

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APREFEIÇOAMENTO E  
EXTENSÃO – COGEAE, DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO  
PAULO

FERNANDO ALBERTO LOPES

**LEI ATUAL DO AVISO PRÉVIO  
REPERCUSSÕES NAS OBRIGAÇÕES DO EMPREGADO E  
EMPREGADOR**

São Paulo

2013

FERNANDO ALBERTO LOPES

**LEI ATUAL DO AVISO PRÉVIO  
REPERCUSSÕES NAS OBRIGAÇÕES DO EMPREGADO E  
EMPREGADOR**

Apresentação de monografia na Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Vinicius Franco Duarte

São Paulo

2013

Dedico o presente trabalho, agradecendo com todo o carinho e afeto, à minha esposa e minha filha, que sempre me ajudaram com todo apoio necessário e com extrema confiança em meus estudos, permitindo assim que eu pudesse caminhar com firmeza em direção dos meus sonhos e formação intelectual. Ao meu orientador nesta monografia, Prof. Vinicius Franco Duarte, também sou muito grato por todo o conhecimento transmitido.

## RESUMO

A presente monografia versa sobre a importância do aviso prévio e suas repercussões nas obrigações do empregado e empregador. É apresentado um panorama jurídico sobre a questão, abordando as principais dúvidas e controvérsias surgidas a partir da promulgação da Lei nº 12.506 de 13 de outubro de 2011, que trata da regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio trabalhista, previsto no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, foi feita uma abordagem do instituto do aviso prévio, sua evolução histórica, bem como questões bastante discutidas e pendentes de regulamentação esclarecedora sobre a retroatividade ou não da norma, reciprocidade e proporcionalidade de prazos, e ainda a aplicação também proporcional prevista no artigo 488 da Consolidação das Leis do Trabalho, destacando-se as tendências jurisprudenciais e o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, constante na Norma Técnica 184 de 07 de maio de 2012 e Nota Técnica Conjunta nº 01 de 01 de agosto de 2012.

Este estudo revela também que a nova lei, combinada com a redação do caput do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser interpretada seguindo uma tendência internacional inexorável visando o não retrocesso dos direitos sociais previsto no artigo 7º da Constituição Federal, caput, especificamente no inciso XXI, tutelando exclusivamente os interesses do trabalhador.

No entanto, apesar da doutrina convergir em muitos pontos interpretativos a respeito dos pontos controvertidos relacionados à nova lei, somente com o decorrer do tempo teremos elucidadas as questões interpretativas pelo exame do Poder Judiciário, por intermédio das decisões decorrentes da solução de conflitos concretos envolvendo o aviso prévio proporcional.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AVISO PRÉVIO .....	7
AVISO PRÉVIO NO DIREITO COMPARADO.....	9
CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA .....	10
PROPÓSITO DO AVISO PRÉVIO .....	13
DURAÇÃO DO AVISO PRÉVIO.....	15
ESPÉCIES DE AVISO PRÉVIO .....	17
AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO .....	19
NÃO RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES .....	33
A NOVA LEI DO AVISO PRÉVIO E O PREVISTO NO ARTIGO 9º DA LEI 7.238/84 .....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	57
REFERÊNCIAS.....	58

## INTRODUÇÃO

O tema que se passa a desenvolver diz respeito ao aviso prévio, necessariamente sobre suas repercussões nas obrigações do empregado e empregador.

O aviso prévio é uma comunicação que uma parte faz a outra a fim de cessar a relação de trabalho. É apresentado um panorama jurídico sobre a questão, abordando as principais dúvidas e controvérsias surgidas a partir da promulgação da Lei nº 12.506 de 13 de outubro de 2011, que trata da regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio trabalhista, previsto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

A lei nº Lei nº 12.506/2011 vem causando uma série de controvérsias em relação à sua interpretação e aplicação.

Assim, o assunto será analisado sob a ponto de vista trabalhista, com o objetivo de elucidar os pontos polêmicos da nova regulamentação.

Dessa forma, necessário se faz, em princípio, uma resumida explanação a respeito do surgimento e evolução do aviso prévio em nosso ordenamento jurídico.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AVISO PRÉVIO

Conforme leciona Alice Monteiro de Barros “O aviso prévio é originário das Corporações de Ofício, vindo a ser, posteriormente consagrado pelos usos e costumes, passando para o Direito Civil e para o Direito Comercial, processo de evolução bem definido na França.”<sup>1</sup>

No Brasil, o artigo 81 do Código Comercial de 1850 dispunha que:

Não se achando acordado o prazo de ajuste celebrado entre o proponente e seus prepostos, qualquer dos contratantes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro de sua resolução com um mês de antecipação. Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês; mas o preponente não será obrigado a conservá-lo no seu serviço.<sup>2</sup>

Também o Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º-1-1916, alterada pela Lei n.3.725, de 15-1-1919), estabeleceu aviso prévio fazendo referência a de locação de serviços:

Não havendo prazo estipulado nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único.  
Darse-á o aviso:

- I – Com antecedência de oito dias, se o salário houver fixado tempo por tempo de um mês ou mais.
- II – Com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena.
- III – De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

A Lei n. 62, de 5-6-1935, no art. 6º, também dispôs sobre o instituto:

---

<sup>1</sup> Curso de Direito do Trabalho – Alice Monteiro de Barros – Editora LTr75 – 7ª Edição – 2011 – página 754.

<sup>2</sup> Curso de Direito do Trabalho – Amauri Mascaro Nascimento – Editora Saraiva – 8ª Edição – 1989 – página 401.

O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês do ordenado ou o duodécimo do total das comissões recebidas nos últimos doze meses de serviço. Parágrafo único. O empregador, ou seu representante, é obrigado a fornecer imediatamente ao empregado que tiver feito o aviso prévio de que trata este artigo, por escrito, uma declaração de haver recebido a comunicação.<sup>3</sup>

A matéria causou controvérsia, que deixou de ter interesse com início da CLT em, 1943, que passou a regulamentar o aviso prévio, nos artigos 487 ao 491.

Dessa forma, a CLT revogou a legislação anterior estabelecendo a possibilidade de comunicação bilateral, conforme artigo 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:

I – oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1530, de 26.12.1951).

II – trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

Em seguida, a Constituição da República introduziu o aviso prévio no artigo 7º, inciso XXI, capítulo dos Direitos Sociais, determinando a sua comunicação com o mínimo de 30 dias, proporcionalmente ao tempo de serviço, não recepcionando, portanto, o acima transcrito artigo 487 da CLT, que prevê o prazo reduzido, conforme acima mencionado.

Por último, surge a Lei 12.506/2011 que regulamenta a proporcionalidade expressa na Constituição Federal, que trataremos com mais detalhes à frente.

---

<sup>3</sup> Curso de Direito do Trabalho – Amauri Mascaro Nascimento – Editora Saraiva – 8ª Edição – 1989 – página 402.

## AVISO PRÉVIO NO DIREITO COMPARADO

Antes da Lei 12.506/2011, não havia preceito legal a respeito do aviso prévio proporcional.

Dessa forma, cabia examinar as formas de se conseguir a máxima aplicação da previsão legal em discussão.

A proporcionalidade do aviso atende às regras internacionais de trabalho, como a constante na Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, artigo 11, que prevê o direito ao trabalhador dispensado pelo empregador de um aviso prévio razoável ou de uma indenização, a não ser que ele fosse dispensado por justa causa, haja vista que o Decreto 1.855 de 10/04/1996 que ratificou a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982, foi derogado pelo Decreto 2.100 de 20/12/1996.

Oportuno mencionar também sobre o aviso prévio no direito comparado:

O tratamento dado a esse instituto por outros países—referências, como forma de subsidiar uma análise da qualidade de nossa legislação e do direcionamento das políticas sociais adotadas por nosso governo. Estudo feito pelo Eminentíssimo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho aponta os prazos de avisos-prévio praticados em alguns países, tais como: Alemanha, Luxemburgo e Suécia – 6 meses, Suíça, República Tcheca, Polônia, Paraguai, Benin e Reino Unido – 3 meses, Portugal, Argentina, Hungria e França – 2 meses, Bélgica, Malásia e Itália – 8 semanas, Irã, Namíbia e Nigéria – 30 dias e Iraque – 15 dias. Essa pesquisa sinaliza a preocupação social que muitos países possuem e que o Brasil, ao dar esse novo passo, trilha também nessa direção.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> <http://jus.com.br/revista/texto/22698/aviso-previo-o-marco-regulatorio-de-sua-proporcionalidade>

## CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Na lição de Paulo Sergio João, expressa-se o primeiro efeito jurídico:

O aviso prévio corresponde à comunicação obrigatória pela parte que tiver interesse em rescindir o contrato de trabalho de prazo indeterminado sem justa causa. Trata-se de uma obrigação recíproca. Para o empregador, na hipótese de pretender dispensar sem justa causa o empregado, a comunicação deverá ser efetuada preferencialmente por escrito, da qual o empregado notificado dará ciência.<sup>5</sup>

A reciprocidade constitui a essência do aviso prévio em razão de ser concedido tanto pelo empregado como pelo empregador, dependendo de quem pretende rescindir o contrato de trabalho. Pode ser manifestado por meio de um documento escrito, contudo terá validade se formulado oralmente. A Lei (art. 487, da CLT) apenas exige um aviso, sem descrever a forma, entretanto, recomenda-se a forma escrita.

