

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

LUCAS SILVA MARTINS E MENEZES

**AVISO PRÉVIO: LEI 12.506/2011 - CONSTITUCIONALIDADE, APLICABILIDADE
E ALCANCE DA NORMA**

**Aracaju
2013**

LUCAS SILVA MARTINS E MENEZES

**AVISO PRÉVIO: LEI 12.506/2011 - CONSTITUCIONALIDADE, APLICABILIDADE
E ALCANCE DA NORMA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como
um dos requisitos de obtenção de grau de
bacharel no Curso de Direito.

Orientador:

Me. Alexandre Manuel Rodrigues Pereira

Aracaju

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

M541a

Menezes, Lucas Silva Martins e

Aviso Prévio: Lei 12.506/2011 – Constitucionalidade, Aplicabilidade e Alcance da Norma / Lucas Silva Martins e Menezes. Aracaju, 2013. 59 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2013.

Orientador: Prof. Me. Alexandre Manuel Rodrigues Pereira

1. Aviso Prévio 2. Progressão 3. Proporcionalidade 4. TÍTULO.

CDU 342.537.3 (813.7)

LUCAS SILVA MARTINS E MENEZES
AVISO PRÉVIO: LEI 12.506/2011 - CONSTITUCIONALIDADE, APLICABILIDADE
E ALCANCE DA NORMA


Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos requisitos de obtenção de grau de bacharel no Curso de Direito.

Aprovada em: 05/11/2013

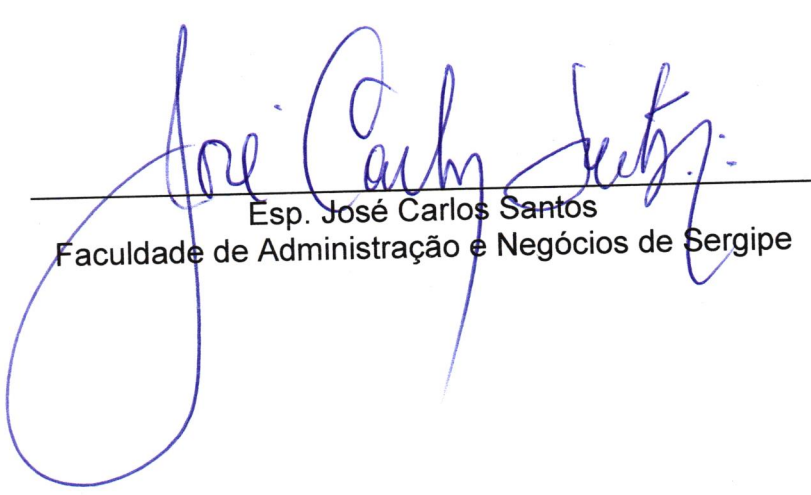
BANCA EXAMINADORA:



Me. Alexandre Manuel Rodrigues Pereira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Me. Marcelo Macedo Schimmelpfeng
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À minha noiva Roberta Rezende Chaves, pelo carinho, compreensão e paciência. À meu pai Cícero Damião de Menezes, exemplo de probidade, ensinou-me como o trabalho dignifica. À minha mãe Juliana pela perseverança, fé e coragem. Aos meus irmãos Ana Julia e Filipe pelo companheirismo. Ao Professor Me. Alexandre Manuel por sua colaboração na realização desse projeto.

AGRADECIMENTOS

À minha família, sem vocês seria impossível chegar neste momento.

À Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe por ter essa filosofia de aproximar o aluno do professor, uma quantidade menor de alunos por sala para facilitar o aprendizado.

Ao Curso de Direito e em especial aos Coordenadores Pedro Durão e Vitor Condorelli.

Ao orientador Alexandre Manuel Rodrigues Pereira, por ter me guiado na concretização desse trabalho.

A todos os professores da FANESE, não vou levar apenas os conhecimentos apresentados, vou levar também as lições de vida, os conselhos.

Aos funcionários da Faculdade que, em sua maioria, sempre prestativos e disponíveis para ajudar.

Aos amigos que fiz na FANESE, que sempre me ajudaram com os estudos e nessa reta final também foram imprescindíveis.

O trabalho afasta de nós três grandes
males: o tédio, o vício e a necessidade.

Voltaire

RESUMO

Comunicação prévia dada por uma das partes à outra no sentido de desejar extinguir um vínculo empregatício sem justa causa, o Aviso Prévio teve sua origem nas corporações de ofício, mas sua primeira aparição no ordenamento jurídico se deu no Direito Civil e Comercial. Com a Constituição Federal de 1988, foram elencados no artigo 7º as garantias fundamentais trabalhistas, no entanto, somente em 2011 foi editada a lei 12.506 regulamentando o inciso XXI, que dispõe sobre o pré-aviso e sua proporcionalidade. Com o intuito de realizar uma pesquisa bibliográfica sobre esse tema e discutir algumas obscuridades trazidas pela lei, realizou-se uma investigação na doutrina, nos recentes julgados e entendimentos dos Tribunais Superiores. A referida Lei dispõe sobre a proporção que os avisos, posteriores à data de sua promulgação, passarão a ter, e aplica-se a qualquer classe de trabalhador, excluindo-se o trabalhador eventual. Apesar de apontar uma limitação e de ser um benefício apenas para o empregado, é reconhecida sua constitucionalidade pela maioria doutrinária, porque a lei ordinária pode limitar uma vez que não há vedação constitucional para isso e que não fere o princípio da isonomia, tampouco limita o poder potestativo do empregador em demitir seus empregados.

PALAVRAS-CHAVE: Aviso prévio; Progressão; Proporcionalidade.

ABSTRACT

Prior Communication given by one party to the other in order to want to terminate an employment relationship without just cause, the Notice had its origin in carft guilds, but his first appearance in the legal order if gave on Civil and Commercial Law. With the Federal Constitution of 1988, were catalogd in Article 7 the fundamental guarantees labor, however, only in 2011 was edited the law regulating the 12,506 item XXI, which features on the pre-warning and its proportionality. In order to conduct a literature search on this topic and discuss some obscurities brought by law, a research was performed in doctrine, in the recent trial and understandings of Superior Courts. The aforementioned Law has on the proportion that the warnings, subsequent to the date of its promulgation, will have, and applies to any class of employee, excluding the worker possible. Although pointing a limitation and be a benefit only to the employee, is recognized by its constitutionality doctrinaire majority, because the ordinary law can limit a time that there is no constitutional seal for this and it does not offend the principle of isonomy, tense nor limits the potestative power of the employer to dismiss their employees.

KEY WORDS: notice; Progression; Proportionality

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO DO TRABALHO	11
2.1 Evolução Histórica Geral.....	11
2.2 Contexto Histórico no Brasil.....	12
2.3 Denominação.....	14
2.4 Conceito.....	15
2.5 Princípios.....	16
3 DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS	19
3.1 Direitos Fundamentais Trabalhistas.....	19
3.2 Proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa	20
3.3 Seguro Desemprego	21
3.4 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)	22
3.5 Garantias sobre o Salário.....	23
3.6 Demais Direitos Fundamentais Trabalhistas.....	26
4 AVISO PRÉVIO.....	31
4.1 Conceituação.....	31
4.2 Evolução Histórica na Legislação Infraconstitucional	33
4.3 Natureza Jurídica	33
4.4 Aplicabilidade.....	35
4.4 Retratação.....	37
4.5 Modalidades do Aviso Prévio	37
5 ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO AVISO PRÉVIO PELA LEI 12.506/2011 E SEUS QUESTIONAMENTOS.....	40
5.1 Pareceres do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a Lei 12.506/2011	41
5.2 Contagem do lapso temporal.....	43
5.3 Retroatividade da Norma.....	45
5.4 Empregado Rural e a Lei 12.506/2011	48
5.5 Empregado doméstico e a Lei 12.506/2011.....	48
5.6 Constitucionalidade da Norma	49
6 CONCLUSÃO	51
7 REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho surgiu com o intuito de equilibrar a desigualdade de forças existentes entre o empregador e empregado. Tem como um dos princípios fundamentais a continuidade da relação do emprego, neste sentir foram positivadas, seja de cunho constitucional ou infraconstitucional, normas que geram estabilidades (membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), membro de chapa sindical, entre outras), multa fundiária, indenização em decorrência do rompimento do contrato de trabalho, entre outras. Com o objetivo de dificultar o abuso do direito do empregador referente às demissões arbitrárias ou sem justo motivo.

A Constituição da República prevê no Inciso I do artigo 7º: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, mesmo dentre outros direitos”. Com a recepção das normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Carta Maior, alguns destes direitos não precisaram de regulamentação e outros ainda aguardam uma Lei para atribuir eficácia ao texto constitucional.

No artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF) estão elencados os direitos fundamentais trabalhistas. Em destaque na Carta Magna, haja vista estar inserido no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o inciso XXI, do mencionado artigo, esperou pouco mais de vinte anos para ser regulamentado. Apenas em 2011, foi editada a Lei 12.506 que dispõe sobre o pré-aviso e dá outras providências.

Com advento da norma surgiram alguns questionamentos: A Lei é constitucional por apontar um teto? Ela deve retroagir? Se a resposta for positiva, até qual ponto? Como deve ser feita a progressão, o cálculo da proporcionalidade? E a projeção, nos casos de aviso trabalhado? Em caso de existência de norma coletiva esta deve ser adicionada ou suprimida? Já que a norma de aplicação geral impõe um limite, e que norma advinda de acordo coletivo pode aumentar o direito do tutelado?

Neste âmbito de questionamentos, por meio da investigação na doutrina, nos recentes julgados e entendimentos dos Tribunais Superiores, que este estudo elucidará os pontos obscuros da norma, com intuito de expor o pensamento mais próximo da intenção legislativa quando de sua gênese.

O primeiro capítulo demonstrará a história do Direito do Trabalho, desde antes da Revolução Industrial, marco para muitos doutrinadores como início da ciência em comento, até os dias atuais, tanto na visão geral como em específico no Brasil.

No segundo capítulo deste trabalho, os direitos fundamentais trabalhistas serão analisados para que se possa ter convicção que o ordenamento jurídico está em consonância com os princípios específicos do Direito do Trabalho.

O terceiro capítulo se presta para um estudo minucioso do instituto chamado Aviso Prévio, desde sua evolução histórica, primeira aparição no ordenamento jurídico e sua necessidade de regulamentação.

O quarto capítulo trata da Lei que regulamentou o pré-aviso, a lei 12.506/2011. Serão abordadas análises críticas sobre a proporcionalidade e a progressão do instituto.

2 DIREITO DO TRABALHO

2.1 Evolução Histórica Geral

O livro Gênesis da Bíblia expunha o trabalho como forma de castigo. Adão que antes de cometer o pecado tinha tudo passou a ter que trabalhar para conseguir seu sustento, ou seja, seria uma forma de punição. A etimologia também indica que a palavra “trabalho” deriva de *tripalium*, que seria instrumento utilizado para torturar.

O ato de trabalhar vem desde o início dos tempos: caça, coleta de frutos na pré-história, trabalho escravo onde o homem era considerado objeto, servidão na época dos feudos, período em que, apesar de não possuir liberdade, os servos tinham alguns direitos. Evidencia-se o paralelismo entre trabalho e castigo, pois o nobre não trabalhava. Posteriormente, surgiram as corporações de ofício, onde foi possível identificar origem das classes vistas atualmente.

