

GEISA DO NASCIMENTO VICENTE

O AVISO PRÉVIO E AS PARTICULARIDADES E OMISSÕES DA LEI Nº
12.506/2011

MONOGRAFIA: DIREITO

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO
SÃO PAULO
2013

GEISA DO NASCIMENTO VICENTE

O AVISO PRÉVIO E AS PARTICULARIDADES E OMISSÕES DA LEI Nº
12.506/2011

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção de grau de pós graduado em Direito do Trabalho, sob orientação da Prof^ª. Fabíola Marques.

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais Odilson e Vanda e irmãos
Davi e Israel, pelo eterno incentivo. Ao meu
namorado Bruno, pela paciência, confiança e
admiração.

Agradeço à Profª Fabíola Marques, pelo apoio nas pesquisas realizadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações gerais sobre o instituto do aviso prévio a suas diretrizes no ramo do Direito do Trabalho. Contudo, se concentra especificamente sobre as modificações trazidas pela Lei nº 12.506/2011, que teve como objetivo regulamentar o disposto no artigo 7º, XXI da Constituição Federal, diante da iminência de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito material do trabalho; rescisão contratual; aviso prévio; princípio da continuidade da relação de emprego; Lei nº 12. 506/2011.

ABSTRACT

The present work aims to make general remarks about the institute's notice of its policies in the field of labor law. However, focusing specifically on the changes introduced by Law No. 12.506/2011, which aimed to regulate the provisions of Article 7, XXI of the Constitution before the imminence of precedents of the Supreme Court.

KEYWORDS: Substantive law work; contract termination; notice; principle of continuity of employment; Law No. 12. 506/2011.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 NOÇÕES GERAIS DO AVISO PRÉVIO NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
1.2 Conceito e Natureza Jurídica.....	12
1.2 Aviso Prévio Fora do Direito do Trabalho.....	15
1.3 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego e a Finalidade do Aviso Prévio.....	16
2 AVISO PRÉVIO ANTERIOR A LEI Nº 12.506 DE 2011.....	18
2.1 Cabimento do Aviso Prévio.....	18
2.2 Prazos do Aviso Prévio.....	20
2.3 Formas de Aviso Prévio.....	21
2.4 Efeitos do Aviso Prévio.....	25
3 AVISO PRÉVIO E A LEI Nº 12.506 DE 2011.....	27
3.1 Evolução do aviso prévio proporcional	27
3.2 Aplicação da lei	30
3.3 Vigência	33
4 OMISSÕES DA LEI Nº 12.506 DE 2011.....	43
4.1 Bilateralidade	43
4.2 Fração igual ou superior a seis meses	45
4.3 Início da contagem	47
4.4 Redução da jornada ou dias de trabalho.....	47
4.5 Reflexo 13º salário proporcional	48
4.6 Reflexo férias proporcionais	50
4.7 Estabilidades provisórias.....	51

CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
ANEXOS.....	57
1. NOTA TÉCNICA Nº 184 DE 2012.....	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo do aviso prévio, principalmente após a Lei nº 12.506/2011, que aumenta para até 90 dias o aviso prévio que o empregador deve conceder ao empregado, em caso de dispensa sem justa causa.

A proporcionalidade do aviso prévio em razão do período trabalhado já era assegurado pela Constituição Federal desde 1988, mas dependia de regulamentação por lei ordinária posterior. Contudo, pela possibilidade da edição de tal lei ser demorada pelo Congresso Nacional, a própria Constituição assegurou a duração mínima de 30 dias, tanto para empresa que dispensa o empregado, quanto para empregados que pedem demissão.

A aprovação da lei regulamentadora foi acelerada nos últimos meses antes da sua edição, pois o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de regular a ampliação nos casos em que os empregados estavam sendo prejudicados pela omissão do legislador.

O novo texto legal, assegura o aviso prévio de 30 dias para os empregados com até um ano de serviço, acrescidos de três dias para cada ano trabalhado na mesma empresa, limitado a 60 dias (equivalente a 20 anos de trabalho), de modo que o período máximo de aviso prévio será de 90 dias.

Contudo, diante das circunstâncias que levaram a regulamentação rápida sobre o assunto, e a simplicidade dessa nova legislação, deixou a lei muito omissa de informações sobre diversos pontos práticos para aplicação ao caso concreto.