O aviso prévio poderá ser trabalhado ou recebido em dinheiro o período correspondente. Quando for pago terá natureza indenizatória, ao passo que sendo trabalhado terá natureza jurídica de salário. Sua natureza é também legal e representa uma instituição de garantia, pelo fato de que um necessita do outro, evitando a dissolução do contrato de forma abrupta, ou seja, com o aviso prévio o empregado poderá buscar outra colocação e o empregador outro empregado. O aviso prévio possui ainda natureza convencional como se verifica em algumas convenções coletivas, que o alongam em certas situações ou institui sua proporcionalidade.

Nos contratos por prazo determinado não tem aviso prévio uma vez que a data término é de conhecimento das partes, não havendo que se falar em surpresa. A

---

<sup>5</sup> Nova Lei do Aviso Prévio – Código Jurídico Especial – Paulo Sergio João – Editora Arte Antiga, Publicação do IBC Instituto Brasileiro de Cultura, página 11.

parte que recebeu o aviso prévio tem presunção relativa de não ter incorrido na prática de justa causa.

Conforme assevera Mauricio Godinho Delgado, no que diz respeito ao efeito jurídico relacionado ao prazo:

No Direito brasileiro, hoje, o prazo padrão oriundo do Texto Máximo de 1988 é de 30 dias (art. 7º, XXI). Evidentemente, a contar da Lei nº 12.506, vigente desde 13/10/2011, surgiu o prazo proporcional do aviso, ou seja, 3 dias de serviço por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias de proporcionalidade (art. 1º e parágrafo único da Lei n. 12506/11) – totalizando 90 dias de aviso prévio, no máximo. Desde o novo diploma legal, portanto, o prazo de 30 dias incide para os empregados que contêm até um ano de serviço na empresa (art. 1º da Lei n. 12.506), ao passo que, tendo completado um ano de tempo de serviço, o empregado passa a merecer três novos dias por ano de serviço prestado na mesma empresa (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12506).

O prazo do aviso prévio, seja o padrão (30dias), seja o proporcional (até mais 60 dias), integra o contrato para todos os fins (art. 487, § 1º, in fine, CLT).

A integração contratual do prazo do aviso produz inúmeras consequências importantes. Por exemplo, eventual reajuste normativo concedido no período de sua fluência incorpora-se ao patrimônio trabalhista do obreiro, conforme clássico na jurisprudência. Além disso, no período do aviso prévio permanecem algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual. Isso significa que é possível, do ponto de vista jurídico, a ocorrência de infração trabalhista por qualquer das partes, ao longo do aviso, apta a transmutar a rescisão contratual culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa causa de uma das partes. Nessa linha, se a infração grave for cometida pelo trabalhador, pode dar-se a conversão, quanto ao restante do período, em dispensa por justa causa; sendo grave a infração cometida pelo empresário, pode ocorrer a conversão em despedida indireta (art. 490 e 491, CLT; na mesma direção, Súmula 73, TST).<sup>6</sup>

Leciona também, Mauricio Godinho Delgado sobre o efeito jurídico pagamento correspondente ao período de aviso prévio trabalhado ou indenizado:

---

<sup>6</sup> Curso de Direito do Trabalho – Mauricio Godinho Delgado - Ed. LTr – 11ª Edição – 2012 – página 1199.

O valor do aviso equivale ao salário mensal obreiro, acrescido de todas as parcelas que eram habitualmente pagas ao empregado ao longo do contrato, ou, se for o caso, durante os últimos meses contratuais. É claro que certa parcela que fora habitual no passado, mas já não é recebida pelo obreiro há mais de doze meses, não será integrada no aviso prévio (desde que válida a supressão, é óbvio). Mas as parcelas habituais recentes compõem o valor do aviso, sem dúvida (horas extras e seu adicional, demais adicionais legais, etc.). As gorjetas habituais deixaram de integrar o aviso indenizado, segundo a restritiva interpretação da Súmula 354 do TST.<sup>7</sup>

Há que se considerar também que o aviso não extingue o contrato, apenas firma o prazo para sua terminação, conforme artigo 489 da CLT. Em consequência, a parte concedente pode reconsiderar sua decisão, que ficará condicionada à aceitação da parte notificada.

A remuneração do aviso prévio, conforme leciona o professor Paulo Sergio João:

“O valor do aviso prévio será aquele da data da comunicação de dispensa, acrescido de valores variáveis recebidos pelo empregado, tais como horas extras, exemplificadamente.”<sup>8</sup>

Desse modo, observa-se que os adicionais que forem pagos de forma habitual integram o aviso prévio indenizado. Entretanto se o aviso prévio for trabalhado, o adicional não integrará, sendo pago separadamente.

---

<sup>7</sup> Curso de Direito do Trabalho – Mauricio Godinho Delgado - Ed. LTr – 11ª Edição – 2012 – página 1199.

<sup>8</sup> Nova Lei do Aviso Prévio – Código Jurídico Especial – Paulo Sergio João – Editora Arte Antiga, Publicação do IBC Instituto Brasileiro de Cultura, página 11.

## PROPÓSITO DO AVISO PRÉVIO

Conforme frisa o professor Mauricio Godinho Delgado:

É um instituto inerente a contratos de duração indeterminada, seja para o Direito Civil e Comercial, seja para o Direito do Trabalho. Desse modo, de maneira geral, ele não comparece nos contratos a termo, uma vez que estes já tem sua extinção prefixada no tempo.<sup>9</sup>

Nos contratos por prazo determinado, havendo interrupção por parte do empregador ou pelo empregado, incidirá a correspondente indenização na forma dos artigos 479 e 480 da CLT, conforme de quem seja a iniciativa de rompimento antecipado. Esta indenização não tem qualquer vínculo com o instituto do aviso prévio.

Havendo cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada, rompendo-se o ajuste antecipadamente por uma das partes, o contrato passará a reger-se pelas regras dos contratos por tempo indeterminado, com aviso prévio, conforme prevê o artigo 481 da CLT.

É, portanto, o aviso prévio instituto característico de contratos de duração indeterminada, conforme artigo 487, da CLT, sendo aplicado também quando o empregador praticar uma das faltas da rescisão indireta previstas no artigo 487, parágrafo 4º da CLT (preceito incluído na CLT pela Lei nº 7.108/1983) determinando a incidência do aviso prévio também nas situações de resolução culposa do contrato, em face de infração do empregador.

Vale destacar também que o aviso prévio é cabível nas seguintes situações extintivas do contrato de trabalho de duração indeterminada: dispensa do

---

<sup>9</sup> Curso de Direito do Trabalho – Mauricio Godinho Delgado - Ed. LTr – 11ª Edição – 2012 – página 1195.

empregado, sem justa causa; dispensa do empregado, por motivo de extinção da empresa ou estabelecimento; na dispensa indireta.

É evidente que não seria aceitável que nos contratos a termo ou temporário cogitar a aplicação do mencionado instituto.

Entretanto, mesmo havendo prazo estipulado para o término do vínculo trabalhista, se o contrato tiver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão aplica-se os mesmos princípios dos contratos por prazo indeterminado.

Na hipótese de encerramento das atividades da empresa (falência, dissolução irregular) não exclui o pagamento do aviso prévio, a teor da Súmula 44 do TST.

Durante o aviso prévio pode ocorrer o inadimplemento contratual resultando em justa causa, conforme artigos 482 e 483 da CLT. Assim, o empregado que incorrer em qualquer das hipóteses de justa causa perderá os direitos decorrentes das verbas rescisórias e ainda os dias faltantes do aviso prévio, passando a receber somente as verbas da rescisão por justa causa, conforme Súmula 73 do TST.

O aviso prévio é também cabível nos pedidos de demissão pelo empregado, ou seja, se o empregado, por iniciativa própria, deixa de prestar serviços durante o aviso prévio perde direito ao restante do período, de acordo com o § 2º do artigo 487 da CLT.

## DURAÇÃO DO AVISO PRÉVIO

A Constituição de 1988 (art. 7º, XXI, CF/88) determina que o aviso prévio deve ser no mínimo de 30 dias. A Constituição não recebeu, portanto, o curto lapso de 8 dias, previsto no artigo 487, I, da CLT, previsto para contratos com pagamento semanal de salários ou fração temporal inferior.

