

**EMATRA IX - ESCOLA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO
DO PARANÁ
UNIBRASIL- FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL**

PATRÍCIA FUKUDA KOGA NICOLAU

AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL

**CURITIBA
2013**

PATRÍCIA FUKUDA KOGA NICOLAU

AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Unibrasil - Faculdades Integradas do Brasil.

Orientador: Paulo Ricardo Pozzolo

Curitiba
2013

AGRADECIMENTOS

Ao marido Rogério Nicolau, por todo amor, carinho e paciência no processo de elaboração deste trabalho, por sempre ser o maior incentivador dos meus projetos profissionais.

Ao orientador, Desembargador Federal do Trabalho da 9ª Região Paulo Ricardo Pozzolo, pela colaboração, dedicação e ensinamento que viabilizaram a conclusão desta monografia.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	
1 CARACTERIZAÇÃO DO AVISO-PRÉVIO	3
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	3
1.2 CONCEITO, FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA	8
1.3 CABIMENTO E TIPOS	17
1.4 ESTABILIDADES PROVISÓRIAS NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO	21
1.5 EFEITOS E FORMA DE CÁLCULO	25
2 PROPORCIONALIDADE DO INSTITUTO	31
2.1 AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL E A OMISSÃO DO LEGISLADOR	31
2.2 O ADVENTO DA LEI 12.506/11 E A APLICABILIDADE NO TEMPO	38
2.3 TITULARES DO DIREITO AO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL	47
2.4 CONTAGEM	56
2.4.1 Início da contagem dos três dias	57
2.4.2 Contagem proporcional inferior a ano	59
2.4.3 Projeção e prescrição	62
2.4.4 Suspensão do contrato de trabalho	67
2.4.5 Redução da jornada de trabalho	69
2.4.6 Limite ao teto de 90 dias	75
2.4.7 Conflito entre nova lei e norma coletiva	77
CONCLUSÃO	81
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	85

RESUMO

Abordagem dialética e crítica do instituto do aviso-prévio sob enfoque histórico, normativo, doutrinário e jurisprudencial e os reflexos da Lei nº 12.506/2011. A Constituição Federal de 1988 previa, desde sua promulgação, o direito social dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional ao tempo de trabalho. Considerando-se que a regulamentação do aviso prévio proporcional, pela Lei 12.506/2011, demorou 23 anos para se concretizar e se traduziu em apenas um artigo e seu parágrafo, o presente estudo buscou investigar os critérios hermenêuticos e os princípios que levaram o legislador infraconstitucional a criar esta lei, cuja aplicabilidade vem gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência. As polêmicas residem em questões afetas à aplicação da lei no tempo, seus destinatários, contagem dos dias acrescidos, a relação com eventual direito convencional. As conclusões foram as de que a Lei nº 12.506/2011, em regra, não deverá retroagir; que se aplica a empregados urbanos, rurais e domésticos; que a contagem dos três dias acrescidos ocorre a partir do primeiro ano do contrato de trabalho, cabendo, ainda, contagem proporcional dos dias acrescidos; e o direito do empregador de compensação de eventual benefício convencional com o aviso-prévio proporcional legal, prevalecendo, entretanto, sempre o direito mais benéfico ao empregado.

Palavras-chave: Aviso-prévio; aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço; art. 7º, XXI, da Constituição Federal de 1988; Lei 12.506/11

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é o estudo dos principais pontos controvertidos relacionados ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

Para adentrar no tema, foi necessário estabelecer, no primeiro capítulo, as premissas do instituto do aviso-prévio e sua caracterização.

Embora o aviso-prévio não seja um tema novo no Direito do Trabalho, está longe de ser um assunto pacificado e destituído de controvérsia.

Na primeira parte do trabalho, foi realizada a análise bibliográfica do tema e sua evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, destacando a importância do aviso-prévio como direito social dos trabalhadores.

Na caracterização do instituto, precisou-se o conceito, finalidade, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, efeitos, relação com as estabilidades provisórias e forma de cálculo.

O método histórico também foi amplamente utilizado, considerando-se que o Direito do Trabalho é fruto de conquistas historicamente construídas pelos trabalhadores.

Na segunda parte, foi enfrentada a questão do aviso-prévio proporcional.

Adotou-se o método lógico-dedutivo, com abordagem dialética e crítica, visando colocar, paralelamente, a teoria e a realidade fática, já que o tema é essencialmente prático.

Pretendeu-se analisar a evolução histórica e legislativa do instituto do aviso-prévio proporcional, com avaliação de decisões do Supremo Tribunal Federal, em mandados de injunção, quanto à questão da proporcionalidade do aviso-prévio, e análise da Lei 12.506/2011, buscando soluções para os impasses trazidos por autores e enfrentados pelo Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 veio a previsão do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, “nos termos da lei”, conforme se denota do art. 7º, inciso XXI. A norma constitucional apontava a necessidade de uma lei que regulamentasse esse direito ao trabalhador

Em junho de 2011, analisando mandados de injunção questionando a omissão na regulamentação da proporcionalidade do aviso-prévio, o Supremo

Tribunal Federal declarou a mora e comunicou a decisão ao Congresso Nacional para que fixasse os parâmetros para exercício do direito, diante da lacuna legislativa.

Nesse contexto, surgiu a Lei 12.506, de 11/10/2011, com a singela previsão de concessão do aviso-prévio na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço prestado a empregador, cuja contagem será o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias.

Considerando a regulamentação do aviso-prévio proporcional, pela Lei 12.506/2011, que demorou 23 anos para se concretizar e se traduziu em apenas um artigo e seu parágrafo, vislumbra-se a necessidade de refletir como se efetivará a aplicação desse direito.

Nesse passo, imprescindível, diante da insuficiência do tratamento legal do assunto, valer-se do posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Ainda que, agora, se tenha o critério de cômputo, de 3 dias para cada ano laborado na mesma empresa, muitas dúvidas permanecem, tais como: **(a)** a quais empregados se aplica; **(b)** se a lei pode retroagir para atingir contratos rescindidos antes dela; **(c)** como fica a contagem para o aviso-prévio em curso quando adveio a lei; **(d)** qual será a implicação nos casos de suspensão do contrato de trabalho; **(e)** quais são os destinatários; **(f)** como se compatibilizará a determinação do art. 488 da CLT com a nova previsão legal; **(g)** como ficará a projeção do aviso prévio, anotação de CPTS e prescrição; **(h)** se poderá haver proporcionalidade inferior a 3 dias; **(i)** o que será feito no caso de previsão convencional sobre o assunto; **(j)** marco inicial do acréscimo de três dias; **(k)** eventual inconstitucionalidade do teto de 90 dias. Todos esses itens serão detalhados.

Espera-se, com o presente estudo, contribuir para a compreensão do aviso-prévio proporcional, como ele se exterioriza, qual o tratamento jurídico dado, visando estimular a busca de soluções que contemplem as polêmicas propostas.

O intuito do trabalho não será, certamente, chegar a quaisquer soluções definitivas em relação ao tema abordado mas, apenas, ressaltar a sua relevância para a Ciência Jurídica, no âmbito do Direito do Trabalho.

1 CARACTERIZAÇÃO DO AVISO-PRÉVIO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O instituto não é figura exclusiva do Direito do Trabalho, sendo comum nas relações contratuais, como prevenção para a terminação da relação contratual.

Os romanos não conheciam a prática do aviso-prévio¹ na forma de contrato de trabalho. Assim, contratos por prazo indeterminado eram considerados como a jornada, ou seja, as partes readquiriam sua liberdade no fim de cada dia de trabalho.

O surgimento do instituto ocorreu na Idade Média, a partir das relações corporativas, “pelo menos a partir do século XIII, registrando-se, em alguns estatutos de corporações, exemplos com prazos variáveis de duração não só entre eles, mas entre o aviso de uma parte a outra”².

Nas corporações de ofício, narra Sergio Pinto Martins, “o companheiro não poderia abandonar o trabalho sem conceder aviso prévio ao mestre, porém, não havia a mesma reciprocidade do mestre ao companheiro”³.

Já com a Revolução Francesa, pela influência de ideias liberais e impulsionada pelo individualismo jurídico, a rescisão abrupta do contrato de trabalho passou a ser considerada um direito, e, dessa forma, nenhuma das partes estava obrigada a dar o prévio-aviso para o término da relação de emprego. Era época de

¹ Adota-se a grafia do aviso-prévio com hífen, de acordo com o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=23. Acesso em 22/01/2013).

² GOMES, Orlando e GOTTCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 342-343.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 414.

valorização da liberdade contratual, afastando-se, assim, a perpetuação dos contratos.

Contudo, posteriormente, houve limitações ao direito de rescindir o contrato de trabalho, quando a iniciativa partia do empregado.

A título ilustrativo, na Inglaterra, de 1867, o *Master and Servant Act* previa a prisão do empregado em caso de rompimento do contrato de trabalho em situação que colocasse em risco a vida ou a propriedade alheias.

Na Rússia, em 1886, havia lei estabelecendo prisão de 30 (trinta) dias para empregado que rompesse o contrato de trabalho. Na mesma linha, na Hungria, lei de 1898, previa pena de prisão de até 60 (sessenta) dias para trabalhadores agrícolas que rompessem a relação de trabalho.

Diante dos inúmeros abusos, os Tribunais Europeus, a partir de meados do século XIX, começaram a coibir os excessos praticados pelos empregadores, que realizavam frequentes rupturas bruscas de contratos. Com a intervenção estatal, houve uma tentativa de minimizar os efeitos da exploração da mão-de-obra, buscando dignificar a pessoa humana, através da teoria do uso como fonte normativa (uso do aviso-prévio, por sinal, amplamente praticado desde as corporações medievais). Logo, assegurado às partes o direito unilateral de rescindir o contrato, pela manifestação de vontade, mediante o aviso-prévio.

No Brasil, a figura do aviso-prévio surgiu, em 1850, com a promulgação do Código Comercial (art. 81), o qual previa que, na ausência de prazo estipulado no ajuste celebrado entre o proponente e seus prepostos, qualquer dos contraentes poderia dá-lo como encerrado, avisando o outro de sua resolução com um mês de antecedência:

Art. 81. Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o proponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação. Os agentes despedidos terão o direito ao salário correspondente a esse mês, mas o proponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 estabeleceu, em seu art. 1.221, que, 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, poderia rescindir o contrato, com antecedência: **(a)** de 8 (oito) dias - se o salário se fosse fixado por tempo de 1 (um) mês, ou mais; **(b)** com antecipação de 4 (quatro) dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena, **(c)** – de véspera, se contratado por menos de 7 (sete) dias.

No âmbito do Direito do Trabalho, em 1923, o aviso-prévio foi estendido aos trabalhadores domésticos, através do Decreto nº 16.107/1923 (regulamento de locação dos serviços domésticos), com a seguinte previsão: “Art. 13. Sem justa causa, ou prévio aviso; o locatário não poderá despedir o locador, nem este poderá se ausentar ou despedir do serviço”.

Importante marco legislativo na evolução do instituto foi a Lei nº 62/1935, que assegurou ao empregado da indústria ou do comércio, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho, e quando for despedido sem justa causa, o direito de haver do empregador uma indenização paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. No entanto, no que tange ao aviso-prévio, previu a obrigação de comunicação prévia do rompimento contratual apenas ao empregado:

Art. 6º O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador, com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mez de ordenado ou do duodecimo do total das comissões percebidas nos ultimos doze mezes de serviço. (grafia original)

O Decreto-Lei nº 4.037/1942 autorizou a aplicação do aviso-prévio do Código Comercial e do Código Civil pelos Tribunais do Trabalho: “Os arts. 81 e 1.221, respectivamente, dos Códigos Comercial e Civil, constituem normas de natureza social, podendo ser aplicados pelos tribunais do trabalho, naquilo em que não estiverem revogados”.

A CLT, em 1943, tratou do tema nos artigos 487 a 491, trazendo evolução ao prever a proteção das duas partes da relação empregatícia, quer dizer, prevendo a figura do aviso-prévio como condição recíproca das partes contratantes, e não mais uma obrigação de somente uma das partes.

A Constituição Federal de 1988 versou, pela primeira vez, sobre o aviso-prévio, através do artigo 7º, XXI, incluindo o instituto no rol dos direitos e das garantias fundamentais, não havendo dúvidas da sua condição de direito pético (artigo 60, § 4º, da CF).

O artigo 7º da CF estabelece um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, de modo que o aviso-prévio (inciso XXI), juntamente com a indenização compensatória da despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (inciso III) protegem o empregado mais antigo ao tornar mais onerosa sua dispensa⁴.

Em 1995, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho estabeleceu, em seu artigo 11, que:

o trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

⁴ SUSSEKIND. Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 132.

Ressalte-se que, embora o Brasil tenha ratificado referida Convenção da OIT, em 1995, logo em seguida, em 1996, denunciou-a.

O artigo 599 do Código Civil de 2002 prevê a concepção clássica do aviso-prévio: “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”.

Analisando a evolução do instituto, Renato Rua de Almeida⁵ prega que o aviso-prévio, depois de sua concepção clássica, baseada na teoria civilista, em que era considerado um instrumento de garantia da liberdade contratual das partes, é modernamente concebido como uma técnica de garantia da liberdade de trabalho para o empregado, ao pretender demitir-se e, também, de afirmação do princípio da proteção da relação do emprego contra a despedida arbitrária:

(...) o aviso-prévio deixa de ser um direito recíproco e absolutamente igual, quando se tratar de despedida imotivada do empregado. Na teoria da proteção contra a despedida arbitrária, rompe-se com a igualdade absoluta e simétrica do aviso-prévio. Essa ruptura vem revelar a diferença conceitual entre o ato do empregado de demitir-se e o ato do empregador em despedir imotivadamente o empregado. Nesse caso, o direito deixa de ser igualmente recíproco, ficando o empregador obrigado a conceder um aviso-prévio de duração sempre superior àquele que receberia do empregado caso esse se demitisse do serviço. É nesse sentido, pois, que o aviso-prévio passa a ser encarado como uma limitação unilateral do direito potestativo do empregador, de despedir imotivadamente o empregado no contrato por prazo indeterminado.

Amauri Mascaro Nascimento, citando Direito Comparado, endossa concepção moderna de desigualdade de tratamentos entre a concessão do aviso-prévio pelo empregado ou pelo empregador:

⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária: aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista LTr - legislação do trabalho e previdência social**. São Paulo, v.56, n.10, out. 1992, p. 1202.

Leis contemporâneas fixam prazos diferentes de aviso prévio, maiores para o empregador e menores para o empregado. Na França, a Lei de 1973, que alterou dispositivos do Código do Trabalho (art. L. 122-6), para empregados com menos de 6 meses, exclui o direito; entre 6 meses e 2 anos fixa a duração em 1 mês; e para empregados com mais de 2 anos a duração do aviso prévio será de 2 meses. Porém, o empregado quando pede demissão, concederá aviso prévio em duração que é baseada nos usos, convenções coletivas e regulamentos de empresas. Esse critério dualista é seguido pelo direito da Comunidade Européia do Carvão e do Aço, distinguindo as figuras da demissão e da dispensa para dar-lhes tratamento diferente. Na relação de síntese do direito da comunidade, Camerlynk explica que a tendência revelada é no sentido da diversidade de tratamento em matéria, acrescentando, ao exemplo da França, o da República Federal da Alemanha e o da Itália. No direito peninsular, a duração do **aviso** prévio, quando o empregado o concede ao empregador porque pediu demissão, é reduzida à metade⁶.

A questão relativa à reciprocidade do aviso-prévio voltará a ser abarcada, posteriormente, porém, antes necessária análise conceitual do objeto do presente estudo, o que será feito na sequência.

1.2 CONCEITO, FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA

A palavra aviso deriva do francês *aviser*, com significado de comunicação, notícia, anúncio, participação, recado, informação. Já prévio, do latim *praeivius*, tem como sinônimos antecipado, anterior, preliminar.

De Plácido e Silva⁷ conceitua o aviso-prévio como sendo a ciência ou notificação que se faz à pessoa, de ato que se pretende praticar, a fim de que,

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 747.

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 184.

legalmente, possa ser ele cumprido. Sendo assim, torna-se imprescindível, visto que, sem a prova dele, não se pode exigir aquilo que o direito assegura àquele que não avisou com antecedência, pois aviso-prévio se entende, precisamente, a notificação anterior, a ciência antecipada do que se pretende fazer.

Hirose Pimpão⁸ conceitua ser o aviso-prévio um espaço de tempo fixado em lei que antecede a rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo indeterminado, quando não tenha ocorrido um motivo imperioso, e durante o qual a parte avisada deve procurar restabelecer as condições normais de seu trabalho, evitando, assim, as consequências da ruptura brusca dos vínculos contratuais.

Aluysio Sampaio afirma que o “aviso-prévio é a comunicação que, nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, uma das partes faz à outra dizendo que o mesmo contrato cessará no fim de determinado prazo”⁹.

Messias Pereira Donato¹⁰ considera que o aviso-prévio é a notificação de prazo a ser obrigatoriamente feita a um dos co-contratantes por parte do co-contratante que pretende denunciar, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado que os vincula.

Octavio Bueno Magano entende que o aviso-prévio é o “prazo que deve preceder a rescisão unilateral do contrato de trabalho de termo final indeterminado e cuja não concessão gera a obrigação de indenizar”¹¹.

Mauro Mascaro Nascimento¹² define aviso-prévio como um direito potestativo que comporta três acepções: comunicação – parte que quiser, imotivadamente, rescindir deve à outra; tempo - da comunicação ao desligamento; pagamento - efetuado em razão desse tempo.

⁸ PIMPÃO, Hirose. **Aviso prévio**. São Paulo: Max Limonad, 1945, p. 78.

⁹ SAMPAIO, Aluysio. **Dicionário de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1982, p. 54.

¹⁰ DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 321.

¹¹ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho – Direito individual do trabalho**. V. 2. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 336

¹² NASCIMENTO. Mauro Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 448.

Seguindo mesmo raciocínio, Maurício Godinho Delgado¹³ disciplina que o aviso-prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza tridimensional, com três 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 legais; pagamento do respectivo período de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização.

Vólia Bomfim Cassar observou que há três correntes doutrinárias para conceituar o aviso-prévio:

1ª) 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 declaração de vontade seguida de um prazo mínimo legal pré-estabelecido. Adotam este conceito Orlando Gomes, Sussekind, Evaristo de Moraes Filho, Gabriel Saad, Sérgio Pinto, Délio Maranhão, Russomano, Rodrigues Pinto, Maurício Godinho e Alice Monteiro de Barros. Sussekind acrescenta que o aviso-prévio é a comunicação que um contratante faz ao outro de que resolveu denunciar o contrato que os vincula.