É justamente nesse ponto que o trabalho se assenta, através de um estudo sobre as omissões e a busca de soluções possíveis apontadas por legisladores e juristas renomados, além do entendimento e posicionamento pessoal.

Num primeiro momento, o trabalho traz uma visão ampla do instituto do aviso prévio, com conceitos, cabimento, aplicação e efeitos. Em seguida, aborda as questões controversas que envolvem a regulamentação a respeito da proporcionalidade trazida pela Lei nº 12.506/2011, buscando possíveis soluções para as discussões e problemas suscitados com o novo texto legal.

CAPÍTULO 1 - NOÇÕES GERAIS DO AVISO PRÉVIO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Conceito e Natureza Jurídica

O aviso prévio pode ser descrito como a comunicação que o empregado ou o empregador faz um ao outro, no sentido de que pretende rescindir o contrato de trabalho vigente entre as partes.

Ou, conforme conceitua Alice Monteiro de Barros¹: *“O aviso prévio pode ser conceituado como a comunicação que uma parte faz a outra, avisando-lhe que pretende proceder à dissolução do contrato de trabalho por prazo indeterminado.”*

Ainda, conforme o Amauri Mascaro do Nascimento²:

O aviso prévio é ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que desejar rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observada pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo.

Propriamente falando, o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal prevê direitos dos empregados rurais e urbanos, dentre eles, ao aviso prévio, a saber:

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

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

1 Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. – São Paulo, LTR, 2012, pag. 755.

2 Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª ed.– São Paulo, Saraiva, 2009.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, no plano infraconstitucional versa sobre o tema nos artigos 487 a 491, destacando, inclusive, o dever do empregado de também comunicar o empregador previamente. Vejamos:

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:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, 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. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

§ 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.

(grifos são nossos)

Ademais, cumpre-nos destacar que, no âmbito da relação de trabalho rural, o aviso prévio também está garantido no plano infraconstitucional, mais especificamente, na Lei 5.889/1973, em seu artigo 15, a saber:

Art. 15. Durante o prazo do aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho.

Por fim, ressaltamos que a Lei nº 12.506/2011 também estabelece diretrizes ao aviso prévio, mais especificamente, no que tange à proporcionalidade ressaltada na Constituição Federal.

Isto posto, temos que o aviso prévio pode ser entendido sob diversos prismas, ou seja, da mesma forma em que se trata de um dever daquele que decidiu por

fim à relação de emprego de comunicar a outra parte e cumpri-lo, por outro lado, trata-se de um direito daquele que recebe a comunicação que o aviso seja cumprido.

Assim, diante do direito do trabalho, o aviso prévio é um instituto bilateral, podendo ser concedido tanto pelo empregado como pelo empregador, dependendo de quem toma a iniciativa da ruptura do contrato. Contudo, quando é visto como a própria comunicação que uma parte faz à outra, apresenta natureza jurídica de declaração unilateral.

Destacamos apenas que tal comunicação, nesse âmbito, trata-se de comunicação unilateral, vez que não depende de aceitação da outra parte.

Ainda, o aviso prévio pode ser entendido como o prazo ou período que deve anteceder ao efetivo término do vínculo de emprego, que corresponde a no mínimo 30 dias, conforme disposto na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, para completar o caráter tríplice da sua natureza jurídica conforme Amauri Mascaro Nascimento, o aviso prévio também se resume no pagamento. Pagamento este quando não ocorre o trabalho do empregado.

1.2 Aviso Prévio Fora do Direito do Trabalho

Conforme destacado no item acima, o aviso prévio está regulamentado tanto na Constituição Federal como na Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, o aviso prévio não é instituto exclusivo do Direito do Trabalho, pois encontramos disposições sobre o aviso prévio fora do direito do trabalho.

São vários os exemplos de exigência de prévia comunicação para rescisão de contratos duradouros, espalhados pela legislação brasileira. Destacaremos aqui, dois casos em relação a sua grande importância histórica ou social.

Destacamos os contratos de prestação de serviços, vez que quando da ausência de prazo estipulado, o artigo 599 do Código Civil disciplina que qualquer das partes poderá resolvê-lo mediante aviso prévio, com determinada antecedência. Vejamos o que dispõe o artigo:

Art. 599. 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.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso:

I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;

II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena;

III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

Além desse caso destacado, podemos elencar outros casos importantes, tais como: a) artigo 720 do Código Civil – contratos de agência e distribuição, embora firmado entre duas pessoas jurídicas; e b) artigo 6º da Lei nº 8.245/1991 – contratos de locação.