A proporcionalidade da duração do aviso ao tempo de serviço, mencionada no ar. 7º, XXI, da Constituição, estava sendo considerada pela jurisprudência regra jurídica sem eficácia imediata, enquanto não estava regulada em lei.

Pode-se instituir prazo superior ao aviso prévio no âmbito de sua competência, a exemplo de Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, ou através de cláusula de regulamento de empresa.

Com o advento da Lei nº 12.506/2011, com apenas dois artigos, pretendeu estabelecer a proporcionalidade do aviso prévio além dos 30 dias devidos aos empregados que contém até um ano de serviço na empresa (art. 7º XXI, CF/88; art.1º. Lei n. 12.506/2011).

Estipula o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.506/2011, a seguinte regra: três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias.

Referida proporcionalidade, porém, não possui efeito retroativo (art. 5º, XXXVI, CF/88),

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em regra geral, a Lei nº 12.506/2011, vigente desde 13.10.2011 (data de sua publicação) beneficia os empregados (urbano, rural e doméstico). É parcela típica de contratos de duração indeterminada.

O prazo de contagem do aviso prévio é contado com base nas regras do Código Civil de 2002, ou seja, faz-se com a exclusão do dia do começo e inclusão do dia de seu vencimento (Súmula 380, TST).

## ESPÉCIES DE AVISO PRÉVIO

A CLT estabelece dois tipos de aviso prévio, conforme a modalidade de cumprimento de seu prazo, ou seja, mediante trabalho ou não. Se não trabalhado, o período deve ser indenizado.

O aviso prévio trabalhado pode ser cumprido de duas formas, nos casos de dispensa promovida pelo empregador, conforme regra expressa no art. 488, caput, da CLT.

A primeira, mediante trabalho do empregado na jornada e horários habituais, durante os 30 dias, com horário reduzido de 2 horas, sem prejuízo do salário integral. (caput do art. 488, CLT).

Nos termos da Súmula 230 do TST é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, sendo ilegal, portanto, a substituição pelo empregador das duas horas de redução diária em retribuição ao pagamento de duas horas extras.

Para o doutrinador Mauricio Godinho Delgado:

Tal prática é censurada pela jurisprudência por frustrar o próprio objetivo do aviso prévio, que é possibilitar à parte surpreendida com a ruptura ajustar-se à nova situação: no caso do trabalhador, procurar outro emprego. Sem a redução de jornada, torna-se mais difícil essa busca. Em consequência, verificando-se tal prática censurada, o empregador deve pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado, pagamento que tem caráter indenizatório.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Curso de Direito do Trabalho – Mauricio Godinho Delgado - Ed. LTr – 11ª Edição – 2012 – página 1197.

A segunda forma de cumprimento do aviso prévio, nos casos de dispensa promovida pelo empregador, baseia-se substituição do trabalho nos últimos 7 dias de aviso prévio pelo trabalho em período anterior sem a redução de duas horas.

A situação mais comum de concessão do aviso prévio é o indenizado pela empresa, tendo em vista que impede o desgaste em decorrência da convivência depois de rompido o contrato de trabalho.

É importante salientar os efeitos obtidos através da OJ 14, SDI-I/TST (Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Até o 10º dia da notificação da demissão. (CLT, 477, § 6º, "b"), uma vez que a jurisprudência passou a impedir a censurável prática costumeira do empregador em considerar o aviso prévio cumprido em casa, ou seja, não era trabalhado nem indenizado, permanecendo o empregado à disposição da empresa em sua própria residência. O empregador visava estender o prazo para pagamento das verbas rescisórias previsto no artigo art. 477, §§ 6º e 8º da CLT. Hoje, com a aplicação da referida Súmula, praticamente não existe mais tal procedimento.

O aviso prévio indenizado é aquele que não é cumprido mediante trabalho pelo empregado, sendo, portanto, indenizado pelo empregador. O empregador prefere encerrar a prestação laboral (art. 487, § 1º da CLT).

## **AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO**

Regulamentado através da Lei 12.506/2011 de 11 de outubro de 2011:

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

Assim, a Lei 12.506/2011 de 11 de outubro de 2011, após 23 anos, regulamentou o artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal, estabelecendo que o trabalhador com mais de 1 ano de serviço terá direito ao aviso prévio proporcional, se for dispensado sem justa causa.

Para cada ano trabalhado o empregado vai ganhar 3 dias de aviso prévio, podendo chegar até 90 dias.

Porém, devido à redação omissa da lei, existem dúvidas quanto à aplicabilidade, ensejando polêmica para as partes envolvidas, que abordaremos, conforme segue:

O artigo 7º, caput e XXI, da Constituição da República estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias, nos termos da lei”, estendendo-se tal direito à categoria dos trabalhadores domésticos (parágrafo único do art. 7º).

A previsão constitucional ao estabelecer a proporcionalidade do prazo do aviso prévio, conforme o tempo de serviço (artigo 7º, XXI, CF/1988) não possuía aplicabilidade imediata, tendo em vista que o legislador constituinte não instituiu uma norma sobre a matéria, ficando o encargo para o legislador ou outro órgão do Estado.

Nesse sentido, a (OJ 84, SDI-1, TST), que hoje encontra-se cancelada, conforme exposto adiante. Todavia, para efeitos de análise, vejamos o teor da OJ 84:

“Aviso prévio proporcional. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o Art. 7º, inciso XXI, da CF/1988 não é auto aplicável.”

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, no curso do Julgamento de vários Mandados de Injunção reunidos (MI nº 943, 1010, 1074 e 1090), sinalizou na direção de que ia reconhecer a omissão legislativa (art.102, I, “q”, CF/88) e regular imediatamente a proporcionalidade, iniciando debate nessa linha. Ainda que o julgamento fosse, suspenso para consenso do Tribunal sobre o parâmetro a ser adotado para atendimento do direito pleiteado, restou claro que a omissão legislativa seria substituída pelo Supremo Tribunal Federal, o que exerceu influência no Parlamento para realizar a regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio, sendo, portanto, promulgada a Lei n. 12.506/2011, de 11 de outubro de 2011, entrando em vigor na data de sua publicação, 13.10.2011.

A Lei n. 12.506/2011, reportando-se à figura jurídica regida pelo Capítulo VI do título IV da CLT (art. 487 a 491) determina que o aviso prévio “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa” (art. 1º).

Convenciona o parágrafo único da mesma lei que: “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.

Portanto, pode-se extrair através da nova lei que o aviso prévio, não inferior a 30 dias, continua regulado pelos artigos 487 a 491 da CLT, com as alterações

motivadas pelo art. 7º, XXI, da Constituição e pela Lei n. 12.506/2011. Somente a proporcionalidade é que foi a novidade causada pela recente norma.

É importante esclarecer que o aviso prévio é instituto típico dos contratos de prazo indeterminado, aplicando-se aos contratos a termo apenas em restritas hipóteses legais. Poderá haver a incidência do aviso prévio em contratos de prazo determinado, desde que tenham cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada (art. 481, CLT). Assim, não há dúvidas de que o prazo que incidirá em tais contratos será de 30 dias, nos ajustados até 1 ano e nos contratos acima de 1 ano, o acréscimo previsto é de 3 dias.

Na mesma linha, Paulo Sérgio João expressa:

“O aviso prévio somente será devido nos contratos com prazo determinado em que houver a cláusula que assegura a possibilidade para ambas as partes a rescisão antes do prazo estipulado.”

Em suma, o aviso prévio, inclusive quanto à proporcionalidade, aplica-se a todo e qualquer trabalhador, em princípio, seja urbano, rural ou doméstico (art. 7º, caput, XXI e parágrafo único, CF/88).

De maneira objetiva Paulo Sergio João menciona:

A regra de acréscimo de 3 (três) dias de remuneração por ano de serviço atingem todos os trabalhadores que mantêm vínculo de emprego, neles compreendidos os trabalhadores domésticos, considerados aqueles que prestam serviço para a família ou pessoa, no âmbito residencial destas, sem finalidade lucrativa.

No que se refere à proporcionalidade, a Lei 12.506/2011 não pode retroagir, com base no direito fundamental estabelecido na Constituição (art. 5º, XXXVI, CF/88), por isso, tem efeito imediato, a partir de 13 de outubro de 2011, em respeito ao princípio e regra do efeito jurídico meramente imediato das leis no Brasil. Portanto,

somente se aplica as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos concedidos depois da publicação da lei) e também as situações em andamento, não inteiramente concluídas (ou seja, avisos prévios em fluência no dia 13.10.2011); todavia, a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já terminados na data de publicação da lei nova, tendo em vista que a lei não pode retroagir.

Manteve-se o prazo mínimo de 30 dias do aviso prévio devido aos empregados com até um ano de serviço ao empregador (art. 7º, XXI, Constituição/1988, combinado com o art.1º, caput, Lei n. 12.506/2011).

Após o primeiro ano, proporcionalidade é estabelecida pelo parágrafo único da Lei n. 12.506/2011:

“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.”