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

3ª) 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 Octávio Bueno Magano. Concordamos com esta tese, pois o conceito de aviso-prévio não pode ser o mesmo da despedida. Despedida é a declaração unilateral receptícia desconstitutiva de vontade e o aviso é o prazo obrigatório ente a declaração e a efetiva extinção. A prova que os institutos são diferentes é que a contagem do prazo do aviso inicia-se após a declaração de extinção, na forma da Súmula nº 380 do TST¹⁴.

¹³ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1080.

¹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª ed. Niterói: Impetrus, 2010, p. 1020.

Entendemos que o aviso-prévio trabalhista é a comunicação do ato jurídico unilateral receptício, decorrente do exercício do direito potestativo de resilir o contrato de trabalho, que inicia um lapso temporal até a efetiva extinção do vínculo de emprego.

Ato jurídico *stricto sensu* é uma manifestação de vontade humana lícita com efeitos jurídicos. Segundo Mota Pinto:

Os simples actos jurídicos são factos voluntários cujos efeitos se produzem, mesmo que não tenham sido previsto ou queridos pelos seus autores, embora muitas vezes haja concordância entre a vontade destes e os referidos efeitos. Não é, todavia, necessária uma vontade de produção dos efeitos correspondentes ao tipo de simples acto jurídico em causa para essa eficácia desencadear. Os efeitos dos simples actos jurídicos ou actos jurídicos *stricto sensu* produzem-se – diz-se comumente – *ex lege* e não *ex voluntate*¹⁵.

Já a característica de ser unilateral receptício decorre do fato da declaração de vontade ter que se tornar conhecida do destinatário para produzir efeitos.

O exercício de um direito potestativo significa, conforme Chiovenda, no poder do titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva fazer algo, senão sujeitar-se.

Explica Carlos Alberto Reis de Paula¹⁶ que potestativo é a expressão da vontade dominante de um dos contratantes, ante a qual a outra tem apenas uma posição receptiva, sendo nítido o caráter unilateral da iniciativa. Acrescenta que não visa ao cumprimento de um dever jurídico, ao qual estava sujeito o outro contratante, sofrendo o pré-avisado as consequências do exercício do direito pelo pré-avisante.

¹⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 355.

¹⁶ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988, p. 50.

O aviso-prévio é instituto jurídico bilateral, aplicável a ambas as partes da relação contratual, empregado e empregador, e inderrogável.

Consiste em obrigação de fazer (dar o aviso), sob pena de conversão em obrigação de pagar (indenização equivalente).

É ato volitivo unilateral, não dependente da vontade da outra parte, irrenunciável por parte do empregado:

Súmula 276 do TST: "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".

É inerente aos contratos de trato sucessivo, ou seja, de relações continuadas, com expectativa de prosseguimento da atividade, ainda que breve.

Dos próprios elementos que envolvem a conceituação do aviso-prévio, é possível extrair que a finalidade do pré-aviso é evitar surpresas de paralisação da prestação de serviços, é garantir o equilíbrio na relação contratual. Para o empregado, o objetivo é conceder-lhe um prazo para a procura de novo emprego e, para o empregador, a finalidade é propiciar a seleção e contratação de novo empregado para o posto que ficará vago.

Adilson Bassalho Pereira¹⁷ apresenta duas finalidades para o instituto do aviso-prévio: **(a)** limitação ao direito potestativo de denúncia unilateral imotivada dos contratos de emprego por prazo indeterminado e **(b)** evitar os males das rupturas bruscas dos contratos de emprego.

¹⁷ PEREIRA, Adilson Bassalho. **Aviso prévio: evolução histórica e finalidades.** São Paulo: [s.n.], 1983, p. 61.

Com relação à natureza jurídica, para Modestino Martins Netto¹⁸, o aviso-prévio seria de natureza legal-contratual, legal consuetudinária ou legal-convencional, conforme, respectivamente, previsto em lei, fosse: **(a)** inserido em contratos individuais de trabalho; **(b)** defluente de usos e costumes consagrados através de anos; e **(c)** objeto de cláusulas de normas coletivas. Conclui que a lei indica o mínimo assegurado aos trabalhadores, deixando vasta margem, acima desse mínimo, para que atuem normas coletivas, regulamentos empresariais, contratos individuais e os próprios costumes.

Vólia Bomfim Cassar¹⁹ manifesta que seja o aviso-prévio trabalhado ou indenizado, a natureza jurídica é de direito para o notificado e de obrigação legal para o notificante da extinção unilateral sem justa causa.

Maurício Godinho Delgado entende que o pagamento do aviso-prévio prestado em trabalho tem natureza salarial (caráter retributivo) e que o aviso-prévio indenizado não possui natureza salarial (ressarcimento de parcela trabalhista não adimplida). Explica que:

A circunstância de ser indenizado o pagamento do aviso-prévio (natureza indenizatória de seu valor) não retira do instituto suas duas outras relevantes dimensões: comunicação e prazo. Assim, conta-se do suposto aviso o início de vigência de seu prazo (mesmo que não tenha sido, na prática, concedido); na mesma medida, assegura-se a integração desse prazo no contrato de trabalho, para todos os efeitos legais (art. 487, §1º, in fine, CLT). A correta compreensão de que mesmo o aviso com pagamento indenizado preserva a natureza de prezo que se acopla ao tempo de contrato é que fez a jurisprudência determinar a observância do tempo contratual acrescido, quer para fins de fixação do término jurídico do contrato (OJ 82, SDI-I do TST), quer para fins de cômputo do FGTS sobre o período contratual acrescido pelo pré-aviso (Súmula 305, TST)²⁰.

¹⁸ MARTINS NETTO, Modestino. **Manual de aviso prévio**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972, p. 36-39.

¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 1023.

²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 1081.

Adotam a corrente de que o aviso-prévio indenizado tem natureza jurídica de indenização, pois não há trabalho prestado neste período, logo, não há salário, porque é ressarcimento de um direito, além de Maurício Godinho, Cesarino Júnior, Gabriel Saad, Arion Romita, Orlando Gomes, Octávio Magano, Valentim Carrion, Sérgio Pinto Martins, entre outros²¹.

Cita-se ementa que reconhece natureza indenizatória ao aviso-prévio não trabalhado:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA INDEVIDA. Mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, o aviso-prévio indenizado não sofre incidência de contribuição previdenciária, porque não traduz retribuição de trabalho prestado e, muito menos, compensação por tempo à disposição do empregador, configurando-se, sim, verba de natureza indenizatória por serviço não prestado. Registra-se, ainda, que, embora o § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 não mais destaque, no rol de isenção da contribuição previdenciária, o aviso-prévio indenizado, o Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), vigente à época da celebração do acordo, excepciona expressamente essa parcela do salário de contribuição, segundo se depreende de seu artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-. A jurisprudência prevalecente neste Tribunal Superior do Trabalho é no entendimento da não incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio indenizado. Precedentes. Constata-se que o Tribunal Regional, ao deferir o desconto de contribuição previdenciária sobre a parcela de aviso prévio indenizado, decidiu em desacordo com a jurisprudência prevalecente neste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Processo: RR - 25600-91.2009.5.04.0221 Data de Julgamento: 13/06/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2012).

De outro lado, há quem defenda que a natureza jurídica do aviso-prévio, ainda quando indenizado, é salarial, com reflexos em férias, 13º salários, FGTS, de modo a não prejudicar o trabalhador, que não pode escolher entre trabalhar no período do aviso-prévio ou receber os haveres indenizatórios, com base no §1º do artigo 487 da

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 1025.

CKT²². Nessa corrente, encontram-se Délio Maranhão, Arnaldo Sussekind, Rodrigues Pinto, Amauri Mascaro Nascimento, Martins Catharino, Alice Monteiro de Barros, Hirôse Pimpão, Dorval Lacerda, entre outros²³.

No mesmo sentido, compartilhamos da opinião de Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig ao destacarem que:

ainda que indenizado, o aviso-prévio não pode perder sua natureza salarial, sob pena de se possibilitar que o empregador se beneficie de sua própria torpeza. Não há prestação do trabalho por conveniência do empregador, que opta por romper imediatamente o vínculo, sem conceder o prazo de pré-aviso que a lei impõe. A importância que se paga a título de aviso-prévio tem por fim indenizar ou reparar dano sofrido pelo empregado pela sua falta, sem perder, no entanto, ao mesmo tempo, seu caráter de salário pago antecipadamente para permitir o rompimento de imediato do vínculo²⁴.

A respaldar posicionamento, transcreve-se julgado que reconhece a natureza salarial do aviso-prévio não trabalhado:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. O Decreto n. 6.727, de 12.01.2009, revogou a alínea "f", inciso V, § 9º, do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999), permitindo o reconhecimento da natureza jurídica salarial do aviso prévio indenizado e tornando obrigatória a incidência da contribuição previdenciária sobre a referida parcela. Na espécie, constata-se que o aviso prévio pleiteado na inicial e discriminado nos cálculos refere-se a período posterior ao advento do citado decreto, sendo imperiosa a inserção da referida parcela na base de incidência da contribuição previdenciária. Recurso provido. (Processo: RO 131502 PB 00626.2011.008.13.00-7,

²² 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" (destaque acrescido).

²³ Idem, Ibidem, p. 1024.

²⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo, CRISTINA MARIA NAVARRO ZORNIG. Aviso prévio - na justiça do trabalho - parte I. **JTb**: Jornal Trabalhista Consulex. Brasília, v. 23, n. 1114, abr./2006, p. 7.

Relator: FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA, Julgamento: 13/03/2012, Órgão Julgador: Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, Publicação:14/03/2012)

Na seara fiscal, a Receita Federal do Brasil não considera a parcela tributável e a insere no campo de indenização rescisória. Para fins previdenciários, já houve expressa previsão de sua natureza indenizatória, como parte não componente do salário de contribuição²⁵, mas o Decreto nº 6.727/2009 simplesmente revogou tal previsão e nada dispôs a respeito. No Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de verba indenizatória (com conseqüente não incidência previdenciária) não foi alterado com a edição de referido Decreto²⁶.

Por fim, cabe mencionar, ainda, que a forma do aviso-prévio é livre, quer dizer, pode ser formalizado verbalmente ou por escrito, sendo a última maneira a mais recomendável. Significa que qualquer meio de exteriorização de vontade é permitido, pois o ordenamento jurídico não exige formalidade específica, nos moldes do artigo 107 do Código Civil²⁷. Logo, é entendida também como forma “*ad probationem tantum*”, ou seja, a forma destina-se a facilitar a prova do ato, não sendo parte da substância do ato. Atente-se ser vedada a forma tácita, porque, como ato receptício de vontade, a parte contrária necessita ter ciência da vontade do comunicante.

Feita a conceituação genérica do instituto, passa-se à análise, na sequência, das hipóteses de cabimento do aviso-prévio.

²⁵ Revogada alínea "f do inciso V. § 9º do art. 214 do Decreto 3.048/99.

²⁶ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. VERBETE N. 8 3 DA SÚMULA DO STJ. - Conforme jurisprudência assente nesta Corte, o aviso prévio indenizado possui natureza indenizatória, não incidindo sobre ele contribuição previdenciária. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1220119/RS, Ministro Cesar Asfor Rocha, julgamento em 22/11/2011).

²⁷ Art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

1.3 CABIMENTO E TIPOS

Em princípio, o aviso-prévio é obrigatório na rescisão sem justa causa de contratos por prazo indeterminado, tanto pelo empregado quanto pelo empregador.

Também é direito reconhecido em caso de rescisão indireta²⁸, rescisão por cessação da atividade empresarial (falência, extinção do estabelecimento, etc.)²⁹ e culpa recíproca.

Para situação de rescisão indireta, apenas em 1983 é que foi inserido o §4º ao artigo 487 da CLT prevendo, expressamente, o dever da concessão do aviso-prévio. No entanto, mesmo antes da previsão legal, é possível considerar que raciocínio inverso implicaria em premiar o mau empregador, que, adotando postura contrária à lei, ver-se-ia eximido do pagamento do aviso-prévio, beneficiando-se, assim, de sua própria torpeza.

No caso de cessação da atividade empresarial, a consequente dispensa do empregado equivale à dispensa sem justo motivo, pois o risco do negócio compete ao empregador (artigo 2º da CLT) e não pode ser transferido ao trabalhador.

Ressalte-se que, na rescisão por culpa recíproca, assim como as demais parcelas resilitórias, o aviso-prévio também é parcela devida pela metade. Nesse sentido, inclusive, dispõem o artigo 484 da CLT e a Súmula nº 14 do C. TST³⁰.

²⁸ Art. 487, §4º, da CLT: “É devido o aviso prévio na despedida indireta”. A Súmula nº 31 do C TST, que estabelecia ser incabível o aviso prévio na despedida indireta, foi cancelada em 1994.

²⁹ Súmula 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”.

³⁰ Art. 484 da CLT: “Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade” e Súmula 14 do TST: “Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”.

Aqui, cabe mencionar o posicionamento divergente, minoritário, de Sérgio Pinto Martins, o qual entende que a existência de justo motivo, ainda que recíproco, afastaria a incidência do aviso-prévio (só cabível para hipótese de despedida sem justa causa):

Justifica-se o aviso prévio quando uma parte tem de comunicar a outra que o pacto irá terminar. Como na culpa recíproca há concomitância de faltas, não há que se falar em que uma parte terá de avisar a outra. Não há aviso prévio, mas cessação imediata do pacto laboral pelas faltas recíprocas. No meu ponto de vista, a orientação correta era a da redação anterior da Súmula 14 do TST, pelo fato de que se exige justo motivo para a cessação do contrato de trabalho do empregado em razão da culpa recíproca, é indevido o aviso prévio³¹.

Nos contratos de trabalho por prazo determinado, o aviso-prévio somente é devido se houver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, conforme preceituam o artigo 481 da CLT e a Súmula nº 163 do C. TST:

Art. 481 da CLT: “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”.

Súmula 163 do TST: “Cabe aviso-prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT”.

O aviso-prévio não tem cabimento na dissolução contratual por força maior (pois imprevisível e inevitável), por *factum principis* (paralisação temporária ou de

³¹ Idem, *Ibidem*, p. 388.

paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade)³², por morte do empregado (circunstância alheia à vontade das partes).

Com relação à modalidade de comprimento do prazo do aviso-prévio, como já referido anteriormente, a CLT prevê dois tipos de aviso-prévio: o trabalhado e o indenizado.

O aviso-prévio laborado pode ser realizado com redução de duas horas diárias, sem prejuízo da remuneração (artigo 488, *caput*, da CLT³³), ou com supressão do trabalho nos últimos sete dias do aviso-prévio, sem prejuízo da remuneração (parágrafo único do artigo 488 da CLT³⁴), competindo ao trabalhador a opção por uma das modalidades.

É vedada, pelo ordenamento jurídico, a substituição da redução de horas diárias ou supressão de dias do pré-aviso, pelo pagamento das horas correspondentes, por atentar contra a finalidade do instituto, que é justamente a de propiciar tempo para procurar nova colocação no mercado de trabalho. Nesse sentido, é a jurisprudência do C. TST:

Súmula 230 do TST: “Redução da jornada. Substituição pelo pagamento das horas correspondentes. É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

³² Há quem entenda que, no caso de rescisão por *factum principis*, o aviso-prévio ficaria a cargo do governo responsável, com base no art. 486 da CLT. No entanto, Alice Monteiro de Barros defende ser modalidade de força maior, afastando a exigibilidade do direito.

³³ Art. 488 da CLT: “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”.

³⁴ Art. 488, parágrafo único, da CLT: “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”.

Já o aviso-prévio indenizado é o pago, em espécie, pelo empregador, constituindo a modalidade mais usual, por evitar eventual desgaste existente entre as partes, após a comunicação da ruptura contratual.

Importante mencionar que o aviso-prévio cumprido em casa não é modalidade prevista legalmente. Trata-se de situação em que o empregado recebe o aviso-prévio, porém, não trabalha, ficando em casa à disposição do empregador. A prática, com claro intuito de postergar a quitação das verbas rescisórias, é considerada abusiva e, por ser censurável, é equiparada, pela jurisprudência, ao aviso-prévio indenizado:

Orientação Jurisprudencial n.º 14 da SDI-I do TST: “Cumprimento em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento a partir da notificação da despedida. CLT, art. 477, § 6º, "b". Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida”.

Para os trabalhadores rurais, o aviso-prévio corresponde a um dia dispensado do trabalho, sem prejuízo da remuneração, por semana, durante o período:

Art. 15 da Lei nº 5.889/1973: “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”.

O trabalhador doméstico, por força do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal, possui direito ao aviso-prévio nos mesmos casos previstos para os demais empregados, aplicando-se a CLT, naquilo que compatível, enquanto não houver regulamentação especial.

Como o aviso-prévio não extingue o contrato de trabalho, apenas fixando prazo para sua cessação, a reconsideração é possível, desde que a outra parte aceite. Se a reconsideração for aceita, mantém-se íntegra a relação de emprego, como se o aviso-prévio não tivesse existido; se recusada, o contrato se extingue no termo aprazado, como se a reconsideração não tivesse existido.

Feita análise dos tipos e hipóteses de cabimento do aviso-prévio, o próximo tema a ser abordado será a relação entre o instituto em apreço e as estabilidades provisórias.

1.4 ESTABILIDADES PROVISÓRIAS NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO

Estabilidades provisórias são situações legalmente previstas, ligadas a determinadas circunstâncias fáticas, que obstam a despedida imotivada do empregado, durante determinado período de tempo. É o direito do trabalhador permanecer no emprego, ainda que não seja a vontade do empregador.

Já o aviso-prévio, como já analisado, é a denúncia do contrato de trabalho.

Necessário apreciar como se relacionam estes dois institutos antagônicos.

Ao dirigente sindical, é assegurada estabilidade provisória a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos

termos da lei, de acordo com previsão constante do inciso VIII do artigo 8º da Constituição Federal, mesma previsão que já havia no § 3º do artigo 543 da CLT³⁵.

CIPA é a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, regulamentada pela CLT, nos artigos 162 a 165 e pela Norma Regulamentadora 5, contida na Portaria 3.214 de 08/06/78, baixada pelo Ministério do Trabalho, com objetivo de prevenir acidentes e melhorar a qualidade do ambiente de trabalho.

Aos cipeiros, à semelhança do que ocorre com dirigentes sindicais (candidatura a cargo eletivo), também é assegurada estabilidade provisória do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, de acordo com artigo 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesses casos citados, a jurisprudência majoritária considera que aviso-prévio integra o tempo de serviço para fins pecuniários, como reajustes salariais e indenização adicional, não para fins de assegurar estabilidade provisória a candidatos a cipeiro e dirigente sindical.

