



ESTADO DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
BACHARELADO EM DIREITO



WELITON SANTIAGO ARAGAO

AVISO PRÉVIO NA RESCISÃO DE CONTRATO
DE TRABALHO

Pontes e Lacerda – MT

2018

WELITON SANTIAGO ARAGÃO

AVISO PRÉVIO NA RESCISÃO DE CONTRATO
DE TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito
à Universidade de Mato Grosso -
UNEMAT, sob a orientação da Professora
Acássia Mirelle Martins.

TERMO DE APROVAÇÃO

WELITON SANTIAGO ARAGÃO

AVISO PRÉVIO NA RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso.

Em ____/____/____, a banca examinadora considera aprovado o Trabalho de Curso do Acadêmico Weliton Santiago Aragão, para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

ACÁSSIA MIRELLE MARTINS
Universidade do Estado de Mato Grosso

Membros da banca:

ELZIRA DOS SANTOS MATOS
Universidade do Estado de Mato Grosso

THIAGO MOREIRA RODRIGUES
Universidade do Estado de Mato Grosso

Dedico esta conquista a toda minha família, em especial aos meus pais, minha esposa, meu filho e minhas irmãs, que sempre estiveram comigo, nos momentos tristes e alegres, que face as dificuldades encontradas, sempre me incentivaram a seguir com a formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por me abençoar, proteger e iluminar todos os meus passos e caminhos que percorri durante toda minha vida, inclusive nesta caminhada acadêmica. Agradeço a minha adorada esposa Nayara, que se absteve de sua carreira profissional para se dedicar aos cuidados de casa e de nosso filho Frederico no decorrer desta minha jornada acadêmica, que Deus faça com que eu possa retribuir da melhor forma possível tudo o que tem feito por nossa família. Agradeço a meu velho pai, Divino Aragão de Souza e minha amada mãe, Zilma Santiago de Souza, com quem apreendi a ser a pessoa que sou, a superar as dificuldades e a valorizar cada conquista, levar como aprendizado cada adversidade que a vida nos coloca, sem se entregar e sim lutar até o fim.

RESUMO

AVISO PRÉVIO NA RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

O presente trabalho de conclusão pretende de forma sintética, esclarecer as distinções existentes entre o instituto jurídico do Aviso Prévio no âmbito do Direito do Trabalho. Aviso prévio é a comunicação de rescisão do contrato de trabalho por uma das partes, empregador ou empregado, que decide extingui-lo, com a antecedência que estiver obrigada por força de lei, no intuito de evitar a surpresa na ruptura do contrato de trabalho, possibilitando ao empregador o preenchimento do cargo vago e ao empregado uma nova colocação no mercado de trabalho, trata-se de um período de readaptação que atinge a ambos, tendo importantíssimo papel na relação empregatícia. O objetivo é esclarecer as possíveis situações ocorridas e que podem ocorrer na concessão, no cumprimento, no término e ainda quando da ausência ou dispensa do aviso prévio de rescisão do contrato de trabalho, por meio da doutrina e jurisprudências.

Palavras-chave: direito do trabalho, aviso prévio, rescisão contratual.

ABSTRACT

PRIOR NOTICE IN TERMINATION OF CONTRACT OF WORK

The present work of conclusion intends in a synthetic way, to clarify the existing distinctions between the legal institute of the Prior Notice in the scope of Labor Law. Prior notice is the notice of termination of the employment contract by one of the parties, employer or employee, who decides to extinguish it, in advance that is required by law, in order to avoid the surprise in breaking the contract of employment, allowing the employer to fill the vacant position and the employee a new placement in the job market, it is a period of readaptation that affects both, and has a very important role in the employment relationship. The purpose is to clarify the possible situations that may occur in the granting, compliance, termination and even when the absence or dismissal of the notice of termination of employment contract, through doctrine and jurisprudence.

Keywords: labor law, prior notice, contractual termination.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – INFORMAÇÕES GERAIS	2
1.1 CONCEITO	2
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	4
1.3 NATUREZA JURIDICA.....	6
1.3.1 NO AVISO TRABALHADO	7
1.3.2 NO AVISO INDENIZADO PELO EMPREGADOR	7
1.3.3 NO AVISO PRÉVIO INDENIZADO PELO EMPREGADO	8
1.4 FINALIDADE	9
CAPÍTULO II - AVISO PRÉVIO NA PRÁTICA TRABALHISTA	9
2.1 MODALIDADES DE AVISO PRÉVIO: INDENIZADO OU TRABALHADO	10
2.1.1 AVISO PREVIO INDENIZADO	10
2.1.1.1 DESCONTO DE AVISO NO PEDIDO DE DEMISSÃO, PROJEÇÃO DE 13º SALARIO E FÉRIAS.....	11
2.1.2 AVISO PRÉVIO TRABALHADO	13
2.1.2.1 MOTIVADO PELO EMPREGADOR.....	13
2.1.3 RECUSA DO EMPREGADO EM CUMPRIR O AVISO PRÉVIO TRABALHADO	14
2.1.4 RECUSA DO EMPREGADOR QUANTO AO CUMPRIMENTO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO	15
CAPITULO III - DO AVISO PRÉVIO NOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS.....	17
3.1 EMPREGADO URBANO	17
3.2 EMPREGADO RURAL.....	18
3.3 EMPREGADO DOMÉSTICO.....	18
3.4 CONTRATOS DE PRAZO DETERMINADO	19
CAPITULO IV - AVISO PRÉVIO NAS RUPTURAS CONTRATUAIS	20
4.1 NA DISPENSA SEM JUSTA CAUSA	20
4.2 NO PEDIDO DE DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA	20
4.2.1 PEDIDO DEMISSÃO EM DECORRÊNCIA DE NOVO EMPREGO	22
4.3 NA RESCISÃO POR JUSTA CAUSA E RESCISÃO INDIRETA	22
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	27

INTRODUÇÃO

Aviso prévio é a comunicação de rescisão do contrato de trabalho por uma das partes, empregador ou empregado, que decide extingui-lo, com a antecedência que estiver obrigada por força de lei, no intuito de evitar a surpresa na ruptura do contrato de trabalho, possibilitando ao empregador o preenchimento do cargo vago e ao empregado uma nova colocação no mercado de trabalho, trata-se de um período de readaptação que atinge a ambos, tendo importantíssimo papel na relação empregatícia.