Portanto, o limite máximo é de 60 dias, os quais somados aos 30 dias, perfazem aviso prévio total de 90 dias.

Não há na lei uma tabela expressa para contagem da proporcionalidade do aviso prévio, o que gerou muita dúvida sobre o cômputo dos 3 dias logo ao término do primeiro ano de serviço. Todavia, é correto afirmar que os empregados com até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa tem direito ao aviso prévio de 30 dias.

Portanto, os empregados com mais de doze meses de serviço na mesma empresa tem direito ao acréscimo na proporção de 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa.

Dessa forma, prevalece a interpretação de que “3 (três) dias por ano de serviço”, corresponde ao acréscimo do final de cada ano completo, ou seja, o

empregado com 11 meses de serviço tem direito a 30 dias de aviso prévio, ao passo que ultrapassando os doze meses iniciais de serviço o aviso prévio será de terá direito 33 dias, depois de dois anos de serviço mais 3 dias, somará 36 dias e, assim por diante. A partir de 19 anos, mas até 20 anos, o aviso prévio será de 87 dias e, finalmente, depois de 20 anos de tempo de serviço, o aviso prévio será o de período máximo, ou seja, 90 dias.

Nesse contexto, observe-se o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, que declara, por último, através da Nota Técnica nº 184 de 07 de maio de 2012, emitindo entendimento de que a partir da superação do primeiro ano completo trabalhado na mesma empresa, já haverá o cômputo dos 3 dias de aviso prévio proporcional:

“O acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual complete dois anos”.

Logo, se o empregado prestou serviços por 1 (um) ano e 3 (três meses terá direito ao acréscimo de três dias no aviso prévio.

Tendo em vista a convergência da doutrina em muitas questões interpretativas da nova lei e, em consequência disso, o Ministério do Trabalho e Emprego já possui instruções a respeito do assunto, essencialmente quanto à contagem de prazos emitindo através da Nota técnica nº 184/2012, de 7 de maio de 2012, conforme exposto a seguir.

O Ministério do Trabalho e Emprego se manifestou acerca das lacunas trazidas pela Lei 12.506/2011, que trata sobre a proporcionalidade do Aviso Prévio, através da Circular 10/2011. O entendimento contido nesta circular foi ratificado pelo MTE através da nota técnica CGRT/SRT/MTE nº 184/2012.

A retificação de entendimento, é inerente ao acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, que computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa; o entendimento anterior era de que o acréscimo de 3 dias seria devido a partir do momento em que a relação contratual com o mesmo empregador completasse 2 anos.

De acordo com o novo entendimento do MTE, a contagem do acréscimo de 3 dias ao aviso prévio, será da seguinte forma:

Tempo de Serviço (anos completos)	Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço (n° de dias)
0	30
1	33
2	36
3	39
4	42
5	45
6	48
7	51
8	54
9	57
10	60
11	63
12	66
13	69
14	72
15	75
16	78
17	81
18	84

19	87
20	90

Os demais aspectos tratados na Nota Técnica, e que foram objetos da re-ratificação são os seguintes:

1) a lei não poderá retroagir para alcançar a situação de aviso prévio já iniciado;

2) a proporcionalidade de que trata o parágrafo único do art. 1º da norma sob comento aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado;

3) o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa;

4) a jornada reduzida ou a faculdade de ausência no trabalho, durante o aviso prévio, previstas no art. 488 da CLT, não foram alterados pela Lei 12.506/11;

5) a projeção do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins legais;

6) recaindo o término do aviso prévio proporcional nos trinta dias que antecedem a data base, faz jus o empregado despedido à indenização prevista na lei nº 7.238/84; e

7) as cláusulas pactuadas em acordo ou convenção coletiva que tratam do aviso prévio proporcional deverão ser observadas, desde que respeitada a proporcionalidade mínima prevista na Lei nº 12.506, de 2011.

Considerando sua eficácia imediata, esta alcança não só os contratos de trabalho assinados a partir da mencionada data, mas também os contratos em andamento.

Dessa forma, deve-se acompanhar a evolução da jurisprudência a respeito da eficácia no tempo da lei em discussão.

Ainda, a respeito de questões polêmicas decorrentes da aplicação do aviso prévio proporcional, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), através da Secretaria de Relações do Trabalho e Secretaria de Inspeção do Trabalho, editou a recente Nota Técnica nº 01/2012 Conjunta SIT/SRT nº 01/2012, em 1º de agosto de 2012.

No referido documento, o MTE examina dois aspectos que envolvem o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e manifesta sua posição quanto aos seguintes temas:

- Impossibilidade de se utilizar o próprio período do aviso prévio para majorá-lo;
- Ausência de suporte legal para a tese segundo a qual o trabalhador estaria dispensado do trabalho após o trigésimo dia de aviso prévio.

A seguir a descrição da Nota Técnica Conjunta do MTE.

NOTA TÉCNICA CONJUNTA SIT/SRT N.º 01/2012, de 01 de agosto de 2012.

Número do Processo (no MTE): s/n.

Documento de Referência: Consulta AFT/SRTE/RN.

Interessado: Auditoria-Fiscal do Trabalho.

Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Consulta.

- Impossibilidade de se utilizar o próprio período do aviso prévio para majorá-lo. O aviso prévio é uma extensão do contrato de trabalho. Como tal, seu cálculo tem como fato gerador o tempo de serviço prestado pelo empregado até a data do aviso, não sendo válido considerar para tanto o tempo do próprio aviso prévio.

II - Aviso prévio misto (trabalhado e indenizado). Ausência de norma cogente que imponha ao empregador a sua adoção ainda que, a juízo de alguns sindicatos de trabalhadores, seria válida a interpretação legal que dispensaria o trabalhador de prestar serviços no período acrescido aos trinta dias originais. Há, no entanto, espaço para utilização dessa modalidade em face de fonte normativa diversa, a exemplo de acordos e convenções coletivas, nas quais haja cláusula específica que assim preveja. Se, por liberalidade, no curso do aviso prévio trabalhado, o empregador optar por dispensar o trabalhador do seu cumprimento (indenizando-o), há de se respeitar essa alteração unilateral, desde que atendida a premissa da ausência de qualquer prejuízo ao trabalhador, inclusive no tocante à data de recebimento das verbas rescisórias, a qual poderá ser antecipada, jamais postergada.

## **1 - Considerações Iniciais.**

Trata-se de consulta formulada pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, Luiz Antonio Medeiros de Araújo, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Rio Grande do Norte explicitada sob a forma de quesitos acerca do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Com vistas a subsidiar resposta ao interessado, passamos à análise do tema.

## **2 - Análise.**

### **2.1 - Duração do Aviso Prévio Proporcional: Cômputo ou não do período do próprio aviso.**

A primeira questão refere-se ao cômputo da duração do aviso prévio. A dúvida existente é se a definição do número de dias do aviso prévio deve ser feita em função do tempo de serviço existente até a data da concessão do aviso prévio ou da rescisão ou se deve ser feito levando-se em conta a projeção do aviso prévio.

Com o devido respeito aos que pensam de forma diversa, o tempo de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço só é calculado uma única vez (no momento em que é dado o aviso, levando em conta o tempo trabalhado até então); e, a toda evidência, por ser um direito que tem por fato gerador uma proporcionalidade ao tempo de serviço até então prestado pelo trabalhador, naturalmente, não faz qualquer sentido que a projeção dele próprio venha a ser incluída numa nova operação matemática que resulte em acréscimo de dias.

Assim, no exemplo suscitado na própria consulta, onde o trabalhador possui 11 meses e 15 dias de trabalho quando recebe o aviso prévio, o tempo desse aviso será de 30 dias, pelo simples fato de que o trabalhador não atingiu o tempo

mínimo para fazer jus ao primeiro acréscimo legal de 3 dias. O fato de vir a somar hipoteticamente 1 ano e 15 ao final desse período não autoriza que se elasteça o período em mais 3 dias. Não existe, portanto, nenhuma possibilidade de "recálculo" a partir da projeção do aviso prévio que venha a ampliar o próprio aviso.

Para que essa linha de raciocínio fique mais clara, proponho um exemplo absurdo, porém ilustrativo do ponto de vista lógico: admita hipoteticamente que a lei houvesse fixado que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço seria de 6 meses para quem tem completo 1 ano de serviço; 12 meses para quem têm completos 2 anos; 18 meses para quem têm completos 3 anos; e assim sucessivamente utilizando uma razão de 6 meses de aviso para cada ano de trabalho de completo. Ora, fazendo computar as projeções ("para todos os fins" como defendem alguns), teríamos um aviso prévio que simplesmente se projetaria ad infinitum (*ou* até o teto se houvesse sido fixado algum) para qualquer trabalhador que tivesse mais de 1 ano e 6 meses de serviço prestado ao tempo em que lhe fosse dado o aviso.

