

A UNICIDADE BIDIMENSIONAL DO PRÉ-AVISO: BREVES ELUCUBRAÇÕES A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO E SUAS IMPLICAÇÕES

Adriano Marcos Soriano Lopes¹

RESUMO

O presente trabalho busca definir a real natureza jurídica do aviso-prévio indenizado a partir da interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico pátrio, principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas, a Lei nº 8.212/1991 e o Decreto nº 3.048/1999, alterado pelo Decreto nº 6.727/2009, que regulamenta a Lei Orgânica da Seguridade Social sobredita. Isso somado às interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que versam sobre o tema. Para alcançar esse objetivo, foi necessário engendrar uma teoria que explicaria de forma inequívoca a natureza do próprio instituto do aviso-prévio, cuja denominação convencionou-se teoria integralista da unicidade bidimensional do pré-aviso, que leva em consideração a sua finalidade social e a integral compreensão da concepção una, cuja bidimensionalidade expressa o significado para o Direito da natureza do instituto. Em contrapartida, vários enfoques pontuais a respeito do instituto tiveram que ser explanados como: definição, histórico conceitual e legislativo interno, forma, modalidades, cabimento, prazo, efeitos, entre outros, para, não só fundamentar a conclusão do trabalho, como também, embasar do modo mais completo possível o entendimento do leitor acerca da tese e do tema. Posto isso, malgrado existem inteligências infensas, lapidou-se, nesse estudo, a natureza salarial do pagamento de qualquer forma de aviso-prévio, seja ele trabalhado ou não.

PALAVRAS-CHAVES: Aviso-prévio indenizado. Natureza salarial. Teoria Integralista da Unicidade Bidimensional do Pré-aviso.

INTRODUÇÃO

Ao eleger um método lógico-dedutivo para o tratamento da matéria, o presente trabalho pretende, de modo não exauriente, demonstrar a real natureza jurídica do aviso-prévio indenizado, ou melhor, o significado jurídico do pagamento do pré-aviso.

Para tanto, será feita, inicialmente, uma análise doutrinária atual acerca do conceito jurídico de aviso-prévio, pergavando em uma linha de acontecimentos históricos a evolução social das concepções do instituto.

Posteriormente, em complementação, será abordado o regramento pátrio do aviso-prévio em diversos diplomas legais promulgados ao longo do tempo.

Nesse palmar, far-se-á necessário esclarecer, ulteriormente, os meandros do instituto, para a sua completa inteligibilidade e alcance do escopo delineado, dentre eles: cabimento, forma, prazo, efeitos, modalidades e características específicas conforme o autor da dação de pré-aviso.

Por fim, traçadas as vigas de compreensão sobreditas, somadas a um excogitar doutrinário, legal e jurisprudencial a respeito do tema, constrói-se uma teoria da natureza jurídica do instituto e, em decorrência, divisa-se o real significado e classificação inequívoca da natureza

1. Analista judiciário do TRT da 18ª Região, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR e pós-graduado em Ciências do Trabalho pela FAC-LIONS/GO. E-mail: lopessoriano@yahoo.com.br

jurídica aviso-prévio indenizado.

1. CONCEITO E HISTÓRICO-EVOLUTIVO DAS CONCEPÇÕES DE AVISO-PRÉVIO

Leciona Martins, etimologicamente, que “a palavra aviso é derivada de avisar, do francês *aviser*, com o significado de notícia, informação, comunicação. Prévio, do latim *praeivius*, vem a ser o que é anterior, preliminar.”² Assim, grosso modo, é uma notícia preliminar.

E ainda, para evitar qualquer mixórdia a respeito de como se redige o vocábulo do instituto em questão, invoca-se elucidamente a nomenclatura oficial e constante do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa³, isto é, aviso-prévio.

Superadas essas filigranas técnicas, insta registrar que conceituar é mais do que perscrutar a etimologia, uma vez que “quando se define o instituto, se diz (...) o que ele é, declara-se a substância do que ele é feito, apontando os elementos estruturais que o formam”⁴. E com lastro nesse norte de Russomano pode-se afirmar que inexistem grandes nuances doutrinárias acerca do conceito de aviso-prévio, levando em consideração, para esse fim, a semiótica do vocábulo combinada com as características fundamentais atribuídas ao instituto pelo direito positivo vigente.

Genericamente, aviso-prévio é instituto peculiar a todo contrato de execução continuada, por tempo indeterminado, “tornando-se essencial aos que vinculam a pessoa, como ocorre com o de trabalho. (...) É uma advertência que se faz para prevenir o outro contraente de que o contrato vai se dissolver, de que os seus efeitos vão cessar.”⁵

No ramo trabalhista, esclarece Délio Maranhão que a declaração de vontade, “pela qual exercem as partes o direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho por tempo indeterminado, é de natureza receptícia, decorrendo daí a necessidade de um aviso ao outro contratante e do decurso de certo lapso entre a declaração e a extinção do contrato”⁶.

De modo sintético, Mozart Victor Russomano define o instituto como “notificação antecipada da intenção de uma das partes de rescindir o contrato de trabalho após certo espaço. (...) Por isso, constitui obrigação de fazer, para o pré-avisante”⁷.

De forma mais analítica, Amauri Mascaro Nascimento conceitua o instituto como “a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso do prazo nela previsto”⁸, com a advertência de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura imediata do contrato.

Parafraseando Amauri Mascaro quando este concebe a natureza jurídica do aviso-prévio, Godinho Delgado aponta que aviso-prévio, no Direito do Trabalho, “é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de

2. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 384.

3. *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*. Academia Brasileira de Letras. 5ª edição. São Paulo: Global, 2009, p. 94.

4. RUSSOMANO, Mozart Victor. *O aviso prévio no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 10.

5. GOTTSCHALK, Elson; GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 326.

6. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed., v.1, São Paulo: LTr, 2005, p. 615.

7. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 179.

8. NASCIMENTO, Amauri Mascaro de. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 539.

romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção⁹, com o respectivo pagamento do período do aviso.

Vólia Bomfim Cassar, destoando dos majoritários posicionamentos anteriores que assimilam o aviso-prévio como notificação, entende que “o aviso prévio é o termo que suspende o exercício do direito à extinção imediata do contrato. Isto é, ao denunciar o contrato, o notificante o extingue. Todavia, os efeitos desta extinção dependem do implemento do termo (prazo de 30 dias).”¹⁰

Em arremate, o Ministro Augusto César Carvalho sinaliza que aviso-prévio, tal como se o concebe hoje, “foi idealizado para permitir que qualquer dos sujeitos de um contrato por tempo indeterminado pudesse denunciá-lo, contanto que o fizesse cessar após avisar o outro contraente com a antecedência exigida em lei. É uma obrigação, que se realiza mediante uma notificação premonitória”.¹¹ Suplementando Pimpão no sentido de que “o aviso prévio é por definição, um direito-obrigação, bilateral por excelência; isto é, tanto o empregado como o empregador estão sujeitos à sua observância.”¹²

Excogitando os preceitos supratranscritos, conquanto não uníssonos acerca da definição, denota-se a moldura bilateral na qual foi construído o instituto do aviso-prévio, evidenciando a sua bidimensionalidade. Entrementes, nem sempre foi assim.

Na origem, malgrado alguns doutrinadores reportam-se à antiguidade procurando-o nas páginas do Deuteronomio e nas instituições jurídicas de Roma¹³, a maioria entende que a fonte remonta às corporações de ofício da Idade Média, em que somente o oficial ou companheiro era obrigado a avisar ao mestre de sua não intenção de continuar trabalhando, nascendo assim o instituto como forma unilateral de pré-avisar.¹⁴

Nesse diapasão, observa-se que, a princípio, o aviso-prévio surgiu para não deixar o tomador de mão de obra desamparado quando da rescisão do contrato.

Entretanto, com “a Revolução Francesa, as ideias liberais e o individualismo jurídico, a ruptura brusca do contrato de trabalho [por qualquer das partes] passou a ser considerada um direito, pela aplicação da fórmula *nullus videtur dolo qui suo jure utitur*.”¹⁵ sem necessidade de concessão de aviso-prévio.

Nessa ótica, o Ministro do TST Augusto Carvalho pondera que:

O individualismo exacerbado pode conduzir à sua própria negação. Sendo livre, ou supostamente livre, para contratar, o homem possuía a discricção de se obrigar por toda a vida, impedindo a si próprio de promover o desate do contrato que já não atendia, após vários anos de vigência, à sua mais recôndita esfera de interesses. Era evidente o paradoxo. Noutra perspectiva, autorizar a ruptura imediata de contratos civis importava assegurar aos contraentes uma discricionariedade lesiva à harmonia das relações sociais.¹⁶

Nesse período, como aponta Renato Rua de Almeida “as partes eram livres para celebrar o contrato, fixar seu prazo de duração, estabelecer seu conteúdo e definir suas formas

9. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1.094.

10. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1085.

11. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 364.

12. PIMPÃO. Hirosê. Aviso Prévio. Rio de Janeiro: José Konfino, 2ª ed. rev. atual. aum., 1958, p. 107.

13. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 37.

14. MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

15. GOTTSCHALK, Elson; GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 325.

16. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 364.

de extinção”.¹⁷

Assim, nos primórdios das contratações trabalhistas, como em todo o Direito do Trabalho, houve grande influência da Teoria Civilista Ortodoxa que preconizava que os polos da relação empregatícia deveriam se encontrar em simétrico posicionamento, visto que quando da rescisão contratual, ambos se submeteriam a tratamento jurídico paritário. Nessa trilha, conclui Renato de Almeida “que em sua origem, o aviso prévio, instituto peculiar do contrato de trabalho por prazo indeterminado, foi por excelência um instrumento de garantia da liberdade contratual, com manifestação absolutamente igual e recíproca do empregado e empregador”.¹⁸

Na sequência histórico-evolutiva, principalmente com o apoio da Igreja Católica aos direitos dos trabalhadores quando da publicação da Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, redigida pelo papa Leão XIII, houve recrudescimento do “interesse dos governantes pelas classes trabalhadoras, dando forças para sua intervenção, cada vez mais marcante, nos direitos individuais em benefício dos interesses coletivos”.¹⁹

Em que pese à ideia de intervenção estatal nos contratos de trabalho tenha seu germe numa publicação religiosa, foi apenas com o fim da Primeira Grande Guerra que o intervencionismo governamental passa a tomar corpo como forma de composição das questões sociais.²⁰

Nesta nova sistemática procurou-se dar guarida à vontade individual do empregado no contrato de emprego limitando as rupturas abruptas, em geral, perpetradas pelo empregador, favorecendo juridicamente aquele que é economicamente desfavorável na relação em comento. Nesse diapasão, o aviso-prévio pode ser concebido e conceituado de maneira diversa consoante o polo que o concede, ou seja, de acordo com sua dimensão, mas observando sempre a sua dupla finalidade social: sendo direito potestativo do empregado como manifestação do exercício da livre contratação (art. 5º, XIII da CR), observando os prazos legais a fim de permitir ao patrão encontrar um substituto, sob pena de sanção; e, por outro lado, restrição do direito unilateral do empregador em terminar o pacto de emprego (art. 7º, I da Carta Política), obedecendo a um prazo mínimo previsto em lei, com o intuito de evitar o desemprego inesperado do obreiro, devendo, em qualquer caso, pagar os salários correspondentes, independentemente da concessão ou não do pré-aviso.

Essa concepção teleológica do instituto da qual extrai o seu real significado, já que não o restringe a uma definição etimológica ou puramente legal, influenciou a legislação de muitos países nos séculos XIX e XX, que passaram a sistematizar o aviso-prévio entre os fundamentos tutelares do trabalho, a partir do direito bilateral de rescisão do contrato de emprego e da liberdade de contratar, erigindo, o pré-aviso como um direito de cunho social. Tão social que Russomano observa que “através dos interesses ostensivos e personalistas do empregado e do empregador, vislumbramos os interesses gerais da sociedade, representados, em suma, pela luta contra o desemprego e pelo estímulo à produção (...) [motivo pelo qual] constitui verdadeira instituição social.”²¹

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO PRÉ-AVISO NO BRASIL

17. ALMEIDA, Renato Rua de. Justificação da Autonomia da Vontade Coletiva. Revista LTr, São Paulo: LTr, vol. 47, n. 07, Julho/1983, p. 786.

18. ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a Despedida Arbitrária. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. Revista LTr, São Paulo: LTr, vol. 56, n. 10, outubro/1992, p. 1200.

19. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 21ª ed., v.1, São Paulo: LTr, 2003, p. 39.

20. MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Parte Geral. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1988, p. 19.

21. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 25 e 64.

No Brasil, a forma de avisar antecipadamente o fim de um contrato foi primeiramente delineada na legislação civil, sendo certo que o Código Comercial de 1850 previa a obrigação recíproca de pré-avisar com um mês de antecedência, em seu art. 81, que assim dispunha:

“Art. 81 - 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 Código Civil revogado de 1916 estabelecia em seu art. 1.221, in verbis:

Art. 1.221. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes a seu arbítrio, mediante aviso prévio, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso prévio: I – com antecedência de 8 (oito) dias, se o salário se houver fixado por tempo de 1 (um) mês, ou mais; II – com antecipação de (quatro) dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contratado por menos de 7 (sete) dias.

Na órbita do Direito do Trabalho, lembra Orlando Gomes que os Decretos nº 16.107 de 30 de julho de 1923 e nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, ao disciplinarem a locação de serviços domésticos, estabeleceram aviso-prévio de 08 dias para denúncia do contrato.²² Mas o autor adverte que referidos diplomas não tiveram efetiva aplicação.

Já a Lei nº 62, de 05 de junho de 1935, estabeleceu, em seu art. 6º, o aviso-prévio unilateral por parte do empregado, em favor do empregador²³, mas esta figura não perdurou, já que em 1942, com o Decreto n. 4.037, foi estipulada a reciprocidade na obrigação de conceder o aviso-prévio.

Decorrido um ano, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943, em capítulo específico (arts. 487 a 491), sedimentou os requisitos do aviso-prévio no âmbito das relações de emprego, salvaguardando a bilateralidade jurídica na forma de concessão.

Ulteriormente, promulgou-se a Lei nº 4.886/65, que em seu art. 34 previu o dever de pré-avisar quando há denúncia sem causa justificada nos contratos de representação comercial superior a 6 meses e de prazo indeterminado, como recorda Barbosa Garcia.²⁴

O atual Código Civil, em sua sistemática, estabelece o direito recíproco ou bilateral de concessão do aviso nos contratos de prestação de serviços sem prazo, estabelecendo interregnos diferenciados de acordo com a forma ajustada de pagamento, nos mesmos moldes que seu antecessor estabelecia para a locação de serviços. Senão vejamos:

Art. 599 – 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 resolver o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II – com antecedência de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

Posteriormente e sacramentando o Constitucionalismo Social, o legislador consti-

22. GOTTSCHALK, Élson; GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 325/326.

23. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 383.

24. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 597.

tuínte originário erigiu no art. 7º, inciso XXI, da Carta Magna de 1988 o aviso-prévio como direito e garantia fundamental do trabalhador, no capítulo dos Direitos Sociais.

3. CABIMENTO, FORMA E PRAZOS DO AVISO-PRÉVIO

Na magistral elucidação de Godinho Delgado, aviso-prévio, regra geral, é instituto inerente a contratos de duração indeterminada, seja para o Direito Civil e Comercial, seja para o Direito do Trabalho. Desse modo, de maneira geral, ele não comparece nos contratos a termo, uma vez que estes já têm sua extinção prefixada no tempo. (...) Apenas nos contratos a termo que tenham em seu interior cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, é que pode ganhar relevância o aviso-prévio. De fato, se acionada esta cláusula especial e expressa, a terminação contratual passará a reger-se pelas regras próprias aos contratos a prazo indeterminado, com dação de aviso-prévio e suas consequências jurídicas (art. 481, CLT).²⁵

A partir disso, observa-se que cabe às partes conceder o aviso-prévio, em princípio, apenas nos contratos em que não há um prazo fixo para término (art. 487 da CLT), que é a regra na contratação trabalhista. Lembra Renato Saraiva que “nos contratos por prazo determinado, em regra, o instituto do aviso-prévio não é aplicado, haja vista que, no pacto a termo, as partes já ajustam, desde o início, o termo final (pré-fixado) ou mesmo têm uma previsão aproximada do seu término”²⁶. Como visto, o ordenamento jurídico admite que somente se o contrato a termo possuir a cláusula do pré-aviso consubstanciada no art. 481 da CLT, bem como na Súmula 163 do TST as regras aplicadas serão as do contrato sem prazo, se qualquer das partes fizer uso da cláusula mencionada.

Salienta-se que a própria CLT, no §4º do art. 487, estabeleceu um cabimento impróprio de concessão de aviso-prévio, qual seja, quando o contrato se extinguir por justa causa praticada pelo empregador, deixando translúcida a intenção do legislador, já mencionada, de que para o empregado o aviso-prévio é devido à liberdade de contratação e para o empregador, uma “limitação ao poder de despedir”²⁷, ou, como pondera Delgado:

a aplicação do pré-aviso à rescisão indireta resultou de inquestionável exercício de reflexão de equidade, ainda que afrontando, em certa medida, a natureza do instituto: é que, sendo esta parcela rescisória extremamente favorável ao obreiro, em situações de despedida meramente arbitrária, seria injusto não deferi-la, com todos os seus efeitos, para os casos de terminação do contrato por infração do empregador (afinal, o ilícito não pode merecer tratamento mais benigno do que o lícito). Assim, bem refletindo, o legislador fez inserir, em 1983, dispositivo na CLT, determinando a incidência do instituto também nas situações de resolução culposa do contrato, em face de infração do empregador (art. 487, § 4º da CLT).²⁸

Ressalta-se que o ordenamento justralhista não prevê que o aviso-prévio será devido quando o empregado cometer justa causa, observando Martins que nesses

25. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1095/1096.

26. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 232.

27. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, 384.

28. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1096.

casos, caso o empregador o conceda, “presume-se que a dispensa foi imotivada, pois na justa causa não há necessidade de aviso prévio, cabendo ao empregador fazer prova da falta grave”²⁹, presunção essa que é relativa, segundo Nascimento³⁰. Entrementes, contrapõe Délio Maranhão que o aviso-prévio não é incompatível com resolução do contrato por inexecução faltosa do empregado, uma vez que “o art. 444 da CLT permite que o empregador atribua ao empregado vantagem a que não está obrigado por lei, [havendo assim] a possibilidade de conceder o aviso prévio, ainda quando exista justa causa (...). E essa liberalidade não lhe tira o direito de provar essa justa causa e o caráter liberal do aviso.”³¹ Pontua Russomano, ainda, que essa compatibilidade “ocorre em todas aquelas hipóteses em que da falta cometida pelo trabalhador não resulta grave incompatibilidade que impeça o prosseguimento da prestação de serviços por prazo relativamente curto.”³²

Desse modo, cabe aviso-prévio nos seguintes casos de extinção do contrato de emprego: dispensa imotivada do empregado; dispensa do empregado em face da extinção da empresa ou estabelecimento, já que não cabe a ele assumir o risco do empreendimento (Súmula 44 do TST); comunicação de demissão; rescisão indireta ou justa causa cometida pelo empregador e nos contratos a prazo determinado (art. 443, §1º da CLT) com cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada (art. 481 da CLT), quando esta for acionada; cabe ainda, pela metade, quando há culpa recíproca das partes (Súmula 14 do TST). Quando, entretanto, há distrato ou resilição por ambas as partes, como ocorre nos Programas de Demissão Voluntária, em regra, sustenta a corrente majoritária não ser cabível o aviso, assim como nos casos de justa causa obreira, força maior, morte do empregado ou empregador pessoa física, observando a doutrina dominante que na primeira hipótese não há parte notificada ou inocente, entendendo Vólia Bomfim que o próprio distrato é incabível na seara trabalhista³³. Em todo caso é sempre ônus da empresa e direito trabalhista obreiro.³⁴

A par das hipóteses de cabimento do aviso-prévio, registra-se que não existe uma forma estabelecida em lei para a dação de pré-aviso, sendo o instituto acobertado pelo manto da liberdade ou instrumentalidade das formas. Todavia, os juristas recomendam que seja concedido por escrito, mesmo porque o ônus de provar em Juízo que houve a concessão do aviso é da parte a quem alega (art. 818 da CLT). A despeito da recomendação, nada impede que ele seja dado verbalmente, como assevera Augusto Carvalho: “É preferível que o aviso prévio seja concedido por escrito, mas nada obsta que o seja verbalmente, cabendo sempre à parte denunciante o ônus da prova. É inconcebível, contudo, o aviso prévio tácito ou presumido”³⁵, sendo possível a dação, outrossim, por outra forma eficaz, como telegrama³⁶, ou, ainda, como entende Orlando Gomes: “nada impede que o empregador faça a comunicação mediante aviso, com citação nominal dos empregados, afixado em quadro no estabelecimento, desde que estes possam, por este meio, ter conhecimento da decisão tomada.”³⁷

No que tange ao prazo do aviso-prévio, pondera-se que para o representante comercial o período é de 30 dias (art. 34 da Lei nº 4.886/65), sendo de 90 dias para o agenciador (art. 720 do CC) e de 1, 4 ou 8 dias ou, ainda, qualquer outro prazo estipulado em contrato para

29. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 386.

30. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 539.

31. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed., v. 1, São Paulo: LTr, 2005, p. 615.

32. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 180.

33. CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1099.

34. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1096.

35. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 364.

36. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 387.

37. GOTTSCHALK, Élson; GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 327.

outros prestadores de serviço (art. 599, parágrafo único, do CC). Já para os empregados urbanos, rurais e domésticos a CRFB determina, de forma cristalina, no art. 7º, XXI e parágrafo único que ele será de, no mínimo, 30 (trinta) dias – como também prevê o art. 487, II da CLT – e proporcional ao tempo de serviço, nos termos da lei. Esse tempo mínimo é razoável para que se cumpra a já mencionada dupla finalidade do instituto que é possibilitar às partes recompor os respectivos interesses: admitir substituto ou conseguir nova colocação no mercado. Do dispositivo constitucional extraem-se dois preceitos: o primeiro de eficácia plena e imediata que estabelece um interregno mínimo de concessão; e o segundo de eficácia limitada e mediata, vez que a proporcionalidade depende de previsão legal, não sendo auto-aplicável.

Barbosa Garcia sustenta: “na realidade, não é a integralidade do inciso XXI do art. 7º uma norma de eficácia limitada, mas apenas a previsão, específica, de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Isso porque o prazo mínimo, de trinta dias, apresenta-se plenamente eficaz e auto-aplicável.”³⁸

Registra-se que nada impede que a sobredita proporcionalidade seja estabelecida por meio de negociação coletiva, com arnês no art. 7º, XXVI da Carta Magna. Sobre esse enfoque argumenta Saraiva:

Regulamentado, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um meio eficaz de proteger o obreiro, estendendo o período do aviso para os empregados mais antigos, e, por consequência, tornando mais onerosa sua despedida.

Todavia, a eficácia da norma dependerá de lei que fixe essa proporcionalidade, o que não impede que algumas convenções e acordos coletivos de trabalho, ou mesmo cláusulas de contratos individuais de trabalho, estipulem a progressão do aviso prévio em função do tempo de serviço dos empregados, o que já vem ocorrendo com algumas categorias.³⁹

Salienta-se que, o balizamento dessa proporcionalidade, posto que discutido no STF por meio dos mandados de injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090, foi regulamentado pela Lei nº 12.506/2011, que estabelece:

Art. 1º. O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Russomano ressalta, ainda, que as próprias partes podem dispor sobre essa proporcionalidade, “quer por deliberação tomada a priori, isto é, em cláusula contratual estipulada no momento da admissão do empregado, quer por deliberação a posteriori, ou seja, no momento da rescisão do ajuste.”⁴⁰

4. EFEITOS DO AVISO-PRÉVIO, ESPECIFICIDADES CONFORME CONCEDENTE E SUAS FORMAS TRABALHADA E NÃO TRABALHADA

Com supedâneo em todo o encimado, constatam-se vários efeitos jurídicos

38. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 599.

39. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 234.

40. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 10.

do aviso-prévio, dentre eles: fixação da data da denúncia do contrato pelo concedente; prazo ficto ou efetivo e derradeiro para cumprimento das obrigações contratuais até o aperfeiçoamento do término, integrando o contrato para todos os fins; e pagamento correspondente ao período do aviso. No que toca ao primeiro efeito Godinho elucida que “esta data corresponde à do recebimento do aviso pela contraparte, é claro, uma vez que a rescisão é declaração receptícia de vontade, com efeitos constitutivos. Assim, do recebimento da comunicação deflagram-se os efeitos jurídicos do aviso-prévio.”⁴¹ O segundo efeito já foi trabalhado no tópico anterior, a teor da previsão constitucional (art. 7º, XXI) e legal (art. 487, I e II da CLT), ressaltando-se apenas quanto à integração ao contrato de trabalho que eventual benesse concedida no prazo do aviso-prévio, como reajuste salarial, incorpora-se ao patrimônio do empregado, a teor do art. 487, §6º da CLT. No que se refere ao terceiro efeito, registra-se que o valor pago corresponde ao salário do trabalhador, acrescido das parcelas pagas habitualmente (art. 487, §5º da CLT) como horas extras e adicionais, exceto gratificações semestrais (Súmula 253 do TST) e gorjetas (Súmula 354 do TST⁴²).

Posto isso, o aviso-prévio por si só não tem o efeito de extinguir o contrato, uma vez que sendo, pelo posicionamento majoritário, uma declaração receptícia de vontade, define apenas uma data para o término, como se constata do disposto no art. 489 da CLT, verbis: “Dado o aviso-prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo (...).” Adota esse entendimento Renato Saraiva quando diz que a “concessão do aviso prévio não tem o condão de extinguir o contrato de emprego, mas tão somente de indicar um prazo para seu término”⁴³.

Se assim não fosse, não se permitiria que no interregno do pré-aviso pudesse a parte que o concedeu retratar-se, fazendo o contrato vigorar como se aviso não tivesse sido dado, em caso de aceite do destinatário contratante, que poderá ser tácito⁴⁴ (art. 489 e parágrafo único da CLT). Sobre a retratação, sustenta Garcia que “a referida previsão apenas tem aplicabilidade no aviso prévio trabalhado, mas não na forma indenizada, pois nesta o contrato cessa de imediato, constituindo um ato jurídico perfeito.”⁴⁵

Do mesmo modo, se pré-avisar resultasse em extinção contratual não haveria a possibilidade de transmutação da natureza do término em caso de cometimento de justa causa por qualquer das partes, na forma dos arts. 490 e 491 celetistas. Nessa esteira, corrobora Carvalho que:

é evidente que o aviso prévio não imuniza as partes dos seus demais deveres, inerentes ao conteúdo do contrato de emprego. O empregador que comete justa causa em meio ao período de aviso prévio deve tolerar a imediata dissolução do

41. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1099.

42. Sobre a exclusão feita pela súmula explica Raymundo que “pesou, no caso o argumento de que existe uma distinção entre remuneração e salário. A primeira, segundo o conceito que emana do citado art. 457 da CLT, resulta da soma de salário com a gorjeta. O §1º do art. 487 da CLT reza expressamente que, na falta do aviso-prévio, o empregado tem direito a receber os “...salários correspondentes...” (PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. Súmulas do TST comentadas. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 276).

43. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 236.

44. Explica Saraiva acerca da retratação que: “dá-se a reconsideração expressa quando a parte pré-avisada, de forma verbal ou escrita, expressamente aceita a reconsideração. A reconsideração tácita, por sua vez, ocorre quando, expirado o prazo do aviso, o obreiro continua prestando serviços normalmente, sem a oposição do empregador, caso em que o pacto de emprego continuará a vigorar normalmente, como se o aviso prévio não tivesse sido dado”. (SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 237). Sobre essa última possibilidade discorda Russomano ao entender que “não existe reconsideração tácita, quando o contrato continua além da data prevista para sua extinção por mero lapso ou equívoco da parte interessada. Haverá aí, vício de consentimento. (...) Esse entendimento é reforçado pela circunstância de que o prazo legal do aviso prévio é prazo mínimo, nada impedindo a sua prorrogação.” (RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 188).

45. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 609.

vínculo, sem prejuízo de dever o salário correspondente ao restante do prazo do aviso (art. 490 da CLT). Se é o empregado quem pratica justa causa antes de esse prazo se exaurir, perde ele o direito ao salário relativo ao tempo que faltava para completá-lo.⁴⁶

Em consonância, complementa Saraiva no sentido de que se o empregado cometer falta grave no curso do aviso-prévio, “não fará jus o obreiro ao restante do aviso, além de perder o direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória, salvo se a falta grave cometida for a de abandono de emprego, pois haverá a presunção de que o trabalhador deixou o antigo trabalho por ter encontrado um novo labor”⁴⁷, na dicção da Súmula 73 do C. TST.

Sem maiores ambages, faz-se necessário analisar, doravante, as especificidades da concessão do pré-aviso de acordo com cada concedente.

Nesse ínterim, quando o empregado, utilizando-se de seu direito potestativo de por fim ao pacto laboral por comunicação de demissão, concede o aviso-prévio, deve aguardar o prazo de 30 (trinta) dias para o encerramento do contrato - a despeito da posição diversa dos que advogam pela aplicação do art. 487, I da CLT ou mesmo da proporcionalidade prevista na Lei nº 12.506/2011 em benefício do empregador -, sob pena de ter descontado do salário o valor respectivo pela falta de concessão, a teor do art. 487, §2º, da CLT. Referido desconto ocorrerá quando da quitação dos créditos resiliatórios (art. 477, §5º, da CLT). Carvalho observa que “não se verifica a projeção no tempo de serviço quando o empregado negligencia a obrigação”⁴⁸. Concluindo Martins que o empregador só poderá descontar do empregado os salários do período mencionado e não outro tipo de verba⁴⁹, posição com a qual não compactua Russomano, para quem: “é óbvio que o empregador poderá compensar a indenização devida pelo trabalhador não, apenas, com seus salários, em sentido estrito, mas com quaisquer outros créditos que o mesmo tenha na empresa.”⁵⁰ Podendo o empregador acionar o empregado compelindo-o ao pagamento caso não haja crédito para compensação.

No mesmo sentido, quando o empregador quer pôr fim ao contrato, dispensando o empregado imotivamente, deve dar o aviso-prévio, isto é, conceder ao empregado os últimos 30 (trinta) dias para os pactos de até um ano e acrescentar três dias para cada ano de trabalho a mais, conforme previsão da Lei nº 12.506/2011, observando, ainda, alguns matizes diferenciais. A princípio, o empregador deverá reduzir a duração do trabalho do empregado urbano nesses últimos dias de pacto, cabendo ao obreiro optar se quer reduzir a jornada em 02 (duas) horas diárias ou 07 (sete) dias corridos, na forma do art. 488 e parágrafo único da CLT. Regra diversa aplica-se ao empregado rural, consoante art. 15 da Lei nº 5.889/73, verbis: “Durante o prazo do aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho.” A respeito da redução sobredita, Garcia, atento à eficácia da norma em apreço, assevera que

Normalmente, a referida redução do horário de trabalho é estabelecida de modo que o empregado tenha a sua saída antecipada. No entanto, não se exige que seja somente dessa forma, nada impedindo que a referida duração ocorra em outro momento, por exemplo, quanto ao horário

46. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 367.

47. SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 238.

48. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 366.

49. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 389.

50. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 186.

de entrada (...). Nesse último caso, dos sete dias corridos de ausência, o mais comum é que fiquem para o período final do contrato de trabalho. Entretanto, é possível estabelecer-se outra forma, contanto que seja observado o referido período mínimo, devendo os sete dias ser corridos, e não intercalados.⁵¹

O C. TST pacificou o entendimento no sentido de que a não concessão da redução de horário no curso do aviso-prévio equivale a não concessão do referido, não se permitindo converter a não redução em jornada extraordinária, a teor da Súmula 230 do TST, tendo em vista a frustração do objetivo do pré-aviso, que é a busca de emprego pelo trabalhador, devendo o empregador conceder novo aviso, na forma não trabalhada. A propósito:

Não tem valia jurídica, assim, o aviso prévio que é concedido sem a redução da jornada ou dias de trabalho. Se tal suceder, faculta-se ao empregado, urbano ou rural, pedir que o aviso prévio, irregularmente concedido, seja indenizado e integrado ao seu tempo de serviço.

Tais regras se justificam na medida em que o período de aviso prévio deve ser utilizado para a busca e possível obtenção de novo emprego, pelo trabalhador. Também por isso, ao empregador é vedado fazer coincidir com o período de aviso prévio o gozo de férias do empregado ou o tempo de estabilidade provisória.⁵²

Além disso, ressalta-se que não pode o empregador furta-se ao pagamento do aviso-prévio quando por ele concedido, sob a alegação de haver acordo entre os contratantes para a ausência de pagamento na hipótese em que o referido dispensa a prestação de serviço do empregado, com arnês na Súmula 276 do C. TST, uma vez que se configura em direito fundamental do obreiro, de cunho social e irrenunciável, salvo quando o empregado tiver obtido novo emprego. Sustenta Raymundo que a “exceção levantada justifica-se, uma vez que, se o obreiro conseguiu outra colocação, foi atingido o objetivo do horário reduzido e cessa, por consequência, a obrigação do empregador”⁵³, não fazendo jus ao salário referente aos dias de aviso descumprido.

Caso o empregador não conceda o aviso-prévio, deverá pagar os salários correspondentes ao prazo do aviso como se houvesse concessão, conforme art. 487, §1º da CLT. Deverá proceder do mesmo modo o empregador quando comete justa causa (rescisão indireta), a teor do art. 487, §4º da CLT, como visto alhures.

O ordenamento jurídico, como se depreende de toda a exposição até aqui apresentada, engendrou duas formas de aviso-prévio, com os mesmos efeitos: o trabalhado e o não trabalhado. Nos dizeres de Delgado: “A CLT prevê dois tipos de pré-aviso, classificados segundo a modalidade de cumprimento de seu prazo: mediante labor ou não”⁵⁴.

Como já aludido, o aviso-prévio trabalhado pode ocorrer nos casos de dispensa imotivada do empregado, com redução estabelecida no art. 488 e parágrafo único da CLT; e nas comunicações de demissão. O aviso-prévio não trabalhado é aquele em que não há prestação real de serviços, mas a importância correspondente ao salário é paga.

51. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 604.

52. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 367.

53. PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. Súmulas do TST comentadas. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 217.

54. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1.097.

Entretanto, a praxe social criou o que a doutrina chama de aviso-prévio cumprido em casa, que, de acordo com o TST, não pode ser considerado uma terceira modalidade de aviso, já que possui os mesmos efeitos do aviso-prévio não trabalhado, de acordo com a OJ 14 SBDI-I/TST.

Insta registrar, em qualquer dos casos (trabalhado ou não) a data de saída a ser anotada na CTPS é a do término do prazo do aviso, como orienta a OJ/SBDI-I/TST 82 e a IN15/2010 do MTE, art. 17, garantindo-se a integração do período no tempo de serviço do empregado para cálculo de salário trezeno, férias acrescidas da gratificação correspondente, FGTS - salvo a indenização de 40% (OJ/SBDI-I/TST 42) para o aviso-prévio não laborado - e indenização compensatória da Lei nº 6.708/79 (Súmula 182 do TST).

A respeito da OJ 82 da SBDI-I/TST supramencionada, Augusto Carvalho leciona:

Há orientação jurisprudencial recomendando, também, a anotação na CTPS do período de aviso prévio, ou seja, a inclusão deste no tempo de vigência do contrato. Trata-se de tendência sedutora, ante a dicção do artigo 487, §1º, da CLT, que manda integrar sempre o trintídio de aviso prévio ao tempo de serviço. A nossa posição é crítica no tocante a esse entendimento, ao menos enquanto não estiver firme a jurisprudência acerca de a anotação do período de aviso prévio na carteira de trabalho surtir o resultado prático de ser esse tempo computado para fim de aposentadoria. Ao não produzir tal efeito, a anotação criaria uma ilusão para o empregado, nada mais que isso. E como a norma constitucional foi emendada para que os empregados contem, para efeito de aposentadoria, o tempo de contribuição (não mais o tempo de serviço), sustentamos que somente os operadores do direito que considerassem o aviso prévio indenizado como salário de contribuição podem defender, coerentemente, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS.⁵⁵

Por fim, observa-se que o valor do aviso-prévio deve corresponder ao salário devido (partes fixa e variável) acrescido dos respectivos adicionais pagos habitualmente. Caso o salário seja pago na base de tarefa (variável), o cálculo para fins de aviso-prévio será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviços (art. 487, §3º da CLT) ou de todo o tempo do contrato se inferior ao período sobredito. Quanto ao prazo de pagamento, considerando-se o disposto no art. 477, §6º, da CLT, este deve ser feito no dia seguinte ao término do contrato quando do cumprimento do aviso-prévio e no 10º dia seguinte à rescisão contratual quando da ausência de pré-aviso ou mediante a forma não trabalhada.

5. A NATUREZA JURÍDICA DO AVISO-PRÉVIO

Consoante preceito de Godinho Delgado:

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua classificação, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza.

Encontrar a natureza jurídica de um instituto jurídico (...) consiste em se

55.CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 365.

aprenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas (ou de segmentos jurídicos...), de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.⁵⁶

Em verdade, a natureza jurídica é mais do que o enquadramento jurídico feito a partir da denotação de determinado instituto. É, pois, encontrar não a essência do conceito, mas a razão jurídica ou o significado daquele instituto para o Direito, considerando os seus requisitos-fonte ou elementos constitutivos. É por meio desses critérios que o definem que se pode encontrar a sua natureza, distinguindo, dessa forma, as duas coisas: natureza e definição. Ademais, a natureza jurídica deve encerrar todo o complexo inteligível do instituto jurídico, pois se assim não o fosse o seu sentido para o Direito estaria comprometido.