Nessa linha, o C. TST editou o verbete para evitar fraudes, quer dizer, posicionou-se no sentido de que candidaturas no curso do aviso-prévio não impedem dispensa sem justa causa:

Súmula 369 do TST, V: “Dirigente sindical. Registro da candidatura no curso do aviso prévio. Estabilidade provisória, (conversão da OJ 35 da SDI-1) V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁵ Art. 543, § 3º, da CLT: “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

Discorda do entendimento da Corte Suprema Trabalhista, Jorge Luiz Souto Maior:

O inciso V da multicitada Súmula n. 369 do TST traz uma luz à compreensão do mote ideológico, antisindical, que determinou o seu surgimento, eis que nega validade ao § 3º do art. 543 da CLT, negando sua aplicabilidade ao empregado que já recebeu aviso-prévio de forma completamente arbitrária, já que a lei não faz qualquer ressalva neste sentido e também porque, como se sabe, o aviso-prévio não transforma, em nada, a natureza do vínculo³⁶.

Entendemos, em resumo, que não existem as estabilidades provisórias decorrentes de cargos eletivos, como caso de cipeiro e dirigente sindical, se o aviso-prévio já houver sido comunicado antes do registro das candidaturas. A postura privilegia o empregador de boa-fé, evitando eventuais registro do empregado com intuito de obstar a sua dispensa.

Importante referir, de igual modo, a estabilidade provisória da empregada gestante.

O artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda dispensa sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Para alguns doutrinadores, constatada gestação após a comunicação do aviso-prévio, não há estabilidade provisória decorrente da gravidez, pois o vínculo já havia sido denunciado antes da caracterização da situação geradora do direito.

Já para outros, fundamentados na assertiva de que o aviso-prévio não modifica a essência da relação de emprego, não transformando o contrato por prazo indeterminado em contrato a prazo, admitem a estabilidade provisória, privilegiando a proteção do nascituro e por não ser crível imaginar que alguém engravide para não

³⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. V. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 483.

perder o emprego. Ademais, a má-fé eventual de empregada, neste caso, precisaria ser comprovada e não pressuposta.

O C. TST considera que a comprovação da gravidez, ainda que confirmada no período do aviso-prévio, é suficiente para que a empregada tenha reconhecido o direito à garantia provisória de emprego:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PROVIMENTO. Há que ser processado o recurso de revista quando demonstrada a violação do artigo 10, II, b do ADCT/88. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. 1. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PROVIMENTO. É pacífico o entendimento, no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que, mesmo quando a confirmação da gravidez ocorre no período do aviso prévio indenizado, tem a reclamante direito a estabilidade provisória. Incidência da Súmula 244, I. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 17784220105020432 1778-42.2010.5.02.0432, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Julgamento: 06/02/2013, Órgão Julgador: 5ª Turma, Publicação: DEJT 15/02/2013).

Por fim, relevante citar também a estabilidade provisória acidentária.

O artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 prevê ao segurado que sofreu acidente do trabalho garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, à manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

No caso de auxílio-doença no curso do pré-aviso, o C. TST entende que a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso-prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. Para concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário (Súmula nº 371 do C. TST). O

posicionamento prestigia a finalidade do instituto porque, durante auxílio-doença, o empregado não estará em condições de procurar novo emprego.

Ressalte-se, entretanto, que, no caso de auxílio-doença acidentário no curso do aviso-prévio, é possível o reconhecimento de estabilidade provisória prevista no artigo 118 da Lei 8.213/1991. A título ilustrativo, no julgamento do RR-1469/2004-070-01-00.3, o Ministro Alberto Bresciani, frisou que a análise conjunta das Súmulas 371 e 378, inciso II, do TST, conduz à conclusão de que a percepção do auxílio-doença acidentário no curso do aviso-prévio não impede o direito à estabilidade acidentária. Com isso, a 3ª Turma seguiu o voto do Relator e acolheu o recuso obreiro para declarar a estabilidade provisória e decretar a nulidade da dispensa.

Um ponto é pacífico: se o empregado estiver em gozo de estabilidade provisória, o empregador deverá aguardar escoamento desse prazo para conceder o aviso-prévio. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 348 do C. TST: “É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos”.

Ensina Sérgio Pinto Martins³⁷ que, na verdade, o aviso prévio dado ao empregado tem como objetivo propiciar tempo para procurar outro emprego. Quando da garantia de emprego, não tem o trabalhador qualquer interesse de procurar outro serviço, pois está acobertado por aquele direito. Dessa forma, fazendo-se com que o trabalhador procure outro emprego nos últimos trinta dias da estabilidade provisória não estará assegurado o fim precípua do aviso-prévio, que é, justamente, proporcionar ao emprego tempo para encontrar outro trabalho.

1.5 EFEITOS E FORMA DE CÁLCULO

³⁷ Idem, *Ibidem*, p. 277.

Para encerrar primeira seção deste trabalho, será realizada análise dos efeitos e forma de cálculo do aviso-prévio.

Maurício Godinho Delgado³⁸ elenca como principais efeitos do aviso-prévio: **(a)** fixa a data de denuncia do contrato pela parte concedente do pré-aviso, uma vez que a rescisão é declaração receptícia de vontade, com efeitos constitutivos; **(b)** integração contratual do prazo do aviso; **(c)** pagamento correspondente ao período do aviso.

Carlos Alberto Reis de Paula³⁹ fixa como efeito principal do aviso-prévio a fixação da data em que o contrato deixará de existir e, como efeito secundário, a redução do horário normal de serviço do empregado sem redução remuneratória, quando o pré-avisante for o empregador, para possibilitar a busca de nova colocação no mercado de trabalho.

Um dos principais efeitos da concessão do aviso-prévio, de fato, é a projeção do contrato de trabalho pelo tempo correspondente ao seu período, razão pela qual a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder a do término do prazo do aviso-prévio, ainda que indenizado, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-I do C. TST: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado”.

Em virtude da projeção, durante o período do aviso-prévio, o vínculo de emprego vigora normalmente, persistindo as obrigações e deveres das partes, neste interregno temporal.

Também por conta da projeção, caso haja reajuste salarial para a categoria, no prazo do aviso-prévio, o empregado terá direito ao benefício, com amparo no § 6º do artigo 487 da CLT⁴⁰.

Da mesma forma, a projeção ocorre para fins de quitação da indenização adicional prevista no artigo 9º da Lei nº 6.708/1979, abaixo transcrito:

³⁸ Idem, Ibidem, p. 1085.

³⁹ Idem, Ibidem, p. 53.

⁴⁰ Art. 487, § 6º da CLT: “O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os

O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele, ou não, optante pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Igualmente, é do fim do aviso-prévio que se inicia o prazo prescricional bienal, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI-I do C. TST “A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio”.

No que tange à redução da jornada, o artigo 488 da CLT prevê que a carga horária do trabalhador, durante o período de pré-aviso, será reduzida de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. O parágrafo único do referido artigo faculta ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diária, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 7 (sete) dias corridos.

Caso o aviso-prévio trabalhado ultrapasse seu prazo e/ou o empregado não goze de umas das formas de redução de jornada, durante o período, considera-se inválida a comunicação, retomando o contrato de trabalho seu curso normal, até que nova comunicação seja realizada. Se a constatação ocorrer em demanda judicial, a consequência será pagamento do aviso-prévio com as devidas projeções legais.

A não-dação ou não-cumprimento do aviso-prévio, por parte do empregado, dá direito ao empregador de reter o salário daquele, relativo ao período não concedido, de acordo com §2º do artigo 487 da CLT: “A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo”.

Se a omissão for do empregador, a sanção é o pagamento do valor correspondente, ou seja, o aviso indenizado (§1º, *ab initio*, do artigo 487 da CLT).

salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

Um dos outros efeitos do ato da comunicação do aviso-prévio, quando não é trabalhado, é a obrigação do pagamento de verbas rescisórias no prazo de dez dias, sob pena de multa equivalente ao salário do empregado dispensado, de acordo com artigo 477, §§ 6º, b, e 8º⁴¹.

Ressalta, ainda, Sérgio Pinto Martins, a possibilidade de ocorrência de justa causa no curso do aviso-prévio, o que autoriza a rescisão imediata do vínculo de emprego:

Se o empregador, durante o aviso-prévio dado ao empregado, cometer ato que justifique a rescisão imediata do contrato, deverá pagar a remuneração correspondente ao aviso-prévio sem prejuízo da indenização que for devida (art. 490 da CLT). O empregado que cometer justa causa durante o aviso-prévio perde o direito ao restante do respectivo prazo (art. 491 da CLT) e ao pagamento das indenizações legais. Entende-se que no caso do artigo 491 da CLT o empregado perde o direito à indenização, pois a lei não faz qualquer ressalva nesse sentido, ao contrário do art. 490 da CLT. O Enunciado 73 do C. TST esclarece que a falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado, no decurso do prazo do aviso-prévio, dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização. Os dias de aviso-prévio trabalhados deverão, porém, ser pagos ao trabalhador⁴².

Em relação ao cálculo, o valor do aviso-prévio equivale ao salário mensal do trabalhador acrescido de todas as parcelas habitualmente pagas (últimos dozes

⁴¹ Art. 477 da CLT: É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

(...)

§ 6º O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos.

(...)

b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

(...)

§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

⁴² Idem, Ibidem, p. 277.

meses) ao longo do contrato, inclusive horas extraordinárias. É a redação do artigo 487, § 5º, da CLT: “§ 5º - O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado”.

Se a situação for de trabalhador tatefeiro, o aviso-prévio será calculado conforme a média dos últimos dozes meses de trabalho, de acordo com previsão do artigo 487, § 3º, da CLT: “Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviço”.

O aviso-prévio trabalhado ou indenizado, a base de 1/12, reflete em férias com o terço constitucional e 13º salários. Também incide no cálculo do recolhimento de depósitos de fundo de garantia, conforme dispõe a Súmula nº 305 do C. TST: “O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, esta sujeito a contribuição para o FGTS”.

Importante lembrar que gorjetas e gratificações semestrais não refletem no cálculo do aviso-prévio indenizado, de acordo com as Súmulas nº 354 e 253 do C. TST:

Súmula 354 do TST: “As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Súmula 253 do TST: “A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso-prévio, ainda que indenizados”.

Cabe, ainda, destacar, para efeitos de cálculo, que a contagem do prazo do aviso-prévio é realizada com exclusão do dia do começo e inclusão do vencimento, de acordo com artigo 132, *caput*, do Código Civil e Súmula nº 380 do C. TST⁴³.

⁴³ Súmula 380 do TST: “Aplica-se a regra prevista no 'caput' do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo, incluindo o do vencimento”.

Por fim, como já referido em capítulo anterior, vale frisar ser ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondentes. Inteligência da Súmula nº 230 do C. TST.

Feitas as considerações sobre a caracterização do aviso-prévio, passa-se para análise da proporcionalidade do instituto, objetivo principal do estudo deste trabalho.

2 PROPORCIONALIDADE DO INSTITUTO

2.1 AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL E A OMISSÃO DO LEGISLADOR

O aviso-prévio proporcional tem previsão na Constituição Federal de 1988, precisamente no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais, artigo 7.º, inciso XXI, *in verbis*:

Art. 7.º. 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.

(...)

Como direito social, traduz-se em um direito fundamental do homem, de observância obrigatória em um Estado de Direito, tendo por objetivo a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Declara o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁴⁴ ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

⁴⁴ Art. 1º da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

De acordo com Canotilho, o Estado de Direito "é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva - valendo e vigorando - de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos"⁴⁵.

Já o Estado Democrático de Direito é o Estado de direito concreto e efetivo, fundamentado na dignidade da pessoa humana, visando realizar a justiça material e a emancipação do homem.

Considerando-se que o Estado Democrático de Direito tem por fim a promoção de condições objetivas de desenvolvimento da personalidade e liberdade individuais, com realização da justiça material, uma promessa constitucional não pode tolerar omissão do Poder Legislativo.

Para possibilitar efetividade aos direitos constitucionais subjetivos inviabilizados por omissão inconstitucional, em virtude da falta de norma infraconstitucional regulamentadora, existe a ação de mandado de injunção. Segundo inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Poder Judiciário, em alguns casos, acaba assumindo o papel de realizador do princípio da socialidade, porque a discricionariedade do legislador não pode se tornar arbitrariedade lesiva aos indivíduos.

Dentre os direitos trabalhistas negligenciados pelo legislador infraconstitucional estava o aviso-prévio proporcional, cuja norma era de eficácia limitada.

A norma de eficácia limitada é aquela com aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida, apenas incidindo, conforme José Afonso da Silva:

após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam efeitos não essenciais, ou melhor,

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 360.

não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meio e condicionantes⁴⁶.

A propósito, explicam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁷ que as normas de eficácia limitada ou reduzida somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.

Houve tentativa doutrinária de conceder eficácia plena ao instituto, como por exemplo, a proposta de Roseniura Santos⁴⁸, a qual defendia aplicação concreta ao aviso-prévio proporcional a partir da edição do Código Civil de 2002, por aplicação subsidiária do parágrafo único do artigo 473 do CC⁴⁹, autorizada pelo parágrafo único do artigo 8º da CLT⁵⁰.

Ocorre, contudo, que era pacífico, na jurisprudência trabalhista, a impossibilidade de exercício do direito ao aviso-prévio proporcional, por conta da ausência de lei regulamentadora, conforme se denota da Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDII do C. TST: "Proporcionalidade. Tempo de serviço. Ausência de lei regulamentadora. CF/88, artigo 7º, XXI".

O Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Injunção nº 369, em 1992, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, reconheceu a mora do Congresso

⁴⁶ SILVA, José Alonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros. 1999, p. 82.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 80.

⁴⁸ SANTOS, Roseniura. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço nos contratos de trabalho e o novo código civil: buscando a efetividade da Magna Carta. **Justiça do Trabalho**. São Paulo, v. 23, n. 273, set./2006, p. 68.

⁴⁹ Art. 473, parágrafo único, do CC: "Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver leito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

⁵⁰ Art. 8º, parágrafo único, da CLT: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Nacional na atividade de regulamentar o aviso-prévio, como previsto no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal:

Mandado de injunção. Art. 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 art. 7º, XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticiário, 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.

Não obstante o STF tenha reconhecido a omissão legislativa na regulamentação do pré-aviso, o mandado de injunção não teve efeito prático, pois não ocorreu adimplemento da mora pelo Congresso Nacional.

Importante citar o posicionamento do Ministro Néri da Silveira⁵¹ acerca da postura que o STF deve adotar quando, notificado o Poder Legislativo, este permanece inerte:

Partilho do entendimento de 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 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

⁵¹ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, Ata da 7ª 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.

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.

Em 2007, novamente, o STF declarou em mora o Congresso Nacional:

Mandado de Injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso-prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra (MI 695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 1º/01/2007, DJ 20/04/2007).

Diante da persistência da mora legislativa, em junho de 2011, foram para julgamento, no Supremo Tribunal Federal, mais quatro mandados de injunção (números 943, 1010, 1074 e 1090), ocasião em que os Ministros decidiram adiar a decisão, para propiciar melhor análise da questão, conforme noticiado no site⁵²:

Quarta-feira, 22 de junho de 2011

STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira, o julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI) cujos autores reclamam o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), de "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei". Os mandados foram impetrados diante da omissão do

⁵² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>. Acesso em 01/12/2012.

Congresso Nacional que, após a promulgação da CF de 1988, ainda não regulamentou o dispositivo.

O julgamento foi suspenso depois que o relator, ministro Gilmar Mendes, se pronunciou pela procedência das ações. Por sugestão do próprio relator, entretanto, o Plenário decidiu pela suspensão do julgamento para que se possa examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Dentre o manancial a ser pesquisado, há experiências de outros países, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, projetos em tramitação no Congresso Nacional, propondo a regulamentação do dispositivo constitucional.

Durante os debates em torno dos processos - os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090 -, os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores de omissão legislativa, em que apenas advertiu o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, e adotou uma regra para o caso concreto, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a votar uma lei regulamentadora.

Foram citados dois precedentes em que o STF, com base em parâmetros já existentes, estabeleceu regras para vigerem enquanto não houver regulamentação legislativa. O primeiro deles foi o MT 721, relatado pelo ministro Marco Aurélio. Diante da omissão legislativa relativa ao parágrafo 4º do artigo 40 da CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57 da Lei 8.213/1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

No segundo caso, o MI 708, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte solucionou a omissão legislativa quanto ao direito de greve no serviço público, determinando a aplicação das regras vigentes para o setor privado (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989), no que couber, até regulamentação do dispositivo constitucional (artigo 37, inciso VII, da CF).

Propostas

No início dos debates, o ministro Luiz Fux apresentou propostas para uma solução concreta nos casos em discussão. Ele sugeriu a conjugação do dispositivo constitucional com o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que admite a aplicação do direito comparado, quando da existência de lacuna legislativa.

Nesse sentido, ele citou que uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a extinção da relação de trabalho sugere o direito a um aviso prévio razoável ou a uma indenização compensatória.

O ministro Luiz Fux relatou, neste contexto, experiências da Alemanha, Dinamarca e Suíça, onde o aviso prévio pode chegar a entre três e seis meses, dependendo da duração do contrato de trabalho e da idade do trabalhador; na Itália, pode chegar a quatro meses.

Já o ministro Marco Aurélio sugeriu que, além do direito a aviso prévio de 30 dias, sejam acrescentados 10 dias por ano. Assim, ao cabo de 30 anos - caso do autor do MI 943, demitido de seu emprego após 30 anos de serviço -, teria direito a 300 dias de aviso prévio, a serem por ele cumpridos, ou então indenizados.

O presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, sugeriu a indenização de um salário-mínimo a cada cinco anos, adicionalmente ao direito mínimo a 30 dias de aviso prévio. Por seu turno, o ministro Ricardo Lewandowski observou que há um projeto do senador Paulo Paim (PT-RS) em tramitação no Congresso Nacional.

Essas propostas, entretanto, esbarraram na objeção do ministro Marco Aurélio, segundo o qual elas não guardam a proporcionalidade prevista no artigo 7º, inciso XXI, da CF.

Parâmetros

Ao sugerir a suspensão dos debates para aprofundar os estudos sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes observou que qualquer solução para os casos concretos hoje debatidos acabará se projetando para além deles. "As fórmulas aditivas passam também a ser objeto de questionamentos", afirmou, ponderando que o Poder com legitimidade para regulamentar o assunto é o Congresso Nacional.