Assim, o tempo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito conquistado pelo tempo de serviço trabalhado até então e que ganha forma numa extensão do contrato de trabalho. Não se pode utilizar essa extensão para fins de ampliar a si mesma.

Feitas as presentes considerações, entendemos que não existe suporte lógico ou legal que autorize que o tempo final do aviso prévio seja calculado após a incidência do próprio aviso prévio.

## **2.2 - Trabalho no Dias Acrescidos ao Aviso Prévio Original de 30 dias.**

O segundo questionamento relaciona-se à obrigatoriedade ou não de o empregado trabalhar durante o todo o período do aviso prévio. Explica o Auditor consultante que "alguns sindicatos obreiros, seguindo orientação de entidades laborais de âmbito nacional, defendem que, em razão de o intuito da nova lei ser o de trazer

benefícios para o trabalhador, ela não pode ser interpretada no sentido de que os empregados devem trabalhar mais do que 30 dias de aviso prévio". Para tanto, tais entidades partiriam da premissa de que o fato de o empregado ser obrigado a trabalhar mais de 30 dias no curso do aviso prévio lhe seria prejudicial, propondo então que os dias, para além do trigésimo, devam ser indenizados. O Auditor consultante oferece um exemplo: "se um empregado conta com 1 ano e 2 meses de tempo de serviço, seu aviso prévio deve ser de 33 dias, sendo que o empregado trabalha 30 dias de aviso prévio e o empregador indeniza os 3 dias".

Observa que essas entidades estão inovando e criando uma figura que podemos chamar de aviso prévio misto, sendo uma parte trabalhada e outra indenizada.

Após outras considerações, apresenta dois questionamentos específicos:

I – “No caso do aviso prévio trabalhado, o empregado labora durante o período do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo 30 dias e, no máximo, 90 dias, ou ele só deve trabalhar os 30 dias e o que exceder deve ser indenizado?.”

De pronto, é interessante deixar claro que o período do aviso prévio, justamente por ser parte (ainda que uma extensão) do contrato de trabalho não implica em suspensão das obrigações contratuais para nenhuma das partes, salvo naquilo que a lei prevê (redução de duas horas diárias ou sete dias corridos nos termos do art. 488 da CLT). À exceção desse caso, a bilateralidade contratual não se rompe, mantendo-se as obrigações principais do contrato (prestação de serviços pelo trabalhador e pagamento de salário pelo empregador). Não há, portanto, suporte legal para a tese segundo a qual o trabalhador estaria dispensado do trabalho após o trigésimo dia de aviso prévio.

Nada obsta, contudo, que por outras vias - dada a inquestionável pluralidade de fontes do Direito do Trabalho - se institua validamente essa possibilidade, o que pode ser feito, ilustrativamente, por instrumentos coletivos.

II - "Na hipótese de o entendimento ser no sentido da não adoção compulsória do aviso prévio misto, é lícito ao empregador aplicá-lo, seja por liberalidade ou por orientação do sindicato?"

Em primeiro lugar, esclareça-se que os sindicatos não possuem competência normativa ou jurisdicional, isto é, suas interpretações sobre o alcance de um ou mais dispositivos legais limitam-se ao seu próprio âmbito, não obrigando ou afetando situações jurídicas de terceiros. Assim, o empregador que adota "orientação" de sindicato de trabalhadores o estará fazendo sempre por sua própria conta e risco (nos planos econômico e jurídico). Vale lembrar que os empregadores sempre poderão, isoladamente ou por via do seu sindicato de categoria econômica, socorrer-se do Poder Judiciário, inclusive em caráter liminar, para fins de obstar a projeção de efeitos jurídicos de condutas abusivas que possam imputar aos sindicatos de trabalhadores.

Especificamente no caso em análise, entendemos que é possível que o empregador, por liberalidade, no curso do aviso prévio, decida dispensar (indenizando) o trabalhador do cumprimento da parte dele que faltar. Firmamos esse entendimento partindo da premissa de que é possível a alteração unilateral do contrato de trabalho pelo empregador desde que esta não resulte em prejuízo ao empregado. No caso, havendo a transformação do aviso prévio de trabalhado em indenizado, a possibilidade jurídica dessa alteração depende do respeito absoluto a essa premissa. Assim, a dispensa do cumprimento, seja de 3 dias, de 6 dias, ou de quantos forem, não poderá alterar os valores devidos ao trabalhador e nem elastecer a data limite de pagamento previamente fixada, frustrando expectativa legítima do trabalhador (ao contrário, em certos casos, a transformação do aviso prévio de trabalhado em indenizado irá antecipar esse pagamento, atraindo a disciplina do art. 477, §6 11 , b, da CLT, contando-se o prazo de dez dias da data em que o aviso prévio for convertido de

trabalhado em indenizado e, repita-se, jamais podendo se admitir que a nova data do efetivo pagamento ultrapasse aquela anteriormente prevista, pois aí se teria a concretização de prejuízo ao trabalhador).

O terceiro item da consulta, por não ter relação com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.506/2011, será respondido em nota apartada, ouvidos os setores competentes.

O texto exposto expressa o posicionamento do Ministério do Trabalho e Emprego, que aprovou a Nota Técnica, dando ciência aos setores competentes no âmbito das Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego.

## NÃO RETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

A respeito da interpretação do não retrocesso dos direitos sociais, por força do caput do artigo 7º da Constituição Federal “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, resta claro que a debatida proporcionalidade feita pela Lei nº 12.506/2011, mantendo os 30 dias aviso prévio através da fonte constitucional configura-se como direito social dos trabalhadores, considerando-se a desigualdade em que empregados e empregadores se encontram. Esta regra jurídica pode determinar tratamento diferenciado a fim de se obter uma situação de mais igualdade de condições.

Na mesma linha, Mauricio Godinho Delgado expressa:

A proporcionalidade que favorece apenas o trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídicos da Constituição e de todo o Direito do Trabalho. Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma contrafacção, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego. Essa restrição nunca existiu no Direito do Trabalho e nem na Constituição, que jamais exigiram até mesmo do trabalhador estável ou com garantia de emprego (que tem – ou tinha – vantagem enorme em seu benefício) qualquer óbice ao exercício de seu pedido de demissão. Ora, o cumprimento de um aviso de 60, 80 ou 90 dias ou o desconto salarial nessa mesma proporção fariam a ordem jurídica retornar a períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho – situação normativa incompatível com o espírito da Constituição da República e do Direito do Trabalho brasileiros.<sup>11</sup>

Verifica-se que os períodos de interrupção da prestação de serviços (interrupção contratual) compõem o cálculo do módulo temporal relevante para a

---

<sup>11</sup> Curso de Direito do Trabalho – Mauricio Godinho Delgado - Ed. LTr – 11ª Edição – 2012 – página 1203.

aquisição desse direito (ilustrativamente, descanso semanal remunerado; descanso em feriados; férias anuais remuneradas; licença médica previdenciária até 15 dias).

Todavia, os períodos de suspensão do contrato de trabalho não se computam no cálculo do módulo temporal para a aquisição da proporcionalidade.

Com a chegada da nova lei o enunciado da OJ 84 foi superado pela ordem jurídica.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) aprovou o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, que tratava do aviso prévio proporcional e assim se posicionou:

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, na sua última sessão (14/9), o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), que tratava do aviso prévio proporcional. O texto da OJ explicitava que a concessão do aviso prévio proporcional dependia de regulamentação por meio de lei, considerando que o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição da República não é autoaplicável.

A Lei nº 12.506/2011 garantiu ao trabalhador que o aviso prévio tratado na CLT será concedido na proporção de 30 dias aos empregados que têm até um ano de serviço na mesma empresa. Para aqueles com tempo superior, serão acrescidos três dias por ano de serviço, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias.

"Com o advento da lei, o enunciado da OJ foi superado pela ordem jurídica", afirmou o presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen. "Assim, torna-se sem sentido a manutenção do texto." O cancelamento da OJ 84 foi proposto pelo ministro Augusto César com apoio da Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC).

O ministro Dalazen lembrou que, nos debates durante a 2ª Semana do TST, o Tribunal se deparou com o problema da aplicação da nova lei no tempo, e concluiu-se pela explicitação de que o direito ao aviso prévio proporcional não retroage. Os ministros decidiram, então, aprovar nova súmula, com o seguinte teor:

#### AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE.

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.<sup>12</sup>

Em razão do cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial nº 84, por último, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 441, que passou a valer em 28.09.2012, com a seguinte redação:

**441. Aviso prévio. Proporcionalidade.** (Resolução nº 185/2012, DEJT 25.09.2012)

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões do contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

Assim, os Ministros entenderam que o aviso prévio proporcional vale apenas para os empregados demitidos após a entrada em vigor da Lei nº 12.506 de 2011.

A norma estabelece o pagamento de mais 3 dias por ano trabalhado para quem for demitido sem justa causa, além dos 30 dias de aviso prévio. O limite é de 90 dias.