Quando concedido pelo empregador, o aviso prévio tem por objetivo possibilitar a procura de um novo emprego ao trabalhador despedido, antes de ter seu contrato rescindido definitivamente, de forma a garantir-lhe salário durante este período, para que consiga manter seus meios de subsistência e recolocação no mercado de trabalho. Quando o empregado pede demissão, a finalidade de tal notificação é fornecer ao empregador oportunidade para contratar substituto para o cargo, de modo que o trabalho daquele determinado setor não fique comprometido com a saída do empregado, evitando assim possíveis prejuízos de ordem econômica.

O objetivo do presente trabalho é esclarecer, sem esgotar a matéria, as possíveis situações ocorridas e que podem ocorrer na concessão, no cumprimento, no término e ainda quando da ausência ou dispensa do aviso prévio de rescisão do contrato de trabalho, por meio da doutrina e jurisprudência. Durante o presente trabalho iremos abordar duas hipóteses que ainda não encontramos base legal, gerando dúvidas e insegurança aos militantes na área do direito do trabalho e profissionais de recursos humanos. Trata-se da projeção de aviso prévio no pedido de demissão indenizado pelo empregado para fins de apuração de décimo terceiro salário, férias e terço constitucional de férias, uma vez que este preenche o espaço que seria destinado ao aviso de forma pecuniária e nada mais justo seria a projeção desses direitos. O outro ponto seria a invalidade do desconto de aviso prévio pelo empregador quando o empregado pede demissão pelo fato de ter obtido novo emprego. Seria a nova oportunidade de emprego, que na maior parte dos casos oferecem condições de trabalho ou vantagem salarial, um justo motivo para tal?!

Iremos apresentar pontos relevantes para fundamentar estas teses para chegarmos aos possíveis esclarecimentos, apontando também qual posição adotamos.

CAPÍTULO I – INFORMAÇÕES GERAIS

1.1 CONCEITO

A grande maioria dos contratos, em especial os de trato sucessivos, ou seja, que se projetam no tempo, tendo uma prestação contínua, possuem cláusula de aviso prévio quando uma das partes pretende encerrar o contrato. Com o contrato de trabalho não é diferente, a parte que pretende encerrar o vínculo deve previamente comunicar a outra parte de sua intenção.

Portanto, é a comunicação a que está obrigada, com antecedência mínima legal, sob pena de indenização substitutiva, qualquer das partes do contrato de trabalho estabelecido por prazo indeterminado, que deseja oferecer a outra quanto ao seu rompimento da relação de emprego, ou seja, a comunicação que uma parte faz a outra, comunicando a intenção de dissolução do contrato por prazo indeterminado.

Nas palavras de Ricardo Resende:

Aviso prévio é o direito do contratante de ser avisado, com a antecedência de, no mínimo, 30 dias, conforme previsto na CRFB, sobre a intenção da outra parte de romper o contrato de trabalho (RESENDE, 2014, p. 916).

Resumem Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

O 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. (GOMES, 1990).

Segundo Vólia Bonfim Cassar, há três correntes para conceituar o aviso prévio:

1º Declaração de vontade unilateral receptícia desconstitutiva do contrato. Entre esta comunicação e a terminação efetiva do contrato há um lapso temporal mínimo de 30 dias. Se o notificado for o empregado, fica-lhe assegurado, ainda, o salário do período e o cômputo deste no tempo de serviço. Resumindo, aviso prévio é uma notificação, uma comunicação ou uma declaração de vontade seguida de um prazo mínimo legal preestabelecido. Adotam este conceito Orlando Gomes, Süsskind, Evaristo de Moraes Filho, Gabriel Saad, Sergio Pinto, Delio Maranhão, Russomano, Rodrigues Pinto, Mauricio Godinho e Alice Monteiro de Barros. Arnaldo Süsskind acrescenta que o aviso prévio é a comunicação que um contratante faz ao outro de que resolveu denunciar o contrato que os vincula.

2º Outra vertente advoga que o aviso prévio transforma o contrato por prazo determinado em determinado, isto é, seria um contrato a termo – Desta forma, Russomano.

3º A última corrente defende que o aviso prévio é um lapso de tempo imposto por lei entre a denúncia do contrato e sua efetiva terminação. Neste sentido Martins Catharino e Octavio Bueno Magano. (BONFIM, 2016, p. 1036)

A autora aponta seguir esta terceira corrente, para ela o conceito de aviso prévio não pode ser o mesmo da despedida, acredita que despedida é a declaração unilateral receptícia desconstitutiva de vontade, e o aviso é prazo obrigatório entre a declaração e a efetiva extinção. Ainda aponta, segundo ela, a prova que os institutos são diferentes, que é a contagem do prazo do aviso que inicia-se após a declaração de extinção, na forma da súmula nº 380 do TST. (BONFIM, 2016, p. 1037)

Diante das correntes doutrinárias citadas pela autora, concordamos com a primeira corrente, uma vez que o aviso prévio não tem um efeito direto no contrato de trabalho, não afetando a relação de emprego, pois, trata-se apenas de uma comunicação feita pela parte que deseja rescindir o contrato de trabalho de acordo com o prazo determinado em lei, a parte inocente.

Trata-se de um instituto jurídico bilateral, podendo ser concedido tanto pelo empregado quanto pelo empregador, a depender de quem é a intenção de romper o contrato¹.

O aviso prévio poderá ser trabalhado ou indenizado. Sendo indenizado, tanto o empregador quando realiza a comunicação de rescisão, impedindo que o empregado cumpra o prazo legal pelo tempo previsto, quanto o empregado quando

¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 10. ed., 2016, p. 620.

pede demissão e não cumpre o aviso prévio, devem arcar com o respectivo valor pecuniário, em substituição ao lapso destinado de prazo de aviso prévio na forma de ressarcimento. Não existe aviso prévio cumprido em casa, devendo este fato ser considerado como aviso prévio indenizado, conforme orientação jurisprudencial nº 14 da SDI-I do TST.

Quando concedido pelo empregador, o aviso prévio possibilita um tempo para procura de novo emprego, e, quando o empregado pede demissão, a finalidade é dar ao empregador a possibilidade de recolocar a vaga antes ocupada pelo empregado, de modo que não lhe traga prejuízos nas suas atividades.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O aviso prévio aparece inicialmente na Idade Média nas chamadas Corporações de Ofício que eram associações que surgiram para regulamentar as diversas atividades existentes na época, o companheiro não podia se desligar da Corporação sem antes avisar seu mestre da decisão tomada. Estes Mestres eram os donos das oficinas, das ferramentas, das matérias-primas e do conhecimento, que compreendia a figura do empregador. Entretanto, este direito de comunicação prévia não era para ambos, ficando apenas a cargo do companheiro avisar com antecedência, cabendo ao mestre a qualquer momento romper o vínculo sem respeitar qualquer prazo (BONFIM, 2016, p. 1035).