Nesse contexto, diante do indicativo de proatividade do Judiciário, o Poder Legislativo, após 23 (vinte e três) anos sem qualquer definição acerca do tema, "não impulsionado pela razão, mas pelo capricho de não ser superado pela iniciativa do Supremo"⁵³, aprovou Projeto de Lei nº 3.941/1989, o qual foi sancionado, pela Presidente da República, em 11 de outubro de 2011, sem vetos.

Pelo fato de só conter dois artigos (sendo que um dos dispositivos diz respeito à vigência da Lei), é possível a transcrição do inteiro teor da Lei nº 12.506/2011:

LEI Nº 12.506, DE 11 DE OUTUBRO DE 2011.

Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências

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 (tres) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

⁵³ Idem. Aviso prévio desproporcional. **Justiça do trabalho**. Porto Alegre, v. 29, n. 344, ago. 2012, p. 89.

Art 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O legislador fez questão de enfatizar que o aviso-prévio era o da CLT, o que pode ser utilizado para afastar a aplicação aos trabalhadores rurais, por exemplo, como na sequência se verá. Ainda, persistiu na utilização de expressões polissêmicas, tais como "tempo de serviço" e "empresa", dando margem a discussões se empresa abarca empregador pessoa física e se tempo de serviço engloba período de suspensão contratual, só para ilustrar.

Assim, o aviso-prévio proporcional pode ser definido como direito à contagem do tempo de serviço em um emprego, para o fim de determinar o número de dias que a parte, quando rescindir, imotivadamente a relação de emprego, terá que pré-avisar ou pagar a esse título à outra parte.

As controvérsias advindas do tratamento legal conferido ao aviso-prévio proporcional serão apreciadas nos próximos capítulos, a começar pela aplicação da lei no tempo.

2.2 O ADVENTO DA LEI 12.506/11 E A APLICABILIDADE NO TEMPO

A Lei nº 12.506/2011 não foi expressa quanto à aplicação temporal da regra da proporcionalidade.

Por conta disso, importantes questionamentos foram levantados, tais como: **(a)** aplicação da nova lei a período de trabalho anterior à sua vigência; **(b)** aplicação da nova lei a rescisões anteriores à sua vigência; **(c)** aplicação da nova lei a avisos-prévios em curso quando do momento da vigência do novo texto.

Acerca do tema, Octávio Bueno Magano destaca que o conflito de leis no tempo se soluciona de três maneiras: **(a) *factapraeterita*** – ocorrem antes da lei nova e os efeitos já foram integralmente regulados pela lei anterior, aplicando-se o direito antigo, protegidos pela irretroatividade; **(b) *factapendentia*** – efeitos anteriores ao advento da nova lei serão regulados pela lei vigente ao tempo em que os fatos se constituíram e os posteriores pela lei nova; **(c) *factafutura*** – constituição e efeitos se produzem sob a regência da lei nova, aplicando-se o direito novo.

Diante do exposto, é possível concluir que a lei trabalhista tem, como regra geral, aplicação imediata, abrangendo todos os efeitos posteriores dos *factapendentia*.

Neste ponto, esclarece Boucinhas Filho que:

A situação das pessoas que já estavam empregadas há vários anos quando a Lei 12.506 começou a vigor claramente se enquadra como **facta pendentia**. Ela é bastante similar a mencionada situação das férias de vinte dias. Em ambas as situações os trabalhadores tinham adquirido direito a determinado benefício sob a égide de uma norma menos benéfica, quando adveio uma norma mais benéfica. Nos dois casos a efetiva utilização do benefício ainda não se consolidara, o que no caso das férias se daria com o seu gozo e no caso do aviso prévio com o seu trabalho ou com a respectiva indenização. Em razão disso a utilização do benefício, quando vier a ocorrer, será feita nos termos da nova lei contando-se os anos de serviço anteriores à lei por último mencionada para fins de utilização de sua regra de proporcionalidade para o aviso prévio⁵⁴.

Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Neire Dias Ferreira Jorge preceituam que:

⁵⁴ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Justiça do trabalho**. Porto Alegre, v. 28, n. 334, out. 2011, p. 87.

quando uma lei entra em vigor, sua aplicação é para o presente e para o futuro, com efeito geral e imediato. Ter efeito geral e imediato implica dizer que a nova lei é aplicável para os contratos em curso à data de sua vigência, mesmo que tenham sido constituídos anteriormente⁵⁵.

Cleber Martins Sales entende que contratos extintos não são alcançados pela lei do aviso-prévio proporcional, de sorte que esta alcança somente as novas relações de emprego e os vínculos empregatícios em curso quando de sua entrada em vigor, em 13 de outubro de 2011.

Defendendo tese oposta, Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni asseveram que o aviso-prévio proporcional era um direito inexistente, que passou a existir com a lei, valendo a máxima de que às novas leis não se deve atribuir força retroativa. Nesta linha de raciocínio, preceituam que:

incluir no tempo de serviço um período que antes não poderia ser somado, por falta de lei, é, sim, retroatividade (...) portanto, não se deve aplicar a nova lei aproveitando o tempo contratual anterior à publicação daquela, porque, isto é fazer retroagir, o que é vedado constitucionalmente pelo princípio da irretroatividade. Não se nega vigência ao princípio do efeito imediato das leis, apenas se assegura que ele incida a partir da vigência da norma, e não antes⁵⁶.

Respeitados entendimentos divergentes, compartilhamos do posicionamento de que os novos prazos de aviso-prévio comportam aplicação aos contratos de trabalho em curso no momento da data de publicação da Lei nº 12.506/2011, com base no art 5º, XXXVI, da Constituição da Federal, vale dizer, regra geral de que a norma tem efeito imediato e geral. Por ter a lei efeito e aplicação imediata,

⁵⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE, Neire Dias Ferreira. O aviso prévio e a sua proporcionalidade. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, v. 29, n. 338, fev. 2012, p. 26.

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. O aviso prévio proporcional. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 1, ex. 1, jan. 2012, p. 10.

beneficiará todos os empregados que tenham a comunicação do aviso-prévio a partir de 13 de outubro de 2011, concluindo-se que cálculo do aviso proporcional abrangerá o período trabalhado anterior à nova lei.

Já no tocante à aplicação da proporcionalidade do aviso-prévio a contratos de trabalhos já extintos, a doutrina é pacífica no sentido de irretroatividade da lei.

A lei não pode retroagir para atingir fatos já consumados, sob pena de violação ao artigo 5º, XXXVI, da CF (“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) e artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”).

O aviso-prévio concedido e concluído sob égide de lei anterior é ato jurídico perfeito, pois já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

É a aplicação da máxima *tempus regit actum*, que também tem previsão no artigo 912 da CLT: “Art. 912 - Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”.

Isso quer dizer, como já mencionado, que, dado e concluído o aviso-prévio, antes da edição da nova lei, configura-se ato jurídico perfeito e acabado, motivo pelo qual não poderá ser alterado.

No sentido da irretroatividade da lei, posicionam-se Cláudia Coutinho Stephan, Paulo Jakutis, Luiz Eduardo Vieira Oliveira, André Cremonesi, Carlos Augusto Monteiro, Sergio Pinto Martins, Jair Aparecido Cardoso, José Geraldo da Fonseca, Irary Ferreira, Melchíades Rodrigues Martins, Reinaldo de Freitas Sampaio, entre outros.

Estevão Mallet⁵⁷ conclui, sem hesitação, que as regras postas pela Lei nº 12.506/2011 não se aplicam aos empregados dispensados antes do início de sua vigência: **(a)** Constituição Federal proíbe a retroação violadora de direito adquirido, ainda que se trate de norma de ordem pública mais benéfica (lembrando que a

⁵⁷ MALLET, Estêvão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 75, n. 11, ex 1, nov. 2011, p. 1315-1319.

Constituição Federal tolerou apenas a retroação de norma penal mais benéfica); **(b)** o direito à proporcionalidade do aviso-prévio surgiu apenas com a mudança legislativa, pois a norma constitucional era de eficácia limitada.

Adotando a mesma linha de pensamento, Maurício Pereira Simões declara que o negócio jurídico se rege pela lei do acontecimento dos fatos e, como a norma do artigo 7º, XXI, é norma de eficácia limitada, antes de 13/10/2011, "não havia a previsão legal, o empregado não teria como prever e calcular tal risco e referido valor"⁵⁸.

O princípio da segurança jurídica também é utilizado como argumento para a teoria de irretroatividade da Lei nº 12.506/2011.

Guilherme Guimarães Ludwig⁵⁹ narra que, sob pena de violação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito e dos princípios subjacentes da segurança e da confiança jurídicas, o novo regramento apenas poderá se aplicar às hipóteses em que o aviso-prévio tenha sido concedido ao empregado a partir da vigência da Lei nº 12.506/2011.

De igual modo, Rosendo de Fátima Vieira Júnior disciplina sobre o tema: "não podendo retroagir sob pena de afetar, além do ato jurídico perfeito, a segurança das relações jurídicas"⁶⁰.

Homero Batista Mateus da Silva⁶¹, utilizando-se de comparação com situações análogas, lembra que a lei nova regula o contrato de trabalho em vigor, porém, não retroage, como ocorreu com diversos precedentes recentes: **(a)** a elevação da indenização rescisória, de 10% para 40% sobre o fundo de garantia, quando da dispensa sem justa causa, incidiu sobre as rescisões operadas a partir de 5 de outubro de 1988, ainda que o contrato de trabalho fosse pretérito, mas não retroagiu para apanhar

⁵⁸ SIMÕES, Maurício Pereira. Aviso prévio proporcional e as discussões anunciadas. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 48, n. 8, fev. 2012, p. 32.

⁵⁹ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Abordagem constitucional do aviso prévio proporcional **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v 23, n 270, dez. 2011, p. 64.

⁶⁰ VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. A (des)regulamentação do aviso prévio proporcional pela lei n. 12.506/2011. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 48, n. 7, fev. 2012, p. 28.

⁶¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12.506/2011. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI.], v. 23, n. 275, maio 2012, p. 95.

as rescisões já operadas em 4 de outubro, por exemplo, **(b)** o acréscimo de um terço sobre as férias valeu para contratos velhos e férias antigas, contanto que fossem concedidas e pagas já sob a égide da nova legislação, **(c)** *idem* quanto ao aumento do adicional de horas extras, que passou de 20% para 50% na Constituição de 1988.

A jurisprudência acompanhou o posicionamento amplamente majoritário da doutrina acerca da irretroatividade da Lei do aviso-prévio proporcional, conforme se observa da Súmula nº 441 do C. TST, cujo teor segue abaixo:

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25. 26 e 27 09 2012

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12 506, em 13 de outubro de 2011.

Encabeçando tese minoritária, Amauri Cesar Alves defende expressamente “que os efeitos da nova lei retroagem aos contratos antigos findos antes de sua publicação”⁶², referindo que se trata de um direito constitucional fundamental, de aplicação imediata e eficácia horizontal⁶³, independentemente de regra infraconstitucional. Narra que é possível entender que o empregador tem o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na legislação trabalhista específica. Assim, como, desde 1988, é direito fundamental dos trabalhadores a proporcionalidade do aviso-prévio, indica que devem, aqueles que foram dispensados antes da publicação da Lei nº 12.506/2011, buscar, em juízo, os efeitos da lei nova, observada a prescrição bienal. Sugere que, havendo, em tese, direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão, deverá o

⁶² ALVES, Amauri Cesar. O "novo" aviso prévio proporcional Lei nº 12.506/2011. **Repertrio IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 26, n. 5, cd 2, 1^aquinz./mar. 2012, p. 161.

⁶³ Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se compreender, com Ingo Sarlet, a vinculação dos particulares (no caso, empregados e empregadores), em suas relações privadas, aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

intérprete aplicar aquele que melhor concretiza a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Com a devida vênia, entendemos que a norma constitucional de eficácia limitada não se torna retroativamente aplicável, com o surgimento da lei regulamentadora. Logo, a norma fica desprovida de aplicação desde a promulgação da Constituição Federal até publicação da lei ordinária necessária para sua conformação. Foi assim, por exemplo, com a participação nos lucros e resultados (surgiu através de medida provisória, em 1996, e lei ordinária, em 2001). E há diversos outros direitos fundamentais trabalhistas pendentes de aplicação, dependentes de política legislativa e vontade política⁶⁴.

É importante ressaltar, entretanto, que, embora o Supremo Tribunal Federal possua precedentes, no que tange a mandados de injunção em curso, declarando a perda do objeto pelo advento do preceito de lei reclamado⁶⁵, recentemente, proferiu decisão favorável a contratos rescindidos antes da edição da nova lei do aviso-prévio proporcional. Em que pese não haja inteiro teor da decisão, certamente, não o fez com base na lei criada, mas, no bojo da controvérsia constitucional acerca da mora legislativa sobre o tema, de forma a levar a Suprema Corte a modular os efeitos da decisão favorável. Do site do STF⁶⁶ consta apenas a seguinte notícia de 06 de fevereiro de 2013:

⁶⁴ Alguns direitos trabalhistas constitucionalizados inoperantes, por falta de lei, todos do art. 7º:
 X -proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
 XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei,
 XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
 XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

⁶⁵ “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada a omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. (...) O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma” (MI 575-AgR. Rei. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29/10/1998). No mesmo sentido. MI 742-ED, Rei. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10/03/2008. No que tange ao aviso-prévio proporcional: “Trata-se de mandado de injunção contra alegada omissão na elaboração da norma regulamentadora prevista no artigo 7º, XXI, da Constituição Federal. A impetração fundamenta-se na falta de regulamentação do direito do trabalhador ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. () O mandado de injunção perdeu o objeto. Isso porque, em 13/10/2011, foi publicada a Lei 12 506, que regulamentou a concessão de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço trabalhado. Com efeito, resta prejudicada a impetração, pois, com a edição da mencionada lei, não há mais a falta de norma regulamentadora que inviabilizaria o exercício do direito pretendido. Isso posto, julgo prejudicado este mandado de injunção (art 21. IX. do RI STF)” Ministro Ricardo Lewandowski (MI 1079, julgamento em 10/04/2012.

⁶⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144>.

Acesso em

10/02/2013.

(...)

Mandado de Injunção 943

O caso foi debatido pelo STF no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 943, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Segundo o ministro, no caso em exame, o STF havia decidido e deferido o mandado de injunção, suspendendo o julgamento em 22 de junho de 2011 para a apresentação de uma solução conciliatória pelo Tribunal a fim de suprir a lacuna legislativa.

A proposta apresentada hoje (6) pelo ministro Gilmar Mendes, e aprovada pelo Plenário, prevê a aplicação dos parâmetros da Lei 12.506/11 aos mandados de injunção ajuizados antes de sua edição. “Tratam-se de mandados de injunção ajuizados anteriormente à edição da lei, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram suspensos”, afirmou o ministro. Juntamente com o MI 943, foram decididos em Plenário também os MIs 1010, 1074 e 1090.

Ao proclamar o resultado, o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, salientou que o entendimento será aplicado a processos semelhantes em trâmite no STF. “Em todos os processos apregoados foi determinada a aplicação da solução preconizada pela Lei 12.506/2011, e autorizada a resolução monocrática dos processos sobre o mesmo tema, por delegação do Plenário”, afirmou.

Segurança jurídica

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes salientou que o entendimento proposto em seu voto aplica-se tão somente àqueles Mandados de Injunção em trâmite no STF, não devendo se estender indiscriminadamente a disputas estabelecidas anteriormente à edição da Lei nº 12.506/11. “Registre-se que por segurança jurídica não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/11 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição. Além disso, muitas situações se consolidaram de tal modo que a Constituição lhes atribui proteção a título de ‘ato jurídico perfeito’ ou de ‘coisa julgada’”, afirmou o ministro.

Por fim, em relação à incidência da nova lei a avisos-prévios em curso no momento de sua publicação, a maioria dos doutrinadores opina pela não aplicação, ou seja, considera-se que o aviso-prévio proporcional só vale para as comunicações realizadas a partir de 13 de outubro de 2011.

Sergio Pinto Martins⁶⁷ manifesta que a Lei nº 12.506 não se aplica a quem estava cumprindo aviso-prévio quando ela foi publicada, pois, do contrário, ela seria retroativa.

Marco Antonio Aparecido de Lima⁶⁸, do mesmo modo, sinaliza que os avisos-prévios que estavam em curso em 13 de outubro de 2011 continuam sendo contados com base na lei anterior, pois o fato gerador do direito à contagem especial é a dação do aviso prévio, ou seja, a comunicação da rescisão sem justa causa, fato gerador este ocorrido na vigência da lei anterior e com respeito aos seus ditames, consagrando-se no mundo jurídico como ato jurídico perfeito, insuscetível de ser alcançado pela nova lei.

Igualmente com argumentação fundada no respeito ao ato jurídico perfeito, Guilherme Guimarães Ludwig⁶⁹ indica que:

sob pena de violação do ato jurídico perfeito, o novo regramento apenas poderá se aplicar às hipóteses em que o aviso-prévio tenha sido concedido ao empregado a partir da vigência da Lei nº 12. 506/2011.

Para Homero Batista Mateus da Silva, o parâmetro é se concentrar na data da comunicação da rescisão, como desencadeadora do direito adquirido.

No mesmo sentido, foram o Memo Circular SRT 10/2011 e a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012 ao estabelecerem que "a lei não poderá retroagir para alcançar situação de aviso-prévio já iniciado". Destacou a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012 que o artigo 2º da norma informa que suas disposições entraram em vigor na data de sua publicação, ou seja, a partir de 13 de outubro de

⁶⁷ Idem. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 270, dez. 2011, p. 17.

⁶⁸ LIMA, Marco Antonio Aparecido de. Lei do aviso prévio proporcional - primeiras impressões. **Trabalho em revista - Encarte**. Curitiba, n. 177, nov. 2011, p. 6400.

⁶⁹ Idem, *Ibidem*, p. 61.

2011. Dessa forma, “segue-se a regra de que é do recebimento da comunicação do aviso que se estabelecem os seus efeitos jurídicos”.

Ressalvado posicionamento diverso predominante, entendemos que aos empregados que foram demitidos dentro do prazo de 29 (vinte e nove) dias anteriores a 13/10/2011, possuem direito às novas regras da proporcionalidade, ainda que o aviso-prévio tenha sido indenizado, pois o período do aviso-prévio (mesmo indenizado) integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais (artigo 487, §§ da CLT).

Na sequência, far-se-á abordagem sobre a controvérsia envolvendo os destinatários do aviso-prévio proporcional.

2.3 TITULARES DO DIREITO AO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL

O aviso-prévio proporcional previsto no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 12.506/2011, traz como um dos importantes pontos de divergência, a questão da reciprocidade ou da não proporcionalidade, quer dizer, identificar quem são os titulares do direito ao aviso-prévio proporcional: só empregados ou empregados e empregadores.