Ainda, na própria justiça do trabalho, após a alteração da competência trazida pela Emenda Constitucional nº 45, temos o dever do aviso prévio nos contratos de representação comercial, com antecedência de 30 (trinta) dias, previsto no artigo 34 da Lei nº 4.886/1965, a saber:

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

1.3 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego e a Finalidade do Aviso Prévio

Nos dizeres de Gustavo Felipe Barbosa Garcia³:

O princípio da continuidade da relação de emprego tem o objetivo de preservar o contrato de trabalho, fazendo com que se presuma a ser a prazo indeterminado e se permita a contratação a prazo certo como exceção.

A importância desse 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.

Assim, temos que a necessidade do aviso prévio é inerente aos contratos de trato sucessivo, como são chamados os contratos próprios das relações continuadas. Em contratos instantâneos, como em uma simples compra, ninguém precisa comunicar sua intenção à outra parte, porque nem ao menos se espera que a situação se repita razoavelmente ou se protraia no tempo.

Isso, contudo, não deve ocorrer, nas relações de locação de imóvel, nos contratos de agência de distribuição e, no particular, nas relações de emprego, em que a continuidade é marca característica.

É desse raciocínio que nasce a indispensabilidade da prévia comunicação por parte daquele que por primeiro desejar romper a relação, a fim de que o outro possa minimamente se organizar. Sendo o empregado quem concede, o objetivo do aviso prévio é possibilitar que o empregado possa procurar novo emprego durante o tempo que antecede a cessação do vínculo de emprego. Diferentemente, se o aviso é concedido pelo

³ Garcia, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. – São Paulo, Editora Método, 2010, pag. 100.

empregado, a finalidade é fazer com que o empregador busque outro empregado para substituí-lo.

Culturalmente, essa necessidade possui diversificações, conforme doutrina Homero Batista Mateus da Silva, juiz do trabalho:

“Interessante observar que em alguns países nem ao menos existem leis sobre o aviso prévio trabalhista, porque a população culturalmente já o considera como indissociável do contrato de trabalho e entende como impensável que uma pessoa possa subitamente deixar de honrar os deveres do contrato sem dar satisfação à outra.”⁴

Vale lembrar que a Organização Internacional do Trabalho propunha a indispensabilidade do aviso prévio, como direito fundamental do trabalhador, ainda que a legislação do país não seja explícita, conforme artigo 11º da Convenção nº 158:

Seção D Prazo de Aviso Prévio

Art. 11 – O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a emprega-lo durante o prazo do aviso prévio.

⁴ Silva, Homero Baptista Mateus da. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXIII, Nº 275, Maio/2012 – São Paulo, Síntese, 2012.

CAPÍTULO 2 – AVISO PRÉVIO ANTERIOR A LEI Nº 12.506 DE 2011

2.1 Cabimento do Aviso Prévio

Primeiramente, cumpre destacar que a figura do aviso prévio só é cabível na hipótese de contrato de trabalho por prazo determinado. Não se cogita aviso prévio em contrato com prazo estipulado para terminação do vínculo de emprego ou nos casos de trabalho temporário.

O aviso prévio, como dever do empregador, aplica-se na dispensa sem justa causa e na despedida indireta, conforme disposto no artigo 487, *caput*, e §4º da Consolidação das Leis do Trabalho:

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:

§ 4º - É devido o aviso prévio na despedida indireta. (Parágrafo incluído pela Lei nº 7.108, de 5.7.1983)

(grifos são nossos)

Além disso, o aviso prévio também é devido ao empregado na cessação da atividade da empresa, conforme Súmula 44 do Supremo Tribunal Federal: “*A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio.*”

Como dever do empregado, o aviso prévio é devido pelo trabalhador no pedido de demissão, previsão esta também expressa no *caput* do artigo 487, acima descrito.

Se a causa da dissolução do contrato for a culpa recíproca, o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, como também o mesmo percentual em relação ao 13º salário e às férias proporcionais que lhe seriam devidas no

caso de despedida sem justa causa. Tal determinação é recente, em razão de alteração na Súmula 14, do Tribunal Superior do Trabalho: “*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.*”

Nos casos em que a ruptura do contrato de trabalho esteja fundada em força maior, o aviso prévio será indevido, pois a extinção do contrato nesse caso é verificada por motivo inevitável em que o empregador não concorreu direta ou indiretamente.