Parafraseando o ilustre doutrinador Mozart Victor Russomano, a natureza jurídica do aviso-prévio é um problema poliédrico e por isso o instituto não pode e não deve ser visto de um único ângulo⁵⁷. E nesse amplo enfoque assevera que, de acordo com o sistema de regulamentação, o aviso-prévio possui verdadeira natureza mista, pois o direito nacional indica o mínimo legal assegurado ao trabalhador ou ao patrão, “para garantir-lhes as vantagens decorrentes do aviso prévio. Não obstante, abre-se vasto campo, acima desse mínimo, para que atuem, com ampla liberdade, as convenções coletivas, os regulamentos de fábrica, os contratos individuais de trabalho e os próprios costumes.”⁵⁸

Do ponto de vista contratual e, de certo modo, civilista, Renato Saraiva⁵⁹ compreende que a natureza jurídica do aviso-prévio é uma cláusula contratual exercida por um ato unilateral receptício e potestativo, sendo correspondente a uma cláusula dos contratos por prazo indeterminado (explícita ou implícita) e dos contratos a termo (explícita; art. 481 da CLT); e explicando os elementos, compreende que: ato unilateral é aquele exercido pelo empregado ou empregador; ato receptício é aquele que só produz efeitos após a comunicação à parte contrária e potestativo é o direito do obreiro ou do empregador em romper imotivadamente o contrato de trabalho, avisando previamente o outro contratante, somente restando à parte contrária sujeitar-se ao direito resilitório exercido, salvo raras exceções, como no caso de o empregado ser portador de estabilidade.

De um ângulo obrigacional puro, Maria de Azevedo entende que a natureza jurídica do aviso-prévio depende da existência ou não da concessão, correspondendo a “notificação receptícia – obrigação de fazer ou, não concedida, poderá revestir-se de caráter indenizatório – obrigação de dar.”⁶⁰

De um prisma juslaboral multifatorial, Maurício Godinho Delgado, Sérgio Pinto Martins e Amauri Marcaro Nascimento, encaram o aviso-prévio como instituto de natureza tríplice, elucidando o primeiro que:

efetivamente, a natureza jurídica do pré-aviso, no ramo justralhista, é tridimensional, uma vez que ele cumpre as três citadas funções: declaração de vontade resilitória, com sua comunicação à parte contrária; prazo para a efetiva terminação do vínculo, que se integra ao contrato para todos os fins

56. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 66.

57. RUSSOMANO, Mozart Victor. O Aviso Prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 47.

58. Ibidem, p. 57.

59. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 233.

60. AZEVEDO, Maria Minomo de. A Natureza Jurídica do Aviso Prévio à Luz dos Princípios de Direito. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p.146/147.

legais; pagamento do respectivo período de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização.⁶¹

De modo similar comunga Barbosa pela existência de “uma natureza tríplice do aviso-prévio: direito (potestativo, trabalhista), o qual corresponde a um dever; declaração unilateral (comunicação de término da relação de emprego); período que deve anteceder a efetiva terminação do contrato de trabalho.”⁶²

O Ministro Augusto Carvalho, sem grandes vicissitudes, aponta “quanto à natureza jurídica do aviso prévio, reveste-se este de natureza receptícia e constitutiva. As declarações receptícias são aquelas que somente se tornam eficazes no momento em que recebidas por aqueles aos quais se dirige.”⁶³

Vólia Bomfim adverte, entretanto, que a “natureza jurídica do aviso prévio trabalhado ou indenizado é de direito para o notificado e de obrigação legal para o notificante da extinção unilateral sem justa causa.”⁶⁴

Considerando que o aviso-prévio pode ser visto de diversos enfoques, as teorias meramente obrigacionais (fazer ou dar, direito/obrigação) ou multiaxíferas (comunicação, declaração, constituição, tempo e pagamento) não encerram o real significado desse instituto jurídico para o Direito do Trabalho, uma vez que não estabelecem de modo pleno a razão jurídica do instituto, limitando a replicar a definição ou tão somente justapor os elementos constitutivos, ou ainda, restringir o instituto a um senso obrigacional.

Dessa forma, sob a égide constitucional e de um prisma teleológico pode-se concluir que o pré-aviso, a princípio, é um instituto UNO, pois independentemente de ser concedido por quaisquer dos contratantes (empregado/empregador) a sua essência é uma só e indivisível, a de um direito/dever social BIDIMENSIONAL. É social porque “embora fornecido ao indivíduo-trabalhador ou pelo indivíduo-trabalhador os seus fins vão atingir os interesses coletivos. É ao indivíduo-social que ele objetiva.”⁶⁵ Já a bidimensionalidade reside no fato de que um instituto indivisível pode ser visto de dois ângulos distintos, neste caso, consoante a parte que o concede, já que o pré-aviso “não é um instituto de proteção exclusiva ao trabalhador. O que ele objetiva proteger é a relação contratual, olhando ambos componentes desse perfeito binômio.”⁶⁶ Para o empregado, como abordado alhures, é a manifestação de seu direito social de liberdade contratual (comunicação receptícia e potestativa), respeitando, como obrigação de fazer, o resultado (tempo e pagamento) do exercício desse direito. Já para o empregador é um dever social de limitação (tempo) de seu poder empregatício/hierárquico de dispensa (comunicação receptícia e potestativa), devendo pagar os salários correspondentes concedendo ou não o aviso (pagamento), por ser de direito fundamental e irrenunciável do trabalhador, salvo quando este conseguiu outro emprego (súmula 276 do TST). Com efeito, considerando essa finalidade intersubjetiva e social do aviso-prévio, somente a teoria integralista da unicidade bidimensional supraexpendida pode compreender todo o complexo inteligível do instituto.

6. A NATUREZA JURÍDICA DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO E SUAS IMPLICAÇÕES

61. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1.095.

62. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 599.

63. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 367.

64. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1087.

65. PIMPÃO, Hirotsê. Aviso Prévio. 2ª ed. rev. atual. aum, Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 95.

66. Ibidem, p. 89.

A jurisprudência e a doutrina pátrias controvertem, de modo não muito recente, a respeito da natureza jurídica do aviso-prévio indenizado, *rectius*, não trabalhado, suscitando duas correntes: uma que compreende como verba a ser enquadrada entre as de natureza indenizatória e, outra, que enquadra o instituto como de natureza salarial.

Na ótica de Godinho:

aviso indenizado corresponde àquele que não é cumprido mediante labor pelo obreiro, sendo pago em espécie pelo empregador. Em vez de valer-se do trabalho do empregado pelas semanas contratuais restantes, o empregador prefere suprimir, de imediato, a prestação laborativa, indenizando o respectivo período de 30 dias (art. 487, §1º, CLT). Trata-se do meio mais comum de dação de aviso-prévio, uma vez que evita os desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação empresarial sobre a ruptura do contrato.⁶⁷

Considerando a teoria integralista da unicidade bidimensional do aviso-prévio, em que as dimensões (patronal/obreira) do pré-aviso não se discrepam, seguindo a mesma sorte as modalidades (trabalhado ou não) correspondentes, revela-se nítida a natureza salarial do pagamento do aviso-prévio trabalhado não podendo ser diferente a interpretação no que tange ao aviso-prévio não trabalhado, a despeito do posicionamento supraexpandido, a uma porque a própria legislação não diferencia as duas hipóteses, sendo interpretação extensiva inadmissível querer diferenciá-las; a duas porque consta do art. 487, § 1º da CLT, especificamente acerca do aviso não laborado que a falta de aviso-prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integralidade desse período no seu tempo de serviço. Neste rumo, sustenta Amauri: “se a falta de aviso é do empregador, terá de pagar ao empregado os salários dos dias referentes ao tempo entre o aviso que deveria ser dado e o fim do contrato.”⁶⁸

Neste mesmo passo, de forma muito percuciente argumenta Raymundo:

Dispondo o §1º do art. 487 da CLT que o período do aviso-prévio sempre integra o tempo de serviço do empregado e que lhe fica assegurado o direito ‘...aos salários correspondentes...’, é bem lógico, a nosso ver, o entendimento de que não se trata de uma indenização. A lei, na verdade, obriga o pagamento dos salários que seriam devidos se feita a comunicação prévia no prazo que ela estabelece.⁶⁹

Quanto à interpretação correta/técnica dos vocábulos inculpidos nas normas, observando que os dispositivos legais não contêm palavras inúteis, salienta Sebastião Geraldo de Oliveira:

Buscar a precisão dos termos técnicos é fundamental para apreender o alcance da norma. Como bem disse Afredo Buzaid, na exposição de motivos do CPC de 1973, “o rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes”. A presunção, portanto, é que o legislador tenha preferido a linguagem técnica, especial-

67. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1.098.

68. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 541.

69. PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. Súmulas do TST comentadas. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 239.

mente neste tema de extraordinária relevância, conforme o ensinamento de Carlos Maximiliano: “Todas as ciências, e entre elas o Direito, têm a sua linguagem própria, a sua tecnologia; deve o intérprete levá-la em conta... A linguagem tem por objetivo despertar, em terceiros, pensamentos semelhantes ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação mediata e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido.”⁷⁰

Desse norte, observa-se que o que se convencionou, na prática, tratar como indenização, teleologicamente é remuneração, já que a intenção é remunerar o empregado, não indenizá-lo, tanto é que tal parcela gera reflexo em FGTS (súmula 305 do TST) e indenização do art. 9º da Lei 6.708/79 (Súmula 182 do TST). E sobretudo reflexo ocorre em razão de um mero silogismo: considerando a proposição da Súmula 305 do TST, o FGTS incide sobre o aviso-prévio não laborado; considerando a proposição da Lei do FGTS (Lei nº 8036/90) que em seu art. 15 dispõe que o Fundo de Garantia incide sobre a remuneração, excluindo as parcelas de natureza indenizatória (§6º do art. 15); só se poderia chegar a uma conclusão: de que o aviso-prévio não laborado possui natureza remuneratória.

Ademais, a mens legis há muito vem endossando o entedimento ora expandido. O simples fato de o constituinte derivado ter retirado do rol do art. 28, § 9º da Lei nº 8.212/91 a figura do aviso-prévio indenizado como parcela não integrante do salário de contribuição, por meio da Lei nº 9.528/97 corrobora tal assertiva, ainda que tal dispositivo não compreenda exaustivamente as verbas imunes à incidência de contribuição previdenciária, uma vez que não é uma mera hipótese de omissão legislativa, mas de observação da melhor técnica legiferante. A esse respeito, de modo incisivo, assevera Carvalho:

Não obstante alguma oscilação na jurisprudência, parece razoável entender que se exige a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, pois a Lei 8.212, de 1991, não inclui tal parcela entre aquelas que estariam imunes a essa incidência. Seguindo essa linha, a Instrução Normativa n. 20 de 11/01/2007, do INSS, passou a exigir a cobrança de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, balizando assim o procedimento das auditorias fiscais. Logo, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS do empregado ganha um efeito que, em última análise, empresta-lhe coerência, qual seja, o efeito de computar-se esse tempo de aviso prévio para efeito de aposentadoria.⁷¹

E agora recentemente o Decreto nº 3048/1999 foi modificado pelo Decreto nº 6727/2009, que excluiu do art. 214, V, ‘f’ a verba do aviso-prévio indenizado, fazendo crer que a intenção do legislador é realmente possibilitar que ele integre o salário de contribuição. Logo, compreendendo Vólia Bomfim que “se tal tributo [contribuição previdenciária] incide sobre o aviso prévio indenizado, ele computa o tempo de serviço também para a Previdência, não havendo mais argumento para negar sua natureza salarial.”⁷²

Os defensores da tese de que o aviso-prévio indenizado teria natureza indenizatória

70. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011, p. 125;

71. CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081, p. 365/366.

72. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1089.

consideram que a modificação feita pelo Dec. nº 6.727/09 seria inconstitucional, pois criou uma hipótese de incidência tributária sem previsão estrita da lei, isto é, em desrespeito ao princípio da reserva legal (art. 150, I da CR e art. 97 do CTN)⁷³. Ora, não se pode compactuar com tal pretensão, já que a função de um decreto é justamente a de “orientar os funcionários administrativos na aplicação da lei, [agindo] o Presidente da República no uso da competência prevista no art. 84, IV, da Constituição, que lhe atribui o poder de editar decretos para a fiel execução das leis.”⁷⁴ De acordo com a concepção irrefutável de Norberto Bobbio decretos regulamentares “são, como as leis, normas gerais e abstratas; mas, diferentemente das leis, sua produção costuma ser confiada ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é integrar leis demasiado genéricas”⁷⁵, que contêm tão só diretivas de máxima e que não poderiam ser aplicadas sem ser ulteriormente especificadas.

Pois bem, a própria Lei nº 8.212/91 ao prever, em seu art. 28, §9º, por exclusão, que o aviso-prévio indenizado integra o salário de contribuição, já determina, em respeito ao princípio da reserva legal tributária, uma hipótese de incidência de tributo, sem qualquer infringência ao princípio da legalidade. Dessa maneira, não poderia o Dec. nº 3048/99, sob o manto da autorizada minudência regulamentar, estipular o contrário do que a lei regulamentada estabelece, sob pena de incidir, aí sim, em inconstitucionalidade manifesta, pois transbordaria os limites legais do conteúdo regulamentar. Luciano Amaro, sobre o tema pontua que os “regulamentos, portanto, embora úteis como instrumentos de aplicação da lei, não podem, obviamente, inovar em nenhuma matéria sujeita à reserva da lei.”⁷⁶

Com efeito, o Dec. nº 6.727/2009 nada mais fez do que conceder ares de constitucionalidade ao decreto referido, amoldando-o aos estritos contornos da Lei n. 8.212/91. Ademais, o art. 99 do CTN ao tratar dos decretos regulamentares dispõe que seu conteúdo e alcance devem restringir-se aos da lei em função das quais sejam expedidos, não devendo, por óbvio, regulamentar o oposto do que dispõe a norma legal. Observa-se com isso que a alegação da suposta inconstitucionalidade do Dec. nº 6.727/09 tenta acobertar a ilegalidade da antiga previsão do Decreto nº 3048/99, quando extrapolava os limites de sua competência ao regulamentar em desacordo com a Lei nº 8.212/91.

Para encerrar tal questiúncula, a própria CR, em seu art. 195, I, ‘a’ estabelece que as contribuições para a seguridade social incidirão sobre a folha de salários, e sendo o aviso-prévio não laborado verba de natureza salarial, é cristalino o comando constitucional acerca da incidência.

Assevera com propriedade Vólia Bomfim quando enuncia que “a natureza jurídica do aviso prévio ‘indenizado’ deveria ser ‘indenizatória’ por questões óbvias. Todavia, a lei entendeu de forma diversa, pois determinou o pagamento do salário

73. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. O nosso Direito Positivo vigente adota o princípio da estrita legalidade tributária em sua feição material (CF, artigo 150, inciso I e CTN, artigo 97), amparado ainda pelo princípio maior da segurança jurídica (artigo 5º, caput). Esse quadro normativo impõe que o fato gerador e a base de cálculo dos tributos sejam determinados positivamente, ou seja, a lei deve prever e qualificar exaustivamente suas características, com perfeita subsunção dos fatos à norma jurídica a ensejar o nascimento da obrigação. O recente Decreto 6.727/2009 revogou a alínea “F” do parágrafo nono do artigo 214 do Decreto n. 3.048/99, que declarava a não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Ocorre, porém, que essa alteração não subsiste porque foi efetivada por meio de norma rasteira, que não se sustenta diante dos comandos constitucionais e limites impostos, cuja permissão foi apenas de tributação sobre as remunerações (contraprestação dos serviços realizados). (TRT 18ª Reg., 1ª T., RO - 00193-2009-151-18-00-8, Rel. Juiz Aldon do Vale Alves Taglialegna, pub. DJ Eletrônico - Ano III, Nº 115, de 1.7.2009, pág. 8).

74. AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.

75. BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 203.

76. AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

durante o período.⁷⁷

Sendo assim, não se pode confundir a nomenclatura da verba com sua natureza jurídica. Aliás, a CLT ao estabelecer os prazos de pagamento do aviso-prévio em seu art. 477, §6º, menciona a indenização do instituto na alínea 'b' como forma de quitação da verba, isto é, desprovida de um sentido técnico, o que não pode suscitar mixórdia na exata exegese de sua natureza jurídica. Do mesmo modo, o vetusto legislador ao insculpir no §5º do art. 487 do mesmo diploma legal o termo aviso-prévio indenizado, o fez não em seu sentido técnico, visto que não se pode entender que se deveras fosse uma verba indenizatória, não poderia ter como base de cálculo componentes salariais, o que se divisa da redação do encimado dispositivo.

A propósito, a jurisprudência de alguns tribunais pátrios vem se firmando nesse sentido:

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. Os artigos 487, § 1º e 489 da CLT reputam o período referente ao aviso prévio indenizado como tempo de efetivo serviço do empregado. Com vistas a isso, o entendimento consubstanciado na Súmula 305 do C. TST, de que a parcela em questão sofre incidência do FGTS, ostentando, assim, natureza remuneratória (art. 15 da Lei 8036/90). Com efeito, a expressão "indenizado" não pode ser tomada, aqui, em seu sentido técnico, pois refere-se apenas à quitação da verba, eis que a dispensa da prestação do trabalho por parte do empregador, quando no período de aviso prévio, não retira a natureza salarial da parcela. A fixação legal do período em discussão, ainda que "indenizado", integra cômputo de trabalho, do que também resulta pacificada tese de que deve ser registrado em CTPS (OJ 82 da SDI-I do TST) havendo, por conseguinte, repercussão de natureza previdenciária. A nova redação da Lei 8.212/91, dada pela Lei 9.528/97, deixou claro que o aviso prévio, mesmo quando indenizado, passou a integrar o salário-de-contribuição, porquanto não elencado especificamente entre as parcelas que não o compõem (art. 28, § 9º). A lei atende interesse do trabalhador, na forma dos artigos 487, II, § 1º e 489 da CLT, haja vista a sistemática do regime previdenciário, em que a aposentadoria já não se adquire tão-só pelo cumprimento do tempo de serviço, fixado legalmente, posto que conjuga necessária concorrência de contribuição previdenciária (CF, art. 40, § 10 e 201, § 7º). Ressalta-se, por fim, que o Decreto n. 3048/99, posterior à edição da referida Lei, ao prever que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição (art. 214, § 9º, V, f), extrapola os limites de sua competência, não subsistindo quando confrontado com o dispositivo legal que se propõe regulamentar. Recurso ordinário da União, ao qual se dá provimento, para reconhecer a natureza salarial da parcela aviso prévio indenizado acordada entre as partes, determinando a incidência de contribuição previdenciária sobre essa. (TRT 9ª Região, 3ª Turma, Processo 04625-2006-195-09-00-0-ACO-07144-2011, Rel. Archimedes Castro Campos Júnior, DEJT 1º.03.2011).