Não há dúvidas de que o empregado que pede demissão, tem o dever de avisar previamente o empregador sobre sua decisão, conforme preceitua o artigo 487, § 2º, da CLT. A polêmica reside em definir se a proporcionalidade trazida pela Lei nº 12.506/2011 é aplicável ou não, neste caso.

A doutrina é dividida: há entendimento no sentido de que o trabalhador deve observar a regra da proporcionalidade, quando pede demissão, e posicionamento no sentido oposto, ou seja, quem entenda ser tal direito restrito ao empregado que é dispensado.

Uma vertente prega que o aviso-prévio proporcional é um direito recíproco, aplicável tanto a empregado, como para empregador.

Nessa linha, defendem os advogados Romeo Piazzera Júnior e Gustavo Pacher que não se mostra razoável admitir que o eventual benefício concedido ao empregado não possa ser estendido também aos empregadores. Explicam que o bem jurídico tutelado pela novel legislação é a relação de trabalho duradoura, de modo que a não surpresa ou especificamente a maior estabilidade das relações de trabalho deve ser perseguida e garantida a ambos os pólos dessa relação. Frisam que entendimento ao contrário, "representaria forte e inegável desequilíbrio de direitos e deveres entre as partes que integram a mesma relação laborai - empregado e empregador". Mais que isso, acrescentam que:

Qualquer tentativa de aplicação em sentido diverso da equiparação dos direitos (prazos para aviso-prévio) atenta contra o sistema jurídico nacional, pois acabará por privilegiar interesses individuais em detrimento da estabilidade da relação de trabalho, bem como representará inquestionável afronta a princípios constitucionais que servem de alicerce à ampla e irrestrita segurança jurídica que impende seja considerada para a escoreita realização da relação laborai existente entre empregado e empregador⁷⁰.

Vólia Bomfim Cassar acredita que a referência legislativa ao Capítulo VI, do Título IV, da CLT, foi ao conceito do instituto e hipóteses de cabimento e não à pessoa destinatária do benefício. Considera que o direito ao prazo, seja ele de 30 dias ou mais, é recíproco, exemplificando que o empregado que conta com 21 anos de casa e pede demissão deve conceder ao seu patrão um aviso-prévio de 90 dias:

Este raciocínio foi aplicado quando a Constituição majorou de 8 para 30 dias o aviso-prévio (inciso XXI do art 7º), pois o prazo de oito dias foi revogado tanto para o empregado quanto para o empregador, quando for a parte denunciada. Saliente-se que os dois incisos do artigo 487 da CLT estabeleciam o prazo de 8 dias se o pagamento do empregado fosse

⁷⁰ PIAZERA JÚNIOR, Romeo; PACHER, Gustavo. Aviso prévio proporcional - o equívoco da norma técnica nº 184/12 do MTE. **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 18, n. 6, jun. 2012, p. 33.

efetuado por semana ou tempo inferior (o inciso I não foi recepcionado pela CR), e de 30 dias (inciso II) para os que recebiam por quinzena ou mês ou que tivessem mais de 12 meses de serviço. Portanto, a vinculação de um prazo superior de aviso-prévio com o tempo de serviço do emprego já estava prevista na CLT e sempre foi interpretada como um direito indiscutivelmente recíproco. Isto é, a CLT já garantia o aviso de 30 dias para os empregados que contassem com mais de 1 ano de serviço, mesmo que percebessem por semana ou tempo inferior⁷¹.

Marco Antonio Aparecido de Lima, de igual modo, considera que o pré-aviso é uma obrigação mútua e a reciprocidade é ínsita ao instituto, com base nos §§ 1º e 2º do artigo 487 da CLT, destacando que "quanto maior for o tempo de serviço do empregado demissionário, mais difícil será ao empregador a substituição à altura sem prejuízo para o sistema produtivo"⁷².

Agostinho Zechin Pereira⁷³ preceitua que o aviso-prévio é uma via de mão dupla, salientando que a redação do artigo 7º da CF é falha ("O inciso XXIX, por exemplo, trata de prescrição, e esse instituto não constitui um direito do trabalhador, e sim um contra-direito do empregador, que, por via de regra é réu na ação. Mas está lá no artigo 7º") e que a doutrina e a jurisprudência estão sedimentadas no sentido de que tanto o empregado quanto o empregador têm a obrigação de conceder aviso-prévio de 30 dias (ou seja, o aviso-prévio de 8 dias do inciso I do artigo 487 da CLT deixou de ser aplicável, justamente, por conta do artigo 7º, XXI, da CF que estabeleceu o aviso-prévio de "no mínimo 30 dias").

Monteiro e Cremonesi⁷⁴ também entendem que o aviso-prévio proporcional, em razão da natureza jurídica do instituto, é um direito de ambas as partes. Monteiro propõe que, se o empregado obter nova colocação no curso do aviso-prévio proporcional, poderá deixar de cumpri-lo, hipótese em que o empregador poderá descontar, das verbas rescisórias, tão somente período de 30 dias, ressaltando que

⁷¹ Idem. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Trabalho em revista - Encarte**. Curitiba, n. 181, mar. 2012, p. 6580.

⁷² Idem, *Ibidem*, p. 6402.

⁷³ PEREIRA, Agostinho Zechin. Polêmicas da nova lei do aviso prévio. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 47, n. 138, nov. 2011, p. 692.

no caso de descumprimento, por qualquer outro motivo, o direito do empregador é descontar o período total. Cremonesi frisa que o período de cumprimento não se alterou, seja o aviso-prévio concedido pelo empregador, seja concedido pelo empregado, que será de 30 dias, o que implicará em indenização a um ou outro quanto ao tempo excedente a este.

Com argumentos sólidos, defende o Professor Antônio Álvares da Silva:

Em caso de demissão, autoriza-se o descontos dos salários correspondentes ao prazo do AP que será também o equivalente a um mês, mais três dias por ano trabalhado. No caso do AP, não há razão para se proteger somente o empregado, quando o AP é instituto básico que regula o término do contrato de trabalho e tem influência e repercussão tanto na vida do empregado quanto do empregador⁷⁵.

Já com base nos princípios de probidade e boa-fé, Rosendo de Fátima Vieira Júnior considera que "mesmo prazo deve ser assegurado ao empregador, não existindo qualquer respaldo plausível para a distinção". Encarando o imbróglio jurídico do artigo 477, § 5º, da CLT⁷⁶ com a situação de empregado que tenha que cumprir 90 dias de aviso-prévio e não o faça, sugere:

avocar a aplicação do artigo 2º, § 1º, da LICC, face a incompatibilidade do artigo 477, § 5º, da CLT, com a nova lei publicada, combinada com o artigo 487, § 2º, da CLT, razão pela qual conclui-se pela possibilidade de desconto da remuneração do empregado superior a um mês⁷⁷.

⁷⁴ MONTEIRO, Carlos Augusto M. de O.; CREMONESI, André. Aviso prévio proporcional - questões polêmicas. **LTr Suplemento** São Paulo, v. 47, n. 128, nov. 2011, p. 645.

⁷⁵ SILVA, Antonio Álvares da. A nova lei do aviso-prévio. **Revista LTR 76-01**, p. 27.

⁷⁶ Art. 477, § 5º, da CLT: "Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado".

José Geraldo da Fonseca e Gleibe Pretti, igualmente, endossam corrente da reciprocidade pelo fato ao aviso-prévio ser instituto bilateral, comutativo e sinalagmático.

Discordando de tal corrente, Paulo Renato Fernandes da Silva critica a aplicação isônomica da proporcionalidade do instituto:

A isonomia não é argumento poderoso uma vez que o empregado e empregador não são, via de regra, sujeitos iguais sob o ponto de vista das realidades econômicas, sociais, política, como se entendia na época do liberalismo. Ademais, a moderna concepção do aviso-prévio como direito à liberdade de trabalho e integrante do sistema de proteção contra o desemprego, rompe com a lógica do pensamento simétrico de natureza meramente formal, incompatível com uma ordem jurídica fundada nos princípios do solidarismo constitucional, da igualdade substancial e da justiça retributiva (arts 3º, I e III, 5º e 170 da CF/88)⁷⁸.

No mesmo sentido, aponta Guilherme Guimarães Ludwig:

Tratando-se de um sistema previsto no próprio seio constitucional de tutela ao hipossuficiente na relação de direito material, não é possível sequer cogitar em violação ao direito fundamental à isonomia. Aqui, por evidente, a diversidade de tratamento se presta exatamente a reequilibrar a desigualdade concreta entre as partes contratantes no plano material. Não é por outro motivo que Orlando Gomes e Elson Gottschalk, ao identificarem que o fim do aviso-prévio é evitar ou minorar os efeitos do término brusco do contrato - o que pode interessar tanto ao empregado quanto ao empregador - constatam que o aviso-prévio é mais importante, porém, para o empregado⁷⁹.

⁷⁷ Idem, Ibidem, p. 27-28.

⁷⁸ SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei do aviso prévio. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 48, n. 4, jan. 2012, p. 15.

⁷⁹ Idem, Ibidem, p. 55.

Também entendemos, acompanhados de Sergio Pinto Martins, Guilherme Alves de Mello Franco, Souto Maior, Boucinhas Filho, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Homero Batista Mateus da Silva, Amauri Cesar Alves, que a legislação brasileira não contemplou a figura do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço para o empregador.

Inexistindo igualdade material entre empregado, hipossuficiente, e empregador, dono do capital, justificável o tratamento desigual da aplicação do aviso-prévio proporcional somente em favor do trabalhador, objetivando o alcance da melhoria de sua condição social.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 12.506/2011 estabeleceram que o aviso-prévio é um direito do trabalhador, e não do empregador, razão pela qual a proporcionalidade não se aplica à empresa, nos casos de pedido demissão.

A própria interpretação literal do artigo 1º da Lei nº 12.506/2011 estabelece que o aviso-prévio proporcional é direito concedido “aos empregados”, o que também reforça tese de não-aplicação ao empregador.

Cabe mencionar que o relator do projeto que originou a Lei nº 12.506/2011, deputado Arnaldo Faria de Sá, declarou que o aviso-prévio maior que 30 dias só existe para o empregado dispensado sem justa causa e não para o empregador.

O posicionamento adotado é explicitado pelos doutrinadores Amauri Mascaro e Túlio Massoni:

(...) há uma disparidade de tratamento, ou assimetria de regimes, uma vez que a observância do aviso-prévio proporcional é dever legal apenas do empregador (...) primeira razão é a literalidade da norma (...) segunda é a de que a contagem do tempo para fins de proporcionalidade do aviso-prévio está prevista no art. 7º, inciso XXI, elencada como um dos direitos dos trabalhadores⁸⁰.

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 15.

Cláudia Coutinho Stephan⁸¹, de igual modo, considera que o aviso-prévio proporcional é dever legal somente do empregador, pois é a literalidade da lei (parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.506/2011), pois objetiva a igualdade material (favorecendo ao empregado a proporcionalidade do aviso-prévio em função do tempo de serviço como valorização da relação duradoura que manteve com seu empregador).

Corroborando o ideal de melhoria da condição do trabalhador, Cleber Martins Sales destaca a proibição de retrocesso social: "se a norma de dirigisse ao tempo de aviso-prévio devido pelo empregado ao empregador, seria nítida a prejudicialidade sócio-jurídica da medida"⁸².

Mauricio Pereira Simões⁸³, da mesma forma, sustenta a aplicação do aviso-prévio proporcional apenas para o empregado, com fundamento no princípio protetor, condição mais benéfica, *in dubio pro operario*, melhoria da condição do trabalhador. Frisa que o artigo 477, § 5º, da CLT estabelece que o desconto rescisório é limitado a uma remuneração, o que reforça tese de incompatibilidade de aplicação ao empregador.

Nesse sentido, os Juízes Cleber Martins Sales e Ney Maranhão elaboraram seguinte tese aprovada no XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT), em maio de 2012, realizado em João Pessoa-PB:

Proporcionalidade do Aviso Prévio. Tutela Exclusiva dos Interesses dos Trabalhadores. Não Incidência a Favor da Classe Patronal. Preservação da Cláusula de Não Retrocesso Social (CF, Art. 7º, caput). A Lei nº 12.506/2011, que trata da proporcionalidade do aviso prévio, representa importante fator de melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, à vista de sua umbilical vinculação ao art. 7º da CF/1988, em especial com seu inciso

⁸¹ STEPHAN, Cláudia Coutinho Aviso prévio proporcional. **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 18, n. 8, ago. 2012, p. 22.

⁸² SALES, Cleber Martins. Aviso prévio proporcional: implicações práticas. **LTr Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 47, n. 137, nov. 2011, p. 686.

⁸³ Idem, *Ibidem*, p. 34.

XXI. Desse modo, a *ratio* da novel legislação, a par mesmo de sua própria literalidade (art 1º) e à vista da dicção do próprio texto constitucional, conduz à segura conclusão de que se trata de instituto reconhecidamente vocacionado a tutelar exclusivamente os interesses da classe obreira, não se aplicando, pois a favor da classe patronal.

Considerando-se a tese de que o aviso-prévio proporcional é direito pertencente a empregados, necessário tecer comentários sobre a controvérsia relacionada a quais empregados o benefício é extensível.

Em que pese Sergio Pinto Martins, realizando interpretação literal, pontue que a Lei nº 12.506/2011 não seja aplicável ao empregado doméstico pois: **(a)** referida lei faz referência ao aviso-prévio de que trata a CLT e a esta não se aplica ao doméstico; **(b)** referida lei faz menção a "ano de serviço na mesma empresa" e empregador doméstico não é empresa⁸⁴, a doutrina majoritária é uníssona no sentido de que o aviso-prévio proporcional é aplicável a empregados urbanos, rurais e domésticos, entendimento último do qual compartilhamos.

Paulo Sergio João, Jair Aparecido Cardoso, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Aurélio Pires entendem que a nova lei aplica-se, igualmente, aos empregados domésticos e também aos trabalhadores rurais.

Adalberto Martins não ignora as impropriedades técnicas da lei, porém, realizando uma interpretação sistemática, conclui que a Lei nº 12.506/2011 decorreu da necessidade de regulamentar o art 7º, XXI, da Constituição Federa de 1988, dispositivo aplicável a todo empregado urbano, rural ou doméstico:

(...) podem gerar dúvida a expressão 'empresa', podendo o aplicador do Direito cogitar de uma interpretação estrita, para afirmar que nem todos os empregadores estariam obrigados à concessão do aviso-prévio proporcional do ao tempo de serviço, que emerge do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.506/2011

⁸⁴ P. 16

É certo que o legislador teria sido mais feliz de tivesse adotado a expressão 'mesmo empregador', em vez de 'mesma empresa', mas o deslize não autoriza a interpretação estrita da inovação legislativa.

A melhor exegese para o disposto na Lei nº 12.506/2011 é aquela que decorre de uma interpretação sistemática. Afinal de contas, seu art. 1º faz menção expressa ao aviso-prévio de que trata o "Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho", ..., não fazendo qualquer restrição à espécie de empregador urbano. Milita, ainda, em desfavor da interpretação estrita, a definição de empregador contida no art. 2º da CLT...

Ousamos fazer a defesa de que o disposto na Lei nº 12.506/2011 se destina, igualmente, aos empregados rurais e domésticos, por aplicação analógica autorizada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (atual denominação da Lei de Introdução ao Código Civil, por força da Lei nº 12.376. de 30.12.2010) e do próprio art. 8º da CLT.

Com efeito, não se tem dúvidas de quem apesar das impropriedades tratadas rapidamente nas linhas pretéritas, a Lei nº 12.506/2011 foi inspirada na necessidade que emerge do art. 7º, XXI, da Constituição da República, dispositivo aplicável aos empregados rurais e domésticos⁸⁵...

Homero Batista Mateus da Silva⁸⁶, igualmente, acredita que se o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço foi inserido na CLT pela Lei nº 12.506/2011, impõe-se estender o direito também aos empregados domésticos, porque a fonte do direito é a mesma para os domésticos e para os urbanos, no particular - o artigo 7º, XXI, da Constituição.

Melchíades Rodrigues Martins e Irary Ferrari⁸⁷ também entende que o aviso-prévio foi assegurado ao empregado doméstico, por força do parágrafo único do artigo 7º do texto constitucional, de forma que o seu acessório, ou seja, a proporcionalidade ao tempo de serviço, também. Logo, acrescenta que, se a norma constitucional correspondente ao inciso XXI do artigo 7º continua carecendo de regulamentação, no que tange ao empregado doméstico, o que restringe de forma não fundamentada sua eficácia em prejuízo daquele, evidentemente cabível a aplicação da Lei nº 12.506/2011 a esta categoria, por analogia, nos termos do artigo

⁸⁵ MARTINS, Adalberto. Algumas considerações sobre o novo aviso prévio (Lei nº 12.506/2011). **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 270, dez. 2011, p. 81-82.

⁸⁶ Idem, *Ibidem*, p. 100.

⁸⁷ FERRARI, Irary; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional - Lei n. 12.506, de 11.10.2011 - sua aplicação. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 75, n. 11, ex. 1, nov. 2011, p. 954-955.

4º do Decreto-lei nº 4.657/1942. Arremata que deve prevalecer a interpretação que restrinja o menos possível a aplicação do direito fundamental, não havendo razão aparente para distinção a trabalhadores domésticos, frisando que a Lei nº 12.506/2011 se refere a "empregados", sem distinção e sem exclusão de domésticos.

Neste aspecto, cabe a ressalva de Virgílio Afonso da Silva:

se toda não realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível, restrição não fundamentada é violação⁸⁸.

Embora sem caráter vinculativo, o Ministério do Trabalho e Emprego, através do Memo Circular SRT 10/2011 e da Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012 considerou que "a proporcionalidade de que trata o parágrafo único do artigo 1º da norma sob comento aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado", "voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos ou domésticos", esclarecendo que o dispositivo referido "é de clareza solar e não permite margem à interpretação adversa, uma vez que diz que será concedida a proporção aos empregados".

2.4 CONTAGEM E INTEGRAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250.

Superadas as questões relativas à aplicabilidade da Lei nº 12.506/2011, quanto ao tempo e aos destinatários, cabe enfrentar a temática da contagem proposta pelo legislador.

2.4.1 Início da contagem dos três dias

São vários os pontos de debate doutrinário envolvendo o cálculo do aviso-prévio proporcional, dentre eles, o marco inicial da contagem dos três dias acrescidos, por ano de serviço, ao aviso-prévio.