Nas corporações de ofício havia três classes de membros que se equiparam as atuais: mestre (dono da oficina), companheiro (trabalhava com o mestre e recebia salário) e aprendiz (assimilava o ofício, podendo, com o passar do tempo, vir a ser companheiro). Porém estas tiveram seu fim com a Revolução Francesa, devido ao conflito de ideais, seja pela liberdade individual da pessoa ou pela não intervenção do Estado na economia, onde este passaria a ser apenas um mediador nas questões sociais.

Todavia, com a Revolução Industrial, surgiu a necessidade de uma legislação específica para o trabalho, com a substituição da mão de obra escravagista, servil e corporativa pela assalariada. Ressalta-se que este não foi o momento no qual, as classes mencionadas, tiveram fim.

Como explica Rodrigues Pinto, a relação de trabalho humano prestado pessoalmente em proveito de outrem e retribuído como forma sistemática de utilização da energia produtiva só foi propiciada realmente com o advento da chamada Revolução Industrial.¹

¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr. 2007, p. 31

Os abusos dos empregadores com excessivas jornadas de trabalho e condições precárias para o desempenho das funções fizeram com que a classe operária se organizasse para clamar por melhores condições. A partir desse ponto o Estado deixou a inércia e começou a intervir nas relações trabalhistas com normas protetivas e vedações de abusos por parte dos empregadores, com o objetivo de buscar a dita Justiça Social.

Normas foram editadas reduzindo a jornada de trabalho, tratando sobre a saúde e segurança no ambiente de trabalho e o descanso semanal obrigatório. Neste contexto de criação dos direitos sociais, em específico voltado para o trabalho, destaca-se a participação da Igreja com a Encíclica *Rerum Novarum* (1891) do Papa Leão XIII que tratou sobre as condições dos trabalhadores industriais, apoiou a ideia de os trabalhadores poderem se organizar através de sindicatos, e a possibilidade do Estado intervir na economia.

Porém, foi a partir da Primeira Guerra Mundial que o Direito Trabalhista ganhou assento constitucional com o Constitucionalismo Social. A Carta Maior Mexicana (1917) foi a primeira a tratar sobre os temas trabalhistas, onde foi assegurado, entre outros direitos, jornada máxima de oito horas, vedação de trabalho para menores de doze anos e proteção contra acidentes de trabalho.

Em 1919, a Carta Magna Alemã abordou temas como: liberdade de se organizarem em sindicatos e participação dos empregados na fixação de salário. No mesmo ano, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) com o Tratado de Versalhes que além da criação da OIT marcou o fim à Primeira Grande Guerra.

2.2 Contexto Histórico no Brasil

O Direito do Trabalho no Brasil não começou com seu descobrimento. Nesta época a atividade econômica era extrativista, utilizando-se da mão de obra indígena, outro motivo que impedia o surgimento da legislação trabalhista também foi devido à existência da escravidão.

As corporações de ofício foram extintas em 1824 devido ao pensamento liberal e ao inciso XXV, do artigo 179 da Lei Maior daquele ano.² A escravidão teve seu fim apenas em 1888 com a Lei Áurea. A liberdade de associar-se foi concedida apenas em 1891. Em 1903, houve a criação de lei ordinária que regulamentaria os sindicatos rurais e quatro anos depois foi editada norma que tratava sobre os sindicatos urbanos. Em decorrência do Constitucionalismo Social, que ecoava pelo mundo, apenas na Constituição de 1934 foram assegurados direitos específicos do trabalhador, como: garantia de liberdade sindical, férias anuais remuneradas e salário mínimo.

A Constituição de 1937 estabeleceu o sindicato único e ligado ao Estado, mantendo proibido a greve por ser “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. Em 1943, foi aprovado o Decreto-Lei nº 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), consolidou as leis que tratavam sobre o Direito do Trabalho. Flávia Pessoa, informa ainda que a CLT não apenas consolidou como também fez complementações e alterações em relação à legislação preexistente.³

A doutrinadora cita ainda Süsskind para informar que para ordenar sistematicamente leis trabalhistas de diferentes momentos políticos, tornou-se necessário promover algumas modificações, desfazer antagonismos e, principalmente, preencher vazios legislativos com disposições que poderiam ordenar o sistema.⁴

Em 1946, com a nova Constituição, a greve passou a ser direito dos trabalhadores. A Constituição de 1967 manteve os direitos anteriores e previu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) criado um ano antes pela lei 5.107/66.

Nas Constituições mencionadas, o Direito do Trabalho, sempre esteve relacionado com o Direito Econômico, mas com a atual Carta Maior (1988), o Direito Trabalhista passou estar inserido apenas no Capítulo que trata dos Direitos Sociais, e com isso pode-se apontar algumas características que indicam evolução do Direito

² Constituição de 1824, Artigo 179, XXV: Ficam abolidas as Coporações de Officio, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

³ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo. LTr, 2009. p. 20

⁴ Id. Ibid.

do Trabalho: os sindicatos não estão mais sob o domínio estatal (Constituição, Artigo 8, I); participação obrigatória das associações nas negociações coletivas (Constituição, Artigo 8, V).

2.3 Denominação

O Direito do Trabalho foi evoluindo com o passar do tempo, não apenas suas normas, como também, sua nomenclatura. De Direito Industrial, nome que foi superado por restringir à área da indústria, foi conhecido também como Direito Operário não sendo mais utilizado pelo mesmo motivo. Tentou-se ainda, Direito Corporativo, mas por se limitar ao direito coletivo, também caiu em desuso. Na Constituição de 1934, no §1º do artigo 121 foi citada a expressão “Legislação Trabalhista” que também caiu em desuso, por restringir o direito às normas positivadas. O nome “Direito Sindical” também restringia o campo de atuação ao Direito Coletivo e por isso deixou de ser utilizado.

A celeuma ficou entre as nomenclaturas “Direito Social” e “Direito do Trabalho”. O primeiro tem uma abrangência bem maior do que o segundo, haja vista, esse tratar exclusivamente das relações de trabalho. Tem-se ainda que Direito Social surgiu da segunda raiz da Revolução Industrial, que dispunha de seiva suficiente não apenas para exacerbar a questão social como para buscar-lhe soluções através da ordem jurídica.⁵ Luciano Martinez cita Cesarino Júnior para trazer a ideia que a expressão Direito Social lembra um complexo de normas tendentes à proteção dos economicamente mais débeis, ou hipossuficientes.⁶

A ciência Direito Social volta a ganhar força entre os doutrinadores com o intuito de que este englobe outras ciências como o Direito Ambiental, da Seguridade Social, do Consumidor e o próprio Direito do Trabalho.

A nomenclatura utilizada atualmente é “Direito do Trabalho”, uma vez que já revela qual o objeto que será regulado. Esta, além de ser a mais utilizada pelos doutrinadores, vem sendo utilizada desde a Constituição de 1946, além de ser adotada também pela OIT.

⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues, Ob. cit., p. 57

⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60

Para Delgado, deve-se preservar o epíteto Direito do Trabalho. É que, de um lado, o trabalho empregatício constitui a mais relevante modalidade de relação trabalhista *lato sensu* existente no mundo contemporâneo, justificando-se, pois, que a espécie mais importante oferte o designativo cabível ao próprio gênero (procedimento, aliás, muito comum na linguagem).⁷

Neste mesmo pensamento, Martins, entende que a denominação Direito do Trabalho é a que mais individualiza a matéria, dizendo respeito, assim, não só ao trabalho subordinado, mas também, ao trabalho temporário, aos trabalhadores avulsos, domésticos etc.⁸

Existindo ainda uma preferência de alguns doutrinadores pela nomenclatura “Direito Laboral” com o intuito, de desvincular o paralelismo existente entre castigo e punição que a palavra “trabalho” traz, conforme exposto anteriormente.

2.4 Conceito

A conceituação mais tradicional define o Direito do Trabalho como “conjunto de princípios e regras que regulam a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas delas emergentes”.

No entanto, após a Emenda Constitucional de 45/2004, através da qual foi ampliada a competência da Justiça do Trabalho, para que esta especializada pudesse dirimir conflitos oriundos das relações de trabalho. Dessa forma, seu conceito passou a englobar o autônomo, não mais de forma excepcional, alterando o conceito acima exposto.

Para Neto e Cavalcante, o Direito do Trabalho pode ser visto como um conjunto de regras de natureza privada e pública. Há uma série de regras cuja observância não pode ser rejeitada pela vontade das partes. São regras que compõem o mínimo legal. (...) Por outro lado, também há regras nas quais predomina a vontade das partes, como convenções e acordos coletivos de trabalho.⁹

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 50

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.17

⁹ NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.54

Entretanto, Martins, pensa que o Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com medidas de proteção que são destinadas.¹⁰

Amauri Mascaró, relata que o Direito do Trabalho como ramo da ciência do Direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho por elas indicadas, determinam os seus sujeitos e organizações destinadas à sua proteção, em sua estrutura e atividade.¹¹

Rodrigues Pinto pensa que seria o conjunto de princípios e normas jurídicas destinado a disciplinar as relações entre empregadores e empregados, nos planos de interesse coletivo e individual, e entre estes e o Estado, no plano do controle da observância de seu conteúdo de ordem pública.¹²

2.5 Princípios

Princípios são tidos como sustentação ao ordenamento jurídico. Segundo Miguel Reale apud Gustavo Filipe Barbosa Garcia, princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.¹³ Ao Direito do Trabalho podem ser aplicados princípios gerais pertinentes à matéria, mas por ser uma ciência autônoma também possui princípios específicos.

Rodrigues Pinto cita Orlando Gomes e Elson Gottschalk, para mostrar essa evolução na autonomia da ciência Direito do Trabalho:

“A verdade é que, historicamente, o Direito do Trabalho se apresentava como um simples capítulo do Direito Privado. As relações individuais, eram, entre nós, no começo deste século, submetidas às regras da locação de serviços e, a partir de 1916, reguladas pelo Código Civil; e, para um setor mais limitado, pelo Código Comercial”.

¹⁰ MARTINS, S. P. Op. Cit., p. 18

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaró. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 306.