Fato questionável e bastante discutível gira em torno do *factum principis*, ou seja, quando a paralisação temporária ou definitiva do trabalho é motiva por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilita o prosseguimento da atividade empresarial. Parte da doutrina, e como exemplo dessa teoria destacamos o Modestino Matins Neto⁶, entende que da mesma forma que nesses casos é devida indenização de antiguidade (artigo 486 da CLT) pelo governo, o aviso prévio deveria seguir o mesmo caminho, ou seja, indenizado e a cargo do governo. Por outro lado, alguns doutrinadores, citamos aqui Alice Monteiro de Barros⁷ entendem que o *factum principis* nada mais é do que uma modalidade de força maior, indevido, portanto, o aviso prévio.

Também não há o que se falar em aviso prévio nos casos de morte do empregado ou quando da sua aposentadoria espontaneamente, vez que o contrato se rompe por circunstâncias alheias à vontade das partes.

Destacamos por fim, dois casos em que o aviso prévio também se torna indevido. Primeiramente, em relação ao artigo 483 da Consolidação das Leis do

⁶ Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. – São Paulo, LTR, 2012, pag. 757.

⁷ Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. – São Paulo, LTR, 2012, pag. 757.

Trabalho, onde o empregado é autorizado pelo legislador a suspender ou rescindir o contrato quando tiver que desempenhar obrigações legais incompatíveis com o emprego. O segundo caso decorre da autorização dada pela Consolidação das Leis do Trabalho ao responsável pelo menor em afastá-lo de emprego que diminuam o seu tempo de serviço ou afetem sua integridade física ou moral (artigo 424), vez que a dissolução do contrato ocorreu por motivo justo.

2.2 Prazos do Aviso Prévio

Independentemente da previsão constitucional sobre o aviso prévio ser tida como de eficácia limitada, ou seja, não é autoaplicável, a eficácia limitada vale apenas para a previsão específica do aviso prévio proporcional, vez que o mínimo de 30 (trinta) dias apresenta-se plenamente eficaz.

Nesse sentido, temos a Orientação Jurisprudencial 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, cancelada após a edição da Lei: *“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 auto-aplicável”*.

Assim, temos que o prazo mínimo do aviso prévio, conforme Constituição Federal e confirmado pelo artigo 487, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho, trata-se de 30 (trinta) dias.

Esse prazo, por tratar-se de termo, é regido pelo direito material na forma do artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, aplicando-se o direito comum como fonte subsidiária, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho. Por esta razão, e conforme determinação da Súmula 380, do Tribunal Superior do Trabalho, *“Aplica-se a regra prevista no "caput"”*

do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento.”

Por fim, destacamos que o prazo de 8 (oito) dias previsto no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, prazo este estipulado nos casos em que o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior, foi revogado, tacitamente, após determinação constitucional de prazo mínimo de trinta dias, em 1988, quando da edição da Constituição vigente.

Em capítulo específico, trataremos da proporcionalidade trazida pela Lei nº 12.506/2011, aumentando o prazo de aviso prévio.

2.3 Formas de Aviso Prévio

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê dois tipos de aviso prévio, indenizado ou trabalhado, classificados conforme a modalidade de cumprimento de seu prazo, mediante labor ou não, caso em que o período se torna indenizado.

Quando a dispensa é promovida pelo empregador, o aviso prévio trabalhado pode ser cumprido de duas maneiras, conforme disposto no artigo 488, da Consolidação das Leis do Trabalho:

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. (Incluído pela Lei nº 7.093, de 25.4.1983)

Ou seja, o empregado poderá optar em sair duas horas antes do fim da jornada de trabalho normal durante todo o prazo do aviso, ou pela supressão dos últimos 7 (sete) dias corrido do aviso prévio, laborando o período anterior sem a redução de duas horas.

Em se tratando de empregado rural, a Lei 5.889/1973, assegura-lhe um dia por semana para esse fim, conforme disposto no artigo 15º.

Tal redução efetiva dos dias ou da quantidade de horas diárias trabalhadas durante o aviso prévio tem como objetivo possibilitar ao empregado surpreendido com a ruptura do contrato de trabalho ajustar-se à nova situação, qual seja, procurar outro emprego.

