

ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL INDENIZADO

Eddla Karina Gomes Pereira¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aviso prévio é a declaração por uma das partes da relação laboral no sentido de romper, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado ou, excepcionalmente, o contrato por prazo determinado com cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão. O referido instrumento é, pois, basilar para garantia da estabilidade das relações de trabalho, já que pretende minorar os efeitos advindos da rescisão unilateral do contrato de trabalho, evitando-se, dessa forma, que empregado e

¹ Acadêmica de Direito do UNIPÊ
Trabalho apresentado à Comissão de trabalhos acadêmicos da VI Semana do Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região.

empregador sejam surpreendidos com o súbito rompimento do pacto.

Dessa forma, a Consolidação das Leis Trabalhistas prescreve que deve haver uma antecedência mínima da exteriorização da vontade de pôr fim ao pacto laboral:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

...

II - 30 (trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (BRASIL.2006, P. 66)

O aviso prévio, pois, nos moldes do citado dispositivo legal, ocorre no caso de rescisão unilateral do contrato de trabalho, desde que não haja justo motivo². Pode

²Art. 482 Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima-defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima-defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único. Constitui

derivar de iniciativa tanto do empregado, que, nesse caso, perde direito a determinadas verbas decorrentes do rompimento do contrato de trabalho, como também do empregador, que, sendo sua a iniciativa da rescisão contratual, arcará com o ônus referente ao rompimento daquela relação.

O aviso prévio pode ser trabalhado ou indenizado. Na primeira hipótese, há prestação laborativa pelo obreiro na jornada e horários habituais ao longo dos trinta dias (art. 488 da CLT). Pode, também, o trabalhador cumprir integralmente a jornada de trabalho diária durante o mês, sendo que, nos últimos sete dias do pré-aviso, há dispensa do labor para que a parte surpreendida com a ruptura possa ajustar-se à nova situação. Vê-se, pois, que no caso do pré-aviso trabalhado, sob o ponto de vista deste estudo, não há de existir alteração pela respectiva lei regulamentadora que discipline a proporcionalidade do pré-aviso. Os preceitos contidos na legislação específica acerca do prazo de cumprimento do aviso prévio, sob o ponto de vista deste estudo, já são considerados razoáveis e possibilita à parte surpreendida com a rescisão contratual uma considerável margem de tempo para adaptação à nova realidade fática. Portanto, no que tange ao prazo de

igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

comunicação à parte adversa acerca da intenção de rescisão contratual, qual seja, trinta dias, entende-se que a lei que disciplinará tal questão não deverá alterá-lo, estabelecendo prazo diferente do vigente hodiernamente. Conforme outrora aludido, se considera o dito interregno plenamente justo e perfeitamente aplicável a qualquer contrato de trabalho, independente da duração do contrato de trabalho.

O aviso prévio indenizado corresponde àquele que não cumprido mediante labor pelo empregado, será pago em pecúnia pelo empregador ou, quando a iniciativa de rescisão emanar do empregado, consiste no desconto do valor a ser pago ao empregado, caso a iniciativa da rescisão fosse do empregador. Desse modo, a prestação do labor será suprimida de imediato pelo empregador e, por isso, o empregado faz jus ao recebimento do salário integral, mesmo sem ter efetivamente trabalhado. Nesse contexto é que se suscita a importância da regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, pois, a razoabilidade impõe que seja considerada a duração do contrato de trabalho para que se fixe o montante da indenização a ser prestada a título de aviso prévio.

Frise-se, porém, que, não obstante já tenha sido comunicado o intuito da rescisão do vínculo trabalhista, o período de exercício da referida garantia constitucional se integra para todos os fins legais à duração do contrato laborativo, tanto que a data de rescisão a ser lançada na CTPS será o dia final do aviso prévio.

Por outro norte, sendo o aviso prévio indenizado, não há natureza salarial nessa prestação, tendo em vista que a parcela paga não teve como fato gerador o trabalho, a prestação de um serviço, mas reflete, puramente, um caráter indenizatório. Em sentido contrário, tratando-se de pré-aviso trabalhado, a verba paga a título de aviso prévio terá caráter salarial, já que a prestação do serviço é que determina o direito à percepção da referida verba. Reitera-se, porém, que em todo caso será considerado o aviso prévio no cômputo do tempo de contrato de trabalho para todos os fins legais (inclusive para fins previdenciários).