¹² PINTO, José Augusto Rodrigues. Ob. cit., p. 56

¹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 33

E o doutrinador continua explicando que ainda que tenha ocorrido uma emancipação, expansão a ciência continua muito ligada ao direito privado, pois os contratos, em sua maioria, são individuais.¹⁴

Ao contrário do Direito Civil, onde existe a igualdade contratual entre as partes, o Direito do Trabalho é caracterizado por prevalecer desigualdade entre os contratantes. Por este motivo relativiza o princípio da autonomia da vontade individual, que inspira o direito obrigacional comum, e para compensar a inferioridade econômica do empregado, estende-lhe uma rede de proteção, um rol de direitos mínimos e indisponíveis que asseguram a dignidade do trabalhador.¹⁵

Parte da doutrina aponta o princípio Protetor ou da Proteção como o cardeal do Direito do Trabalho por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico.¹⁶

Desse princípio derivam outros três: *in dubio pro operário* ou *in dubio pro misero* - diante de uma única disposição, suscetível de interpretações diversas e ensejadora de dúvidas, deve ser aplicada aquela que seja mais favorável ao trabalhador.¹⁷; manutenção da condição mais benéfica ou da inalterabilidade contratual *in pejus* - diante de fontes autônomas com vigência sucessiva, há de se manter a condição anterior, se mais benéfica.¹⁸; norma mais favorável - o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra ou no contexto de confronto entre regras concorrentes ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas.¹⁹

Princípio da Indisponibilidade ou Irrenunciabilidade, por ter, o Direito do Trabalho, em sua grande maioria normas de ordem pública, e com o intuito de se evitar uma coação pela parte patronal, não se admite, em princípio, a renúncia de direitos garantidos tanto que foi positivado no artigo 9º, da Consolidação das Leis do

¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 70

¹⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho – Curso e discurso**. Aracaju: Evocati, 2011, p. 56

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 190

¹⁷ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit., p. 107

¹⁸ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit., p. 106

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 191

Trabalho (CLT).²⁰ Deve-se ainda entender que o princípio em análise, aplica-se tão somente ao empregado, já que o empregador é livre de pressões justificativas de tutela limitativa da autonomia da vontade.²¹

O princípio da Continuidade da Relação de Emprego possui o intuito de preservar o contrato de trabalho, dar a maior duração possível, dessa forma, o contrato com prazo determinado é exceção à regra. Para garantir a continuidade do emprego foram estipuladas garantias de emprego, suspensão e interrupção dos efeitos do contrato de trabalho e a transferência do empregado. Para esse axioma, Garcia, destaca a importância deste princípio revela-se não apenas ao conferir segurança ao empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho, mas também na sua integração à empresa, favorecendo a qualidade do serviço prestado.²²

O princípio da Primazia da Realidade reza que nas relações de trabalho deve ser buscada a verdade real. Martinez baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário.²³ Na visão de Cavalcante e Neto, para o Direito do Trabalho, os documentos são válidos desde que estejam em sintonia com a realidade diária do contrato individual de trabalho.²⁴

O princípio da Boa-fé é autoexplicativo e consiste na afirmação de que as partes na relação de emprego devem agir com lealdade, cumprindo honestamente as obrigações assumidas.²⁵

²⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Rio de Janeiro. 1943: Art. 9º: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

²¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 90

²² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. Cit., p. 38

²³ MARTINEZ, Luciano, Op. Cit, p. 116

²⁴ NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. Ob. cit., p. 119

²⁵ Idem

3 DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS

Como no Direito geral, o Direito do Trabalho também possui direitos fundamentais específicos. Antes de adentrar nos direitos particulares ao trabalho, é necessário tecer alguns comentários sobre direitos fundamentais de forma mais ampla.

Segundo Flávia Pessoa, direitos fundamentais são direitos subjetivos historicamente reconhecidos pelo Estado que visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, quer pelo respeito às liberdades civis, quer pelo adimplemento dos direitos de natureza prestacional.²⁶ Reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva, os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática. Já em sua dimensão subjetiva, têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e segurança dos cidadãos.²⁷

O professor João Trindade conceitua direitos fundamentais como direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.²⁸

3.1 Direitos Fundamentais Trabalhistas

O conceito trazido por Flávia Pessoa parafraseando Murilo de Oliveira é que os direitos fundamentais do trabalho são os direitos com capacidade de se criar uma tutela mínima para todo tipo de trabalho, independentemente do vínculo existente ou contratado. A base de tal proposta encontra-se na noção de que o homem trabalhador tem direitos fundamentais no trabalho, que não provêm dos direitos obrigacionais, mas sim da sua condição humana.²⁹ A doutrina entende que

²⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 59

²⁷ Idem

²⁸ FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acessado em 29/09/2013.

²⁹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Op. Cit., p. 70 - 71

no artigo 7º da Constituição de 1988³⁰, estaria inserida essa tutela mínima para todo e qualquer trabalhador.

Conforme o Caput do artigo 7º da CF, não há menção a “empregados”, mas sim, “trabalhadores” urbanos e rurais, e ainda, com base no princípio da aplicação da norma mais favorável, entende-se que a tutela prevista contemple o gênero “trabalhador” e não apenas à espécie “empregado”. Entretanto, este não é o entendimento que prevalece.

Ainda no Caput mencionado, porém em sua segunda parte, resta clara que a tutela prevista nos incisos do artigo em comento é a mínima, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Cabendo ao legislador derivado ampliar os direitos dos trabalhadores.

3.2 Proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa

O primeiro inciso do artigo 7º da Carta Maior prevê que a relação de emprego estará protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, ou seja, o inciso traz positivado o princípio da Continuidade. Acontece que em seguida, menciona que esta proteção depende de lei complementar deixando o referido inciso com eficácia limitada. O projeto de lei para regular este inciso está tramitando desde 18/02/2003, data em que foi apresentado, e mesmo passados dez anos não há previsão de sua aprovação.³¹

Outra polêmica que envolve este inciso, foi a ratificação pelo Brasil da Convenção 158 da OIT, que trata sobre a quebra do contrato de trabalho por parte do empregador. No artigo 4º expõe que não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.³²

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CF)**. Brasília, 1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

³¹ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104504> Acessado em 30/09/2013.

³² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. Genebra, 1982

Tal ratificação, ocorrida em janeiro de 1995, suprimiria a omissão citada do Congresso Nacional em legislar, uma vez que passou a vigorar no país após um ano e o decreto foi publicado no Diário Oficial da União sob o número 1.855, de 10/04/1996. Acontece que em novembro deste mesmo ano, o Brasil denunciou a Convenção tornando público por meio do decreto 2.100, de 20/12/1996. Parte da doutrina não ficou contra essa denúncia por ter a mencionada convenção status de lei ordinária, sendo assim, não podendo preencher a referida lacuna.

A denúncia é matéria de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (1625-3 DF), devido à maneira que foi procedida, por não ter passado pelo plenário do Congresso Nacional. Nada obstante ter sido proposta no ano seguinte à denúncia, a ADI somente foi a plenário em 2003 e até hoje não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Há discussão sobre o que seria dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa devido à utilização dos dois vocábulos envolvendo a dispensa “arbitrária” e “sem justa causa”. Com base na hermenêutica de que não há palavras inúteis na lei, Luciano Martinez, cita o artigo 165 da CLT para indicar elementos de uma dispensa arbitrária, quais sejam, não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Mais adiante, o referido doutrinador cita a diferenciação feita por Pedro Paulo Teixeira Manus:

A despedida arbitrária é o ato do empregador tendente a desfazer o contrato de trabalho, sem aparente motivação de ordem objetiva ou subjetiva. Já a dispensa sem justa causa é o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado. Isso significa que no caso de dispensa arbitrária não há qualquer justificação plausível ou razoável a fundamentar o ato do empregador. Já na hipótese de dispensa sem justa causa, trata-se de ato razoável, embora não fundado em falta cometida pelo empregado, como ocorre na despedida por justa causa.³³

3.3 Seguro Desemprego

O segundo inciso do artigo 7º, prevê o seguro desemprego em caso de desemprego involuntário, ou seja, onde o empregado não tenha dado causa para o distrato ou o trabalhador que estiver com o contrato de trabalho suspenso em virtude

³³ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit, p. 585

de participação em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, em conformidade com o disposto em convenção ou acordo coletivo celebrado para este fim.³⁴

A Lei que regulamenta o inciso em estudo é a 7.998 de 1990, e apesar da referida norma utilizar ao longo de sua redação a palavra “trabalhador” a doutrina entende que, hoje, não se aplicaria ao gênero, mas tão somente, à espécie empregados.

Para Pessoa, a medida não é um direito fundamental do trabalhador, mas visa garantir a sobrevivência deste enquanto estiver na qualidade de desempregado. Significa que não constitui direito do trabalhador *lato sensu*, podendo, assim, a legislação infraconstitucional fixar critérios de gozo do referido benefício.³⁵

3.4 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)

Pode-se dizer que sua origem foi com a Constituição de 1934, pois constava no artigo 124, § 5º do Projeto da Constituição enviado à Assembleia Constituinte, a adoção de um fundo de reserva do trabalho.

Em 1958, com a Lei 3.470, as empresas, pessoas jurídicas que contribuíssem para o imposto de renda, seriam obrigadas a criar um fundo de indenizações trabalhistas.³⁶

Oito anos mais tarde, o FGTS foi criado através da Lei 5.107, e em seu artigo primeiro deixava claro que cabia ao empregado optar pelo regime previsto nessa lei ou não. Para Rodrigues Pinto, o grande erro do Governo foi pretender substituir a garantia do emprego pela garantia pelo tempo de serviço, eliminando a estabilidade definitiva do ordenamento trabalhista, quando o correto é integrar as duas formas, de modo a constituir um patrimônio que dê retorno ao esforço do empregado pela empresa e proteja seu emprego do abuso do direito pelo empregador na rescisão unilateral.³⁷

³⁴ Lei 7.998/90, Artigo 2º - A

³⁵ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Op. Cit., p. 84

³⁶ Previsão no artigo 46 da Lei 3.470/1.958

³⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 540

Com o advento da Constituição de 1988 essa possibilidade de optar entre o Fundo ou a estabilidade deixou de existir e passou a ser obrigatório a criação de um fundo para o empregado.

Para Delgado, o Fundo de Garantia é um instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhista, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei.³⁸

Martins ensina que o FGTS tem a natureza jurídica controvertida e diferencia-se a depender do ponto de vista. Olhando pelo empregado, o depósito visa reparar a despedida injusta por parte do empregador relativo ao período de serviço, não se confundido com indenização, pois visa ressarcir o empregado do “dano” causado. Pelo prisma do empregador, entende o doutrinador, que tem caráter de um tributo, de forma mais específica seria uma contribuição social, por isso ele indica a dificuldade em apontar qual a real natureza jurídica desse direito fundamental do trabalhador.³⁹

Já Rodrigues Pinto, considera sua natureza jurídica como complexa ou prismática, caracterizando-se de acordo com o campo do Direito para o qual se volta cada uma de suas múltiplas faces: trabalhista, civil, fiscal, tributária etc.⁴⁰

3.5 Garantias sobre o Salário

As garantias previstas nos incisos seguintes, do IV ao X, são decorrentes da interpretação do princípio da Proteção, e tal proteção pode ser vista de forma mais clara nos seguintes pontos, a irredutibilidade no valor do salário, a intangibilidade salarial e a estipulação de um mínimo nacional. Há ainda, previsão de crime para os casos de retenção dolosa do salário do obreiro.⁴¹

Sobre a irredutibilidade salarial, pode-se inferir a presença do subprincípio conhecido como Manutenção da Condição mais Benéfica ou da Inalterabilidade

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 1313

³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., p.501/504

⁴⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 543

⁴¹ CF. artigo 7º, Inciso X: Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Contratual *in pejus*, além de estar positivada no artigo 468 da CLT que veda a alteração do contrato individual que resulte em prejuízos para o empregado.

A norma trazida pela Carta Maior prevê a irredutibilidade salarial, e a ressalva de que se for abordado em convenção ou acordo coletivo esta redução teria validade. No entanto, a doutrina entende que seja necessária a comprovação do motivo ou uma compensação coletiva, e que da diminuição o valor final nunca poderá ser inferior ao mínimo legal.