Observa-se, portanto, que a lei vai se amoldando à ordem jurídica e as dúvidas aos poucos vão sendo esclarecidas pelos tribunais.

Impende registrar, por fim, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 6 de fevereiro de 2013, que por unanimidade de votos, definiu que também tem direito ao aviso prévio proporcional de até 90 dias os empregados demitidos antes da Lei 12.506/2011 que regulamentou o benefício.

---

<sup>12</sup> <http://www.sincamesp.com.br/sincamesp/Noticias/Noticia.aspx?noticia=382>

Dessa forma, termina a dúvida existente desde junho de 2011, época em que a o STF suspendeu o julgamento para se examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Entre os assuntos a serem pesquisados constavam as experiências de outros países, projetos em tramitação no Congresso Nacional propondo regulamentação do aviso prévio proporcional, bem como recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Constatou-se durante os debates dos Mandados de Injunção números 943, 1010, 1074 e 1090, que:

“Os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores de omissão legislativa, em que apenas advertiu o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, e adotar uma regra para o caso concreto, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a votar uma lei regulamentadora.”

Por conseguinte, as ações argumentavam que, mesmo demitidos antes da definição sobre o aviso prévio proporcional, os trabalhadores tinham direitos garantidos pela Constituição Federal, os quais somente não haviam sido pagos por falta de regulamentação.

Elucida-se que Mandado de Injunção diz respeito a ação correspondente a direito para cuja determinação falta norma reguladora (CF 5º LXXI), in verbis:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Note-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 6 de fevereiro de 2013 vale para ações que já estejam tramitando no STF.

Mandado de Injunção 943 (entendimento sobre o caso conforme decisão do STF):

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

A proposta apresentada em 06 de fevereiro de 2013 pelo Ministro Gilmar Mendes, e aprovada pelo Plenário, prevê a aplicação dos parâmetros da lei 12.506/11 aos mandados de injunção ajuizados antes de sua edição. "Tratam-se de mandados de injunção ajuizados anteriormente à edição da lei, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram suspensos", afirmou o ministro. Juntamente com o MI 943, foram decididos em Plenário também os MIs 1.010, 1.074 e 1.090.

Ao proclamar o resultado, o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, salientou que o entendimento será aplicado a processos semelhantes em trâmite no STF. "Em todos os processos apregoados foi determinada a aplicação da solução preconizada pela lei 12.506/11, e autorizada a resolução monocrática dos processos sobre o mesmo tema, por delegação do plenário", afirmou.

#### Segurança jurídica

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

Contudo, a decisão do STF engloba apenas os casos específicos que estão sendo discutidos naquela Corte, como destacado pelo ministro Gilmar Mendes.

Nesse momento, a decisão do STF vai beneficiar os empregados que reivindicaram o benefício antes de 2011, porém, não há garantia de que todos consigam, haja vista que para garantir esse direito, o empregado deve ter entrado com ação na Justiça até 2 (dois) anos após o seu desligamento.

## **A NOVA LEI DO AVISO PRÉVIO E O PREVISTO NO ARTIGO 9º DA LEI 7.238/84**

Torna-se claro também que à medida que o prazo do aviso prévio, mesmo indenizado, integra-se ao contrato para todos os efeitos (art. 487, § 1º, da CLT), é natural que o faça também para os fins da incidência ou não da indenização adicional por dispensa nos 30 dias anteriores à data base da categoria (art. 9º das Leis nºs 6.708/79 e 7.238/84; Súmula 182, TST). Assim, o prazo do aviso prévio, inclusive da proporcionalidade, é computado para fins de incidência ou não dessa indenização adicional (Súmulas 182, 242 e 314, TST).

No que se refere à projeção do aviso prévio e a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), a Orientação Jurisprudencial nº 82 continua válida, devendo a data de saída anotada na CTPS corresponder ao término do aviso prévio, indenizado ou trabalhado, independente do prazo.

Torna-se obrigatório também a integração do período do aviso prévio ao tempo de serviço, assim, para o cálculo do tempo total de contrato deverá haver a projeção do aviso prévio para todos os efeitos legais correspondentes ao contrato de trabalho, inclusive os reflexos.

Dessa forma, a rescisão do contrato de trabalho somente se concretiza após o vencimento do prazo do aviso prévio, isto é, atualmente o prazo a ser considerado para a rescisão definitiva do contrato acompanhará a nova lei, alterando na quantidade de 30 a 90 dias.

A seguir algumas decisões prolatadas pelo Tribunal Regional de São Paulo - 2ª Região:

**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL****Justiça do Trabalho****TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO****Recurso Ordinário – 13ª Turma Proc. 0003118-95.2011.5.02.0008****RECORRENTE: CARLOS CELSO PEREIRA****RECORRIDO: NEWLONG HASEBRAS MÁQUINAS INDUSTR LT****08ª Vara do Trabalho de São Paulo****Dispensado o relatório, nos termos da lei.****VOTO**

1- Aviso Prévio Proporcional.

O pedido do reclamante tange-se ao reconhecimento de que lhe é devido o aviso prévio proporcional e diferenças por seus reflexos, aduzindo que o direito é indiscutível, não se relacionando com a data de edição da Lei 12.506/2011, calcando sua pretensão em teses que tratam a matéria, no sentido de sua busca. Todavia, o pedido foi negado na origem, sob o fundamento de que a dispensa aconteceu anteriormente ao edito da Lei 12.506/2011, entendimento a que acompanho. De fato, à época da rescisão, em 31/01/2011, carecia a norma constitucional, por ser de eficácia contida, de regulamentação por lei infraconstitucional, o que veio a ocorrer em 13/10/2011.

Aliás, a questão já restou pacificada por meio da Orientação Jurisprudencial nº 84, da Sessão de Dissídios Individuais-I, do C.TST, 'in verbis':

**84 - Aviso prévio. Proporcionalidade.** (Inserida em 28.04.1997)

“A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável.”

Nesse cenário, intocável a sentença que, em seus fundamentos reconheceu como correta a rescisão contratual, no que tange ao aviso prévio, quitado

na forma indenizatória, atentando para a segurança das relações jurídicas, que não deve ser abalada por pretensões não amparadas em lei, no momento de confecção do ato jurídico.

## 2- Honorários Advocatícios.

Indefere-se também o pedido de honorários advocatícios, pleiteado pela parte autora, por não preenchidos os requisitos da Lei 5584/70.

A existência do ius postulandi no processo do trabalho (artigo 791 da CLT) torna a utilização do advogado facultativa.

## CONCLUSÃO

Acordam os magistrados da 13ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região em conhecer do recurso ordinário interposto pelo reclamante, negando-lhe provimento.

As partes atentarão ao art. 538, parágrafo único, do CPC, bem como aos artigos 17 e 18 do mesmo diploma legal, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão. Nada mais.

**ROBERTO BARROS DA SILVA**

Desembargador Relator

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO****PROCESSO TRT/SP Nº: 0000078-82.2012.5.02.0069 11ª Turma****RECURSO ORDINÁRIO – RITO SUMARÍSSIMO****ORIGEM: 69ª Vara do Trabalho de São Paulo****MAGISTRADA SENTENCIANTE: ANA MARIA BRISOLA****RECORRENTE: CLAUDIONISIO DA SILVA****RECORRIDA: DE ANGELIS INDÚSTRIA COM DE MÁQUINAS LTDA****Em face do rito procedimental (CLT, art.852, I), dispensado relatório.****V O T O**

Conheço do apelo, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

A r. sentença (fs. 60/62) a qual julgou improcedente os pleitos constantes da peça exordial, resta hostilizada pelo recurso ordinário (razões de fs. 64/80) do reclamante.

Insurge-se o reclamante alegando que a r. sentença deve ser reformada, um vez que faz jus ao direito do aviso prévio proporcional e conseqüentes reflexos nas demais verbas rescisórias. Assevera o reclamante que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito constitucionalmente garantido, buscando seu reconhecimento com amparo na duração do seu contrato de trabalho.

Aduz ainda, que a aplicação da Lei 12506, de 11 de outubro de 2011 é de cunho retroativo, eis que regulamentadora do inciso XXI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, e que estabeleceu a proporcionalidade de trinta dias aos empregados que contem com até um ano de serviço na mesma empresa, e acréscimo de mais três dias por cada ano complementar, até o limite de noventa dias.

Razão não assiste ao recorrente, pois deve ser mantida a r. sentença (fs. 60/62) “in totum”, eis que prolatada em consonância com ditames legais, e como bem fundamentou a MM. Juíza “a quo” no caso em foco, que é incontroverso que o reclamante ora recorrente foi dispensado em 02/08/2011, conforme documento de fs. 20 e 23, portanto, em período anterior a regulamentação do artigo 7º, inciso XXI da CF que se deu com a vigência da lei 12506/2001 em 13 de outubro de 2011.

