refere que: "a inovação ... (é) ... introduzida ... no ... sentido de maior rapidez no julgamento dos feitos ... sem prejuízo da matéria versada, certo sempre possível reexame das teses que encerram, através de recurso próprio" (g. n.). Além disso, revogáveis e alteráveis como a própria lei, as súmulas do TST apenas constituem elemento de orientação e consulta, sem peso vinculativo e — como não são referenciadas, tais as do STF — sequer com exata abrangência de dispositivos legais.

Não mais do que por alguns anos a Súmula 31/70 reduziu a corrente antagônica a mera força renitente.

4.º *Nova posição* — Em 1972 foi publicada a monografia de Modestino Martins Netto intitulada "Manual de Aviso Prévio" (Rio, Edições Trabalhistas S. A.). Contendo o apanhado de todos os pontos já discutidos, a nova obra mostrou que simples ressalvas já admitidas na jurisprudência (v. g. os acórdãos relatados por Surreaux e Sanvicente, antes referidos) fazem a regra. De outra forma: inverteu os pressupostos para reconhecimento do direito, que deixou de ser excepcional — embora aos olhos do autor permaneça condicionado. "A nossa conclusão é, pois, que o aviso prévio é devido nas despedidas indiretas, assim entendidas as provocadas pelo empregador, desde que a prova faça emergir em juízo a provocação, a coação moral, a fraude" (op. cit., p. 96).

O fundamento da tese é a multa aplicável ao empregador que provoca a rescisão abrupta do contrato cometendo falta, ao invés de pré-avisar — do término por ele desejado — a seu empregado. Sendo os casos de despedida indireta, como tais, sempre resolvidos judicialmente e toda a iniciativa do assalariado se resume em propor a ação, compete ao juiz determinar a conversão do tempo adjeto por força de lei em multa, no sentido originário de pena pecuniária (op. cit. p. 62, 63 e 94).

Essa interpretação já foi acolhida em julgados (v. g. TRT 1.ª R, 3.ª T, 897/73, relator Flávio Rodrigues da Silva, "in" LTr 38/539). Influenciou a corrente dominante que sustenta a Súmula 31. Citando a nova monografia, Délio Maranhão admite: "se o empregador, de má fé, força a 'despedida indireta' para evitar o pagamento da importância equivalente ao aviso prévio, a esse pagamento deverá, então, ser condenado, a título de ressarcimento de dano causado ao empregado" (op. cit. p. 258).

5.º As conclusões expostas no "Manual..." retiraram da Súmula 31 seu suporte de ser uniforme e geral para a hipótese nela prevista, ou seja, limitaram sua aplicação a casos circunstanciais. Mais ainda, suas consequências quebraram o "quantum despoticum" da corrente majoritária que entendia sequer fosse cabível o aviso na despedida indireta, quando mais devido.

Ficou salientado o "elemento volitivo", de que já falara Russomano. Embora motivo, falta, justa causa, culpa e impossibilidade tenham uso comum, sendo "nosso direito positivo fértil em descaminhos" (Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, Os Atos Imputáveis na Rescisão do Contrato de Trabalho e o Princípio Fiduciário, Revista TST, 1975, p. 32), não há como comparar situações entre o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho. Hipóteses de justas causas dos artigos 1226 e 1229 do Código Civil, para o término na locação de serviços, abrangem fatos naturais, ocorrências de força maior e manifestações de vontade. Já as faltas graves em todas as alíneas do artigo 483 da CLT referem atos imputáveis ao empregador por prática deliberada. É notável que dispositivos seguintes nesse diploma tenham excluído casos de morte do patrão (individual) e descumprimento do contrato por "factum principis" ou força maior.

6.º A despeito do grande avanço, algumas deficiências da nova posição têm de sofrer exame.

A) Ao condicionar o pagamento do aviso prévio na despedida indireta à provocação, coação moral ou fraude do empregador, a tese parece pressupor que o empregado peça demissão e depois vá pleitear em juízo diferenças rescisórias por reconhecimento de vício da vontade (Código Civil, art. 86 e seg.). Ora, a lei trabalhista não exige tanto. O assalariado pode optar entre a permanência no emprego, fazendo judicialmente denúncia do contrato pela falta grave do patrão, e o afastamento imediato, dando o ajuste por desfeito. Em qualquer dos casos, tem só de comprovar a ocorrência do ato patronal que gera a justa causa, fundamento de seu pedido das verbas por rescisão. Demonstrando isso, não faz pouco. Se assim é o procedimento usual para que sejam reconhecidos os direitos finais do contrato, a provocação, a coação e a fraude constituiriam um "plus" unicamente para deferimento do aviso prévio.