Neste sentir, Martinez entende que a redução por via negocial, entretanto, deve estar motivada por alguma razão de fato ou de direito que vise, ainda que obliquamente, uma melhoria. Não se pode diminuir salário sem que exista uma correlata vantagem coletiva para os trabalhadores.⁴²

Sobre a Intangibilidade Salarial, o artigo 462 consolidado, delimita a possibilidade de descontos que o empregador poderá fazer no salário de seu empregado, ganhando ainda mais amplitude com a previsão constitucional, de que em caso de retenção dolosa do salário, estaria configurado um crime.

A lei que complementaria a primeira parte do inciso X do artigo 7º da Lei Maior ainda não foi editada, mas há doutrinadores como Delgado, que entendem que seria possível aplicar o crime previsto no artigo 168 do Código Penal.

Não há porque considerar-se ineficaz tal preceito constitucional. É que o tipo penal da apropriação indébita (art. 168, Código Penal) ajusta-se plenamente à hipótese (limitado, evidentemente, às situações de dolo), conferindo absoluta e cabal tipificação ao ilícito nos casos de retenção dolosa do salário-base incontroverso, por exemplo.⁴³

É bem verdade que há uma restrição maior quanto à possibilidade de descontos no salário de empregado rural do que no salário de empregado urbano. Isto decorre de existir uma lei específica de proteção àquele empregado, trata-se da Lei 5.889/1973.⁴⁴ O referido regramento estipula limites para descontos e impõe quais são as possibilidades de ocorrência do abatimento.

A blindagem que é posta sobre o salário é em decorrência de seu caráter alimentar. É meio de subsistência do empregado e a proteção pode ser vista diante

⁴² MARTINEZ, Luciano. Op. Cit, p. 475

⁴³ DELGADO, Maurício Delgado, Op. Cit, p. 806

⁴⁴ Lei 5.889/73: Estatui normas reguladoras do trabalho rural.

de três aspectos, a proteção ante o empregador, os credores do empregador e credores do empregado.

O Brasil ratificou em 1957 através do Decreto 41.721/57 a Convenção nº. 95 da OIT, e nela está previsto que o salário deve ser pago diretamente ao empregado, e conforme previsão do artigo 464 consolidado, este pagamento será feito mediante recibo.

O salário é impenhorável, conforme previsão no Código de Processo Civil⁴⁵, ressalvada a hipótese de prestação com caráter alimentar. Tal característica é apenas para o salário em sentido estrito.

Sobre a proteção ante os credores do empregador, a Lei nº. 11.101/2005 (que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), em seu artigo 83, enumera a ordem de créditos a serem adimplidos e no seu primeiro inciso diz que os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho tem preferência sobre créditos fazendários, inclusive.

O inciso mencionado é constitucional, o Código Tributário Nacional (CTN) foi alterado por meio da Lei Complementar nº. 118/2005. Deveria também ser atualizado o § 1º do artigo 449 da CLT, onde diz que na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito, o que até a atualização faz com que sua aplicação suspenso.

Entretanto, Rodrigues Pinto, pensa que nos casos de elevado nível salarial do empregado não pode deixar de influir psicologicamente sobre o credor, afrouxando-lhe os limites do crédito. Se, no momento de cobrá-lo, esbarrar na total impenhorabilidade, certamente sua frustração será um prêmio a quem não necessitava de tanta proteção alimentar. E o professor ainda sugere uma limitação a impenhorabilidade, equivalente a vinte vezes o salário mínimo, suficiente para assegurar a sobrevivência alimentar do empregado e dos seus.⁴⁶

⁴⁵ Código de Processo Civil, Artigo 649, IV

⁴⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 374

3.6 Demais Direitos Fundamentais Trabalhistas

Nos demais incisos do artigo 7º da Lei Maior, há previsão dos outros direitos fundamentais trabalhistas. No inciso VIII, há a previsão de décimo terceiro salário, conhecida, como gratificação natalina. Surgiu no ordenamento jurídico através da Lei 4.090/1962, mas sua incidência antecede a norma, haja vista, a referida lei ter sido criada em decorrência de costumes. Com a Constituição de 1988, esse benefício foi estendido às empregadas domésticas.

Para Delgado, o 13º salário consiste na parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano ou no último mês contratual, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto.⁴⁷

O IX inciso adverte quanto à remuneração do trabalho noturno ser superior ao diurno. Para Pessoa, esse acréscimo se dá porque é exigido do trabalhador noturno labor em período onde o ambiente físico externo induz ao repouso. Além disso, a proteção constitucional também se justifica em razão da maior dificuldade de inserção social daquele que trabalha em horário distinto da maioria da população.⁴⁸

No inciso XI menciona a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Rodrigues Pinto, menciona o conceito do Ministro Arnaldo Süssekind, onde diz que a participação nos lucros as empresa constitui método de remuneração com o qual se assegura ao beneficiário uma parcela, percentualmente fixada, dos lucros obtidos pelo empreendimento econômico.⁴⁹ Mas, conforme artigo 3º da Lei 10.101, diz que a referida participação não substitui ou complementa a remuneração nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista.⁵⁰

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 771

⁴⁸ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Op. Cit., p. 88

⁴⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 353

⁵⁰ Lei 10.101, Artigo 3º: A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se aplicando o princípio da habitualidade.

A Lei 10.101/2000, em seu primeiro artigo, diz que esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade. Quanto à segunda parte do inciso, “e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa,...” ainda não possui regulamentação. Tem sua eficácia limitada por esse motivo.

No décimo segundo inciso do artigo em análise, prevê o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei. Atualmente é regulamentado pela Lei 8.213/1991 e pelo Decreto 3.048/1999, este regula a Previdência Social, enquanto aquele dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social. Com a promulgação da Lei, o salário-família ficou separado em duas quotas que correspondem a faixa salarial do trabalhador e com reajuste observando a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (INPC).

Dos incisos XIII ao XVI do artigo 7º da Constituição tratam sobre a jornada laboral, que não poderá exceder a oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais (XIII), jornada de seis horas para trabalho realizado em turnos ininterruptos, salvo previsão em norma coletiva de trabalho (XIV). Repouso semanal remunerado e que este seja preferencialmente aos domingos (XV) e que, caso trabalhe em jornada superior ao pactuado, que estes sejam acrescidos de, no mínimo, cinquenta por cento do valor da hora normal (XVI).

Como explanado anteriormente, os direitos fundamentais trazidos pelo artigo 7º da CF são a tutela mínima, nada impede que o legislador infraconstitucional reduza a carga de horas diárias e conseqüentemente as semanais, em decorrência do desgaste físico ou mental. Caso este visto nas classes: bancários com seis horas diárias por trinta semanais; e médicos com quatro horas diárias por vinte e quatro semanais.

No inciso XVII, tem-se a previsão do repouso anual a qual o trabalhador passa a ter direito após um ano de serviço prestado ao mesmo empregador, facultado a esse mais um ano para sua concessão. A remuneração das férias deve ser acrescida de no mínimo um terço da remuneração.

Rodrigues Pinto, para expor o conceito de “férias” menciona Orlando Gomes e Elson Gottschalk: o direito do empregado interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável em cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior a fim de atender aos deveres da restauração orgânica e de vida social.⁵¹

As licenças à gestante e ao pai estão previsto nos incisos XVII e XIX do artigo em estudo. A primeira tem sua eficácia imediata, independentemente de norma para regulamentar, já a licença paternidade depende de norma complementar. No § 1º do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) diz que até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Esta regulamentação ampliou o que era previsto no artigo 473, III da CLT que era de apenas um dia. Com o intuito de aumentar a participação paterna no auxílio e criação da prole. Tudo em consonância com a recomendação 165 de 1981 da OIT.⁵²

Por ser o Aviso Prévio tema deste trabalho, o instituto será analisado de forma mais adequada e aprofundada nos próximos capítulos.

Nos incisos XXII e XXVIII do artigo 7º da Constituição estão previstos as obrigações que o empregador tem em minimizar os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e que deve prover um seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Conforme previsão na CLT, as empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho.⁵³ Devendo criar uma

⁵¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit, p. 454

⁵² OIT. Recomendação 165/81: 18. Especial atenção deve ser dispensada a medidas gerais para melhoraras condições de trabalho e a qualidade de vida no trabalho, inclusive medidas que visem: a) reduzir progressivamente a jornada de trabalho e reduzir as horas extraordinárias; b) adotar mais flexibilidade na organização dos horários de trabalho, dos períodos de repouso e das férias, levando-se em consideração o estágio de desenvolvimento e as peculiares necessidades do país e de diferentes setores de atividade. 19. Sempre que viável e conveniente, as necessidades especiais de trabalhadores, inclusive as decorrentes de encargos de família, devem ser levadas em consideração na programação de turnos e de trabalho noturno. 20. Encargos de família e considerações como o local de trabalho do cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos devem ser levados em conta na transferência de trabalhadores de uma localidade para outra.

⁵³ CLT. Artigo 162, Caput

Comissão Interna de Prevenção de Acidentes com representantes do empregador e da classe trabalhadora.

O inciso XXIII para ter sua aplicação também depende de lei complementar. Para os adicionais de insalubridade e periculosidade tal regulamentação já existe enquanto ao adicional referente à penosidade ainda aguarda sua normatização, haja vista não existir lei anterior a CF que disciplinou essa garantia para o trabalhador.

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aqueles que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.⁵⁴ Esse complementar possui três faixas, mínimo (10%), médio (20%) e máximo (40%) sobre o salário mínimo. Caso o empregador forneça Equipamento de Proteção Individual (EPI) ficaria desobrigado de pagar tal adicional, se com o fornecimento cessasse a condição insalubre do ambiente de trabalho.

O adicional de periculosidade, ainda que se forneça EPI, se configurado o ambiente de trabalho como perigoso, deve ser pago e possui uma única faixa, de 30% sobre o valor do salário do empregado e não sobre o salário mínimo.

A insalubridade diferencia-se da periculosidade porque enquanto aquela demora em demonstrar seus resultados e se dirige à saúde, este tem resultado instantâneo e é voltado para a integridade física do empregado. Por isso o primeiro é pago em faixas e o segundo dispensa a graduação.

A aposentadoria está prevista no inciso XXIV do artigo constitucional em análise, e a própria Constituição indica quais são os requisitos gerais para obtenção do benefício.⁵⁵ Para Pessoa, a aposentadoria é um direito fundamental do trabalhador. Com efeito, trata-se de um benefício de ordem previdenciária, sujeito, portanto, às contribuições do trabalhador e sua filiação ao regime de previdência social.⁵⁶

A assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas, está prevista no inciso XXV do

⁵⁴ CLT. Artigo 189

⁵⁵ CF. Artigo 201, § 7º

⁵⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães, Op. Cit., 100

artigo 7º do texto constitucional e sua regulamentação está prevista no artigo 389, §1º da CLT. Esse direito fundamental se deu principalmente em decorrência das mães saírem para trabalhar e não terem onde ou com quem deixar seus filhos, com isso gera o ônus para o dono de estabelecimento, em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, ter local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Com a ressalva prevista no parágrafo seguinte onde diz que a exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Serviço Social da Indústria (SESI), do Serviço Social do Comércio (SESC), da Legião Brasileira de Assistência (LBA) ou de entidades sindicais.