O processo de evolução do aviso prévio é bem definido na França (BARROS, 2016, p. 620). Durante a Revolução Francesa este instituto permaneceu ignorado, prevalecendo, em meios as idéias liberais e o individualismo jurídico, a ruptura brusca como um direito, sem qualquer apontamento prévio. Esta situação ganha outro cenário em meados do século passado, quando os tribunais europeus começaram a se sensibilizar com os abusos dos empregadores.

No Brasil, inicialmente este instituto surge no Código Comercial de 1850 em seu art. 81 que previa o aviso prévio de um mês, salvo ajuste em contrário, nos contratos entre preponentes e um de seus prepostos.

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.

Mais tarde, sobreveio a esta disposição o Código Civil de 1916, que tratou do aviso prévio em seu art. 1221 se referindo à locação de serviços, acrescentando que seu cabimento ocorreria apenas aos contratos por prazo indeterminado.

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 prévio aviso, pode rescindir 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 antecipação de quatro dias, se o salário estiver ajustado por semana ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contrato por menos de sete dias.

O primeiro ordenamento jurídico trabalhista a dispor sobre aviso prévio foi o Decreto nº 16.107/23, que tratou sobre a locação de serviços domésticos e editou normas minuciosas sobre o aviso prévio, trazendo também a ideia para os contratos por prazo determinados, que fora abandonada posteriormente.

A regulamentação do aviso prévio aparece novamente na Lei nº 62 de 05 de Junho de 1935, em seu art. 6º, que exigia comunicação apenas do empregado, a matéria não foi bem recebida e gerou polêmica tendo posteriormente a perca do interesse com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, com os artigos 487 e 491, estipulando o dever recíproco em conceder aviso prévio.

E em 1988 foi a vez da Constituição Federal Brasileira, no art. 7º, inciso XXI, arrolar constitucionalmente o aviso prévio como um direito dos trabalhadores, com prazo mínimo de 30 dias.

Por fim, com advento da lei 12.506 de 2011 em seu art. 1º, o aviso prévio passou a ser proporcional de acordo com o tempo de vínculo do trabalhador, sendo de 30 (trinta) dias para os empregados que contem até 1 (hum) ano de serviço na mesma empresa e por tempo superior a este, serão acrescido 3 (três) dias por ano cheio trabalhado na mesma empresa, limitando-se a 60 dias, perfazendo o limite de 90 dias de aviso prévio, concedidos ao empregado.

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.

1.3 NATUREZA JURIDICA

Para Alice Monteiro de Barros², sua natureza também é legal e traduz uma instituição de garantia, pois visa a evitar surpresas na dissolução do contrato, complementa ainda que também terá natureza convencional, como se inferem de algumas convenções coletivas, pois, estas alongam e modificam determinadas situações como a proporcionalidade do aviso, enquanto ainda não se regulamentava o preceito constitucional, anterior à edição da lei 12.56/11 que tratou da proporcionalidade do aviso prévio de acordo com o tempo de serviço.

Ricardo Resende aponta outra natureza jurídica:

O aviso prévio tem natureza de comunicação formal da intenção de romper o contrato de trabalho. Alguns autores chamam tal rompimento de denúncia do contrato, o que é a mesma coisa (RESENDE, 2014, p. 928).

Segundo Vólia Bonfim Cassar³, 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.

Concordamos com esta tese, pois, será um direito para a parte inocente, para que se evite que esta seja surpreendida com a rescisão de contrato de trabalho, e em contra partida, uma obrigação para o denunciante, que quando não o cumpri, deverá indenizar a parte oposta.

Porém, os autores ainda fazem referências a outras possíveis naturezas jurídicas de acordo com os seguintes tópicos.

² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 10. ed., 2016, p. 620.

³ BONFIM, Volia. (2016). *Direito do Trabalho - 12. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, pag 1039.

1.3.1 NO AVISO TRABALHADO

Além de ser um direito, poderá ser apontado como salário e prazo. Salário porque durante o período de aviso o empregado recebe os respectivos valores inerentes ao serviço prestado neste período e de prazo, pois, corresponde ao lapso temporal legal que flui entre a denúncia do contrato e sua efetiva terminação. Nesta linha Vólia Bonfim Cassar (BONFIM, 2016, p. 1039).

Se cumprido, o aviso prévio tem a natureza de parcela salarial, integrando o cálculo de todas as demais parcelas, conforme o caso. Isso porque, neste caso, o aviso prévio nada mais é que um último mês de contrato, que se soma ao que já foi cumprido até a data da comunicação. Assim, o aviso prévio trabalhado é, inquestionavelmente, base de cálculo do FGTS. Nesta linha, Ricardo Resende⁴ e Alice Monteiro de Barros⁵.

No decorrer do presente estudo, diante da argumentação destas doutrinas, concordamos com a tese de que a natureza jurídica do aviso prévio trabalhado seria de prazo, pois, conforme mencionado no tópico anterior, este não tem um impacto direto no contrato de trabalho, pois apenas deixam as partes cientes de que o contrato será rescindido.

1.3.2 NO AVISO INDENIZADO PELO EMPREGADOR

Quando o empregador realiza a comunicação de dispensa ao empregado e impossibilita o cumprimento deste, deverá realizar o pagamento dos salários que se cumprido, receberia o trabalhador, inclusive a proporção de férias e décimo terceiro salário (art. 487, § 1º, da CLT), a lei denomina este fenômeno de aviso prévio indenizado.

Posto isto, por questões óbvias a natureza jurídica do aviso prévio indenizado deveria ser indenizatória, porém, a lei entende de forma diversa, pois determinou o pagamento de salários durante o período de aviso e integração deste cômputo no

4

RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado - 4. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: MÉTODO, 2014, p. 928.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 10. ed., 2016, p. 620.

tempo de serviço. Nota-se que o legislador expressamente menciona a palavra salário no referido dispositivo legal:

§ 1º - 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 (grifos nossos).

Nesta posição encontram-se vários doutrinadores, a Súmula nº 305 do TST, Orientações Jurisprudenciais 82 e 83 da SDI-I do TST e a jurisprudência majoritária:

FGTS-INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS. Sentença que se reforma nessa parte.