Do artigo 1º da nova lei, entendemos ser possível extrair que será concedido aviso-prévio de 30 dias aos empregados com até um ano na mesma empresa. A *contrario sensu*, os empregados com mais de um ano na mesma empresa, já passam a ter direito ao acréscimo dos três dias, por ano laborado, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1º, ao estabelecer que: “Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa”. Note-se, inclusive, que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.506/2011 não dispõe que o acréscimo de três dias seja proveniente de cada novo ano de serviço prestado após se completar o primeiro, mas sim que ao aviso-prévio (de 30 dias) serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa.

Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro⁸⁹ reputa que a lei não estabelece que a proporcionalidade deva ser aplicada apenas a partir do segundo ano de trabalho, razão pela qual entende que, após o primeiro ano de trabalho, o empregado já faz jus a 33 dias de aviso-prévio. Mesma posição defendida por Souto Maior⁹⁰ (após um ano de serviço, trabalhador tem direito a 33 dias de aviso-prévio).

⁸⁹ Idem, *Ibidem*, p. 644.

⁹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 90.

Compartilham do entendimento anteriormente exposto, Rosendo de Fátima Vieira Júnior, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, Neire Dias Ferreira Jorge, Francisco Ferreira Jorge Neto.

No mesmo sentido, a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012, esclareceu que (destaque original):

todos os empregados terão, no mínimo, 30 dias durante o primeiro ano de trabalho, somando a cada ano mais três dias, devendo ser considerada a projeção do aviso-prévio para todos os efeitos. Assim, o acréscimo de que trata o parágrafo único da lei, somente será computado **a partir do momento em que se configure uma relação que supere a um ano na mesma empresa.**

Destoando do acima transcrito, Victor Farjalla preceitua que:

A Nota Técnica nº 184, em última análise, acredita que esteja implícita no parágrafo único o mesmo *até* constante do *caput*, em mero exercício de imaginação, sem qualquer respaldo, sequer, na literalidade do dispositivo legal⁹¹.

O magistrado Homero Batista Mateus da Silva também considera que o acréscimo de três dias ocorre somente a partir do segundo ano completo de trabalho na mesma empresa:

⁹¹ FARJALLA, Victor. Aviso prévio proporcional crítica à nota técnica nº 184 do MTE. **Jornal trabalhista**. Brasília, v 29, n. 1435, jul. 2012, p. 5.

Se o legislador quisesse logo no primeiro ano o empregado já tivesse 33 dias de aviso-prévio, não faria sentido que o *caput* empreendesse toda sua energia para dizer que o aviso-prévio básico é de 30 dias. Se o fez, é porque realmente um grupo de trabalhadores ficará com os trinta dias básicos e somente aqueles que conhecerem o segundo ano é que obterão os 33 dias⁹².

Conclui, sem muitos rodeios, Vólia Bomfim Cassar⁹³ que a lei limita o período de 30 dias de aviso-prévio para o trabalhador que conta com até um ano de serviço na mesma empresa e que, a partir de então, a cada ano completo, o empregado terá mais três dias, até o limite máximo de 60 dias.

2.4.2 Contagem proporcional inferior a ano

A nova lei elegeu a unidade temporal equivalente a ano para efeito de contagem da variável "tempo de serviço do empregado", não considerando frações inferiores, mas tão somente ano completo. Pela interpretação literal, não foi prevista contagem em meses ou dias, apenas em anos por inteiro, segundo a vontade do legislador.

Em que pese o texto legal, a doutrina é dividida acerca da contagem proporcional inferior a um ano de trabalho.

A corrente defensora da impossibilidade da contagem proporcional inferior a um ano completo baseia-se no respeito à vontade legislativa e ausência de previsão legal autorizadora de raciocínio diverso.

⁹² Idem, *Ibidem*, p. 102.

⁹³ Idem, *Ibidem*, p. 6581.

Para André Cremonesi⁹⁴, somente quando o empregado completar anos inteiros de contrato de trabalho é que terá direito a acréscimo de três dias para cada um deles.

Entende Guilherme Alves de Mello Franco⁹⁵ inexistir contagem proporcional de tempo de serviço para a concessão do benefício em estudo, ou seja, para a indenização somente é levado em conta o ano integral, não havendo que se falar em frações, por falta de previsão específica no texto da lei.

Guilherme Guimarães Ludwig lembra que Lei nº 12.506/2011 fixou uma constante de proporcionalidade, na razão de três dias para cada ano de serviço prestado na empresa, nada referindo sobre frações:

Prepondera aqui a presunção da legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos e responsáveis pela produção da norma. Não há elementos robustos de argumentação que autorizem a concluir, *prima facie*, pela existência de alguma omissão acidental a justificar a aplicação, por analogia, do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, alterando-se, pela via interpretativa, o próprio teor e o conteúdo normativo⁹⁶.

Da mesma maneira, posicionam-se Marco Antonio Aparecido de Lima, Paulo Sergio João, Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni.

Pelo contrário, defendendo possibilidade de contagem proporcional em relação ao módulo de três dias por ano laborado, Amauri Cesar Alves⁹⁷ assevera que, embora não haja previsão legal para tanto, com base no princípio da norma mais favorável, deve haver 1 (um) dia a mais de aviso-prévio para cada 4 (quatro)

⁹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 644.

⁹⁵ FRANCO Guilherme Alves de Mello. Comentários à Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 25, n. 23, cd.2, 1ª quinz./dez. 2011, p. 681.

⁹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 63.

⁹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 160.

meses de trabalho, em interpretação da regra legal que dispõe que serão acrescidos 3 (três) dias no período do aviso para cada ano de contrato.

Também com fundamento na aplicação de regra de três, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro⁹⁸ exemplica que um empregado com 2 anos e 10 meses de trabalho teria, no total, 38 dias de aviso-prévio, dos quais 33 pelo primeiro ano de trabalho, 3 pelo segundo ano laborado e mais 2 pela regra de três, por ter mais de oito meses no terceiro ano.

Compartilhamos da tese da possibilidade de contagem proporcional inferior a ano trabalhado, porém, adotamos o critério de que fração superior a seis meses de trabalho gera o direito ao acréscimo de três dias, à semelhança de férias e décimo terceiro salário (mais da metade do critério temporal equivale a um inteiro).

Agostinho Zechin Pereira⁹⁹ acredita, invocando analogia com parágrafo único do artigo 146 da CLT¹⁰⁰, que a fração igual ou superior a 6 (seis) meses de trabalho, deverá dar ao empregado mais 3 (três) dias de aviso-prévio.

Gleibe Pretti¹⁰¹ entende, também, que o período de seis meses ou mais dentro de um ano deverá ser considerado como ano “cheio”.

Cleber Martins Sales¹⁰² não considera razoável desprezar peremptoriamente todo e qualquer tipo de fração para fins de apuração do prazo do aviso, ressaltando que todas as normas são incompletas, por serem gerais e abstratas, demandando do intérprete a aplicação aos casos da vida social. Propõe, para preenchimento da lacuna, o uso analógico do *caput* do artigo 478 da CLT combinado com Súmula nº

⁹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 644.

⁹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 693.

¹⁰⁰ Art. 146, parágrafo único da CLT: “Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, tem direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias. de acordo com o Art. 130. na proporção de 1-12 (um doze avós) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias”.

¹⁰¹ PRETTI, Gleibe. **O novo aviso prévio: de acordo com a Lei n. 12.506/2011**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 10.

¹⁰² Idem, *Ibidem*, p. 687.

291 do C. TST¹⁰³, quer dizer, fração igual ou superior a seis meses será considerada como contagem anual.

Para Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Neire Dias Ferreira Jorge:

A proporção deve observar a regra do art. 478 da CLT, ou seja, se o período incompleto for superior a 6 meses, há de ser computado o período como equivalente de um ano. Também é razoável que a proporção seja calculada a base de 0,25 dias (3 dias por ano : 12 = 0,25) por mês completo ou fração superior a 15 dias. Trata-se da aplicação da proporcionalidade das férias (art. 146, parágrafo único, CLT)¹⁰⁴ e do 13º salário (art. 1º, § 2º, Lei 4.090/62)

Arremata Homero Batista Mateus da Silva que a lei é omissa quanto a períodos incompletos do ano, portanto, o mais razoável, utilizando o bom senso, é inutilizar pedaços pequenos e aproveitar pedaços expressivos. Nessa linha de raciocínio, considera que frações inferiores a um semestre são desprezadas e frações iguais ou superiores a um semestre são aproveitadas e consideradas como um ano¹⁰⁵.

2.4.3 Projeção e prescrição

¹⁰³ Art. 478 da CLT: “A indenização devida pela rescisão do contrato por prazo determinado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses”.

Súmula 291 do TST: “A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses de prestação de serviço acima da jornada normal”.

¹⁰⁴ Idem, Ibidem, p. 26.

¹⁰⁵ “O uso da fração semestral é simples, acessível ao homem médio e conhecido do Direito do Trabalho, não abalando a finalidade da norma...”. Idem, Ibidem, p. 104.

Acerca da projeção, entendemos que todos os efeitos do aviso-prévio proporcional superior a 30 dias de mantêm preservados. Assim, se a projeção do aviso-prévio proporcional ocorrer dentro de 30 dias da correção salarial, na data-base da categoria, o empregado terá direito à indenização adicional prevista no artigo 9º da Lei nº 7.238/1984. Haverá também reflexos em 13º salário e férias, à razão de 1/12 por mês de serviço, considerando-se mês o período igual ou superior a 15 dias. Igualmente sobre o aviso-prévio proporcional incidirá FGTS, a data final do prazo deverá ser anotada em CTPS e da data de baixa se contará a prescrição bienal.

As empresas deverão anotar como data de baixa do contrato de trabalho, na CTPS, o dia final do término do aviso-prévio proporcional, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-I do C. TST.

É somente a partir do dia final do aviso-prévio proporcional que se inicia o prazo prescricional de dois anos para a propositura de reclamação trabalhista, conforme Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI-I do C. TST.

É posicionamento do C. TST que o aviso-prévio (majorado por norma coletiva) integra o tempo de serviço para efeitos de verbas rescisórias, de acordo com Orientação Jurisprudencial nº 367 da SDI-I:

O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.

Ainda, os empregados dispensados nos trinta dias anteriores à sua respectiva data-base continuam fazendo jus à indenização adicional. Entretanto, com a

implementação do aviso-prévio proporcional, não será mais possível pré-estabelecer coletivamente a data de comunicação do aviso, com efeito de evitar o pagamento da indenização adicional, pois dependerá caso a caso, de um cálculo para cada empregado, para fins de estabelecer se a rescisão ocorreu ou não nos trinta dias anteriores à data-base.

Vale citar a Súmula nº 314 do C. TST:

Se ocorrer a rescisão contratual no período de 30 (trinta) dias que antecede à data-base, observado o Enunciado nº 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 28.10.1984.

O Memo Circular SRT 10/2011 e a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012 reafirmaram o direito do empregado despedido à indenização prevista na Lei nº 7.238/1984, se recair o término do aviso-prévio proporcional nos trinta dias que antecedem a data base.

A doutrina majoritária não destoa do posicionamento adotado.

Jair Aparecido Cardoso¹⁰⁶ narra que o aviso-prévio proporcional, seja trabalhado ou indenizado, integrará o contrato de trabalho para todos os efeitos legais, como data de baixa da CTPS e incidência de FGTS.

Compartilha de mesma opinião Cleber Martins Sales:

Pelas mesmas razões axiológicas que surgem do Art. 478, § 1º, parte final, e da Súmula 371, do C. TST, os reflexos do aviso prévio incidirão sobre as parcelas de direito na exata proporção dos dias devidos a tal título, isto é,

¹⁰⁶ CARDOSO, Jair Aparecido. Aviso prévio e os reflexos da Lei nº 12.506/2011. **Repertório IOB de Jurisprudência** São Paulo, v 25, n. 23, cd. 2, 1ª quinz./dez. 2011, p. 684.

projeta-se a quantidade de dias sobre o contrato de trabalho alargando o lapso temporal sobre o qual serão apuradas as parcelas a título de FGTS + 40% (Súmula 305/TST), 13º salário, férias + 1/3, reajustes salariais verificados no curso do aviso (CLT, Art. 487, § 6º) e, inclusive, indenização adicional do Art. 9º da Lei nº 6.708/79 (Súmula 182/TST), observadas as peculiaridades jurídico-contábeis de cada um destes direitos¹⁰⁷.

Homero Batista Mateus da Silva¹⁰⁸ cita que o aviso-prévio proporcional repercute no cálculo do 13º salário, das férias, dos reajustes normativos, da baixa na carteira de trabalho e no cômputo da prescrição bienal.

Mencione-se o contraponto proposto por Paulo Sergio João, o qual entende que "os dias de acréscimo referem-se apenas à remuneração do aviso e não ao cumprimento além de trinta dias"¹⁰⁹, ou seja, os dias de acréscimo ao período de aviso-prévio devem ser considerados apenas para fins de pagamento, sem projeção do contrato de trabalho além dos 30 (trinta) dias básicos. Para o autor, não haverá efeito de extensão para fins de aumento de férias proporcionais, 1/12 de gratificação natalina, recolhimentos de FGTS, incidência de contribuição previdenciária, nem afetação da data de baixa da CTPS.

Outro dado interessante envolve o questionamento sobre se cabe utilizar a projeção do aviso-prévio proporcional para fins de alcançar mais um módulo de acréscimo de três dias.

Entendemos que sim. Logo, tomemos como exemplo um empregado que tenha 4 anos, 10 meses e 20 dias de tempo de serviço. Se formos considerar a proporcionalidade de 3 dias por cada 12 meses a contar da contratação, teremos o total de 4 anos completos, logo, 12 dias (desconsiderando, inclusive, o cômputo de dias para período inferior a ano completo) que somados aos 30, implica na projeção do tempo de serviço para 5 anos e 2 dias. Com a projeção do aviso-prévio, o empregado passa a ter direito a um aviso-prévio de 45 dias.

¹⁰⁷ Idem, *Ibidem*, p. 689.

¹⁰⁸ Idem, *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁹ JOÃO, Paulo Sergio. **Nova Lei do Aviso Prévio**. São Paulo: Editora Arte Antiga, 2011, p. 31-33.

O juiz Homero Batista Mateus da Silva¹¹⁰ defende ser inevitável ter de computar o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço dentro dos cálculos para se aferir o valor exato do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Exemplifica: se um emprego tiver 11 anos de casa, terá direito a 30 dias básicos mais 30 dias complementares oriundos da Lei nº 12.506/2011, em um total de 60 dias; se ele dispunha de 10 anos e 11 meses, por exemplo, alguém poderia pensar que o direito seria de 57 dias (30 básicos mais 27 complementares) mas a projeção do aviso-prévio sobre seu contrato de trabalho já seria suficiente para que ele completasse os 11 anos e ainda excedesse. Lembra que o artigo 487 da CLT determina que o aviso-prévio componha, sempre, o período do contrato de trabalho, razão pela qual supõe ser difícil sustentar que essa integração não valha, apenas, quando o assunto foi o cálculo do próprio aviso-prévio.

Fundamentada no fato de que a projeção do aviso-prévio integra o tempo de serviço para todos os fins, explicou o Memo Circular SRT 10/2012 que:

hipoteticamente, se um trabalhador for cientificado por escrito do aviso-prévio e já tenha cumprido um período de contrato de onze anos e dez meses e dez dias, deverá ser concedido um aviso-prévio total de 63 dias e não 60 dias, uma vez que, com a integração do aviso-prévio inicial de 60 dias, o contrato terá um total de mais de doze anos.

Pontua-se, entretanto, existência de vozes divergentes.

O também juiz Cleber Martins Sales¹¹¹ diz que a projeção preconizada na CLT (artigo 487, § 1º), refere-se à integração do próprio período do aviso prévio trabalhado ou mesmo indenizado no contrato de trabalho segundo o lapso temporal identificável quando da sua concessão, vale dizer, o número de dias do aviso prévio será definido por ocasião do seu anúncio pelo empregador e não mediante a sua

¹¹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 105.

¹¹¹ Idem, *Ibidem*, p. 687.

projeção sobre o pacto, sob pena de se fazer gerar duas consequências sobre o mesmo fato, em manifesto *bis in idem*.

Paulo Sergio João¹¹² considera que os efeitos do tempo de serviço para fins de aviso-prévio têm finalidade econômica, portanto, defende que:

o aviso-prévio indenizado não é computado para fins de cálculo de tempo de serviço para acréscimo dos 03 (três) dias na remuneração do aviso-prévio em razão de que na data do ato da comunicação da dispensa, o empregado deve ter período completo de tempo de serviço.

Ultimando este assunto, no tocante aos prazos para pagamento das verbas rescisórias, o aviso-prévio proporcional não alterou o regime vigente, de modo que na hipótese de seu cumprimento, a quitação deverá ocorrer até o primeiro dia útil subsequente, e, sendo o pré-aviso indenizado, o pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de dez dias da data da comunicação, sob pena de multa, a teor da CLT, artigo 477, § 6º, a linhas "a" e "b", respectivamente, e § 8º.

2.4.4 Suspensão do contrato de trabalho

A suspensão consiste em uma paralisação temporária do contrato de trabalho, em que não há contraprestação do trabalhador, muito menos qualquer pagamento de salário, como por exemplo, auxílio-doença após 16º dia de afastamento.

¹¹² Idem, Ibidem, p. 25.

Nessas hipóteses, embora prevaleça o princípio da continuidade da relação de emprego, indaga-se sobre a contagem do período de suspensão para efeitos de anos trabalhados para fins de cálculo do aviso-prévio proporcional.

Marco Antonio Aparecido de Lima¹¹³ sustenta que a previsão é de acréscimo de três dias "para cada ano de serviço prestado" e que, assim, devem ser abatidos os períodos de suspensão do trabalho, quando não houve nem trabalho, nem pagamento de salários.

Paulo Sérgio João¹¹⁴, sem dar muitas explicações, considera que os períodos de suspensão do contrato de trabalho deverão ser excluídos na contagem do tempo do empregado para fins de pagamento do acréscimo de dias na remuneração do aviso-prévio.

Homero Batista Mateus da Silva menciona que se fosse levar ao pé da letra a expressão "tempo de serviço", dever-se-ia excluir domingos, feriados férias, todo o período sem trabalho. Entende que a intenção da lei foi de ressaltar períodos de interrupção contratual, ou seja, em que não há trabalho, mas há remuneração, incluindo-se também serviço militar e licença-médica decorrente de acidente de trabalho, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 4º da CLT. Complementa que, melhor sorte não assiste aos períodos de suspensão ampla do contrato de trabalho, assim entendidos aqueles livres de quase todos os encargos, sem trabalho e sem remuneração.

Com todo respeito, com base nos já tecidos comentários sobre a falta de tecnicidade dos termos empregados na redação da Lei nº 12.506/2011, em que pese haja menção a "ano de serviço", o espírito da norma é de "ano de relação empregatícia".