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos para Pessoa é importante na medida em que o direito do trabalho, além das regras de ordem heterônoma, convive, também, com diversas regras de ordem autônoma.⁵⁷ Entende como norma heterônoma aquela que foi elaborada por quem não é o destinatário direto, geralmente o Estado, enquanto que autônoma é a lei produzida sem interferência estatal, diretamente pelos tutelados.

A doutrinadora pondera ainda que o inciso XXVI é um direito fundamental do trabalhador, intimamente ligado aos direitos fundamentais coletivos dos trabalhadores, com direito de sindicalização e de greve.

⁵⁷ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães, Ob. cit., 102

4 AVISO PRÉVIO

4.1 Conceituação

Entende-se por Aviso Prévio, *lato sensu*, como sendo a comunicação, escrita ou oral, onde uma parte dá ciência à outra do seu interesse em rescindir o contrato. O pré-aviso, conforme exposto, antecede a extinção do contrato, não devendo o momento da comunicação ser confundido com a resilição contratual.

Buscando entender o conceito pela sua etimologia, explica o doutrinador Martins que “Aviso vem do latim *video, vides, videres, vidi, visum*, que é originário de ver. Posteriormente, estendido para averiguar, perceber, conhecer (...). Em francês, há a palavra *aviser*, com o significado de advertir, informar alguém de algo, aperceber-se.” E prévio, do latim *praeivus*, vem a ser o que é anterior, preliminar, indica antecipação.”⁵⁸

O instituto não é exclusivo do contrato de trabalho, bem verdade ele está inserido nos contratos em que não exista determinação do fim. O Código Civil pátrio traz no artigo 599, o conceito de Aviso Prévio direcionado para os casos de prestação de serviço: “*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.*” e, ao longo dos incisos de seu parágrafo, estipula as condições para sua aplicação.

O instituto em análise veio com o objetivo de garantir uma maior segurança aos contratantes, por não poder haver surpresas quanto à quebra contratual. Se acontecer ruptura antecipada, existe a possibilidade de reparação pelos prejuízos causados.

O Prévio Aviso, de forma genérica, está previsto em diversos momentos no Código Civil Brasileiro, mas sua introdução se dá no artigo 473, importante destaque, uma vez que em caso de omissão de lei específica a norma geral deve servir como subsídio para dirimir a controvérsia.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., 431

“A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera **mediante denúncia notificada à outra parte**.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito 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.” (destaque nosso)⁵⁹

Em caráter mais específico ao ramo justralhista, o instituto está previsto no artigo 487 da CLT onde diz que *“não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima...”*. Para Martinez, aviso prévio é uma declaração unilateral receptícia, assim identificada porque somente gera efeito quando o destinatário toma conhecimento de seu conteúdo.⁶⁰

Cairo Junior entende que o pré-aviso seja a comunicação feita por um dos contratantes da sua intenção de pôr fim ao pacto laboral, desde que seja este celebrado sem tempo determinado. Mais adiante o doutrinador explica que o instituto é um direito de um dos contratantes tem de saber, com antecedência mínima razoável, a intenção da outra parte de pôr fim ao contrato de trabalho.⁶¹

Para os doutrinadores Jorge Neto e Cavalcante, o *“aviso prévio é a comunicação prévia dada por uma das partes à outra, no sentido de que deseja a extinção do vínculo sem justa causa, com a observância do prazo a que estiver obrigada, assumindo o compromisso da manutenção do contrato durante esse prazo, sob pena do pagamento de uma quantia fixada em norma trabalhista.”*⁶²

No entanto, Rodrigues Pinto menciona o conceito trazido por Pedro Paulo Teixeira Manus: Destina-se o aviso prévio à comunicação, no contrato sem prazo, à outra parte, da intenção de romper o contrato de trabalho, sem que para tanto tenha havido justa causa.⁶³

⁵⁹ Código de Processo Civil Artigo 473

⁶⁰ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit., 566

⁶¹ JUNIOR, José Cairo. **Curso de direito do trabalho- contrato individual e coletivo de trabalho**. 2012. Salvador: JusPodivm. p.690

⁶² NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. Op. Cit., p. 119

⁶³ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 454

4.2 Evolução Histórica na Legislação Infraconstitucional

O pré-aviso tem sua gênese no Direito Civil e Comercial e sua aplicação se dá quando o interesse é unilateral. Nas corporações de ofício, o companheiro não poderia se desligar sem antes comunicar ao mestre, já o contrário não era necessário, o mestre poderia afastar o companheiro sem comunicá-lo previamente.

A primeira aparição do instituto no ordenamento jurídico brasileiro foi em 1850, no artigo 81 do Código Comercial.⁶⁴ Teve registro no Código Civil de 1916 em seu artigo 1.221⁶⁵. Já na seara trabalhista, foi através do artigo 22 do Decreto nº. 16.107 que regulava a locação dos serviços domésticos:

Art. 22. Qualquer das partes, a seu arbitrio, mediante prévio aviso, póde rescindir o contracto.

Paragrapho unico. Dar-se-á prévio aviso em todos os casos a que se referem os arts. 13, 17, 19 e 22:

I - Com antecedencia de oito dias, si o salario se houver fixado por tempo de um mez, ou mais;

II - Com antecipação de quatro dias, si o salario se tiver ajustado por semana ou quinzena;

III - De vespera, quando se tenha contractado por menos de sete dias (Cod. Civil, art. 1.221).

4.3 Natureza Jurídica

Sua natureza jurídica pode ser dividida em três pontos. O primeiro seria de dar ciência à outra parte, que não há interesse na continuidade da relação existente, o segundo diz que essa comunicação deve respeitar o prazo, não inferior ao mínimo legal, e por fim, a prestação de serviço no período do aviso, seja ela de iniciativa do empregador ou do empregado, em caso de descumprimento ou dispensa do serviço, a outra parte deve ser indenizada.

Rodrigues Pinto, menciona o conceito formulado por Orlando Gomes e Elson Gottschalk, onde o aviso prévio é uma declaração receptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito *ex nunc*. O

⁶⁴ Código Comercial, Artigo 81: Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação.

⁶⁵ Código Civil de 1916, Artigo 1.221: Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes a seu arbitrio, mediante prévio aviso, pode reincidir o contato.

doutrinador complementa com a ideia trazida por Messias Pereira Donato, onde o pré-avisante pretende denunciar o contrato de trabalho sem justa causa.⁶⁶

Para Pessoa, *“o aviso prévio tem natureza tridimensional. Se, por um lado, o instituto refere-se à comunicação prévia do rompimento do vínculo contratual, por outro, se refere ao prazo e ao pagamento. Assim, a depender da hipótese, a expressão “aviso prévio”, refere-se à comunicação, ao tempo ou ao pagamento da quantia respectiva.”*⁶⁷

Nas relações de trabalho, existe a possibilidade de o aviso de ruptura contratual ser dispensado, com a respectiva indenização a qualquer das partes notificada. Outra possibilidade é de que o período do aviso seja trabalhado, onde é facultado ao empregado, se a comunicação partir do empregador, a escolha entre ser dispensado por duas horas diárias ou os últimos sete dias para que facilite a procura de um novo emprego, sendo vedado o pagamento de horas extras em decorrência da não liberação das duas horas diárias.

Uma importante característica do Aviso Prévio é ser um direito irrenunciável. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) em sua Súmula 276, diz que o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

Jorge Neto e Cavalcante, indica que por se tratar de matéria de ordem pública, o aviso prévio é um direito irrenunciável [pelo empregado], não podendo ser objeto de transação.⁶⁸ Neste sentir, ensina Martins, que no aviso prévio dado pelo empregado, o período pertence ao empregador e este poderá renunciá-lo, o que não ocorre quando o aviso prévio é dado pelo empregador. Caso, entretanto, o empregado deixe de cumprir o aviso prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo.⁶⁹

A rescisão do contrato somente se efetiva depois do decurso integral do período do aviso. Com isso, se uma das partes cometer falta grave neste período dará direito a outra de arguir a rescisão com justo motivo, o que gerará ao

⁶⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 589

⁶⁷ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães, Op. Cit., 96

⁶⁸ NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. Op. Cit., p. 795

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., 432

empregado, direito à percepção da remuneração correspondente ao período do aviso, sem prejuízo da indenização que for devida, e ao empregador, o direito de pagar apenas as verbas que o empregado faz jus em caso de demissão com justo motivo. Conforme previsão nos artigos 490 e 491 da CLT.

4.4 Aplicabilidade

Conforme exposto no artigo 487 da CLT, o Aviso Prévio é cabível nos contratos de trabalho que não possuem termo definido. Nos contratos por tempo determinado não há a necessidade de comunicação antecipada para que o contrato chegue ao fim, haja vista, que no momento da assinatura as partes já tomaram ciência do prazo.

Nos casos de contrato de trabalho por tempo determinado, onde uma das partes intentar pela ruptura antecipada caberá indenização conforme previsão nos artigos 479 e 480 ambos da CLT, onde a referida indenização não tem qualquer vínculo com o instituto em estudo.

Art. 479 - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

§ 1º - A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

Para dar ciência à outra parte do interesse em rescindir o contrato, não há previsão legal quanto à forma, podendo inclusive ser verbalmente. Essa permissão é conferida, pois o contrato de trabalho pode ter seu ajustamento da mesma maneira. Entretanto, recomenda-se que seja feito de forma escrita, dessa forma existe uma prova contundente do interesse em rescindir.

Delgado indica quais são as possibilidades de cabimento do pré-aviso, sendo elas: na dispensa do obreiro, sem justa causa; na dispensa do empregado,

em face da extinção da empresa ou estabelecimento; na chamada dispensa indireta, isto é, resolução contratual por infração do empregador, nestes casos o contrato era por tempo indeterminado.⁷⁰

Cabe ainda nos casos previstos no artigo 481 da CLT, contrato com prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, e conforme previsto na Súmula 163 do TST, que diz caber aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do artigo 481 da CLT.

Em caso de contrato de trabalho com termo, ensina o doutrinador que, o aviso caberá se houver cláusula assecuratória de rescisão antecipada, onde esta será acionada pelo empregador.⁷¹

Em situação que for confirmada a culpa do empregado, demitido com justa causa, não fará jus ao recebimento do valor correspondente ao aviso prévio. Todavia, se a ruptura contratual se der por culpa de ambos, empregado e empregador, aquele fará jus à percepção de 50% do valor total correspondente ao aviso prévio.⁷²

O pré-aviso é incompatível com alguns institutos, a exemplo férias e os períodos de garantia do emprego. Para evitar o abuso em decorrência da possibilidade de se denunciar o contrato no período em que alguma garantia de emprego esteja fruindo, o TST editou a súmula 348.⁷³

Alice Monteiro, aponta ainda que o instituto é incompatível com quando a extinção do contrato de trabalho se der por morte do empregado. O contrato rompeu-se por circunstâncias alheias à vontade das partes. A doutrina indica outra possibilidade que no caso em que o empregado se aposenta espontaneamente, não há que se falar em aviso prévio, a não ser que ele continue trabalhando fazendo com que o contrato persista.⁷⁴

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho, Op. Cit., 1212

⁷¹ Idem

⁷² 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.