(TRT-1 - RO: 14525120105010031 RJ, Relator: Celio Juacaba Cavalcante, Data de Julgamento: 14/05/2012, Décima Turma, Data de Publicação: 2012-05-23)

Da mesma forma o art. 15, § 6º, da lei 8.036/90 c/c art. 28, IV, § 9º da lei nº 8.212/90. Ademais, houve revogação da alínea *f* do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto nº 3048/99 pelo o Decreto nº 6.727 de 12/01/2009, que determinava a não incidência da cota previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Desta forma, se à incidência sobre o aviso prévio indenizado, também irá computar tempo de serviço para a Previdência, inibindo qualquer negativa de evidência da sua natureza salarial.

Contrários ao entendimento supramencionado, do qual compartilhamos, entendendo que o aviso prévio indenizado se trata de natureza salarial, estão os autores Ricardo Resende e Alice Monteiro de Barros, pois acreditam se tratar de natureza indenizatória.

1.3.3 NO AVISO PRÉVIO INDENIZADO PELO EMPREGADO

O empregado deve comunicar o empregador com antecedência mínima de 30 dias sua intenção de rescindir o contrato de trabalho, caso não o faça, deverá indenizar ao empregador os valores correspondentes aos dias de aviso.

Compartilhamos que, sem dúvidas esta parcela tem natureza indenizatória, pois busca compensar o dano causado ao empregador, pois não lhe concedeu tempo suficiente para procurar outro empregado para a vaga. Não podendo ser

considerada salário, uma vez que o empregado não paga salário ao empregador (BONFIM, 2016, p. 1041).

1.4 FINALIDADE

A finalidade deste instituto é evitar que ambas as partes sejam surpreendidas com a ruptura brusca do contrato de trabalho por prazo indeterminado. Quando o empregador comunica a rescisão do contrato de trabalho, o aviso prévio tem por finalidade dispor de tempo ao empregado para que possa procurar novo emprego, possibilitando uma recolocação no mercado de trabalho, de forma a evitar tenha seus salários interrompidos e assim, garantindo seus meios de subsistência própria e de sua família. Quando o empregado pede demissão, a finalidade é fornecer ao empregador oportunidade para contratar substituto para o cargo, de modo que o trabalho daquele determinado setor não fique comprometido com a saída do empregado, evitando assim possíveis prejuízos de ordem econômica.

Nos casos em que se tratar de contratos por prazo determinado já se sabe a data de sua extinção, não há que se falar em surpresa e, portanto, não cabe aviso prévio. Se, entretanto, o pacto contiver a cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada, e a parte dela se utilizar, rompendo o ajuste antecipadamente, o contrato passara a reger-se pelas normas próprias dos ajustes por prazo indeterminado, como prevê o art. 481 da CLT (BARROS, 2016, p. 621).

CAPÍTULO II - AVISO PRÉVIO NA PRÁTICA TRABALHISTA

A estabilidade e a garantia de emprego não são adquiridas no curso do aviso-prévio, é o que estipula a Orientação Jurisprudencial nº 35 e 40 da SDI, assim como o aviso-prévio dado pelo empregador não pode correr no mesmo tempo que a estabilidade provisória do trabalhador ou durante o período de garantia do emprego (Súmula 348 do TST), pois neste prazo o empregado não pode ser despedido sem que haja uma justa causa.

Segundo Martins (2003 p. 381) *“caso o empregador faça coincidir o aviso-prévio com o término da garantia de emprego, deverá pagar novamente o aviso prévio ao laborista, garantindo-se sua integração para o cômputo do tempo de serviço do trabalhador”*.

O aviso-prévio não poderá ser dado à funcionário afastado devido à doença ou acidente de trabalho. Se, durante o prazo do aviso-prévio, o empregado sofre acidente ou fica doente, e o afastamento não é longo o suficiente para caracteriza a invalidez como definitiva, entende-se que o instituto é suspenso e a contagem recomeça de onde parou no momento em que o funcionário volta a trabalhar.

2.1 MODALIDADES DE AVISO PRÉVIO: INDENIZADO OU TRABALHADO

2.1.1 AVISO PREVIO INDENIZADO

Quando uma das partes deseja rescindir o contrato de trabalho por prazo indeterminado, sem justa causa, não ocorrendo o cumprimento do aviso por vontade da parte denunciante, esta deverá indenizar a outra parte com valor correspondente ao prazo que seria destinado ao cumprimento do aviso prévio.

Na ocasião em que o empregador realiza a demissão sem justa causa impedindo que o empregado cumpra o aviso prévio, deverá indenizar o empregado com o valor correspondente, inclusive no que tange ao tempo de serviço, como 13º, férias, terço constitucional de férias e FGTS, conforme disciplinado no art. 487, § 1º da CLT:

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.

De acordo com o § 3º do presente artigo, se o salário é pago com base nas tarefas, o cálculo do aviso-prévio será feito de acordo com a média dos últimos 12 meses de serviços, multiplicado pelo valor da última tarefa. Os adicionais pagos com habitualidade deverão integrar o aviso prévio indenizado, como os de insalubridade

e periculosidade, questão esta, regida pelo § 5º do mesmo diploma legal. Porém, se o aviso-prévio for trabalhado, os adicionais serão pagos à parte, não integrando o aviso, por se tratar de salário e não indenização. Já a gratificação semestral não repercute no cálculo do aviso-prévio, mesmo que ele seja indenizado (Súmula 253 do TST).

Incide o FGTS sobre o aviso-prévio, seja ele indenizado ou trabalhado (Súmula 305 do TST). A contribuição previdenciária não incide sobre a quantia paga a título de indenização do aviso-prévio.

Da mesma forma, quando o empregado opta por rescindir o contrato de trabalho, deverá cumprir o prazo de aviso para que o empregador possa repor a vaga até então ocupada por aquele, caso não o faça, fica reservado ao empregador o direito de descontar o valor correspondente ao prazo que seria destinado ao aviso, conforme previsto no art. 487, § 2º da CLT:

A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

Aqui alcançamos um dos pontos a serem indagados no presente trabalho, pois, quando o empregado não o cumpre o prazo de aviso, reservado o direito do empregador em descontar o valor correspondente a este prazo, não há dispositivo, jurisprudência ou doutrina que trate a cerca da mesma projeção atingida pelo aviso pago ao empregado pelo empregador, em que se referem os avos de férias e 13º salário.

2.1.1.1 DESCONTO DE AVISO NO PEDIDO DE DEMISSÃO, PROJEÇÃO DE 13º SALARIO E FÉRIAS

A respeito dos efeitos de direitos do aviso prévio indenizado pelo empregado, quando este não cumpre tal praz, uma vez que na prática trabalhista, nas rescisões de contratos de trabalho que são calculadas pelos escritórios de contabilidades, trata se de um assunto confuso e gera dúvidas aos profissionais de RH.