Esclarece-se, outrossim, que é vulnerável e raso o argumento de que como não há prestação de serviço não teria o aviso-prévio não trabalhado natureza salarial, como propõe Delgado:

não se tratando de pré-aviso laborado, mas somente indenizado, não há como insistir-se em sua natureza salarial. A parcela deixou de ser adimplida

77. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1088.

por meio de labor, não recebendo a contraprestação inerente a este, o salário. Neste caso, sua natureza indenizatória inequivocamente desponta, uma vez que se trata de ressarcimento de parcela trabalhista não adimplida mediante a equação trabalho/salário.⁷⁸

Ora, o próprio §1º do art. 487 da CLT, como já adiantado, estabelece que independentemente da forma de aviso, este sempre integrará o tempo de serviço do obreiro, o que significa dizer que sempre há prestação de serviço, ainda que fictícia, em razão do próprio registro em CTPS (OJ/SBDI-I/TST 82). Mais que isso: o aviso-prévio, como se observa do artigo mencionado e do disposto no art. 489 da CLT, é tempo à disposição do empregador, justamente porque os efeitos da dação do aviso (obrigações contratuais e legais) estendem-se até o término do contrato, não podendo o empresário, sob o argumento da dispensa do cumprimento do aviso, privar o trabalhador do direito ao recolhimento previdenciário sobre a verba em comento, pois o fato de o tomador de serviço obstar o direito do obreiro de trabalhar durante o prazo do aviso não retira da verba o seu caráter salarial.

Mesmo que assim não se entenda, a conclusão não pode ser diferente, pois o art. 4º da CLT ao estipular o conceito de prestação de serviço incluiu o tempo à disposição do empregador, não fazendo, ademais, qualquer alusão à natureza jurídica da contraprestação devida pelo patrão, uma vez que as duas coisas não se confundem. Se assim o fosse, não existiria em Direito do Trabalho qualquer retribuição de natureza salarial na ausência de prestação de serviços, ou seja, seria abstrair e suplantar a existência de interrupções do contrato de trabalho. Partindo desse pressuposto, Vólia Bomfim, sustenta que “quando não for trabalhado, considera-se interrompido o contrato até o termo final do aviso prévio, [observando-se que] em todos os períodos de interrupção do contrato de trabalho há pagamento de salário”⁷⁹. Ademais, o salário estrito não é a única contraprestação do labor, a teor do art. 458 c/c art. 82, parágrafo único, ambos da CLT, o que infirma a equação trabalho = salário.

A esse respeito Amauri decanta que:

há divergência doutrinária sobre a natureza do pagamento em dinheiro que o empregador efetua ao empregado. Para uma teoria, trata-se de salário. Para outra (...) trata-se de indenização, tese que foi elaborada pelos juristas que entendem que não há salário sem trabalho. Todavia, hoje está afastada a concepção de salário como contraprestação estrita do trabalho, o que vem reforçar a primeira corrente.⁸⁰

Curiosamente, também leciona Godinho Delgado nesse sentido:

(...) não se pode olvidar que toda a tendência do Direito do Trabalho dirige-se em favor da redução da contraposição imediata entre salário e trabalho, ampliando as hipóteses de interrupção remunerada da prestação de serviços. Nesse quadro, a insistência na presença do traço do sinalagma salário “versus” trabalho é esforço que se coloca contra toda a linha evolutiva central do ramo trabalhista.⁸¹

O aviso-prévio não trabalhado não se destina a retribuir trabalho, mas a

78. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1.095.

79. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1088 e 1094/1095.

80. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 541.

81. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 669.

sua natureza remuneratória é imperativo legal. Nesse rumo, Russomano, ao expor sua contracorrente, aduz: “aviso prévio, sempre, é pagamento de salário. Quando concedido em tempo, o trabalhador recebe a remuneração relativa ao trabalho dentro do período da notificação; quando concedido em dinheiro, é a remuneração devida ao empregado, como se ele permanecesse em serviço.”⁸² Vertente da qual comunga Hirosê Pimpão: “A inobservância dos preceitos que dizem respeito ao Aviso Prévio sujeita a parte faltosa a ter que satisfazer com uma reparação pecuniária de natureza salarial o tempo em que devia durar o aviso, se ele fosse fornecido.”⁸³

Nesse contexto, por lei, seja o aviso-prévio trabalhado ou não, a contra-prestação do empregador é a mesma, com única intenção de remunerar, portanto, de flagrante caráter salarial. Essa linha é sintetizada por Renato Saraiva quando vaticina:

A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (CLT, art. 487, § 1º). Logo, o período correspondente ao aviso prévio sempre integra o tempo de serviço para todos os efeitos (cálculo de gratificação natalina, férias, recolhimento fundiário e previdenciário etc.).⁸⁴

Malgrado comungando apenas de parte da fundamentação, já que as normas celetistas e previdenciárias não possuem exata correspondência, a teor do art. 12 da CLT, e isso significa dizer que integração no tempo de serviço aplica-se para os fins trabalhistas e não previdenciários, correta é a conclusão do autor. Ainda leciona: “decorrente da integração do período (...), o § 6º do art. 487 da CLT disciplina que o reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes”⁸⁵ ao interregno do aviso. E um caso específico de recebimento antecipado dos salários correspondentes ao período é quando o aviso-prévio não é trabalhado, que, por óbvio, não pode estipular uma indenização reajustável de acordo com as benesses incorporadas pelo empregado, visto que a reparação ajusta-se com a extensão do dano (art. 944 do CC).

Existem, ainda, vários outros argumentos apontados pelos apoiadores da tese de que não pode incidir contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio indenizado, tendo em vista a sua natureza não salarial, dentre eles: o aviso-prévio indenizado não se amolda ao conceito de salário de contribuição previsto no art. 28 da Lei nº 8.212/91⁸⁶ e a alteração feita pelo Dec. nº 6.727/09 seria apenas para elidir uma redundância normativa prevista no Dec. nº 3048/99.

Pois bem. A Lei nº 8.212/91 ao definir em vários dispositivos o salário de contribuição, apenas impede que as verbas de caráter indenizatório sofram a incidência de contribuição previdenciária, e com base nesse critério, ao considerar que o aviso-prévio indenizado é tempo à disposição do empregador (prestação de serviços lato sensu) ou interrupção contratual, não há óbice à incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio não trabalhado, como

82. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 73.

83. PIMPÃO, Hirosê. Aviso Prévio. 2ª ed, rev. atual. aum. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p.81.

84. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 234.

85. *Ibidem*, p. 235.

86. Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

assevera a 2ª Turma do TRT da 3ª Região, na seguinte ementa:

ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO NÃO-TRABALHADO. INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

Não obstante as distintas definições de salário de contribuição estabelecidas pela lei, seja qual for o conceito eleito para a incidência da contribuição previdenciária, o fato gerador é a parcela de natureza remuneratória, excluídas as pagas a título de indenização, ou destituídas de caráter salarial por expressa disposição legal. Além do mais, o aviso prévio constitui tempo do empregado à disposição do empregador e se este dispensa o empregado do seu cumprimento, deve arcar, mesmo assim, com o recolhimento da parcela previdenciária sobre este montante. (TRT 3ª Região, 2ª Turma, Processo 00344-2005-059-03-40-3 RO, Relator Juiz Bolívar Viégas Peixoto, DJMG 24.08.2005, p. 06).

O outro argumento supraexpandido refere-se à hipótese de que o Dec. nº 6.727/09 ao alterar o art. 214, §9º, 'f' do Dec. nº 3.048/99 o fez apenas para suprimir uma tautologia normativa, uma vez que o próprio art. 214, §9º, em sua alínea 'm' fez constar que existem outras verbas indenizatórias que não fazem parte do salário de contribuição, sendo despicienda a previsão da alínea 'f'. Data vênua do entendimento exposto, se a intenção do legislador fosse persistir que o aviso-prévio não trabalhado não integrasse o salário de contribuição não teria alterado o Dec. nº 3.048/99, implicando na própria inutilidade do Dec. nº 6.727/09. Mais que isso, se a pretensão fosse essa, não teria o legislador nem modificado a própria Lei nº 8.212/91 por meio da Lei n. 9.528/97, que extirpou o aviso-prévio indenizado do rol do art. 28, §9º, o qual prevê as verbas que não integram o salário de contribuição.

Apenas a título didático registra-se que o TRT da 18ª Região sumulou, na contramão do acima tecido, que sobre o aviso-prévio não trabalhado não incide contribuição previdenciária, in verbis: "Súmula 05. Aviso prévio indenizado. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Mesmo após o advento do Decreto nº 6.727/2009, os valores pagos a título de aviso prévio indenizado não se sujeitam à incidência da contribuição previdenciária."⁸⁷ Ora, da mera leitura do enunciado observa-se que a intenção do Sodalício foi sonegar a interpretação lógico-sistemática ao Dec. nº 6.727/09, suplantando a sua utilidade e eficácia normativa, ao contrário do que pacificou a Sessão Especializada do TRT da 9ª Região, em sua OJ/EX/SE 24, IV: "Base de cálculo. Aviso Prévio Indenizado. O aviso prévio, ainda que indenizado, integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias"; bem como o TRT da 4ª Região, em sua Súmula 49: "Contribuição previdenciária. Aviso prévio indenizado. Incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado."