⁷³ Súmula 348 do TST: É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos.

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 8ª Ed. São Paulo: LTr. 2012. p. 757

4.4 Retratação

Existe a possibilidade de a parte reconsiderar a comunicação feita, o artigo 489 consolidado prevê tal possibilidade do notificante se retratar do pré-aviso, sendo facultado a outra parte aceitar ou não. O aceite da parte notificada pode ser de dois modos, na forma expressa ou permitindo que a prestação de serviço continue, sendo esta a forma tácita.

Art. 489 - Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.

Rodrigues Pinto, ensina que a retratação não tem o mesmo caráter de declaração imperativa, receptícia de vontade, pois depende de aceitação do pré-avisado. Daí o doutrinador conclui que a retratação do aviso prévio é possível, porém condicionada à anuência do destinatário; se não atendida a condição, ele se torna irretratável.⁷⁵

4.5 Modalidades do Aviso Prévio

O Aviso Prévio pode ser aplicado de duas maneiras, a primeira de forma trabalhada e a segunda de forma não trabalhada, onde neste caso geraria o direito à indenização correspondente, seja pelo empregado ou pelo empregador. O indenizado pelo empregador gera um direito para o empregado de receber o salário correspondente ao período do aviso, assegurada sua integração ao tempo de serviço. Da mesma forma serve para o empregado, se ele optar por não trabalhar o aviso, o empregador terá direito de descontar a remuneração correspondente ao prazo do aviso, em conformidade com os parágrafos 1º e 2º do artigo 487 da CLT.

⁷⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. Op. Cit., p. 590

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

[...]

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

O artigo 488 da CLT estipula a forma na qual as partes deverão proceder em caso de aviso na forma trabalhada, existindo duas possibilidades. A primeira seria com a redução de duas horas na jornada diária do empregado. A segunda, com a possibilidade de se ausentar do serviço sete dias, sem prejuízo do salário integral. Os incisos I e II do artigo 487 da CLT deixaram de ter validade no momento em que o inciso XXI do artigo 7º da CF limitou o prazo mínimo para aviso prévio em trinta dias.

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

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

Caso o empregado opte pela redução diária de sua jornada, fica vedado ao empregador pedir que o mesmo trabalhe essas horas, mediante pagamento de horas extras, conforme entendimento sumulado pelo TST.⁷⁶ Nessa situação o empregador seria compelido a pagar novo valor pela fraude no cumprimento do aviso, devido a nulidade do pré-aviso.

Neste pensamento, Delgado, diz que este novo pagamento não traduz novo aviso prévio, com todas as suas repercussões específicas (nova projeção no contrato, etc.). O que se verifica é apenas novo pagamento do valor correspondente aos 30 dias, à título de ressarcimento, indenização, à medida que um aspecto do aviso foi comprometido: o correto cumprimento de seu período de labor.⁷⁷

⁷⁶ Súmula 230 do TST: É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho, Op. Cit., 1212

Como explanado anteriormente, existe uma segunda maneira para execução do período do pré-aviso de forma trabalhada, seria com a supressão dos últimos sete dias. Neste caso, conforme previsão do parágrafo único do artigo 488 da CLT, trata-se de uma faculdade do empregado, não cabendo ao empregador essa escolha.

Na prática existia ainda uma terceira possibilidade de Aviso Prévio “trabalhado”. Em decorrência do maior prazo para se quitar as verbas rescisórias, o empregador noticiava o empregado que iria cumprir o período do aviso de forma trabalhada, só que neste período o empregado ficaria em casa, à disposição do empregador. Ante essa inovação quanto à modalidade de aviso prévio, pois não pode ser enquadrada como indenizado tampouco trabalhado, o TST editou a Orientação Jurisprudencial (OJ) 14, Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I), que contribuiu para que essa prática deixasse de ser executada.⁷⁸

Já nos casos em que o empregado comunicar ao empregador o seu interesse em rescindir o contrato de trabalho este deverá trabalhar o período do aviso sob pena de ter o prazo descontado. Segundo Cairo Junior, a antecedência mínima será de trinta dias, não havendo qualquer redução na jornada de trabalho.⁷⁹

⁷⁸ TST. OJ 14, SDI-I: Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.

⁷⁹ JUNIOR, José Cairo. Op. Cit. p.695

5 ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO AVISO PRÉVIO PELA LEI 12.506/2011 E SEUS QUESTIONAMENTOS

Como explanado em tópico anterior, o inciso XXI do artigo 7º da Lei maior foi regulamentado pela Lei 12.506/2011, e apesar de possuir apenas dois artigos deu causa a muitas discussões entre os operadores do Direito. Essa regulamentação somente veio após pressão do Supremo Tribunal Federal, pois o Colendo Tribunal recebeu Mandados de Injunção em face da inércia do Poder Legislativo⁸⁰ e entendia que não mais seria recomendável apenas reconhecer a omissão do legislador, e que deveria atribuir a dada impetrante o direito pleiteado.

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

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

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

Sobre a publicação da Lei 12.506/2011, Martinez disse que *“criou-se, afinal, a fórmula identificadora do gradualismo prometido pelo legislador da Carta de 1988, mediante o qual se tratará com maior deferência o empregado que contribuiu mais tempo para o desenvolvimento econômico da empresa, ou de um modo geral, para o bem-estar do seu empregador.”*⁸¹

Quanto à mora do Poder Legislativo Mateus da Silva disse que *“a sociedade habitualmente se vê refém da pauta do Congresso Nacional, capaz de votar emenda Constitucional de ampliação de vagas de vereadores em poucas horas (Emenda nº. 58/2009), mas incapaz de disciplinar assuntos relativamente simples, como o aviso prévio e ou os demais temas acima frisados...”*⁸²

⁸⁰ Mandos de Injunção nº. 943, 1010, 1074 e 1090

⁸¹ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit., p. 567 - 568

⁸² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Em busca do tempo perdido – O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei 12.506/2011**. Revista LTr: 2012. Vol. 76, nº 9. p. 1056

5.1 Pareceres do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a Lei 12.506/2011

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) com o objetivo de auxiliar os operadores de Direito expediu o Memorando Circular nº. 10/2011. Nesta circular, o Ministério afasta a possibilidade de que a proporcionalidade do pré-aviso seja aplicada em favor do empregador. Indica também que o acréscimo de três dias por ano de serviço será feito somente após o segundo ano de trabalho.

Cairo Junior sinaliza para a possibilidade de aplicar o instituto em favor do empregador dizendo que não há como recusar o mesmo efeito da proporcionalidade do aviso-prévio quando esse é dado pelo empregado em pedido de demissão, considerando o fato de que o objetivo principal desse instituto de natureza bilateral é de conferir um tempo maior para o empregador encontrar um substituto.⁸³

Na contramão desse pensamento, Ludwig ensina que a Lei 12.506/2011 fala que o aviso prévio será concedido de forma proporcional “aos empregados”, silenciando quanto a direitos recíproco dos empregadores. O doutrinador continua ao dizer que essa diferenciação não fere o direito fundamental à isonomia. A diversidade de tratamento entre as partes na relação de emprego, em favor do hipossuficiente econômico, se presta exatamente a reequilibrar a desigualdade concreta existente no plano material. Ludwig evoca o artigo 2º da CLT onde diz que são do empregador os riscos da atividade econômica, inclusive quanto ao desfalque de mão de obra.⁸⁴

Ratifica que o período acrescido devido à proporcionalidade deve integrar o tempo de serviço, em observância ao §1º do artigo 487 Consolidado e a OJ 367 do TST e que a nova Lei em nada altera o artigo 488 da CLT.

Em 2012, o MTE, desta vez, por meio da nota técnica 184/2012, modificou a contagem de prazo. Nesta nota o acréscimo de três dias passou a ser computado assim que o contrato de trabalho superasse um ano de existência. Com isso o Ministério do Trabalho e Emprego mudou seu pensamento e adotou novo entendimento beneficiando o trabalhador, e por isso, respeita, também, o princípio trabalhista *in dubio pro operario*.

⁸³ JUNIOR, José Cairo. Op. Cit. p. 694

⁸⁴ LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Abordagem constitucional do aviso prévio proporcional**. Revista LTr. Vol. 76, nº1. 2012. p. 69

Para melhor identificar a diferenciação existente entre o Memorando Circular nº. 10/2011 e a Nota Técnica nº 184/2012, segue quadro com a diferenciação:

Memorando Circular nº 10/2011		Nota Técnica nº 184/2012	
Tempo de Serviço (anos completos)	Aviso Prévio (dias)	Tempo de Serviço (anos completos)	Aviso Prévio (dias)
Até 2	30	0	30
2	33	1	33
3	36	2	36
4	39	3	39
5	42	4	42
6	45	5	45
7	48	6	48
8	51	7	51
9	54	8	54
10	57	9	57
11	60	10	60
12	63	11	63
13	66	12	66
14	69	13	69
15	72	14	72
16	75	15	75
17	78	16	78
18	81	17	81
19	84	18	84
20	87	19	87
21	90	20	90

Tabela 1: Comparação entre o Memorando Circular/2011 e a Nota Técnica/2012, evolução do pensamento.

No entanto, a norma silencia quanto à projeção nos casos de pré-aviso na forma trabalhada, não menção sobre como se dará a redução de horas diárias ou acréscimo nos últimos dias. Por esse motivo, entende-se que seja mais prudente manter o previsto no artigo 488 da CLT.

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

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas nesse 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.

Uma dúvida recorrente seria no caso de o empregado perceber benefício previdenciário, como auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, momento em que seu contrato de trabalho ficaria suspenso, ou seja, o período, em que o contrato de trabalho estiver nesta situação, não será computado como tempo de serviço. E como a Lei é taxativa ao dizer que “serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa”, o empregador no momento de quitação do pré-aviso deveria desconsiderar esse período para fins de computo da proporcionalidade.

Delgado, explica que os períodos de interrupção das prestações de serviços (interrupção contratual) compõem o cálculo do módulo temporal relevante para a aquisição desse direito [...]. Entretanto, os períodos de suspensão do contrato de trabalho não se computam no cálculo do módulo temporal pertinente para a aquisição da proporcionalidade.⁸⁵

5.2 Contagem do lapso temporal

A contagem do prazo deve observar o previsto no artigo 132 do CCB⁸⁶, onde exclui o primeiro dia (o dia da comunicação) e inclui o dia que encerra, em consonância com a OJ162 da SDI-I do TST.

A contagem de prazo para quitação das verbas decorrentes da rescisão contratual prevista no artigo 477 da CLT **exclui necessariamente o dia da notificação da demissão e inclui o dia do vencimento, em obediência ao disposto no artigo 132 do Código Civil de 2002** (artigo 125 do Código Civil de 1916). (destaque nosso).