O aviso prévio não extingue o contrato, apenas comunica à outra parte que, depois de certo prazo, pretende-se extingui-lo, portanto, o período do aviso, trabalhado ou não, integra o contrato, na sua duração, para todos os efeitos legais, como para o cálculo de férias, salário, depósito de FGTS, etc., previsto no art. 16 da Instrução Normativa da Secretaria de relações do trabalho - SRT Nº 15 DE 14.07.2010.

Art. 16. O período referente ao aviso prévio, inclusive quando indenizado, integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

A falta de aviso por parte do empregador garante ao empregado os mesmos direitos, de forma que aquele pagará normalmente o salário do período correspondente e as demais verbas (aviso indenizado) esta obrigação é recíproca, o empregado também sofre as consequências da falta desta comunicação, permitindo ao empregador descontar o salário correspondente ao período do aviso (§ 3º do art. 487 da CLT). Não poderá, porém, descontar outro tipo de verba. O aviso trabalhado é salário. Não sendo trabalhado, tem caráter indenizatório. Mas em qualquer caso integra a duração do contrato para todos os efeitos legais, inclusive o depósito de FGTS (Súmula 305 do TST).

Como embasado acima, como o empregado “*paga*” pelo aviso, que está deixando de cumprir, para que se atinja seu objetivo legal, evitando que o empregador sofra com a vaga originada, neste ato, o empregado preenche o prazo destinado ao aviso de 30 (trinta) dias, portanto, tempo de serviço. Logo, o empregado sofrerá o desconto de aviso prévio, porém, em contra partida, recebe a proporção de férias e décimo terceiro correspondente a projeção do aviso prévio, para fortalecer este entendimento, também contamos com a OJ 82 da SDI-1 do TST:

82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997)

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Como na dúvida, o direito do trabalho esta para o trabalhador, com base no princípio do *in dubio pro operário*, no qual, se uma determinada regra permite duas ou mais interpretações, estará o intérprete vinculado à escolha que se mostre mais favorável ao empregado, reforça o entendimento de que serão devidos as parcelas

de décimo terceiro e férias correspondentes ao aviso prévio indenizado pelo empregado.

2.1.2 AVISO PRÉVIO TRABALHADO

2.1.2.1 MOTIVADO PELO EMPREGADOR

Quando se tratar de demissão sem justa causa pelo empregador, e for determinado que seja cumprido o prazo correspondente, o empregado goza do benefício de reduzir sua jornada em duas horas diárias ou se optar, ausentar-se por 7 (sete) dias consecutivos podendo se estabelecer em qualquer período do aviso, começo, meio e fim.

Artigo 488: O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação.

Importante frisar que a opção pela redução de 07 dias ou 02 horas compete exclusivamente ao empregado e o empregador não poderá substituir a redução da jornada ou dos dias pelo pagamento de horas extras por parte ou por todo o período de aviso, pois tal medida contraria a finalidade do instituto da súmula nº 230 do TST.

AVISO PRÉVIO. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

Alice Monteiro de Barros⁶ ressalta que essa redução jamais poderia ser concedida pelo empregado ao empregador, por haver presunção de que ele já possua novo emprego ou uma nova ocupação.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, p. 900-903.

Alguns doutrinadores entendem que, em se tratando de contrato de trabalho por tempo parcial, ou seja, para os que trabalham menos do que 8 horas por dia, essa redução do aviso será proporcional. Segundo (BONFIM, 2016, pag. 1044) tal proporcionalidade é justa e sensata e não premia os que tem jornadas mais curtas em prol as do que tem a mais extensa. Caso o empregado opte pela redução de duas horas, a escolha do horário destinado para tal será destinado ao empregado, desde que o faça previamente e de preferência, por escrito.

Outro ponto que merece atenção que a redação do artigo 488 da CLT aplica-se para todas as modalidades de contrato de trabalho por prazo indeterminado, inclusive:

- Regime de tempo parcial (artigo 58-A da CLT);
- jornada de 12 horas de trabalho e 36 horas de descanso;
- empregados horistas, diaristas;
- entre outros.

O prazo mínimo para o aviso será de 30 dias, conforme previsão constitucional, em seu art. 7º, inciso XXI.

2.1.3 RECUSA DO EMPREGADO EM CUMPRIR O AVISO PRÉVIO TRABALHADO

Aqui depara-se com outro tema que não foi encontrado embasamento legal, jurisprudencial ou Doutrinário a respeito no que tange a prática trabalhista. Neste caso o empregado é demitido pelo empregador, porém, se recusa a cumprir o aviso prévio.

Considerando que o aviso prévio é irrenunciável ao empregado (Súmula nº 276 do TST), uma vez que o empregador faça a comunicação da dispensa e exija o seu cumprimento, e por sua vez, o empregado não aceite cumprir o referido tempo de aviso trabalhando, o empregador tem o direito de descontar o período que o trabalhador se recusa a cumprir como faltas aos respectivos dias.

Para tanto, é importante que o empregador solicite que o empregado formalize no verso do aviso prévio a sua recusa de cumprir o trabalho no decorrer do aviso.

Outro ponto relevante, é que mesmo havendo a recusa do trabalhador, é dever dele manifestar, por escrito, se tem interesse que o seu aviso tenha a redução de 07 dias corridos ou 02 horas diárias. Pois, a redução prevista no artigo 488 da CLT não tem como requisito o efetivo cumprimento, logo o trabalhador fará “jus” de qualquer forma.

Quanto a forma de desconto do período de ausência de cumprimento do aviso prévio gera uma série de incertezas e nos faz adotar o seguinte posicionamento:

a) O empregador poderá lançar faltas injustificadas no decorrer de todo o aviso:

Desta forma o empregado teria o direito de receber as verbas rescisórias até o décimo dia subsequente ao término do aviso, antecipando para o próximo dia útil caso este prazo recaia em dia não útil, domingos e feriados, conforme nova redação do artigo 477, § 6º da CLT, estabelecida pela lei 13.467/2017.

Em CTPS e nos demais documentos rescisórios o empregador faz referência ao dia de efetivo término do aviso prévio, sendo devido o pagamento em rescisão das 02 horas diárias ou dos 07 dias consecutivos como saldo de salário, por força do benefício estudado acima.

A consequência de se lançar faltas injustificadas, será o desconto do descanso semanal remunerado, a dedução dos avos proporcionais de férias e de 13º salário.

2.1.4 RECUSA DO EMPREGADOR QUANTO AO CUMPRIMENTO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO

A Instrução Normativa SRT nº 015/2010, em seu artigo 18, determina que caso o empregador não permita que o empregado permaneça em atividade no local de trabalho durante o aviso prévio, na rescisão deverão ser obedecidas as mesmas regras do aviso prévio indenizado.