Com efeito, no caso em tela o contrato de trabalho teve o término em 02.08.2011 e constitui ato jurídico perfeito e, como dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que abaixo transcrevo:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.  
§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. “

Transcrevo ainda o seguinte julgado do Colendo TST:

“... AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL (OJ 84/SDII/ TST). 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 2.506/2011), 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 da regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5º, XXXVI, CF). Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR - 46140-95.2007.5.09.0091, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/11/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 25/11/2011).

Portanto, não se pode conferir efeitos retroativos à referida ao dispositivo legal para alcançar contrato de trabalho que já tenha sido extinto antes da sua vigência, como no caso em análise, sob pena de violação do ato jurídico perfeito.

Neste diapasão, somente após a vigência da regulamentação será aplicado o direito constitucional, uma vez que a regra constitucional (artigo 7º, inciso XXI, da CF) não era autoaplicável.

Deste modo, em consonância com o princípio da irretroatividade e da segurança jurídica, não se aplica a lei nova nos contratos de trabalho já ultimados. Assim, a seguinte Orientação Jurisprudencial 84 do Colendo TST que a seguir transcrevo:

“Aviso prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável.”

Contudo, tratando-se de vantagem econômica fixada por lei nova, publicada posteriormente a dispensa do recorrente, ou seja, o autor foi dispensado em 02/08/2011 e nova lei teve vigência em 13/10/2011, a proporcionalidade não pode ter efeito retroativo, em face da regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do país (CF, artigo 5.º, inciso XXXVI), portanto, não há que se falar em proporcionalidade do aviso prévio.

Assim, mantenho a r decisão de origem e dou por finda a análise recursal.

Ante o exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário do reclamante para manter incólume os termos da r. decisão de origem.

**(a) RICARDO VERTA LUDUVICE**

**Relator**

**PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO  
10ª TURMA**

**PROCESSO TRT/SP Nº 0002968-94.2011.02.0047**

**RECURSO ORDINÁRIO DA 47ª VT DE SÃO PAULO.**

**RECORRENTE: ROBSON DE SOUZA BEZERRA.**

**RECORRIDO: SCORPIOS INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA**

Inconformado com a r. sentença de fls. 70/71, cujo relatório adoto, que julgou improcedente a reclamação, recorre ordinariamente o reclamante, alegando, em suas razões de fls.73/92, que o julgado deve ser reformado para que seja aplicado o aviso prévio proporcional nos termos da Lei 12.506/2011.

Tempestividade (fls. 72).

Contrarrazões da reclamada às fls. 95/97-verso.

Sem manifestação do Ministério Público do Trabalho (portaria 03/05 da PRT/2ª Região).

É o relatório.

**VOTO**

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

**Do aviso prévio proporcional** – O reclamante sustenta, em síntese, que a r. sentença merece reforma, tendo em vista que a Lei nº 12.506/2011 deveria retroagir à data de sua demissão para que fizesse *jus* à diferença no aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e seus reflexos, reportando-se aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como aduzindo a inexistência de ato jurídico perfeito.

Não merece reforma o r. julgado de origem.

Isso porque, à época da dispensa do autor, ocorrida em 21.12.2009, inexistia norma legal obrigando o empregador a remunerar o empregado com aviso prévio superior àquele previsto na legislação obreira, de trinta dias, vez que o artigo 7º, XXI, da Constituição Federal remete o tratamento ao legislador ordinário.

A sentença de primeiro grau está perfeita em não aplicar a Lei 12.506/2011 ao caso em análise, pois esta lei que regulamentou a matéria somente passou a vigorar a partir de 13.10.2011, não alcançando situações já consolidadas anteriormente, diante do princípio da irretroatividade da lei, ou seja, não alcança o contrato de trabalho do reclamante encerrado em 21.12.2009.

Ademais, o Ministério do Trabalho editou a Circular 10- 2011 da Secretaria das Relações do Trabalho (Coordenação-Geral de Relações do Trabalho) quanto à orientação das seções de assistência e homologação de rescisões contratuais de trabalho, no sentido de que, o direito somente seria devido às rescisões ocorridas a partir de 13.10.2011, se constituindo em mais um indicativo de que o aviso prévio proporcional da Lei 12.506/2011 efetivamente só incide a partir da sua publicação.

Neste sentido já decidia o C.TST, vejamos:

“RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 297/TST. Diante da ausência de manifestação do eg. TRT quanto ao tema, e não tendo a parte oposto embargos declaratórios para esse fim, não há como ser conhecido o recurso de revista, diante dos termos da Súmula 297/TST. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4/STF. Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante nº 04/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o texto constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial - segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou

negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade - a teor da Súmula Vinculante nº 4/STF. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 3. INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. OJ 307/SBDI- 1/TST. A concessão parcial do intervalo intrajornada, ainda que com diferença mínima, confere ao empregado o direito à remuneração correspondente ao período de repouso e alimentação assegurado em sua integralidade, acrescido do adicional de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. 4. **AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL.** 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 da regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5º, XXXVI, CF). Recurso de revista não conhecido, no aspecto.” (grifos meus) (RR - 862-96.2010.5.04.0029 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 20/06/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 22/06/2012)”

Por fim, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 441, que passou a valer com a terceira publicação no DEJT em 28.09.2012, a qual traz a seguinte redação:

**“441. Aviso prévio. Proporcionalidade.** (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.”

Portanto, não há dúvidas quanto ao acerto da decisão de primeira instância, devendo ser mantida a improcedência da ação trabalhista.

**Diante do exposto, ACORDAM** os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **CONHECER** do recurso ordinário interposto pelo reclamante e, no mérito, **NEGARLHE PROVIMENTO**, mantendo integralmente a r. sentença de origem.

**PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA**

**Juiz Relator**

**PROC.TRT/SP nº 0000286-39.2012.5.02.0078**

**RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO DA 78ª VT/SÃO PAULO**

**RECORRENTE: SEBASTIÃO ANTONIO DA SILVA**

**RECORRIDA : REDECAR REDECORAÇÕES DE AUTOS LTDA.**

**ART. 7º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. LEI N.º 12.506/2011. EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO.**

A regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada (ex-Orientação Jurisprudencial n. 84 da SBDI-I do C. TST), empreendida pela Lei n. 12.506/2011, incide sobre os contratos de trabalho rescindidos a partir de sua vigência, que se deu em 13/10/2011. O pré-aviso deferido e cumprido em período anterior constitui-se em ato jurídico perfeito (arts. 5º, XXXIV, da Carta Maior e 6º da LINDB), salvaguardado pelo manto da segurança jurídica.

Aplicação da Súmula nº 441, do C. TST.

Dispensado o relatório, nos termos do art. 852-I da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.957 de 12 de janeiro de 2.000.

**V O T O**

### **1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

### **2. JUÍZO DE MÉRITO**

**2.1. ART. 7º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. LEI N.º 12.506/2011. EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO**

O aviso prévio é instituto trabalhista que prestigia a comunicação no âmbito contratual, a qual se caracteriza como dever anexo decorrente da boa-fé objetiva (art. 422, do CC).

Está regulamentado pela Consolidação de Leis Trabalhistas, expressamente imposto pela Constituição Federal de 1988, e recentemente normatizado pela Lei nº 12.506/2011, que deu plena eficácia ao mandamento constitucional.

Esta dispôs sobre os critérios para cálculo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, causando divergência doutrinária sobre sua eficácia no tempo.

Uma primeira corrente, forte na natureza de direito social fundamental do pré-aviso, que encontra previsão desde 1988, sustenta a tese de eficácia plena da norma a partir de então, observando-se apenas a prescrição.

Possui aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da CF) e eficácia contida, tendo a regulamentação servido, somente, para dispor sobre os parâmetros de delimitação.

Todavia, é insustentável essa tese, especialmente diante da orientação sedimentada no âmbito do C. TST, na SBDI-I, a qual qualifica a norma constitucional como de eficácia limitada, dependente de regulamentação infraconstitucional (ex-Orientação Jurisprudencial n. 84).

Assim, o regramento deve alcançar apenas os contratos de trabalho encerrados durante a sua vigência.

Tal entendimento salvaguarda o princípio da irretroatividade da lei nova que, por sua vez, prestigia a segurança jurídica, direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXXIV, da Carta Maior).

A nova regulamentação, assim, tem efeito imediato sobre as relações jurídicas, no caso as decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, que se formarem sob seu manto, respeitado o ato jurídico perfeito (art. 6º da LINDB).

No caso, ao final do pacto de emprego, que se deu após o cumprimento do aviso prévio, que é computado como tempo de serviço para todos os fins legais (24.06.2010, TRCT, fls. 86), a nova lei ainda não estava em vigor, o que traz à tona o debate acima narrado.

Destarte, tenho que a resolução contratual nos moldes em que efetivada configura-se como ato jurídico perfeito (art. 6º, § 1º, da LINDB), não se resignando diante dos novos mandamentos.