O Aviso Prévio tem o intuito de limitar o poder potestativo do empregador em dispensar o empregado. Com este conceito, parte da doutrina entende que três dias devem ser agregados ao aviso prévio decorrente de contrato de trabalho que

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho, Op. Cit., 1220

⁸⁶ CCB. Artigo 132: Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos excluído o dia de começo, e incluindo o do vencimento.

complete ano. No entanto, se este mesmo contrato de trabalho for inferior a ano mas superior a seis meses, segundo parte da doutrina, este faria jus a proporcionalidade, alterando pela via interpretativa o conteúdo da Lei 12.506/2011. Neste caso os doutrinadores utilizam-se do artigo 478 da CLT.

Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, **ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.** (destaque nosso).

Jorge Neto e Cavalcante, nada mais justo de que seja considerada a proporcionalidade, visto que o elastecimento do aviso-prévio é um fator de limitação ao poder potestativo de o empregador proceder à dispensa de seus trabalhadores.⁸⁷

Deste mesmo pensamento compartilha Mateus da Silva, o doutrinador cita vários exemplos onde, ainda que na lei indique a unidade temporal, cabe o fracionamento, sendo eles: o cálculo para indenização decenal (artigo 478 da CLT), hoje em desuso, na lei do décimo terceiro salário (Lei 4.090/1962) e no regime de férias (artigo 129 e seguintes da CLT), no que diz respeito ao mês e à fração igual ou superior a quinze dias.

No entanto, ele limita a fração ao período igual superior a seis meses. No caso do aviso prévio, se existe a possibilidade de se trabalhar com a proporção semestral, não há motivos para lançar mão do recurso do quarto de dia por mês trabalhado, nem parece ter sido o intuito do legislador.⁸⁸

Delgado, entende de forma diversa, a lei não prevê modulação na contagem da proporcionalidade, razão pela qual não cabe agregar mais essa vantagem, mediante simples esforço interpretativo.⁸⁹

Neste sentir Ludwig, diz que a nova lei regula suficiente e razoavelmente a proporcionalidade consignada no inciso XXI do art. 7º da Constituição, tendo o legislador claramente eleito a unidade temporal correspondente ao ano para contagem da variável tempo de serviço do emprego. Não se tratou de frações, mas exclusivamente do ano completo.⁹⁰

⁸⁷ NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. Op. Cit., p. 797

⁸⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. Op. Cit., p. 1062

⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho, Op. Cit., 1219

⁹⁰ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Op. Cit. p. 70

O doutrinador ainda avança no pensamento ao indicar a presunção de legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos e responsáveis pela norma, e finaliza explicando que não há elementos que justifique a utilização, por analogia, do artigo 478 consolidado.⁹¹

Um ponto importante para a contagem dos dias referente à progressão do pré-aviso, é incluí-lo no cômputo do tempo do contrato de trabalho. Um dos efeitos do aviso prévio é integrar ao tempo de serviço. Desta maneira, se um empregado tiver um ano dez meses e vinte e nove dias, ele faria jus aos trinta e três dias de pré-aviso, mas por esse período integrar o tempo, ele fará jus a trinta e seis dias, uma vez que superaria a barreira do segundo ano. Em harmonia com o que preceitua o parágrafo 1º artigo 487 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.

5.3 Retroatividade da Norma

A norma em estudo tutela tanto os contratos que comecem após sua publicação como também os contratos iniciados antes de eficácia, desde que estes a tenham alcançada. Isso não quer dizer que a Lei retroagiu no tempo, ela apenas teria como característica a retroatividade se alterasse os atos jurídicos concretizados antes da data de sua publicação.

Em respeito ao princípio *Tempus Regit Actum* e ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal⁹², a doutrina entende que não é possível que a Lei do Aviso Prévio retroaja, uma vez que os atos foram praticados com observância na boa-fé e atentos às normas vigentes a época de sua realização, e que a retroatividade, por ser uma exceção no ordenamento jurídico pátrio, teria que vir sua indicação expressa no texto legal.

O professor Mateus da Silva indica que a questão é preponderantemente de direito constitucional: *saber se a norma não auto-aplicável torna-se*

⁹¹ Idem

⁹² Artigo 5º, XXXVI da CF - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

*retroativamente aplicável quando a lei regulamentadora vem ao mundo – e há um consenso contra essa assertiva, entendendo-se que a norma ficou desprovida de aplicação durante todo o percurso que se medeou entre a promulgação da Constituição e a publicação da lei ordinária necessária a conformação.*⁹³

Ludwig cita Pedro Paulo Teixeira para explicar a impossibilidade de a Lei 12.506/2011 retroagir: praticado um ato, ou consumada uma relação jurídica sob a égide de determinada lei, a posterior modificação da lei nada altera a certeza da relação jurídica já concluída.⁹⁴

Os debates ocorridos devido a possibilidade ou não de a Lei do Aviso Prévio ter caráter retroativo foi pacificada pelo TST quando da edição da Súmula 441, onde diz que o direito ao Aviso Prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado para os pré-avisos ocorridos a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. SUPERVENINÊNCIA DA LEI Nº 12.506/2011 NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Considerada a possível contrariedade à Súmula nº 441 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para processar o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. SUPERVENINÊNCIA DA LEI Nº 12.506/2011 NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O empregado terá direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço se, na data de sua dispensa (momento da concessão e/ou comunicação do aviso prévio), já estiver em vigor a Lei nº 12.506/2011, ou seja, a partir de 13/10/2011. **Na hipótese, a dispensa, com a concessão do aviso-prévio indenizado, se deu em 3/10/2011, portanto, anteriormente à vigência da mencionada lei. Nessa senda, inviável a pretensão de recebimento do aviso prévio proporcional, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis,** (art. 6º, da LINDB). Isso porque, na época da dispensa do empregado, a lei em vigor conferia a ele apenas o direito à fruição ou indenização de aviso prévio correspondente a trinta dias. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1289620125150053 128-96.2012.5.15.0053, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013) **(destaque nosso).**

Neste quadro, é evidente que nos casos em que o prazo do aviso não tiver se exaurido, este também será tutelado pela nova lei. Assim ensina Delgado, “o efeito imediato captura as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos dados depois da publicação da lei) e também as situações em andamento, não inteiramente

⁹³ SILVA, Homero Batista Mateus da. Op. Cit., p. 1057

⁹⁴ LUDWIG. Guilherme Guimarães. Op. Cit. p. 69

concluídas (ou seja, avisos prévios em fluência no dia 13.10.2011); porém a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados na data de publicação da lei nova, pois não há efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no país (art. 5º, XXXVI, CF/88).”⁹⁵

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que para os Mandados de Injunção anteriores a Lei 12.506/2011 e ainda pendentes de julgamento, teriam direito à progressão prevista na referida norma. E dessa forma votou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o decisum de fls. 160/164. Irresignado, o embargante insurge-se contra a prejudicialidade deste mandado de injunção por força da edição da norma regulamentadora pertinente. Aponta obscuridade na decisão embargada e requer seja declarada a norma jurídica aplicável ao caso em apreço, a fim de viabilizar o exercício de seu direito ao aviso prévio proporcional. É o breve relatório. Decido. Inicialmente, observo que a irresignação recursal merece prosperar. Esta Suprema Corte, na sessão plenária realizada em 6/2/13, dando continuidade ao julgamento dos Mandados de Injunção 943/DF, 1.010/DF, 1.074/DF e 1.090/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, concluiu pela existência de omissão legislativa no tocante à regulamentação do disposto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal. Ademais, consignou-se naquela assentada que, em virtude do julgamento ter-se iniciado anteriormente à edição da Lei 12.506/2011, impunha-se fossem julgados procedentes os mandados de injunção ajuizados anteriormente à norma regulamentadora em questão. A propósito, transcrevo a seguir a do MI 943/DF: “Ementa: Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente”. Registre-se, por fim, que **o Plenário firmou autorização para que o referido entendimento fosse aplicado monocraticamente aos mandados de injunção com julgamento pendente e cuja impetração tenha ocorrido antes da edição da norma regulamentadora. Isso posto, em juízo de retratação, reconsidero a decisão embargada e, considerada a falta do diploma regulamentador a que se refere o art. 7º, XXI, da Constituição Federal, concedo a ordem para determinar a aplicação retroativa de parâmetros idênticos aos da Lei 12.506/2011 ao caso dos autos.** Publique-se. Brasília, 8 de outubro de 2013. Ministro Ricardo Lewandowski Relator (STF - MI: 1011 SE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/10/2013, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 10/10/2013 PUBLIC 11/10/2013) (destaque nosso).

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho, Op. Cit., 1218/9

5.4 Empregado Rural e a Lei 12.506/2011

O empregado rural possui lei específica que estatui normas reguladoras do trabalho rural, nela há inclusive uma particularidade quanto ao aviso prévio, na forma trabalhada, da classe trabalhadora a qual tutela.

A Lei 12.506/2011, em sua cabeça menciona que: “O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT...” e por existir norma específica para ao trabalhador rural, surgiram debates sobre o alcance da desta norma para os empregados não urbanos.

Mateus da Silva ensina que a melhor solução reside em se entender que a Lei do Trabalho Rural, não disciplinou todo o aviso prévio, mas apenas a questão bastante específica quanto à redução de jornada em caso de cumprimento do período.⁹⁶ Com esse pensamento e após leitura do primeiro artigo da Lei 5.889/1973⁹⁷, conclui-se que é possível a aplicação da proporcionalidade ao trabalhador rural haja vista não existir colisão entre as normas.

Outro ponto a ser observado é que no Caput do artigo 7º da Constituição, menciona que trabalhadores urbanos e rurais terão assegurados os direitos indicados pelos incisos. A lei que indica progressão do aviso prévio regulamenta o inciso XXI do referido artigo constitucional, fazendo, portanto, que os trabalhadores rurais também tenham direito à progressão sobre tempo de serviço prevista na norma 12.506/2011.

5.5 Empregado doméstico e a Lei 12.506/2011

Mesmo antes da Emenda Constitucional 73/2012⁹⁸, os doutrinadores já entendiam ser possível a aplicação da progressão aos empregados domésticos: Verifica-se que, o direito do aviso prévio foi assegurado ao empregado doméstico

⁹⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. Op. Cit., p. 1060

⁹⁷ Lei 5.889/1972: Artigo 1º: 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

⁹⁸ Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

por força do parágrafo único do art. 7º do texto constitucional, de forma que seu acessório, ou seja, a proporcionalidade ao tempo de serviço, também.⁹⁹

Sobre os empregados rurais e domésticos, entende o TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 441/TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A proporcionalidade do aviso prévio, fixada pelo art. 7º, XXI, CF, segundo a jurisprudência dominante (OJ 84, SDI-1, TST), dependia de especificação normativa por lei federal. O advento da Lei nº 12.506/2011 supriu essa omissão legislativa, **fixando a proporcionalidade como direito dos empregados (art. 1º, Lei 12.506/2011), inclusive rurícolas, domésticos e terceirizados**, a partir de um ano completo de serviço (art. 1º, citado), à base de três dias por ano de serviço prestado na mesma entidade empregadora (parágrafo único do art. 1º, citado) até o máximo de 60 dias de proporcionalidade, perfazendo um total de 90 dias. A proporcionalidade agregada pelo art. 7º, XXI, CF e Lei nº 12.506/2011 não prejudica a regência normativa do instituto do pré-aviso fixada pelos artigos 487 a 491 da CLT, que preservam plena efetividade. Contudo, tratando-se de vantagem econômica fixada pela lei nova, publicada em 13.10.2011, a proporcionalidade não pode ter efeito retroativo, em face do princípio e regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5º, XXXVI, CF). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 27504620115020086 2750-46.2011.5.02.0086, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013) **(destaque nosso)**.