Existe um ponto polêmico acerca da parte final do artigo 18:

“(...) deverão ser obedecidas as mesmas regras do aviso prévio indenizado.”

Há quem entenda que para fins de anotação em CTPS, projeção para fins de férias e 13º salário haveria a alteração para aviso prévio indenizado, inclusive com a antecipação do pagamento das verbas rescisórias para até 10 dias, ou a data do último dia de aviso, o que ocorrer primeiro.

Já existe entendimento contrário de que a intenção do presente dispositivo legal seria a mera indenização do período de cumprimento, sendo que a natureza do aviso permaneceria sendo, para todos os efeitos, de aviso prévio trabalhado.

Por precaução, ambos os posicionamentos devem ser pacificados junto ao Sindicato de classe ou com o próprio Ministério do Trabalho e Emprego.

2.2 AVISO PRÉVIO TRABALHADO CUMPRIDO EM CASA - PROIBIÇÃO

Não será permitido que o empregador solicite ao empregado que cumpra seu aviso prévio trabalhado em casa, conforme determina a Orientação Jurisprudencial da SDI-14 do TST:

OJ SDI-1 14 DO TST: AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO. (título alterado e inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.

Neste caso, será o aviso desconsiderado e computada a rescisão a partir do último dia de trabalho restando devido o aviso prévio indenizado ao trabalhador.

2.3 NOVO EMPREGO DURANTE O AVISO PRÉVIO

Considerando que o empregado tem ao seu dispor um período disponível para buscar uma nova colocação no mercado de trabalho, qual seja a redução do cumprimento do aviso prévio em 07 dias ou 02 horas (artigo 488 da CLT), caso consiga um novo emprego no decorrer do aviso ele estará dispensado do cumprimento, todavia é primordial que haja a comprovação adequada, como por exemplo:

- carta de admissão em papel timbrado/carimbado pelo novo empregador, determinando a data de início das atividades laborais; ou até mesmo a anotação do novo registro em CTPS.

Esta dispensa do cumprimento do restante do aviso prévio pelo empregado não gera o desconto e fica o empregador desobrigado em efetuar o pagamento dos dias não trabalhados até o que seria o fim do lapso temporal previsto para este.

Este entendimento tem previsão na Súmula nº 276 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como no Precedente Normativo nº 24 do Tribunal Superior do Trabalho:

“SÚMULA Nº 276 DO TST: AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”.

PRECEDENTE NORMATIVO Nº 24 DO TST: DISPENSA DO AVISO PRÉVIO (positivo). O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do aviso prévio quando comprovar a obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados.

CAPITULO III - DO AVISO PRÉVIO NOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS

3.1 EMPREGADO URBANO

Nesta modalidade aplica-se a regra geral para aviso prévio. Quando se tratar de dispensa pelo empregador, o aviso será de no mínimo 30 dias, como já

mentionado no presente trabalho, e para os contratos acima de um ano de vigência, de acordo com o tempo trabalhado em observância a lei 12.506/2011 que trata da proporcionalidade do aviso prévio que iremos debater em tópico posterior.

Para os trabalhadores urbanos são assegurados o benefício de redução do aviso, nos moldes e exemplos exposto no tópico 2.1.2.1, de 2 (duas) horas diárias ou 7 (sete) dias consecutivos.

Quando o empregado pede demissão, mantém-se a regra normal, já estudada acima.

3.2 EMPREGADO RURAL

Nesta categoria, a regra se modifica em alguns aspectos, pois, comunicado o empregado rural da dispensa imotivada, terá o direito de não trabalhar 1 (uma) vez por semana, sem prejuízo ao salário, quando se tratar de aviso trabalhado, sendo assim, diferente do trabalhador urbano, conforme disciplina o art. 15 da lei nº 5.889/73.

Segundo Alice Monteiro de Barros⁷, não haveria possibilidade de se aplicar ao rurícola a faculdade de reduzir duas horas diárias ou então 7 dias corridos, disposta no art. 488, parágrafo único, da CLT. Argumenta ainda que, como a legislação especial trata do assunto, não cabe invocar por analogia, a regra contida no dispositivo consolidado (CLT).

3.3 EMPREGADO DOMÉSTICO

Aos empregados domésticos, por força do preceito constitucional, ficou conservada o seu caráter bilateral, apesar de desaconselhável por alguns autores devido aos prejuízos ou as situações negativas que possam ocorrer durante o período de cumprimento do aviso prévio, uma vez que a prestação ocorre na residência do empregador.

⁷ BARROS, Curso de Direito do Trabalho, 10. ed., 2016, p. 290.

Segundo Antonio Lamarca (1969, apud BARROS, 2016, p. 241):

O aviso prévio deve ser unilateral, isto é, do empregado para o patrão e não deste para aquele, tendo em vista que, pré avisado, poderá o doméstico, por força de suas atribuições, realizar estragos nunca dantes imaginados.

O aviso prévio para os empregados domésticos recebeu tratamento específico na lei complementar 150/2015, restando assegurado que tratando-se de contrato de trabalho por prazo indeterminado, caberá aviso prévio pela parte que quiser rescindi-lo.

Desta forma, prevalecem as regras gerais para o aviso prévio estudas até então.

3.4 CONTRATOS DE PRAZO DETERMINADO

Em contratos de prazo determinado, o aviso-prévio não tem cabimento, pois nessa forma de contrato ambas as partes já sabem quando o pacto laboral terá fim, não sendo necessário que isso lhes seja informado de antemão.

Existia uma dúvida sobre a aplicação ou não do aviso-prévio em contratos como o de safra e de obra certa, nos quais se tem uma idéia aproximada do término do pacto, mas não uma certeza. O art. 481 da CLT solucionou a dúvida ao prever que:

“aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado”,

Ou seja, quando houver determinada cláusula no contrato, o aviso-prévio será devido. De acordo com a Súmula 163 do TST, essa regra se aplica também nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência.

Já na Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que rege o contrato temporário de trabalho, em seu art. 12 não menciona a aplicação do aviso-prévio, pois as partes já tem conhecimento de quando ocorrerá o encerramento do contrato.