Souto Maior¹¹⁵ considera que, embora a lei mencione "tempo de serviço prestado", a proporção está ligada ao tempo de duração da relação de emprego, frisando que a suspensão da relação de emprego se dá como um direito do trabalhador e não como uma pena.

¹¹³ Idem, Ibidem, p. 6401.

¹¹⁴ Idem, Ibidem, p. 58.

2.4.5 Redução da jornada de trabalho

Outro aspecto, envolvendo a Lei nº 12.506/2011, que gera dúvidas é em relação à aplicabilidade ou não do artigo 488 da CLT e seu parágrafo único.

Relembre-se, por oportuno, que o citado artigo da CLT prevê, durante o período do aviso-prévio, a redução de 2 (duas) horas diárias de trabalho, sem prejuízo do salário integral ou, a critério do empregado, faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 7 (sete) dias corridos.

Propomos ser aplicável o artigo 488 da CLT, para os avisos-prévios superiores a 30 dias, diante da compatibilidade desta previsão com a nova norma.

Com relação ao *caput* do artigo 488 da CLT, não há qualquer dificuldade em sua aplicação pois, independente da quantidade de dias de aviso-prévio, em todos eles haverá a redução de duas horas de trabalho.

No tocante à opção pela redução de dias corridos, o ponderado será realizar regra de três e, chegando-se a número múltiplo, aplicar o *indubio pro operario*. A título ilustrativo, empregado com um ano e meio de vínculo de emprego, terá direito a aviso-prévio de 33 dias, o que gerará redução de 7,7 dias de trabalho, número que deve ser lido como oito dias, na interpretação em prol do trabalhador.

São favoráveis à aplicabilidade do artigo 488 da CLT aos avisos-prévios proporcionais Sergio Pinto Martins e José Geraldo da Fonseca.

Nesse ponto, Rosendo de Fátima Vieira Júnior defende o entendimento de:

¹¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 89.

não existir alteração sobre a redução de horário ou falta no período do aviso-prévio, pois, além de inexistir qualquer paradigma legislativo para ser utilizado, a Lei nº 12.506 não revogou e nem é incompatível com o art. 488/CLT, logo, inexistindo qualquer omissão quanto à redução/falta, não deve ser modificado este período, tudo nos termos do art. 2º, caput, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹¹⁶.

No que diz respeito ao cálculo da redução de sete dias corridos, os doutrinadores são criativos nas suas proposições. Vejamos.

Boucinhas Filho tangencia a problemática, limitando-se a narrar a dificuldade de lidar com dias em números decimais:

A solução exegética mais simples do parágrafo único do aludido artigo, que faculta ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias para poder faltar ao serviço por 7 (sete) dias corridos, é tentar solucionar a questão com uma fórmula matemática simples. Se o empregado que fizer jus a 30 dias de aviso-prévio pode faltar por 7 dias corridos, o que fizer jus a 60 dias poderá faltar 14 dias e o que fizer jus a 90 dias poderá faltar 21 dias. O problema é que o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço nem sempre gerará números tão redondos. Se o empregado dispensado pela empresa trabalhou apenas dois anos, fazendo jus, portanto, a um aviso-prévio de 36 dias, e não quiser trabalhar durante este período com a redução da jornada, os seus dias de folga, segundo a mesma regra de três utilizada anteriormente, serão de 8,4. E não será fácil desfrutar de 0,4 dias de folga¹¹⁷.

Agostinho Zechin Pereira¹¹⁸ considera que se o empregado optar pela redução de duas horas por dia não há qualquer problema. Com relação à opção dos sete dias corridos, propõe uso da regra de três: se 7 dias para aviso de 30, serão 7,7 para aviso de 33, esclarecendo que 3 dias a mais configuram 6 horas de redução,

¹¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 90.

¹¹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 692.

período este que, para uma jornada ordinária de 8 horas, transformar-se-ia em mais um dia, pelo princípio 'in dubio pro operario'.

Segundo Cristóvão Donizetto Heffner¹¹⁹, a redução de duas horas diárias (parágrafo único do artigo 488 da CLT) permanece inalterada, seja o aviso-prévio de 30, 47, 59, 90 dias, pois o empregado passa a contar com maior número de dias (conforme a idade do vínculo de emprego) para buscar novo emprego. Já em relação à dispensa de cumprimento de dias corridos de aviso-prévio, reputa que deve seguir a regra da proporcionalidade: se para cumprir um aviso-prévio de 30 dias pode faltar 7, para um aviso de 36 dias poderá faltar 9, para 42, 10; e assim por diante.

Amauri Cesar Alves¹²⁰ também propõe a redução de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral, independentemente de quantos forem os dias destinados ao aviso-prévio. Já no que diz respeito à redução de dias, retrata a proporcionalidade casuística, ou seja, a cada 4 (quatro) dias acrescidos ao prazo mínimo do aviso (30 dias), o empregado poderá optar por mais um dia de ausência, acrescidos aos 7 dias já previstos na CLT.

Mauricio Pereira Simões, partindo da premissa de que nada mais razoável que quem esteja mais tempo fora demande mais tempo de procura por emprego e readequação ao mercado de trabalho, propõe a seguinte conta:

Muito simples, tratava-se de duas horas por trinta dias, ou seja, um total corrido de sessenta horas, certo? Se o dia de trabalho tem oito horas de duração, quantos dias o empregado terá descansado ao final de trinta dias corridos de redução de duas horas? Simples, divide-se sessenta horas por oito e teremos incríveis sete dias e meio. Assim $02 \text{ horas} \times 30 \text{ dias} = 60 \text{ horas}$, divididas pelo tempo de horas trabalho em um dia, 08 horas, teríamos 7,5 dias, como esse número não é inteiro, aproxima-se para sete dias corridos. Alguém poderá dizer mas não se trabalhou os trinta dias efetivos, para se multiplicar as duas horas por trinta, mas a resposta é não e trabalha sete dias corridos, em razão do descanso semanal remunerado

¹¹⁹ HEFFNER, Cristóvão Donizetti. Anotações sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Suplemento Trabalhista LTr.** São Paulo, v. 48, n. 69, jun. 2012, p. 337.

¹²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 159.

Bom, feito isso, basta se achar o paralelo de duas horas vezes o número de dias da proporcionalidade, para se achar o número equivalente de dias corridos. Tomemos como exemplo o tempo máximo do aviso, noventa dias, e partir desse exemplo façamos a conta.

Alguém pode sugerir simplesmente que multiplique ambos por três, e não estaria tecnicamente errado, mas neste caso estaríamos ignorando o fato de que houve uma aproximação matemática de 7,5 para 7 dias corridos, o que projetado no tempo pode levar a uma distorção que distancie os parâmetros horas e dias como equivalentes.

Assim, melhor multiplicar duas horas vezes noventa dias e dividir por oito, para um matemático razoável a conta dará cento e oitenta horas divididas por oito horas igual a vinte e dois dias e meio. Vejamos $2 \times 90 = 180$, $180/8 = 22,5$.

Usando-se do critério de aproximação já indicado pela Consolidação das Leis do Trabalho, poderíamos indicar, facilmente, vinte e dois dias corridos de ausência.

Pode não ser o melhor critério, mas sem dúvida guarda uma boa coerência com o que praticamos até hoje, em relação aos trinta dias¹²¹.

Paulo Jakutis entende que a redução de horas ou dias laborados deve receber o acréscimo proporcional ao acréscimo legal, para possibilitar a busca por nova colocação, pois o empregado com mais tempo de serviço, em virtude da idade mais avançada, provavelmente, encontrará maior dificuldade em conseguir novo emprego. Explica:

Como o acréscimo legal é de 10% por ano trabalhado - após o primeiro ano e de forma não cumulativa -, parece-me razoável concluir que o mesmo deve ocorrer com os dias sem trabalho. Ai, entretanto, surge um problema matemático os 10% de 30 levam a três dias por ano, mas os 10% de 7 levam a 0,7 que é a metade exata entre um dia ou meio dia sem trabalho. A sugestão, diante do impasse, parece ser optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador, considerando, então, que o trabalhador poderá optar por 7 dias sem trabalho com o acréscimo de mais um dia sem labor, por ano trabalhado¹²².

¹²¹ Idem, *Ibidem*, p. 35.

¹²² JAKUTIS, Paulo. Considerações sobre a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, .v 25, n. 21, cd 2, 1º quinz./nov. 2011, p. 628.

Cleber Martins Sales defende a redução de 2 horas diárias, para todos os dias do aviso-prévio, ou 7 dias corridos, de modo proporcional em relação aos dias de acréscimo do aviso-prévio, nos seguintes termos:

Assim, o trabalhador continua tendo à sua disposição a redução da duração diária do seu trabalho em 2 horas por todo o período do pré-aviso, seja ele de 30, 60, 70, ou mesmo de 90 dias

Caso o empregado prefira ausentar-se do trabalho por alguns dias, como lhe faculta o parágrafo único do Art. 478, da CLT, não há dúvida de que terá direito a 7 faltas nos contratos de até 1 ano de duração, ou seja, o aviso prévio mínimo (30 dias) assegura ao obreiro a prerrogativa de ausentar-se por 7 dias

Fixa-se, a partir daí, uma regra de três simples (proporção), de modo que cada novo ano de labor (ou fração igual ou superior a seis meses), multiplicado pelo fator 0.7 (sete décimos), corresponderá ao número de dias excedentes de faltas a que fará jus o empregado, arredondando-se o resultado para mais ou para menos de acordo com critério equânime de aproximação¹²³.

Consignou, nesse sentido, a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012, que "a jornada reduzida ou a faculdade de ausência no trabalho, durante o aviso-prévio, previstas no artigo 488 da CLT, não foram alteradas pela Lei 12.506/11", frisando que **“continuam em vigência redução de duas horas diárias, bem como a redução de 7 (sete) dias durante todo o aviso-prévio”** (grifo original) .

Para Marco Antonio Aparecido de Lima¹²⁴, a redução de duas horas em cada duas de aviso prévio deva ser cumprida, independentemente da duração do aviso, seja ele de 30, 50, 90 dias. Entretanto, já em relação aos sete dias, entende não ser lícito ao intérprete realizar cálculo proporcional, aumentando o módulo de redução, pois, ao agir assim, estaria legislando e não aplicando a lei.

¹²³ Idem, Ibidem, p. 688.

¹²⁴ Idem, Ibidem, p. 6402.

Adotando posição isolada, observa Homero Batista Mateus da Silva que, para aviso-prévio proporcional trabalhado, reduz-se a jornada apenas no curso dos primeiros trinta dias e indenizam-se, em dinheiro, os demais dias excedentes. Explica ser quase impossível manter um empregado com alto desempenho por longos 90 dias, fazendo-o sair duas horas mais cedo na tentativa de novo emprego, sendo que se obter êxito, dificilmente a vaga ficaria disponível por 90 dias, à espera de sua liberação do emprego anterior. Nesse caso, "a realidade fala mais alto que o direito"¹²⁵.

No sentido da inaplicabilidade do artigo 488 da CLT aos novos avisos-prévios, opinam Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni¹²⁶ ao considerarem que as regras do artigo 488 da CLT permanecem intactas e coligadas apenas ao aviso-prévio da CLT, não se estendendo a eventuais avisos-prévios proporcionais, porque não foi, este aspecto, ampliado pela nova lei, "isto porque aviso-prévio é diferente de tempo de procura de emprego".

Integra essa corrente Guilherme Guimarães Ludwig:

Não havendo adequação da redação do parágrafo único do art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho pela nova lei, não cabe ao intérprete alterar a natureza de uma constante correspondente ao número de dias corridos de folga ao caráter proporcional do prazo do aviso-prévio¹²⁷.

É importante mencionar que, além da redução de jornada prevista pela CLT, o artigo 15 da Lei nº 5.889/1973 prevê que, durante o prazo do aviso prévio, haverá um dia de folga por semana, o que se aplica aos avisos-prévios proporcionais dos trabalhadores rurais.

¹²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 108.

¹²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 16.

¹²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 64.

Observa o magistrado Cleber Martins Sales¹²⁸, em relação ao trabalhador rural, que a cada nova semana de aviso prévio proporcional (assim considerado o período de 7 dias) o trabalhador rural poderá faltar mais um dia no curso do pré-aviso, destacando que reflexos da nova proporcionalidade do aviso prévio devem repercutir também em proveito desta classe trabalhadora (artigo 1º da Lei nº 5.889/1973¹²⁹).

Por fim, para os trabalhadores domésticos, em virtude de não se sujeitarem a controle de jornada, só lhes resta a opção de redução de sete dias corridos, durante o período do aviso-prévio proporcional.

2.4.6 Limite ao teto de 90 dias

Outro fator interessante, pouco discutido, é verdade, foi colocado pelo magistrado Guilherme Guimarães Ludwig, relacionado ao patamar temporal máximo estabelecido pela Lei nº 12.506/2011, como sendo de 90 dias, o que é considerado inconstitucional, para referido juiz:

Ao regulamentar o inciso XXI do art. 7º da Constituição quanto à fixação da constante de proporcionalidade ali tratada na razão de três dias para cada ano de serviço prestado na empresa, a Lei nº 12 506/2011 foi mais além e fixou um patamar máximo de prazo de aviso-prévio em noventa dias.

Dessa forma, a partir dos referidos noventa dias de prazo, a lei faz deixar de existir a razão constante entre o prazo do aviso e o tempo de serviço do empregado, cuja única restrição constitucionalmente permitida ao legislador

¹²⁸ Idem, Ibidem, p. 688.

¹²⁹ Art. 1º da Lei 5.889/1973: “As relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e. no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452. de 01/05/1943”.

infraconstitucional no exercício da regulamentação é a de garantia, em favor do empregado, do mínimo de trinta dias de aviso-prévio.

Na prática, o inciso XXI do art 7º foi tratado como se o chamado ao legislador infraconstitucional autorizasse alguma restrição da eficácia daquele, tal como se observa, diferentemente, por exemplo, no inciso XIII do art. 5º, que remete à legislação a fixação de determinadas qualificações profissionais que limitem o livre exercício de qualquer trabalho. Neste último dispositivo, a situação é outra, pois o direito fundamental possui eficácia plena, mas há autorização constitucional para a posterior restrição da integralidade de seus efeitos por lei regulamentar. É exatamente a hipótese de uma norma constitucional de eficácia contida. Naquele primeiro, ao revés, o caso corresponde, como já visto, a uma norma constitucional de eficácia limitada, com aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

No caso da Lei nº 12 506, ao delimitar o prazo máximo de noventa dias, o legislador infraconstitucional produziu uma contenção indevida do direito fundamental (de eficácia meramente limitada) já que sem a correspondente autorização constitucional. Diante de tais fundamentos, por violação do inciso XXI do art. 7º da Constituição, parece-nos inequívoca a inconstitucionalidade da expressão "até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias", disposta no art. 1º, *caput*, da referida lei. Em consequência, não deve ser reconhecido nenhum limite temporal máximo para a plena eficácia do direito fundamental à proporcionalidade do aviso-prévio¹³⁰.

Homero Batista Mateus da Silva¹³¹ igualmente observa que o teto de 90 dias é de constitucionalidade duvidosa, pois cabia ao legislador ordinário meramente disciplinar a fórmula de pôr em prática a proporcionalidade e não de procurar um teto. Observa que a lei deixou no mesmo patamar as pessoas com mais de 21 anos de emprego, pouco importando se ela já possui, por exemplo, 35 anos de contratação.

Embora não se vislumbre, até o momento, nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, contestando a Lei nº 12.506/2011, não causará estranheza se houver, posteriormente, algum questionamento acerca da constitucionalidade do teto ao aviso-prévio proporcional, limitação feita pelo legislador.

¹³⁰ Idem, *Ibidem*, p. 59-60.

2.4.7 Conflito entre nova lei e norma coletiva

Havendo conflito de normas no Direito do Trabalho, pelo princípio protetor, deve prevalecer sempre a norma mais benéfica ao trabalhador.

Para entender o conceito de norma mais favorável há duas teorias doutrinárias: **(a)** acumulação e **(b)** conglobamento.

Para a teoria da acumulação, prevalece a somatória de todos os preceitos favoráveis ao trabalhador, com fracionamento, cisão das normas comparadas.

Já a teoria do conglobamento preceitua que para saber qual norma é mais favorável, deve-se comparar o texto no seu conjunto: ou o texto integral ou por institutos.

Diante do exposto, havendo duas normas aplicáveis, legal e convencional, e, adotando teoria do conglobamento, entendemos que deve ser aplicada a norma mais benéfica ao trabalhador.

Partindo de igual premissa, Homero Batista Mateus da Silva entende que a norma coletiva não é prejudicada pela lei superveniente, bastando que se aplique o conhecido conceito da norma mais favorável. Destaca não ser possível que o empregador arque com a somatória das duas normas, pois "quem se antecipou ao legislador merece respeito e não punição"⁴⁰.

Marco Antonio Aparecido de Lima estabelece como regra geral:

Não é possível, assim, estabelecer uma regra única para este questionamento, sem se conhecer o conteúdo de cada cláusula em questão

Certo é, porém, que benefícios normativos concedidos visando o mesmo objetivo da lei. ou seja, estabelecer um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado, a princípio poderá ser compensado considerando

¹³¹ Idem, Ibidem, p. 102.

tratar-se de regras visando proteger o mesmo direito. não se admitindo a cumulatividade, caso não seja esse o desejo de quem concedeu tal direito

De qualquer forma, na dúvida, recomenda-se aplicar o princípio de prevalência da norma mais benéfica ao trabalhador, caso estejam em comparação duas regras visando proteger o mesmo direito¹³².

Acerca da compensação de direito legal com previsão convencional, Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins: “A possibilidade de compensação existe, caso contrário, estaria prejudicando as empresas que anteciparam o direito para os seus empregados mediante negociação coletiva”¹³³.

O C. TST assim já se posicionou por ocasião do 13º salário, o qual era concedido por força dos usos e costumes, e passou a ser compensado com a previsão da Lei nº 4.090/1962, conforme revogada Súmula nº 145 do C. TST (“É compensável a gratificação de natal com a da Lei nº 4.090, de 1962”). Outra situação analógica, aconteceu com o terço constitucional, conforme se verifica da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 50 da SDI-I do C. TST¹³⁴.

Porém, como no Direito não há unanimidade, Paulo Sergio João¹³⁵ noticia que algumas categorias profissionais negociam adicional de dias na dispensa de empregados portadores de condições especiais, como por exemplo, a idade do empregador e o tempo de serviço na empresa. No seu sentir, essas disposições inseridas em norma coletiva, não poderão ser compensadas com os acréscimos de dias da remuneração do aviso-prévio (contudo, não apresenta fundamentos que embasem sua tese).