O direito à redução da jornada ou ao desfrute de sete dias corridos, em se tratando de empregado urbano, ou de um dia, em se tratando de empregado rural, destinado à procura de novo emprego, não se aplica se o aviso prévio partir do empregado para o empregador, pois presume-se que, sendo do empregado a iniciativa da ruptura do contrato, ele já tenha um novo emprego ou ocupação.

Pela finalidade da busca para ajustar à nova situação, verifica-se que não é válida a substituição pelo empregador, das horas de redução diária pelo correspondente pagamento de duas horas extras. A própria jurisprudência já consolidou seu entendimento nesse sentido. Vejamos abaixo:

EMENTA. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - AVISO PRÉVIO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA JORNADA. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO PERÍODO QUE SE REDUZ DA JORNADA DE TRABALHO. ILEGALIDADE. SÚMULA 230 DO TST. Constatada a contrariedade à Súmula 230 do TST, impõe-se o provimento do Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

II - RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. - AVISO PRÉVIO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA JORNADA. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO PERÍODO QUE SE REDUZ DA JORNADA DE TRABALHO. ILEGALIDADE. Nos termos da Súmula 230 do TST, **-É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes** -. Recurso de Revista conhecido e provido. HORAS IN ITINERE . ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. LIMITAÇÃO. SÚMULA 333 DO TST. A decisão regional está de acordo com o art. 7º, XXVI, da Constituição da República e com a notória jurisprudência desta Corte. Não há falar em contrariedade à Súmula 90, I e II, do TST, que, aliás, não versa especificamente sobre a possibilidade de o pagamento das horas in itinere ser objeto de negociação coletiva. Recurso de Revista não conhecido. (RR 17886120105150000 1788-61.2010.5.15.0000; Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro; 8ª Turma; Julgamento:15/08/2012; Publicação: DEJT 17/08/2012)

(grifos e negritos são nossos)

Ademais, caso o empregador faça que o empregado trabalhe essas horas, deve pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado, pagamento este com caráter indenizatório, conforme disposto na Súmula 230 do Tribunal Superior do Trabalho.

Súmula nº 230 do TST. AVISO PRÉVIO. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

Conforme preceitua Maurício Godinho Delgado⁸:

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, a título de ressarcimento, indenização, à medida que um aspecto do aviso foi comprometido: o correto cumprimento de

⁸ Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. – São Paulo, LTR, 2008, pag. 1177.

seu período de labor. Contudo, os demais aspectos do pré-aviso foram já anteriormente atingidos, quais sejam, a comunicação da iniciativa resilitória do contrato, a integração contratual do período e o pagamento do respectivo prazo. Não se pode tomar a indenização devida em face de um parcial prejuízo verificado como renascimento de todo o instituto, em toda a sua complexidade.

A segunda forma de cumprir-se o aviso prévio, conforme mencionado, trata-se do aviso prévio indenizado. Essa forma de aviso consiste naquele que não é cumprido mediante trabalho do obreiro, sendo pago em espécie pelo empregador. Nestes casos, o empregador suprime a prestação de serviços pelo obreiro e o indeniza pelo tempo que trabalharia, conforme previsão do §1º do artigo 487, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 487 - § 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.

Destacamos que tal forma de aviso trata-se da forma mais comum de prestação do aviso prévio, pois evita desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação da dispensa do empregado.

Por fim, apesar de não existir uma terceira forma de cumprimento do aviso, destacamos que algumas empresas determinam que seus empregados cumpram o aviso-prévio em casa, ou seja, o pré-aviso não é laborado nem indenizado, ficando o trabalhador em sua própria residência à disposição empresarial. Tal forma possui, unicamente, a finalidade de dilatar o prazo para o pagamento rescisório. Contudo, essa prática não tem qualquer amparo legal, trata-se de nítido abuso de direito, e não deve ser aplicada, sob pena de multa administrativa e/ou reclamatória trabalhista.