Convém aludir que, mais que um meio de conferir segurança às relações trabalhistas, o aviso prévio é uma garantia fundamental ao indivíduo, e, como toda ela, deve ser prestigiada de forma incisiva e inconteste.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O AVISO PRÉVIO

A partir da Constituição Federal de 1988, o prazo mínimo do aviso prévio é de trinta dias. Ela estabeleceu, ainda, que tal dispositivo deveria ser regulamentado por uma norma infraconstitucional, edificada na intenção de tornar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. O dispositivo Constitucional que prescreve a proporcionalidade do aviso prévio, pois, é uma norma de eficácia contida. Em decorrência dessa previsão legal, o pré-aviso foi erigido à garantia de direito constitucional do empregado, funcionando como um organismo que confere segurança às relações trabalhistas em face do cometimento de ações arbitrárias no que tange à rescisão do contrato laboral, tanto por parte do trabalhador, como também em se tratando do empregador. Por oportuno, frise-se o artigo 7º, XXI, da Carta de Outubro:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (BRASIL, 2000, p.20-1)

Depreende-se, então, que a intenção do legislador originário pauta-se na idéia de que o aviso prévio deve ser diretamente proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. Nada mais correto, já que não é eqüitativo tratar da mesma forma relações de trabalho com diferentes lapsos temporais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), governado por sua atribuição embrionária de guardião da Carta Magna, já se posicionou (Mandado de Injunção 369, de relatoria do Min. Francisco Rezek³) a respeito da proporcionalidade do aviso prévio no sentido do reconhecimento de mora do Congresso Nacional. Assim sendo, vê-se que a inexistência da norma infraconstitucional regulamentadora desse instituto obsta o exercício de uma garantia constitucional, o que deve ser reprovado com veemência, tendo em vista o caráter imprescindível da percepção de uma indenização condizente com o tempo de trabalho.

³ Mandado de injunção. Artigo 7º, XXI da Constituição. <Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no artigo 7º, XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época, circunstância impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor do impetrante. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 07 set 2006

Não obstante o STF tenha declarado a omissão do Legislativo frente à regulamentação do pré-aviso, observa-se uma passividade desta Egrégia Corte, já que Mandado de Injunção não demonstrou ter caráter prático, tanto que desde 19 de agosto de 1992, data em que a Suprema Corte decidiu acerca do citado remédio constitucional, não houve o adimplemento da mora por parte do Congresso Nacional.

Acerca dessa postura, é interessante expor o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira⁴ acerca da postura que o STF deve assumir quando, conquanto procedida à notificação ao Congresso de sua omissão, este se queda inerte, lesando os direitos de toda uma coletividade:

Partilho do entendimento que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o

⁴ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.625.

Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (BRASIL, 1995, p. 8.625)

Além do mais, importa ressaltar que a proporcionalidade da duração do aviso prévio ao tempo de serviço, mencionada no art. 7º, XXI, da Constituição, por ser direito social, inserido no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, deve ter aplicabilidade imediata, já que “qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político”⁵.

Todavia, o entendimento jurisprudencial contemporâneo posiciona-se no sentido de que as garantias aos trabalhadores dispostas no artigo 7º da Constituição não são auto-aplicáveis, uma vez que são normas de eficácia contida, que carecem de regulamentação por lei ordinária. Por isso,

⁵ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina Editora. 3. ed. p. 1102.

enquanto não houver previsão legal regulamentando a proporcionalidade do aviso prévio, a decisão que o defere, na visão dos tribunais superiores, afronta o próprio dispositivo constitucional, e, sobretudo, o princípio da legalidade.

Diante da omissão legislativa, porém, não deve o Judiciário quedar-se inerte, sob pena de ser, além de omissivo, passivo. É nessa direção que leciona o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nesse diapasão, frise-se, por oportuno, que o art. 126 do Código de Processo Civil adverte que o “juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.”. Dessa forma, sempre deve existir uma prestação jurisdicional, mesmo nas situações em que calhar omissão do Legislativo.

Nesse sentido, deliberou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme se depreende da Orientação Jurisprudencial n.º 84 da SBDI-1/TST, aplicada quando do julgamento do Recurso de Revista n.º 561.097/1999.⁶, *in verbis*:

Aviso prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < <http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 07 set 2006.

regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável. O Tribunal Regional, como visto, deferiu ao Reclamante a complementação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado à Reclamada. Assim, considerando que o acórdão regional destoia da jurisprudência consolidada nesta Corte, dou provimento ao Recurso de Revista para excluir da condenação o pagamento do aviso prévio proporcional.

Nota-se, então, que o TST, aliado ao STF, assume a postura de que a regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio é procedimento essencial para o reconhecimento, ou melhor, para prestigiar a existência desse direito inerente à relação de trabalho. A mora legislativa, portanto, além de refletir uma postura de irresponsabilidade do ponto de vista funcional do parlamento, ainda acarreta a não aplicabilidade de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido.

Ao assumir essa conduta, os citados tribunais indiscutivelmente afrontam o princípio da proteção ao hipossuficiente, bem como o princípio da isonomia. Aquele, por desconsiderar a posição desprivilegiada do trabalhador, de forma a não “atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”⁷. E, quanto ao princípio da isonomia, há ofensa a seus termos a partir de