Destaca-se, ainda, que o reconhecimento, pelo E. STF, da omissão do Congresso Nacional nos autos dos Mandados de Injunção n.º 943, 1010, 1074 e 1090, não permite a conclusão de que a posterior atuação do órgão legislativo, ou mesmo o efeito geral e *erga omnes* da regulamentação eventualmente empreendida pela Corte Constitucional nos autos do processo judicial, seja dotada de efeito retroativo, capaz de desconstituir atos jurídicos plenamente formados.

Nesse sentido, a recente Súmula nº 441, do C. TST, in verbis:

**“441. Aviso prévio. Proporcionalidade.** (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.”

Por tais fundamentos, mantenho a r. decisão, ficando prejudicada a análise do pedido de honorários de advogado.

### 3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, ACORDAM os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **conhecer do recurso** e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo o r. julgado recorrido, nos termos do voto do Relator.

Custas de R\$ 101,93, calculadas sobre o valor da causa, de R\$ 5.096,52, que se mantém, inclusive a isenção de seu recolhimento.

**LUIZ CARLOS G. GODOI**

**Relator**

**PROCESSO TRT/SP Nº 0002732-28.2011.5.02.0085**

**RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO**

**RECORRENTE: BERNARDO BUTTURINI**

**RECORRIDO:GRUPO SEB DO BRASIL PRODUTOS DOMÉSTICOS LTDA.**

**ORIGEM: 85a VT de SÃO PAULO/SP**

**Dispensado o Relatório (artigo 895, parágrafo 1º, item IV da Consolidação das Leis do Trabalho.**

## **V O T O**

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se, o reclamante, através das razões de fls.77/95, contra a r. sentença proferida de fls. 73/5, que decretou a improcedência dos pedidos formulados. Aduz, pois, merecer reforma a decisão originária, no que tange a irretroatividade da Lei 12.506/2011, em relação ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sustentando que tem direito ao pagamento de aviso prévio proporcional, visto se tratar de direito garantido a todos os trabalhadores desde a promulgação da Carta Constitucional.

Afirma que por ser o aviso prévio de um direito fundamental tem aplicação imediata, não havendo critério discriminador entre o trabalhador demitido antes ou após o advento da referida lei. Sustenta a inexistência de ato jurídico perfeito, pois referida parcela não constou do TRCT. Portanto, não obstante a Lei 12.506/2011 tenha sido publicada aos 13/10/2011, deve atingir o contrato de trabalho do reclamante, nos termos do disposto no artigo 7º, XXIX da CF/88, ainda que tenha sido extinto antes do advento da norma.

Vejamos.

Conforme declarações iniciais, o reclamante laborou para a reclamada no período 17/11/1986 a 07/12/2010. Pleiteou a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças do aviso prévio indenizado com reflexos no FGTS com multa de 40%, 13º salário e férias mais 1/3 relativas ao mês da rescisão contratual (fls. 05/06).

Em audiência realizada às fls. 29, presentes as partes e frustrada a tentativa de conciliação proposta, o d. magistrado “a quo” designou julgamento, proferindo a sentença de improcedência, já referida, contra a qual se insurge o reclamante.

Entretanto, em que pesem os argumentos tecidos, não prospera o inconformismo do recorrente, posto que foi dispensado em aos 07/12/2010, ou seja, antes da vigência da Lei 12.506/11, não cabendo a incidência da norma em comento, por se tratar de fato anterior a sua vigência.

Frise-se que a proporcionalidade do aviso prévio, consoante o tempo de serviço, prevista pelo inciso XXI da Constituição Federal era considerada pela jurisprudência como regra jurídica sem eficácia imediata, enquanto não regulada em lei, porquanto afirmava: “XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”.

Por tal motivo, foram impetrados mandados de injunção, de competência do STF, com a finalidade de se permitir o pagamento do aviso prévio de forma proporcional (Mis 943, 1010, 1074 e 1090) e antes do julgamento dos referidos mandados injuntivos, foi publicada a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, no Diário da União de 13 de outubro de 2011, que dispôs sobre a proporcionalidade do aviso prévio, regulamentando o inciso LXXI da Constituição Federal.

A Lei nova não pode atingir fatos pretéritos já devidamente consolidados antes da sua inclusão no ordenamento jurídico.

Inteligência do Princípio da irretroatividade das leis (artigo 5º, XXXVI da CF/88 e artigo 6º da LICC).

Nesse contexto, o C.TST pacificou seu entendimento, no que tange ao preceito constitucional, como norma de eficácia limitada e somente produzindo efeitos a partir da edição da Lei regulamentadora, na forma do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDI-I:

**“AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE.** A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI da CF/1988 não é autoaplicável”.

Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

**“AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL. REGULAMENTAÇÃO. AFRONTA AO ART. 7º, XXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURADA.** Na forma da Orientação Jurisprudencial nº 84 da SBDI-1: -A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7.º, inc. XXI, da CF/1988 não é autoaplicável-. Esse entendimento permanece firme para algumas situações. De fato, conquanto tenha sido editada a Lei n.º 12.506, de 11 de outubro de 2011, regulamentando o aviso-prévio proporcional, não se pode conferir efeitos retroativos à referida espécie normativa, de forma a alcançar contrato de trabalho que já tenha sido extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. No caso dos autos, tendo sido o contrato de trabalho extinto em 07/12/2010, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n.º 12.506/2011, não há como se deferir o aviso-prévio proporcional, visto que, antes da edição da lei, havia efetivamente a omissão legislativa que impedia a aplicação imediata da norma inserta no art. 7.º, XXI, da Constituição Federal. Precedentes da Corte.

Recurso de Revista não conhecido, no tópico. (4ª Turma, RR - 95600-58.2009.5.04.0014, j. 9/5/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, DEJT 11/5/2012).”

**“AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL (OJ 84/SDI-I/TST).** 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, Lei12.506/2011), 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 da regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5º, XXXVI, CF). Recurso de revista não conhecido, no particular (6ª T., RR - 145200- 46.2007.5.12.0030, j. 23/11/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 2/12/2011).”

Portanto, em respeito ao princípio da segurança jurídica, não há como condenar o empregador ao pagamento da proporcionalidade do aviso prévio, com base em critérios que somente foram estabelecidos após a rescisão contratual do empregado. Nego provimento ao apelo.

Do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **CONHECER do recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

**CÂNDIDA ALVES LEÃO**

**Relatora**

Assim, resta claro, em vista das decisões transcritas, que o direito ao aviso prévio proporcional não retroage, com base no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e, por conseguinte, não se aplica aos contratos de trabalho extintos antes da promulgação da nova lei.

Desse modo, a Lei 12.506 de outubro de 2011 somente poderá ser aplicada aos contratos que estavam em vigor na data de sua vigência, 13 de outubro de 2011 e em contratos firmados após a mencionada data.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo revela a importância do aviso prévio e suas repercussões nas obrigações do empregado e empregador, constatando-se, que a nova Lei 12.506/2011, de 11 de outubro de 2011, regulamentando, após 23 anos, o artigo 7º da Constituição Federal, teve a finalidade de abordar os principais aspectos surgidos no que dispõe sobre o aviso prévio. A nova lei combinada com a redação do caput do art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser interpretada considerando a desigualdade em que os sujeitos do vínculo de emprego se encontram, como forma de se conseguir uma situação mais justa e igualitária, com vistas ao progresso dos direitos sociais.

Não obstante a lei trazer um texto sucinto, aos poucos as questões controvertidas relacionadas à nova lei, quanto à forma de contar o tempo de serviço, a eficácia no tempo, bem como o aviso prévio proporcional como direito apenas do empregado, estão sendo esclarecidas e reguladas, competindo, por consequência, ao Poder Judiciário dirimir as questões interpretativas decorrentes da solução de casos concretos envolvendo o aviso prévio estabelecido pela nova lei.

Portanto, devemos acompanhar a evolução da jurisprudência sobre o assunto, lembrando que através do princípio da norma mais favorável ao empregado, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço pode ser estabelecido como condição de melhoria social através de contrato individual de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, bem como regulamento de empresa.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho — Editora LTr75 – 7ª Edição – 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho – Editora LTr, 11ª Edição - 2012

JOÃO, Paulo Sergio. Código Jurídico Especial - Nova Lei do Aviso Prévio, - Editora Arte Antiga - Publicação do IBC Instituto Brasileiro de Cultura.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho – Editora Saraiva – 8ª Edição – 1989.

<http://jus.com.br/revista/texto/22698/aviso-previo-o-marco-regulatorio-de-sua-proporcionalidade>

<http://portal.mte.gov.br/portal-mte/>

<http://www.noticiasfiscais.com.br/2012/05/18/aviso-previo-proporcional-nota-tecnica-cgrtsrtmte-no-1842012/>

<http://www.sincamesp.com.br/sincamesp/Noticias/Noticia.aspx?noticia=382>

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

[www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br)