Não obstante, notam-se diversos julgados em que tal prática acaba sendo aceita, ou melhor, equiparam-na à dispensa imotivada. Tal posicionamento, exige, obrigatoriamente, o pagamento do aviso-prévio indenizado. Esse entendimento foi o que

concluiu a jurisprudência ao notar a distorção jurídica do instituto, regulamentando a Orientação Jurisprudencial nº 14 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho: *“Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.”*

2.4 Efeitos do Aviso Prévio

São diversos os efeitos do instituto em questão, dentre eles importante ressaltar que o tanto o aviso indenizado quando o aviso trabalhado possuem os mesmos efeitos, ou seja, integram o contrato para todos os fins, inclusive para reajustes salariais ocorridos no decorrer desse período, tanto que a data de “baixa” a ser lançada na CTPS do trabalhador é aquela correspondente ao final do prazo do aviso prévio. Tal previsão encontra-se sedimentada na Orientação Jurisprudencial da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho nº 82: *“A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.”*

Ademais, a parcela referente a este instituto não pode ser objeto de renúncia, portanto, o pedido do obreiro de liberação do cumprimento do aviso prévio não exime o empregador ao pagamento da respectiva indenização, conforme orientação da Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho: *“O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”*

Ainda, em decorrência de disposição do artigo 489, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez concedido o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva após o transcurso do prazo, vez que não é admitida a retratação, a não se que a parte pré-avisada acate a reconsideração, ou quando a prestação de serviço persiste após expirado o prazo.

Nesse casos, o contrato continuará em vigor como se o aviso prévio não tivesse sido concedido. Vejamos a base legal:

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.

CAPÍTULO 3 - AVISO PRÉVIO E A LEI Nº 12.506 DE 2011

3.1 Evolução do aviso prévio proporcional

O artigo 7º da Constituição de 1988 se tornou conhecido por conter a lista dos direitos trabalhistas reputados como mais relevantes pelo Congresso Constituinte, o que ocasiona até hoje debates sobre a sua extensão.

Dentre esses direitos com lugar privilegiado na legislação brasileira, qual seja, no rol dos direitos e das garantias fundamentais, encontra-se o aviso prévio que, como outros, teve sua aplicabilidade muito questionada em razão da locução “na forma da lei”, mas que por fim, foi considerado como não autoaplicável, pendente até pouco tempo, de regulamentação.

É sobre essa demora e seu difícil desenrolar que iremos tratar nesse capítulo, pois como bem explicitou Homero Baptista Mateus da Silva⁹:

A sociedade habitualmente se vê refém da pauta do Congresso Nacional, capaz de vota 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 ou os demais temas anteriormente frisados (insalubridade, periculosidade, penosidade, automação, trabalho da mulher, retenção dolosa de salários e licença paternidade). A tese jurídica de que o Poder Judiciário nada pode fazer, exceto comunicar ao Poder Legislativo que a demora se tornou inconveniente, pode ter encontrado espaço nos primeiros anos após a Constituição de 1988, mas era evidente que não se sustentaria com o passar dos lustros e décadas.

⁹ Silva, Homero Baptista Mateus da. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXIII, Nº 275, Maio/2012, pág. 93.

Diante desse impasse, num primeiro momento, e o que levou ao início de toda a discussão, verifica-se a decisão proferida no Mandado de Injunção nº107, reputado como caso pragmático. Em seguida, o Mandado de Injunção nº 283/1991, em sua decisão fixou ao legislador que concretizasse a norma constitucional que até o momento estava “pendente de regulamentação”, sob pena de perdas e danos morais.

No mesmo sentido, embora avançando um pouco mais, em 1992, outro Mandado de Injunção, nº 232, decidiu que após o prazo estipulado, caso a regulamentação não fosse cumprida, o impetrante passaria a gozar de imunidade tributária, prevista no artigo 197, § 7º da Constituição.

Por fim, sobre esse prisma de prejuízos iminentes pela inércia do legislador, o Supremo Tribunal Federal apreciou os Mandados de Injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090, todos referentes ao aviso prévio.

Contudo, os quatro Mandados de Injunção acima citados tiveram seu julgamento suspenso conjuntamente pelo Supremo Federal em 22 de junho de 2011. Decisão essa do Supremo que somente ocorreu após já ter sido vitoriosa a tese de que a omissão quanto à regulamentação do aviso prévio deveria ser “suprida” na concretização do próprio julgado.

Após a suspensão, em menos de três meses a lei que define a proporcionalidade do aviso prévio foi promulgada e publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de outubro de 2011.