5.6 Constitucionalidade da Norma

Quanto à constitucionalidade os debates são em torno de dois pontos: a norma é constitucional por estabelecer um limite? E quanto aos efeitos serem apenas em favor do empregado e não do empregador, fere o princípio da isonomia?

Quanto à segunda questão, já foi superada em tópico anterior, quando foi discutido os dois pareceres Ministeriais, onde apesar de apresentada tese favorável à aplicação da norma em favor do empregador, não nos parece ter sido a intenção da norma. A Lei 12.506/2011 menciona apenas a palavra “empregado” e não faz qualquer menção ao direito recíproco, e como dito anteriormente, a referida norma

⁹⁹ MARTINS, Melchiades Rodrigues. **Empregado doméstico – Direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – Lei nº. 12.506, de 11.10.11**. Revista LTr Vol.76 nº. 08. 2012. p. 954

regulamenta inciso XXI do artigo 7º da CF, artigo este que indica quais são os direitos dos trabalhadores.

Já quanto ao primeiro questionamento, Martins diz que o limite de 60 dias não é inconstitucional, pois a norma constitucional precisava ser regulamentada pelo previsão de lei ordinária e que a norma pode limitar o máximo do aviso prévio proporcional, há expressa permissão constitucional para isso: **aviso prévio proporcional ao tempo de serviço**, sendo no mínimo de trinta dias, **nos termos da lei** (destaque nosso).

Martinez pensa de forma contrária e diz que *“a limitação do aviso prévio proporcional a 90 (noventa) dias, ademais, produziu uma injustificável e não desejada igualdade de tratamento em relação aos empregados com mais de 21 anos de serviço na mesma empresa. A partir desse marco temporal, e caso fosse válida a limitação em discussão, todos teriam o mesmo tempo de aviso prévio, o que, evidentemente, não condiz com o desejo do legislador constitucional”*.¹⁰⁰

O principal ponto criticado com o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma seria o prejuízo causado aos trabalhadores que perderiam a progressão vigente e voltariam a não ter o amparo legal para a proporcionalidade do pré-aviso.

¹⁰⁰ MARTINEZ, Luciano. Op. Cit., p. 569

6 CONCLUSÃO

O instituto conhecido como Aviso Prévio se justifica no interesse de haver segurança jurídica para os contratantes, sendo a comunicação, escrita ou oral, onde uma parte dá ciência à outra do seu interesse em rescindir o contrato. É uma indenização devida pela parte que tiver interesse em rescindir o contrato de trabalho sem um justo motivo. É uma compensação à parte notificada, em decorrência de eventuais prejuízos que venha sofrer.

No artigo 7º da Constituição Federal estão arroladas garantias fundamentais do trabalho e em seu inciso XXI está previsto o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma lei. Lei esta que somente foi promulgada vinte e três anos após da Constituição Federal e devido à pressão que o Legislativo sofreu porque o STF estava na eminência de suprir a omissão daquele Poder, através de julgamentos dos Mandados de Injunção.

Apesar de conter apenas dois artigos a lei trouxe vários questionamentos, e incertezas para os operadores do Direito (doutrinadores, advogados e juízes), bem como às empresas na esfera administrativa.

Quanto à progressão, conclui-se que o acréscimo se dá a partir do segundo ano de contrato, e não a partir do primeiro. Dessa forma, este estudo filia-se ao entendimento exposto na Memorando Circular nº 10/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego. Acompanha ainda o pensamento de Delgado e Ludwig, onde o legislador especificou a unidade temporal que deseja utilizar como parâmetro para percepção do acréscimo ao prazo de seu aviso não cabendo o fracionamento.

No tocante a retroatividade, entende-se não ser possível que a Lei 12.506/2011 venha a influenciar ato jurídico praticado e concluído, seguindo a linha de raciocínio do Tribunal Superior do Trabalho quando pacificou a problemática por meio da Súmula 441. Esta lei somente terá aplicação sob os avisos que se derem após a publicação da norma.

Sobre a norma ser aplicada a todos trabalhadores, entende-se que é aplicável às domésticas, hoje por força da Emenda Constitucional (EC) 73/2012, mas mesmo antes, da publicação da referida EC, o pensamento já era neste sentido. O mesmo pensamento se aplica para trabalhadores rurais, primeiramente porque a previsão constitucional é de que são direitos dos trabalhadores urbanos e

rurais, segundo, porque a norma específica desta categoria manteve-se silente sobre a progressão do pré-aviso, e terceiro, a Lei 5.889/1973 prevê a possibilidade de socorrer-se à CLT nos casos em que houver lacuna.

Apenas quanto à progressão do aviso prévio na forma trabalhada é que foi detectada uma escassez tanto na literatura quanto em julgados, unindo-se ao fato de que a norma também foi omissa neste aspecto, conclui-se que deve manter a forma prevista no artigo 488 Consolidado. Não é vantajoso para o empregador manter um empregado por mais de trinta dias em seu quadro, sendo que está na iminência de ter seu contrato rompido, como também, não é salutar para o empregado permanecer por tempo superior em local que já fora manifestado o interesse de seu afastamento.

Outro ponto que permaneceu obscuro na literatura, foi sobre norma coletiva que institui outro parâmetro à progressão do instituto previsto na Lei 12.506/2011. Para validação de norma coletiva, ela precisa expandir a previsão existente ou compensar de outra forma a redução que se intenta impor àquela categoria. Neste sentir entendeu o TST:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. ACORDO HOMOLOGADO. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. PREVISÃO DO DIREITO APENAS PARA EMPREGADOS COM MAIS DE TRÊS ANOS DE SERVIÇO. REDUÇÃO DO LIMITE PARA TRINTA DIAS. NÃO HOMOLOGAÇÃO. O art. 7º, XI, da Constituição Federal, traça diretriz sobre a instituição do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, porém por tratar de norma programática carecia de regulamentação infraconstitucional. Nesse sentido, reputavam-se válidas as cláusulas de norma coletiva autônoma que previssessem aviso prévio proporcional à idade ou ao tempo de serviço, inclusive por constituírem benefício concedido por liberalidade das empresas. A Lei nº 12.506/11, publicada em 13 de outubro de 2011, promoveu alteração no aviso prévio para acrescer 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias. **A cláusula homologada pelo Regional prevê o acréscimo de três dias por ano completo de serviço ou fração superior a seis meses apenas a partir do terceiro ano de serviço e limita o máximo do prazo de aviso prévio proporcional a trinta dias, culminando, pois, por alijar empregados com menos de três anos de serviço na empresa, embora para aqueles que permaneçam por três anos ou mais garanta o benefício a partir de completa fração igual ou superior a seis meses. Esse aspecto, todavia, não constitui concessão da empregadora, na medida em que a cláusula também restringiu o direito ao estabelecer limite de trinta dias a título de aviso prévio proporcional, enquanto a lei garante sessenta dias. Logo, a cláusula implicou renúncia a direito previsto em lei sem a necessária e efetiva concessão recíproca exigida para a validade da avença.** Recurso a que se dá provimento para indeferir a homologação da cláusula.

(TST - RO: 38657820125040000 3865-78.2012.5.04.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 15/10/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013) **(destaque nosso)**.

Dada a novidade da matéria, não foi possível aprofundar mais sobre a questão da progressão do pré-aviso na forma trabalhada, e sobre a possibilidade de norma coletiva superar o limite de sessenta dias imposto pela Lei 12.506/2011.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro (1916)**: Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 27.10.2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 27.10.2013.

BRASIL. **Código Comercial (1850)**: Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm> Acesso em: 27.10.2013

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 27.10.2013

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 27.10.2013.

BRASIL. **Constituição Federal (1824)**: Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 27.10.2013.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25.10.2013.

BRASIL. Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 28 de nov. 1958. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1958/3470.htm>> Acesso em: 28.09.2013.

BRASIL. Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 de jun. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm> Acesso em: 28.09.2013.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 11 de jan. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm> Acesso em: 01.10.2013.

BRASIL. Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Congresso Nacional, de 19 de dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm> Acesso em: 01.10.2013.

BRASIL. Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 11 de out. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm> Acesso em 25.10.2013.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 8/2003, de 18 de fevereiro de 2003.** Regulamenta o inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104504>> Acesso em 30.09.2013.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. 8ª Turma. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.** Aviso Prévio Proporcional. Superveniência da Lei Nº 12.506/2011 No Período do Aviso Prévio Indenizado. Recurso de Revista nº. 1289620125150053 128-96.2012.5.15.0053. Recorrente: Companhia Piratininga de Força E Luz - CPFL e Recorrido: Tiago De Mattos Queiroz. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília. 20 de outubro de 2013. Data de Publicação: DEJT 25.10.2013

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Agravo de Instrumento.** Recurso de Revista. Aviso Prévio. Proporcionalidade. Súmula 441/TST. Decisão Denegatória. Manutenção. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: 27504620115020086 2750-46.2011.5.02.0086. Agravante: Fabiano dos Santos Santana e Agravada: Dimetic Indústria Metalúrgica Ltda. Relator: Maurício Delgado Godinho. Brasília. 16 de outubro de 2013. Data de Publicação: DEJT 18.10.2013

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Recurso Ordinário Em Dissídio Coletivo.** Acordo Homologado. Aviso Prévio Proporcional. Previsão do direito apenas para empregados com mais de três anos de serviço. Redução do limite para trinta dias. Não homologação. Recurso Ordinário: 38657820125040000 3865-78.2012.5.04.0000. Recorrente Ministério Público do Trabalho da 4ª Região e Recorrido Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Dom Pedrito e Sindicato das Indústrias de Alimentação de Dom Pedrito. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília. 15 de outubro de 2013. Data de Publicação: DEJT 25.10.2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 1011SE**. Embargados de Declaração. Impetrante: Francisco Genilson Pinheiro Guanabara e Impetrados: Companhia Vale Do Rio Doce – CVRD, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. 10 de outubro de 2013: DJe-202 11.10.2013

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**: curso e discurso. Aracaju: Evocati, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 29.09.2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

JUNIOR, José Cairo. **Curso de direito do trabalho**: contrato individual e coletivo de trabalho. Salvador: JusPodivm, 2012.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Abordagem constitucional do aviso prévio proporcional**. Vol. 76, nº1. Revista LTr, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Empregado doméstico: direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – Lei nº. 12.506, de 11.10.11. **Revista LTr**, vol.76, nº. 08, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Memorando Circular 010/2011. Brasília, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Nota técnica 184/2012/CGRT/SRT/MTE. Brasília, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. Q. P. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido : O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei 12.506/2011. **Revista LTr**, vol. 76, nº 92, 2012.

SUÍSSA. Organização Internacional do Trabalho (OIT) - **Convenção 158**. Genebra, 1982. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9mino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>> Acesso em: 02.10.2013.

SUÍSSA. Organização Internacional do Trabalho (OIT) - **Recomendação 165/81**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf> Acesso em: 27.10.2013.