Em verdade, o caso em disceptação não trata da natureza jurídica da definição do aviso-prévio indenizado, visto que se assim o fosse incorrer-se-ia em tautologia viciante: às verbas de alcinha indenizatória atribuir-se-ia cunho indenizatório. O que se perscruta aqui é a natureza jurídica do pagamento do aviso-prévio, seja ele trabalhado ou não. E à luz desse prisma, observa-se que o próprio ordenamento jurídico atribuiu ao pagamento desse instituto, verdadeiro direito fundamental do trabalhador, como visto, um caráter salarial, já que há uma unidade legalmente estabelecida para esse pagamento e considerando a própria teoria da unicidade bidimensional do

⁸⁷ Muito embora a controvérsia tenha existido no TRT18, como se nota do seguinte julgado: AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECRETO N. 6.727/2009. Por força do Decreto 6.727, de 12/1/2009, foi revogada a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto 3.048/99. Assim, as importâncias recebidas a título de aviso prévio indenizado passam a integrar o salário-de-contribuição, constituindo, portanto, base de cálculo das contribuições previdenciárias. (TRT 18ª Reg., 2ª T., RO 00935-2009-111-18-00-6, Rel. Des. Platon Teixeira de Azevedo Filho, pub. DJ Eletrônico Ano III, Nº 195, de 26.10.2009, pág.15/16).

aviso-prévio supraexposta. Ou seja, a própria legislação não fez qualquer distinção para o caráter do pagamento dessa verba, quer decorrente da prestação estrita de serviço ou não. Cabe ressaltar apenas que a mesma contraprestação é feita nas duas modalidades de aviso-prévio (trabalhado ou não), por isso o pagamento é único e inconfundível em qualquer das duas formas. Com efeito, não há razão heurística para tal distinção quando a própria norma assim não o fez.

Ao certificar a validade de uma teoria jurídica, Bobbio argumenta que toda teoria pode ser considerada “do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, seu objetivo não é outro senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação.”⁸⁸

Nesse diapasão, compreendendo a realidade do aviso-prévio laborado ou não, o seu efetivo pagamento, consoante a teoria integralista da unicidade bidimensional, só pode ser explicado como natureza salarial, já que se o aviso-prévio é uno, dúplice não pode ser a natureza do pagamento em qualquer de suas modalidades, até para se evitar prejuízo ao obreiro, e desrespeito, ainda que tangencial, ao princípio da proteção, salvaguardando ao empregado mais um período de contagem para fins de aposentadoria ou gozo de qualquer outro benefício previdenciário.

Ao negar a sua natureza salarial e, em consequência, a incidência previdenciária, os defensores da corrente indenizatória também ofendem normas de ordem pública que regulamentam o instituto, bem como infirmam a irrenunciabilidade dos direitos dele resultantes. Ou, como nas palavras de Russomano:

assim como os contratantes não podem, a seu livre arbítrio, quebrar as normas vigentes sobre o aviso prévio, porque estas, sendo de ordem pública, estão acima das conveniências pessoais e particulares do empregado e do empregador, não se pode admitir, também, transações que envolvam a renúncia prévia dos benefícios decorrentes daquelas normas.⁸⁹

Em suma, com o descumprimento da obrigação de fazer de pré-avisar (aviso-prévio trabalhado), a solução jurídica é a conversão em obrigação de pagar (aviso-prévio não laborado), como obrigação substitutiva cujo valor deverá ser o mesmo da obrigação específica inadimplida, com todos os seus consectários legais. Isso inclui a incidência previdenciária quando o descumprimento for de iniciativa empresarial, não se operando tecnicamente em ressarcimento de danos, já que pela tese majoritária se não há trabalho, não há contraprestação devida e, por decorrência, não há o prejuízo reparável. Ademais, o empregado dispensado que recebe os salários correspondentes ao prazo do aviso sem cumpri-lo, possui tanto os meios financeiros de costume para manutenção durante o prazo, quanto dispõe de todas as horas úteis para procurar novo labor. Com efeito, não existe uma frustração obreira pela ausência da concessão do prazo, pois o trabalhador não sofre prejuízo quando não labora, havendo, ainda, quem defenda que o empregador tem direito de opção: “ou concede o aviso prévio em tempo ou paga os salários relativos ao prazo normal do aviso, com a dispensa imediata do trabalhador.”⁹⁰ E mesmo que houvesse prejuízo, não há proporcionalidade entre o dano (lucro cessante) e a indenização, considerando a ausência de certas incidências do aviso-prévio, como, por exemplo, sobre as gorjetas (Súmula 354 do TST). Assim, o aviso-prévio não trabalhado não pressupõe uma indenização ou perdas e danos pela não concessão do prazo do aviso, uma vez que se a indenização tem que ser proporcional ao dano (art. 944 do CC), a fixação de seu valor

88. BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 24/25.

89. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 62.

90. Ibidem, p. 29.

não deve ser feita a priori, como dispõe a norma a respeito do aviso-prévio.

Salienta-se que nem mesmo quando o empregado recusa-se a fornecer o tempo do aviso ele pode ser considerado como indenização ao empregador, justamente pelo fato de que o art. 487, §2º da CLT, em verdade, prevê uma penalidade ao trabalhador com o desconto equivalente ao salário pela falta de aviso, tendo em vista que o tomador de serviços não tem um prejuízo efetivo com a ausência de labor⁹¹, e ainda considerando o fato de que nem sempre o empregado é substituído quando ele comunica a demissão. Comunga desse entendimento Hirosê Pimpão, para quem “só mesmo para compeli-lo a cumprir essa obrigação é que as leis ou os contratos autorizam esses descontos, quando o empregado se furtar de fornecer o aviso com a anterioridade necessária. Esse desconto, no entanto, tem um caráter puramente penal.”⁹² O caráter indenizatório dessa prestação obreira resta esvaziado com as palavras de Russomano, quando entende “que, embora o empregado se disponha a pagar e pague o valor correspondente ao aviso prévio que ele não quis dar em tempo, esse pagamento não assegura, à empresa, aquilo que, em essência, o aviso prévio procura: a manutenção do ritmo normal de produtividade do estabelecimento.”⁹³

Dessas exposições conclui-se que, em quaisquer das hipóteses, se indenização fosse, ela retribuiria in totum os prejuízos, não sendo o que, deveras, acontece, já que a indenização deve corresponder a toda extensão do dano (art. 944 do CC) e este deve restar evidenciado.

CONCLUSÃO

Em face de todo o elucidado, denota-se que a natureza jurídica do aviso-prévio nada mais é do que o significado jurídico do pagamento da verba. Sendo assim, não há falar em diferença da natureza desse pagamento em quaisquer das modalidades do instituto (trabalhado ou não), considerando a interpretação inequívoca da norma, da jurisprudência consonante, dos doutrinadores que perfilham o entendimento e da teoria integralista da unicidade bidimensional do aviso-prévio.

Esse trilho só pôde ser pergavado, considerando que a teoria integralista da unicidade bidimensional do pré-aviso consolida a unicidade da natureza do instituto como um direito/dever social bidimensional, equalizando não apenas uma hermenêutica racional da mens legis como também a compreensão da real concepção social e atual do pré-aviso e da realidade orgânica em que ele se insere.

Com efeito, sendo um instituto uno, mas angularizado bidimensionalmente, visto que pode ser concedido pelo empregado ou empregador, ambas as modalidades do pré-aviso não podem se discrepar, devido à unicidade, o que implica em uma concepção unitária do pagamento do aviso-prévio seja ele trabalhado ou não, e sua incidência em contribuição previdenciária, por decorrência.

Destarte, para conceber a teoria que explica todo o complexo inteligível do instituto foi necessário levar em consideração os efeitos produzidos pelo aviso-prévio e as peculiaridades de suas formas, cabimento, prazo e definição, concluindo-se, em linhas gerais, que a natureza jurídica tanto do aviso-prévio laborado como o do não trabalhado só pode ser salarial, compreendendo, assim, o instituto de forma inequívoca.

91. A esse respeito, Russomano argumenta que a “regra genérica é a de que o empregado ao se afastar, abruptamente, do serviço não causa maiores prejuízos ao empregador, porque um único trabalhador (mormente, se mero operário) não constitui peça essencial ao funcionamento da grande empresa, que caracteriza a economia atual” (RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 10).

92. PIMPÃO, Hirosê. Aviso Prévio. 2ª ed, rev. atual. aum., Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p.90.

93. RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961, p. 10.

voca, atribuindo-lhe a sua real feição irrenunciável, que deve estender-se a todos os consectários legais, como incidência fundiária e previdenciária.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renato Rua de. Justificação da Autonomia da Vontade Coletiva. Revista LTr, São Paulo: LTr, vol. 47, n. 07, Julho/1983.
- ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a Despedida Arbitrária. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. Revista LTr, São Paulo: LTr, vol. 56, n. 10, outubro/1992.
- AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AZEVEDO, Maria Minomo de. A Natureza Jurídica do Aviso Prévio à Luz dos Princípios de Direito. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011, ISBN 9788599921081.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOTTSCALK, Élson; GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho: Parte Geral. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1988.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro de. Iniciação ao Direito do Trabalho. 31ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.
- PIMPÃO, Hirosê. Aviso Prévio. 2ª ed. rev. atual. aum., Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.
- PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. Súmulas do TST comentadas. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. O aviso prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961.
- _____. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 8ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22. ed., v.1, São Paulo: LTr, 2005.
- VOCABULÁRIO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Academia Brasileira de Letras. 5ª edição. São Paulo: Global, 2009.