Contudo, antes mesmo da publicação de legislação para regulamentar a proporcionalidade do instituto em tese, normas coletivas, com base no alongavam o prazo do aviso prévio ou estabeleciam proporcionalidade, como vemos nas cláusulas das seguintes convenções coletivas abaixo:

Convenção Coletiva de Trabalho - Força Sindical - Federação dos Metalúrgicos - Sindipeças - Sindiforja – Sinpa de 2011.

Cláusula 12ª - Aviso Prévio: No caso de rescisão de contrato de trabalho, sem justa causa, por parte do empregador, o aviso prévio obedecerá aos seguintes critérios:

A) será comunicado pela empresa por escrito e contra recibo, esclarecendo se será trabalhado ou indenizado.

B) A redução de 2 horas diárias, prevista no artigo 488 da CLT, será utilizada atendendo a conveniência do empregado, no início ou no fim da jornada de trabalho, mediante opção única do empregado por um dos períodos, exercida no ato do recebimento do pré aviso.

C) Da mesma forma, o empregado poderá optar por 1 dia livre por semana ou sete dias corridos durante o período.

D) Caso o empregado seja impedido pela empresa de prestar sua atividade profissional durante o aviso prévio, ficará ele desobrigado de comparecer a empresa, fazendo jus a remuneração integral.

E) Ao empregado que no curso do aviso prévio trabalhado, solicitar ao empregador, por escrito, fica garantido seu imediato desligamento do emprego e anotação da respectiva baixa na sua CTPS. Neste caso, a empresa está obrigada em relação a essa parcela, a pagar apenas os dias efetivamente trabalhados, sem prejuízo das duas horas diárias previstas no artigo 488 da CLT, proporcionais ao período não trabalhado, ou eventual opção conforme letra "B" desta cláusula.

F) Ao empregado com 45 anos de idade ou mais, fica garantido um aviso prévio de 50 dias, acrescidos de mais um dia por ano ou fração superior a 6 meses, de idade acima de 45 anos, sem prejuízo, quando for o caso, das garantias estabelecidas nas letras A e B supra.

G) No caso do aviso prévio trabalhado o empregado abrangido pelas disposições da letra "F" supra, deverá cumprir apenas 20 dias de aviso prévio, sendo indenizado pelo que exceder.

H) O disposto nesta cláusula não se acumulará com os dispositivos da lei 12506/11, que regulamentou o inciso XXI, artigo 7º da CF. Serão aplicados exclusivamente os dispositivos mais favoráveis ao empregado.

I) O aviso prévio trabalhado não poderá ter seu início no último dia útil da semana. Os direitos previstos nos itens "F" e "G" desta cláusula, não se aplicam ao empregado admitido a partir de 1º de janeiro de 1999.

(grifos são nossos)

Dessa forma, vê-se claramente que até mesmo os Sindicatos tentavam suprir a lacuna da lei, estipulando aviso prévio superior ao de 30 dias, ou seja, mais benéfico ao empregado e, portanto, regular, vez que as normas coletivas podem dispor sobre questões não abrangidas pela lei, desde que não prejudicial aos empregados.

Os acordos ou convenções coletivas, por serem considerados como fonte do direito, tem força entre as partes envolvidas, razão pela qual a empresa está obrigada ao cumprimento literal de suas disposições.

Questão que se fez presente quando da regulamentação da proporcionalidade foi a respeito de qual norma iria prevalecer: norma coletiva ou lei. De acordo com o entendimento divulgado pelo Ministério do Trabalho, por meio da Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE¹⁰, aprovada em maio de 2012, 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 12.506/2011. Assim, aplica-se a mais benéfica.

Por esta razão, conseguimos identificar na cláusula acima citada a própria menção dos sindicatos sobre qual regra deverá prevalecer, visto que tal convenção se atualizou com a legislação do aviso prévio proporcional, não retirando sua cláusula antiga a respeito do alargamento do instituto em alguns casos.

3.2 Aplicação da lei

O aviso prévio proporcional foi consagrado pela Constituição Federal desde 1988, contudo, apenas 23 anos depois foi regulamentado pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011.

¹⁰ <http://portal.mte.gov.br/legislacao/2012-5.htm>

Abaixo, segue transcrição literal do texto legal:

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.

Dessa forma, percebe-se claramente que mesmo após 23 anos de espera, a legislação que regulamenta não teve o cuidado em estabelecer regras e propósitos para aplicação, visto a lei possui apenas dois artigos.