CAPITULO IV - AVISO PRÉVIO NAS RUPTURAS CONTRATUAIS

4.1 NA DISPENSA SEM JUSTA CAUSA

Na dispensa sem justa causa, tratando-se de aviso trabalhado, opera-se o aviso prévio de acordo com o que estudamos até aqui, deverá ser observado, em se tratando de demissão pelo empregador, o benefício de redução das 2 (duas) horas durante a vigência do aviso prévio ou 7 (sete) dias consecutivos, podendo ser no começo meio ou fim, como aponta Marlos Melek (2016, p. 176). Também deve-se considerar a proporcionalidade do aviso de acordo com a lei 12.506/2011, na qual, para cada ano trabalhado haverá o acréscimo de 3 dias limitando-o a 60 dias, perfazendo desta forma o total limite de 90 dias de aviso prévio.

Caso o aviso seja concedido pelo empregador e em meio ao cumprimento do aviso, este resolve solicitar a interrupção imediata das prestações de trabalho pelo empregado, deverá ser considerada como último dia trabalhado esta data, na ocasião será pago aviso indenizado ao trabalhador e não o somente o restante dos dias faltantes para conclusão deste, conforme Instrução Normativa SRT nº 15/2010, em seu art. 18.

4.2 NO PEDIDO DE DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA

No pedido de demissão sem justa causa, modalidade em que o aviso prévio é apresentado ao empregador pelo empregado, este deverá ser de 30 dias, não há que se falar em redução do aviso, tampouco em proporcionalidade de acordo com o tempo de trabalho, conforme art. 487 e seus incisos, da CLT.

Caso o empregado não o cumpra, é facultado ao empregador descontar de suas verbas rescisórias a respectiva indenização devida, é o que reza o parágrafo 2º do referido dispositivo legal.

Cabe ressaltar que, quando o empregado cumpre parte do aviso, se recusando posteriormente a cumprir o restante para o término dos 30 (trinta) dias, caberá ao empregador descontar, caso queira, apenas os dias restantes para conclusão do lapso temporal destinado ao respectivo fim.

Vólia Bonfim (2016, p. 1042) leciona que o empregador poderá compensar a indenização devida pelo trabalhador não apenas pelo saldo de salário, mas com qualquer outro provento trabalhista que o trabalhador tenha com a empresa, ressaltando ainda que caso o empregado não possua créditos com a empresa, poderá o empregador interpor ação trabalhista de cobrança de seu direito ou ainda, apresentar reconvenção em havendo ação trabalhista interposta pelo empregado, nesse sentido ainda cita Mozart Victor Rossomano e Jose Martins Catharino.

Em posição contrária encontra-se Sergio Pinto Martins (2001, apud BONFIM, 2016, p. 1042) o desconto do aviso prévio pelo empregador poderá ser feito apenas sobre o saldo salarial, inexistindo o respectivo crédito a favor do empregado, não poderá haver desconto.

Neste sentido, analisando a divergência doutrinária, acredito que o mais coerente seria o abatimento do direito ao desconto do aviso prévio não cumprido pelo empregado, pelo montando de verbas rescisórias apuradas, de fora a garantir que o empregador, parte inocente neste ato, possa ter seu direito resguardado, na tentativa de minimizar o prejuízo ocasionado pela saída imediata do trabalhador.

No ato de entrega de seu aviso prévio, o empregado poderá solicitar por meio de carta que seja dispensado do cumprimento deste. Caso o empregador aceite a carta de dispensa do cumprimento do aviso, como este está para o empregador pelo empregado, o empregador poderá dispor deste direito, sendo desconsiderado o prazo de aviso. Sendo assim, o contrato se encerra na data de renúncia deste direito pelo empregador, portanto, a data de encerramento do contrato de trabalho será o último dia de trabalho do empregado, neste caso não será devido o desconto e também, verbas oriundas de aviso previo indenizado, neste sentido:

ENUNCIADO Nº 23 - HOMOLOGAÇÃO. AVISO PRÉVIO. DISPENSA DO CUMPRIMENTO. PRAZO. No pedido de demissão, se o empregador aceitar a solicitação do trabalhador de dispensa de cumprimento do aviso prévio, não haverá o dever de indenização pelo empregador, nem de cumprimento pelo trabalhador. A quitação das verbas rescisórias será feita até o décimo dia, contado do pedido de demissão ou do pedido de dispensa do cumprimento do aviso prévio. *(Revisada pela Portaria SRT nº 04/2014 - DOU 19/09/2014).*

4.2.1 PEDIDO DEMISSÃO EM DECORRÊNCIA DE NOVO EMPREGO

Deve o empregador estar atento para a primeira parte do artigo 487, que assevera a necessidade da falta de justo motivo para o pedido de demissão. Afirmando, pois, que o novo emprego também é causa para a dispensa do cumprimento do aviso prévio pelo empregador, vez que tal fato configura justo motivo para o pedido de demissão. Pois sendo o trabalhador convocado para um novo emprego, fica impossibilitado de cumprir os 30 (trinta) dias do aviso prévio, pois caso o cumpra correrá o risco de não assumir o novo trabalho.

Súmula 276 – Aviso prévio. Renúncia pelo empregado – O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

Precedente Normativo 24 – O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do aviso prévio quando comprovar a obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados”.

4.3 NA RESCISÃO POR JUSTA CAUSA E RESCISÃO INDIRETA

Quando uma das partes ou até mesmo, ambas, não cumprem com o contrato de trabalho, este será extinto por justa causa.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2016) *“A justa causa é uma circunstância peculiar ao pacto laboral. Ela consiste na prática de ato doloso ou culposamente grave por uma das partes e pode ser o motivo determinante da resolução do contrato”.*

A CLT prevê, no art. 482, condutas do empregado que constituem falta grave, punível com dispensa motivada. Assim, caso o empregado adote uma destas condutas, fica sujeito à dispensa por justa causa, o que influenciará sobremaneira nas verbas rescisórias devidas.

Havendo dispensa por justa causa, o contrato de trabalho termina de imediato, inexistindo direito a aviso-prévio. Concedendo, entretanto, o empregador aviso-prévio na despedida por justa causa, presume-se que a dispensa foi imotivada, pois na justa causa não há necessidade de aviso-prévio, cabendo ao empregador fazer a prova da falta grave (Martins, 2003, p.375).

O contrato de trabalho termina de imediato quando há dispensa por justa causa, não sendo oferecido o aviso prévio.

Demitido sem justa causa, o empregado perde o direito a férias proporcionais, ao **aviso prévio**, ao décimo terceiro proporcional, não pode sacar o FGTS e, obviamente, não tem direito a multa compensatória do FGTS nem ao seguro desemprego⁸ (grifos nossos).