Já João Augusto da Palma admite a compensação, entretanto, reputa ser necessária expressa previsão convencional acerca da possibilidade de abatimento:

¹³² Idem, Ibidem, p. 6403.

¹³³ Idem, Ibidem, p. 1302.

¹³⁴ OJT 50 da SDI-I do TST: “O abono de férias decorrente de instrumento normativo e o abono de 1/3 (um terço) previsto no art. 7º, XVII, da CF/1988 têm idêntica natureza jurídica, destinação e finalidade, constituindo-se ‘bis in idem’ seu pagamento simultâneo, sendo legítimo o direito do empregador de obter compensação de valores porventura pagos”.

¹³⁵ Idem, Ibidem, p. 49.

há trabalhadores que gozam do direito conquistado nas negociações coletivas, que lhes assegura mais tempo na duração do aviso-prévio, que agora passar a ser parte fixa do aviso (parte nuclear). Certamente surgirá o argumento da possibilidade de compensação do excedente da parte nuclear, fixa, com o acréscimo da proporcionalidade. Entretanto, consideramos prejudicial aos trabalhadores a prática da compensação com algo nem conhecido até então (que não existia), salvo tenha havido expressa ressalva no momento da negociação. Na falta desta, a compensação não pode ser feita¹³⁶.

Ademais, não será possível que a norma coletiva preveja aviso-prévio proporcional inferior ao legal e, mesmo que se concretize um Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva nesse sentido, não serão aplicáveis, pois limitativos de direitos legalmente assegurados.

Ainda que o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal tenha elástico o âmbito de atuação dos sindicatos para as negociações das condições em que o trabalho deve se realizar, não há autorização legal para que procedam à diminuição de direitos assegurados em Lei.

Não se concebe que o prestígio que o constituinte emprestou aos sindicatos chegue ao ponto de permitir negociação que diminua direitos e garantias mínimas do trabalhador.

O artigo 7º da CF/88, dispõe que "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

Com efeito, o trabalho é um valor social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, IV), tanto que a ordem econômica deve estar fundamentada na valorização do trabalho (CF, artigo 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (CF, artigo 193).

¹³⁶ PALMA, João Augusto da. **Como praticar os novos avisos-prévios**. São Paulo, LTr: 2011, p. 38.

Diante desses princípios não há espaço para a interpretação no sentido de que a norma coletiva pode reduzir direito dos trabalhadores.

Para ilustrar Jair Aparecido Cardoso narra que nada impede que a norma coletiva aumente o prazo do aviso-prévio proporcional: "Nesse caso, estaria ocorrendo uma ampliação de direito a favor do empregado, o que seria plenamente possível. O inverso, por óbvio, não poderá ocorrer"¹³⁷.

O Memo Circular SRT 10/2011 e a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE 184/2012 foram uníssonos no sentido de que as cláusulas pactuadas em Acordo ou Convenção Coletiva que tratam do aviso-prévio proporcional deverão ser observadas, desde que respeitada a proporcionalidade mínima prevista na Lei nº 12.506, de 2011, corroborando a aplicação do princípio da norma mais favorável.

¹³⁷ Idem, *Ibidem*, p. 685.

CONCLUSÃO

O aviso-prévio, instituto originário da Idade Média, não exclusivo do Direito do Trabalho, mas comum a todas as relações continuativas, evoluiu de sua concepção clássica, baseada na teoria civilista, em que era considerado um instrumento de garantia da liberdade contratual das partes, para sua concepção contemporânea em que é concebido como afirmação do princípio da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária.

O aviso-prévio trabalhista é a comunicação do ato jurídico unilateral e receptício, decorrente do exercício do direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, que inicia um lapso temporal até a efetiva extinção do vínculo de emprego. Instituto jurídico bilateral, inderrogável e irrenunciável por parte do empregado, consistente em obrigação de fazer (dar o aviso), sob pena de conversão em obrigação de pagar (indenização equivalente).

O finalidade do aviso-prévio é garantir o equilíbrio na relação contratual, concedendo ao empregado um prazo para a procura de novo emprego e, para o empregador, um tempo para seleção e contratação de novo empregado para o posto que ficará vago.

A natureza jurídica do aviso-prévio, seja ele trabalhado seja indenizado, é salarial; no primeiro caso, por ser retributivo e, no segundo caso, pelo fato de não haver prestação do trabalho por conveniência do empregador e o empregado não poder ser penalizado por algo cuja opção não cabe a ele.

No que fiz respeito à relação do aviso-prévio com as estabilidades provisórias, firmou-se entendimento de que candidaturas (cipeiro e dirigente sindical) no curso do aviso-prévio não impedem dispensa sem justa causa, para evitar eleições obstativas ao rompimento contratual.

Já para estabilidade de gestante e a decorrente de acidentes de trabalho, o posicionamento é no sentido de que há garantia no emprego, mesmo que a gestação ou acidente de trabalho ocorra no curso do aviso-prévio, em proteção ao nascituro e saúde do trabalhador.

A previsão constitucional do aviso-prévio proporcional existe desde 1988.

Inúmeros foram os questionamentos, via mandado de injunção, no Supremo Tribunal Federal, acerca da regulamentação dessa norma constitucional de eficácia limitada.

Após 23 anos, diante do indicativo de que a omissão constitucional seria suprida pela Corte Suprema do Poder Judiciário, foi aprovada a Lei nº 12.506/2011.

Apesar de singela, a Lei nº 12.506/2011 traduz-se em um avanço no tratamento das relações sociais à luz da principiologia da melhoria da condição social do trabalhador, insculpida no *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

O aviso-prévio proporcional é uma forma indireta de proteção ao emprego, pois tende a dificultar economicamente a dispensa dos empregados com maior tempo de serviço, demonstra, assim, relevante aspecto social: o de desestimular as demissões imotivadas.

Muitas dúvidas geraram o teor da nova lei do aviso-prévio, a começar por sua aplicação temporal.

Tem-se que a lei não retroage, mas os efeitos são imediatos, ou seja, abarca tempo de trabalho anterior a ela. Especificamente, em relação aos avisos-prévios, em curso, no momento da vigência da nova lei, considera-se que sobre ele recai a regra da proporcionalidade, tendo em vista que o aviso-prévio integra o contrato de trabalho para todos os fins.

No que tange aos destinatários do aviso-prévio proporcional, conclui-se que são os empregados, porque é o que se denota da literalidade da lei; é o que manifestou o relator do projeto de lei, e também por ser regulamentação do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual elenca direitos dos trabalhadores. Mais do que isso, é aplicável aos empregados urbanos, avulsos, rurais e domésticos, justamente por ser regulamentação do citado dispositivo constitucional, o que abarca todos esses empregados.

A contagem do acréscimo dos três dias por ano trabalhado ocorre a partir do primeiro ano laborado, isso porque a lei não faz ressalva em contrário. Ainda, ressalvados entendimentos divergentes, baseados na interpretação literal da nova

lei, há possibilidade e necessidade de contagem proporcional inferior a ano trabalhado, adotando-se o critério de que fração superior a seis meses de trabalho gera o direito ao acréscimo de três dias, à semelhança de férias e décimo terceiro salário (mais da metade do critério temporal equivale a um inteiro).

Com relação aos efeitos do aviso-prévio proporcional, entende-se que são os mesmos do aviso-prévio, quais sejam, a projeção ocorre para fins de cálculo da gratificação natalina, férias com terço, reajuste convencional, indenização adicional, FGTS, prescrição e anotação de CTPS.

Períodos de suspensão do contrato de trabalho não interferem na contagem do aviso-prévio proporcional. Veja-se que, embora a letra da lei se refira a “ano de serviço”, o espírito da norma e a interpretação lógica e sistemática levam a ler como “ano de relação empregatícia”.

Propõe-se aplicação do artigo 488 da CLT, para os avisos-prévios superiores a 30 dias, diante da compatibilidade de tal previsão com a nova norma.

Questionável, ainda, a constitucionalidade do teto do aviso-prévio proporcional a 90 dias, pois o constituinte originário não autorizou qualquer tipo de limitação ao legislador infraconstitucional. Além disso, o teto fere o princípio da isonomia e afronta a melhoria da condição social do trabalhador.

Por fim, examinou-se os efeitos decorrentes da existência de previsão convencional acerca da proporcionalidade do aviso-prévio. Se houver disposição coletiva que trate desse tema, há que se verificar qual o regramento deve prevalecer: se a norma coletiva ou se a Lei nº 12.506/2011. A esse respeito, três situações podem ocorrer. A primeira, de a norma coletiva estabelecer proporcionalidade inferior àquela prevista na Lei nº 12.506/2011 (*v.g.*, acréscimo de apenas um dia de aviso-prévio a cada ano de serviço): neste caso, a norma coletiva será inválida, porque fere disposição legal (artigos 9º e 444 da CLT). A segunda, de a norma coletiva estabelecer proporcionalidade superior e mais vantajosa, se comparada àquela prevista na Lei nº 12.506/2011 (*v.g.*, acréscimo de cinco dias de aviso-prévio a cada ano de serviço, sem limitação ao teto de 90 dias): neste caso, prevalecerá a norma coletiva (por aplicação do princípio da norma mais benéfica ao trabalhador), sendo incabível a soma dos períodos de aviso-prévio estabelecidos na

disposição convencional e na disposição legal. A terceira, de a norma coletiva estabelecer proporcionalidade idêntica àquela prevista na Lei nº 12.506/2011 (acréscimo de três dias a cada ano de serviço, até o máximo de sessenta dias, perfazendo um total de até noventa dias): neste caso, o trabalhador terá direito a essa proporcionalidade (e não à soma dos períodos de aviso-prévio estabelecidos num e noutra diploma).

Do ponto de vista social, de um lado, tem-se empregadores declarando que o aviso-prévio proporcional causaria um desequilíbrio na empregabilidade, por se tratar de mais um ônus ao empregador, podendo, aumentar, inclusive, o contingente de trabalhadores informais. De outro lado, há empregados relatando que três dias a mais por ano laborado não traduzem uma indenização satisfatória por ocasião de dispensa sem justo motivo.

Passado mais de ano da publicação da nova lei, do ponto de vista prático, é possível observar que os empregadores suportam, sem qualquer tumulto financeiro, o acréscimo proporcional do aviso-prévio, o que atenua o ideal de desestimular dispensas imotivadas de empregados com maior tempo de serviço.

Contudo, inegável que a regulamentação do dispositivo constitucional torna efetivo o aviso-prévio proporcional e, embora não resolva todos os males, é um passo à frente para a construção de uma sociedade mais justa.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Alexandre Albuquerque; MELLO, Simone Barbosa de Martins. Princípio da proporcionalidade do aviso prévio Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 47. n. 127, p. 635-641, nov. 2011.

ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária: aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista LTr - legislação do trabalho e previdência social**. São Paulo, v.56, n.10 (out. 1992), p.1199-1202.

ALVES, Amauri Cesar. O "novo" aviso prévio proporcional - Lei nº 12.506/2011. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 26, n. 5, cd 2, p. 159-163, 1ªquinz./mar. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Justiça do trabalho**. Porto Alegre, v. 28, n. 334, p. 77-99, out. 2011.

CARDOSO, Jair Aparecido. Aviso prévio e os reflexos da Lei nº 12.506/2011. **Repertório IOB de Jurisprudência** São Paulo, v 25, n. 23, cd. 2, p. 682-687, 1ªquinz./dez. 2011.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª ed. Niterói: Impetrus, 2010.

_____. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Trabalho em revista - Encarte**. Curitiba, n. 181, p. 6579-6583, mar. 2012.

DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1981.

FARJALLA, Victor. Aviso prévio proporcional crítica à nota técnica nº 184 do MTE. **Jornal trabalhista**. Brasília, v 29, n. 1435, p 4-5, jul. 2012.

FERRARI, Irary; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional -Lei n. 12.506, de 11.10.2011 - sua aplicação. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 75, n. 11, ex. 1, p. 1296-1303, nov. 2011.

FONSECA, José Geraldo. O novo aviso prévio. **Jornal trabalhista**. Brasília, v. 28, n. 1404, p. 4-5, dez. 2011.

FRANCO Guilherme Alves de Mello Comentários à Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 25, n. 23, cd. 2, p. 680-682, 1ª quinz./dez. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 266, p. 61-78, ago. 2011.

_____. Eficácia da norma constitucional e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Jornal trabalhista**. Brasília, v. 28, n. 1394, p. 4-7, set. 2011.

_____. Lei 12.506/2011 e aviso prévio proporcional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 100, n. 913, p. 349-363, nov. 2011.

GOMES, Orlando e GOTTCALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GUNTHER, Luiz Eduardo, CRISTINA MARIA NAVARRO ZORNIG. Aviso prévio - na justiça do trabalho - parte I. **JTb: Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, v. 23, n. 1114. p. 5-9, abr./2006.

HEFFNER, Cristóvão Donizetti. Anotações sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 48, n. 69, p. 337-339, jun. 2012.

JAKUTIS, Paulo. Considerações sobre a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 25, n. 21, cd 2, p. 627-631, 1ºquinz./nov. 2011.

JOÃO, Paulo Sergio. **Nova Lei do Aviso Prévio**. São Paulo: Editora Arte Antiga, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE, Neire Dias Ferreira. O aviso prévio e a sua proporcionalidade. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, v. 29, n. 338, p. 19-36, fev. 2012.

LIMA, Marco Antonio Aparecido de. Lei do aviso prévio proporcional - primeiras impressões. **Trabalho em revista - Encarte**. Curitiba, n. 177, p. 6399-6404, nov. 2011.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Abordagem constitucional do aviso prévio proporcional. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 270, p. 52-66, dez. 2011.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho – Direito individual do trabalho**. V. 2. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

MALLET, Estêvão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 75, n. 11, ex. 1, p. 1312-1319, nov. 2011.

MARTINS, Adalberto. Algumas considerações sobre o novo aviso prévio (Lei nº 12.506/2011). **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 270, p. 79-83, dez. 2011.

- MARTINS NETTO, Modestino. **Manual de aviso prévio**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1972.
- MARTINS, Sergio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [SI], v. 23, n. 270, p. 9-20, dez.2011.
- _____. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MENDES. Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- MONTEIRO, Carlos Augusto M. de O.; CREMONESI, André. Aviso prévio proporcional - questões polêmicas. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 47, n 128, p. 643-646, nov. 2011.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. O aviso prévio proporcional. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 1, ex. 1, p. 7-16, jan. 2012.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: LTr, 1994.
- OLIVEIRA, Luiz Eduardo Vieira. Aviso prévio proporcional ônus ou bônus? **Jornal trabalhista**. Brasília, v. 29, n. 1433, p. 4-7, jul. 2012.
- PALMA, João Augusto da. **Como praticar os novos avisos-prévios**. São Paulo, LTr: 2011.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988.
- PEREIRA, Adilson Bassalho. **Aviso prévio: evolução histórica e finalidades**. São Paulo: [s.n.], 1983.
- PEREIRA, Agostinho Zechin. Polêmicas da nova lei do aviso prévio. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 47, n. 138, p. 691-695, nov. 2011.
- PEREIRA, Eddla Karina Gomes. Análise constitucional acerca do aviso prévio proporcional indenizado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. João Pessoa, v.15, n.1, p. 740-765, jan./dez. 2007.
- PIAZERA JÚNIOR, Romeo; PACHER, Gustavo. Aviso prévio proporcional - o equívoco da norma técnica nº 184/12 do MTE. **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 18, n. 6, p. 30-33, jun. 2012.
- PIMPÃO, Hirose. **Aviso prévio**. São Paulo: Max Limonad, 1945.
- PINTO. José augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- PIRES, Aurélio. Nova lei do aviso prévio. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 47, n. 129, p. 647-648, nov. 2011.

PRETTI, Gleibe. **O novo aviso prévio: de acordo com a Lei n. 12.506/2011.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAMOS FILHO, Wilson (coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional.** Curitiba: Juruá, 2011.

RIPPER, Walter Wilíam. Aviso prévio proporcional estudo das suas concepções e da constitucionalidade do inciso I, do art. 487, da CLT. **Suplemento trabalhista: LTr.** São Paulo, v. 41, n. 41 (2005), p. 715-726.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O aviso prévio no contrato de trabalho.** Rio de Janeiro: Ed José Confino, 1961.

SALES, Cleber Martins, MARANHÃO, Ney. A proporcionalidade do aviso prévio (Lei n. 12.506/2011) e sua aplicação a favor dos trabalhadores domésticos. **LTr Suplemento Trabalhista.**, São Paulo, v. 48, n. 79, p 387-390, jul. 2012.

SALES, Cleber Martins. Aviso prévio proporcional: implicações práticas. **LTr Suplemento Trabalhista.** São Paulo, v. 47, n. 137, p. 683-690, nov. 2011.

SAMPAIO, Aluysio. **Dicionário de Direito do Trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 1982.

SAMPAIO, Reinaldino de Freitas. Nova lei do aviso prévio e sua aplicabilidade nos contratos de trabalho rescindidos a partir de 11.10.09. **Jornal Trabalhista.** Brasília, v. 28, n. 1398, p. 4-5, out. 2011.

SANTOS, Roseniura. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço nos contratos de trabalho e o novo código civil: buscando a efetividade da Magna Carta. **Justiça do Trabalho.** São Paulo, v. 23, n. 273, p. 64-69, set./2006.

SILVA, Antonio Álvares da. A nova lei do aviso-prévio. **Revista LTR 76-01.**

SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei n° 12.506/2011. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária.** [SI.], v. 23, n. 275, p. 90-112, maio 2012.

SILVA, José Alonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros. 1999.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei do aviso prévio. **LTr Suplemento.** São Paulo, v. 48, n. 4, p. 13-15, jan. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÕES, Mauricio Pereira. Aviso prévio proporcional e as discussões anunciadas. **LTr Suplemento.** São Paulo, v. 48, n. 8, p. 31-36, fev. 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Aviso prévio desproporcional. **Justiça do trabalho.** Porto Alegre, v. 29, n. 344, p. 88-91, ago. 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego.** V. II. São Paulo: LTr, 2008.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. Aviso prévio proporcional. **Revista do direito trabalhista**. Brasília, v. 18, n. 8, p. 21-22, ago. 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARGAS, Luiz Alberto de. A autoaplicabilidade da norma constitucional que prevê o aviso prévio proporcional. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, v 7, n. 42, p. 75-112, nov. 2011.

VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. A (des)regulamentação do aviso prévio proporcional pela lei n. 12.506/2011. **LTr Suplemento**. São Paulo, v. 48, n. 7, p. 25-30, fev. 2012.