B) Além da prova do fato, recairia sobre o empregado o ônus de mostrar o intuito motivador. Reconhecido no "Manual de Aviso Prévio" que nesses casos andeja a malícia, a evidência só surgiria em casos extremados ao grau superlativo. A possibilidade remota de comprovação segregaria o direito em nível teórico. Como escre-

veu o poeta Drummond, "não há nunca testemunhas. Há desatentos. Curiosos, muitos./ Quem reconhece o drama, quando se precipita, sem máscara?"

C) A fraude, a coação e a provocação (ou seja, o dolo) viciam de igual forma os atos jurídicos. A falta grave é valorada objetivamente, presumindo-se conduta dolosa (Evaristo de Moraes Filho, *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*, Rio, 1968, p. 98 e 211, Editora Forense). Não há que falar em encargo probatório, nem nas condições para reconhecimento do direito ao aviso prévio, quando se trata de deduzir das circunstâncias e indícios. "Sinale-se como de relevo excepcional para o Direito do Trabalho, que também a prova dos atos de má fé (dolo, fraude, simulação) faz-se por presunções... O papel da presunção simples, aqui, é tão saliente que a doutrina vai ao ponto de erigi-la em prova específica dos atos de má fé" (João Antonio G. Pereira Leite, *Ementário de Jurisprudência do TRT 4.^a R*, 7/74, p. 7).

D) O pagamento justificado como multa, ou pena pecuniária, apenas por desapego à fórmula da indenização, encontra dois óbices. Em primeiro lugar, se o intento foi distinguir da verba indenizatória por tempo de serviço, encontrou outra similitude nas multas judiciais e administrativas previstas na CLT. Em segundo lugar, "nulla poena sine lege", não pode o julgador criar penalidades.

CONCLUSÕES — As controvérsias examinadas mostram que as teses até agora majoritárias têm prevalência já tão discutível que perderam a idéia-força que as animou. Elas não convencem desde logo, pois não fazem "nascer a manifestação de uma força real". Não há como recompô-las recorrendo a raciocínios como o da bilateralidade nas obrigações contratuais: se o empregado faltoso (CLT, art. 482) não indeniza seu patrão, a recíproca também deve acontecer.

A verdade é que o princípio comutativo (inspirado sobretudo no direito natural, segundo Ulpiano "suum cuique tribuere") não informa plenamente o Direito do Trabalho, identificado também com a justiça distributiva. Mais ainda, é verdade que a exigência de serem todos os homens tratados por igual, apesar das inegáveis desigualdades de fato existentes, pode significar que tais desigualdades são irrelevantes para o tratamento desses homens (Hans Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1963, p. 67, Armenio Amado Editor). Por fim, também é verdade — e não metajurídica — que hoje é a oferta de emprego que forma o mercado, deixando entre os fatores marginais o próprio oferecimento da força de trabalho. Enquanto o empregado, entre demitir-se ou cometer falta provocativa da despedida, não detém mínimo poder de regateio, sendo mais prejudicado na última hipótese (com perda das férias e décimo terceiro salário proporcionais, como do saque no FGTS), o empregador tem opção menos onerosa na falta grave (CLT, art. 483) do que na despedida direta, de acordo com a Súmula 31.

Isso é o quanto basta para inferir:

A) O empregado contratado por prazo indeterminado, ou por prazo certo quando aplicada cláusula rescisória antes do termo, tem direito ao despedimento retardado pelo tempo fixado em lei para o aviso prévio. A ausência da notificação respectiva ou o cometimento de falta grave pelo empregador não prejudicam a percepção dos salários correspondentes. A data de saída a anotar na CTPS há de ser a final do período, mesmo que antecipado o desligamento.

B) A prova da falta grave do empregador, a fim de que seja acolhida a pretensão do empregado ao pagamento de aviso prévio, deve ser apreciada em conformidade com a axiologia de toda a prova, sem atribuição de carga específica.

C) A falta recíproca implica em concorrência de iniciativas para rescindir o contrato, sujeitando o empregado ao despedimento imediato.

D) A Súmula 31 do TST, pela revogabilidade inerente, não inibe o empregado de postular o pagamento de aviso prévio, sabido que tese doutrinária largamente difundida e acolhida nos tribunais sustenta, quando menos, o exame de condições que autorizam o deferimento.