A justa causa cometida pelo empregado durante o cumprimento do aviso gera os mesmos efeitos quando praticado com o contrato em vigor, pois o aviso é considerado sempre tempo de serviço. O aviso tem oportunidade nas rescisões do contrato de trabalho sem justo motivo, isto é, no pedido de demissão do empregado ou na dispensa por parte do empregador.

Quando o empregado comete falta durante o aviso, perde o direito de terminá-lo e, também, o direito às demais indenizações.

Do mesmo modo pacificou a Súmula 73 do TST *“a ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória”*.

⁸ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado - 4. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: MÉTODO, 2014, p. 856.

Dessa forma, caso o empregado empreenda um ato que enseje uma demissão por justa causa no cumprimento do aviso, ele não terá direito à continuidade do aviso prévio e o contrato será rescindido de imediato.

Por outro lado, ocorre a rescisão indireta do contrato de trabalho sempre que o empregador agir descumprindo suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho. É exatamente por isso que a modalidade é também denominada extinção do contrato de trabalho por justa causa do empregador, pois este comete falta grave capaz de romper o vínculo, o art. 483 da CLT tipifica as condutas do empregador consideradas como motivo suficiente para a dispensa indireta. Nesta modalidade de rescisão contratual, terá o empregado direito ao aviso prévio, porém, se torna inviável o cumprimento deste lapso pelo empregado, pois, houve a rescisão por justa causa pelo empregador. Assim, deverá o aviso ser indenizado.

A falência da empresa e sua extinção não são caracterizadas como justa causa, ou seja, não liberam o empregador do aviso-prévio, pois o empregado não pode ser responsabilizado pelo fechamento da empresa, esse risco fica nos ombros apenas do empregador (art. 2º CLT).

Súmula nº 44 do TST: *“a cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso-prévio”.*

Por outro lado, de acordo com o art. 487 da CLT, caso o fechamento da empresa seja provocado por força maior, totalmente alheia à vontade e inesperada pelo empregador, pode-se entender que o aviso-prévio é indevido, pois houve justo motivo para o término do contrato de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi detalhar as situações e fatos que ocorrem e podem ocorrer no momento da comunicação da ruptura do contrato de trabalho, o aviso prévio. Trata-se de uma obrigação para parte que denuncia a rescisão de contrato de trabalho e de um direito à parte inocente.

O aviso prévio tem fundamental importância no direito do trabalho, pois, antecede a ruptura contratual que põe fim ao salário do trabalhador, uma vez que esta prestação é fonte de sua própria subsistência e de sua família. E por outro lado, considerando a ruptura contratual motivada pelo empregado, compromete o bom andamento das atividades do empregador, podendo ocasionar prejuízos de ordem econômica.

No intuito de evitar tais furtivos, a lei estabeleceu prazos legais de comunicação para que assim, após cumprido este lapso, seja realizado a ruptura contratual. Portanto, resguardando as partes o direito ao aviso prévio para rescisão do contrato de trabalho.

Assim, podemos conceituar o aviso prévio, no âmbito do Direito do Trabalho como a comunicação de uma parte a outra, de que em data futura, será rescindido o contrato de trabalho havido entre as partes.

Na análise da evolução histórica vimos que o instituto objeto deste trabalho surge ainda na idade média nas antigas Corporações de Ofício, que processo de evolução do aviso prévio é bem definido na França e durante a Revolução Francesa este instituto permaneceu ignorado, prevalecendo, em meios as ideias liberais e o individualismo jurídico, a ruptura brusca como um direito, sem qualquer apontamento prévio e em meados do século passado, surge a figura do prévio aviso quando os tribunais europeus começaram a se sensibilizar com os abusos dos empregadores.

No Brasil, inicialmente este instituto surge no Código Comercial de 1850. Mais tarde, sobreveio a esta disposição o Código Civil de 1916, que tratou do aviso prévio em seu art. 1221 se referindo à locação de serviços. Em seguida o Decreto nº 16.107/23, que tratou sobre a locação de serviços domésticos e editou normas minuciosas sobre o aviso prévio.

Após a Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, em 1988 foi a vez da Constituição Federal Brasileira, no art. 7º, inciso XXI, arrolar constitucionalmente o aviso prévio como um direito dos trabalhadores, com prazo mínimo de 30 dias, determinando a proporcionalidade de acordo com o tempo de serviço sendo necessária lei especial, que, somente em 2011, quase 30 anos depois, com advento da lei 12.506 passou-se a adotar esta proporção.

A finalidade do aviso prévio na atualidade é evitar a ruptura brusca do contrato de trabalho, não restando dúvidas de que apesar de ser um direito aplicável as partes, o objetivo real do instituto numa visão contemporânea do direito moderno é a de proteger o empregado dos efeitos de uma rescisão imediata, repentina, garantindo-lhe “fôlego” para buscar nova colocação no mercado de trabalho.

O aviso prévio será devido apenas quando se tratar de contrato de trabalho por prazo indeterminado, ou em casos em que o contrato de trabalho por prazo determinado obtenha cláusulas assecuratórias de direito recíproco.

Para contagem do prazo do aviso prévio aplica-se a atual regra do artigo 132 do Código Civil, excluindo-se o dia de início e incluindo-se do final.

Mesmo após a concessão do aviso prévio podendo ser trabalhado ou indenizado, o contrato de trabalho permanece vigente até a data de seu término, sendo observada a projeção do prazo de aviso prévio indenizado.

No período de aviso prévio deverá o empregado manter suas obrigações contratuais, devendo realizar suas atividades com zelo, diligência e respeito e da mesma forma correspondida pelo empregador, sob pena de configuração de faltas graves justificadoras para demissão por justa causa.

É nulo o chamado aviso prévio cumprido em casa, pois não se alcança o real objetivo da norma, por mais que o trabalhador receba o salário devido no respectivo prazo sem trabalhar, sendo entendido como meio para o empregador ganhar tempo para realizar o pagamento das verbas rescisórias. Desta forma, faz jus o empregado, ao aviso prévio indenizado.

Quando demitido o empregado faz jus a redução de jornada garantida por lei de 2 (duas) horas diárias durante todo o aviso ou 7 (sete) dias consecutivos, podendo ser no começo meio ou fim. Quando se tratar de trabalhador rural, será garantido 1 (um) sem trabalho, sem prejuízo ao salário, para que possa ir a procura de novo emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- . *Curso de Direito do Trabalho*, 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BONFIM, Volia. *Direito do Trabalho - 12. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho - 15. ed.* São Paulo: LTr, 2016.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MELEK, Marlos Augusto. *Trabalhista e agora? Onde as empresas mais erram*. Curitiba: Estudo Imediato, 2016.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado - 4. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: MÉTODO, 2014.