Por esta razão, a referida lei é omissa em vários pontos, que gera enorme discussão e insegurança por parte de empregados e empregadores.

O artigo primeiro da lei define que o aviso-prévio será de 30 dias aos empregados que contém até um ano de serviço na mesma empresa, conforme já dispunha a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho, sem nenhuma novidade.

Contudo, ao se analisar o parágrafo único, que traz de fato a tão esperada proporcionalidade do aviso prévio, nos deparamos com diversos problemas, por ser a lei muito sucinta.

Nos termos da nova lei, conforme disposto acima, os empregados que tiverem mais de um ano de serviço prestado na mesma empresa, terão acrescidos três dias por ano de serviço prestado ao aviso-prévio previsto no caput do artigo, sendo tal acréscimo limitado em noventa dias.

Assim, temos que o máximo do aviso prévio proporcional será de 60 dias, ou 90, contando o prazo mínimo de 30 dias.

Contudo, a nova lei para por aí, deixando dúvidas quanto aos reflexos de sua aplicação.

Dentre elas destacamos a respeito da dúvida em relação aos sujeitos do direito, ou seja, se devemos entender que o aviso-prévio continua sendo bilateral: deve ser dado pelo empregador ao empregado e também pelo empregado ao empregador.

Ou ainda, em relação à projeção, o aviso-prévio proporcional, quando indenizado, deverá ou não seguir os padrões do atual, projetando o seu período nos cálculos rescisórios, o que aumentará consideravelmente o valor da rescisão?

Ademais, como fica a redução da jornada de trabalho ou dos dias de trabalho durante o aviso-prévio? O período de trabalho considerado para a projeção deve computar períodos de afastamento, como no caso de auxílio doença comum?

Analisaremos no próximo capítulo tais questões mais detalhadamente. Contudo, sabemos que tais temas serão analisados e pacificados pela jurisprudência, pois é certo que os Tribunais de todo o país receberão diversas causas sobre o controverso aviso-prévio proporcional.

Contudo, a verdade é que a nova lei trouxe duas possibilidades ao trabalhador. A primeira se resume em uma segurança e estabilidade no emprego, pois a dispensa do trabalhador se tornará muito mais cara.

Por outro lado, o risco de rescisões com valores mais elevados pode fazer com que aumente a rotatividade de empregados nas empresas, aumentando, assim, o número de demissões. Além do fato do aviso proporcional ser extremamente prejudicial ao trabalhador em casos de pedidos de demissão.

É preciso aguardar a aplicação da nova lei no país afora para avaliarmos com precisão qual será a sua repercussão, bem como o posicionamento do Poder Judiciário em relação às demandas que serão propostas por trabalhadores que se sintam lesados na aplicação do novo instituto.

3.3 Vigência

Dentre os problemas destacados no item anterior a respeito da aplicabilidade da lei que trata do aviso-prévio proporcional, destacamos a questão da retroatividade da lei, retroatividade esta no que tange às demissões anteriores à lei.

A dúvida suscitada sobre a vigência da lei está sendo aventada pelas Centras Sindicais e referem-se a possibilidade de que a lei retroaja por analogia ao princípio da *"actio nata"* previsto na Orientação Jurisprudencial 344 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aplicável em relação ao pleito de diferenças de FGTS, a saber: *“O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.01, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada.”*

Assim, defendem que o direito ao aviso prévio proporcional foi instituído pela Constituição Federal em 1988, sendo certo que a regulamentação posterior não retira a eficácia da norma constitucional.

Contudo, entendemos que às rescisões estão protegidas pelo ato jurídico perfeito, previsto na própria Constituição Federal, portanto, não podem ser discutidas, saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, o aviso prévio proporcional não retroage à data da promulgação da Constituição.

Nesse sentido, a Terceira Turma do TRT-10ª Região indeferiu a aplicação retroativa do aviso prévio proporcional, previsto na Lei nº 12.506/2011, à data da promulgação da Constituição Federal. Tal pedido foi formulado pelo Sindicato Nacional dos Aeroviários em favor dos trabalhadores da American Airlines dispensados sem justa causa a partir de 05/10/1988, quando a Constituição Federal foi editada.

Transcrevemos abaixo do despacho que proferiu a referida decisão, pois contem diversas decisões que também fundamentam a não retroatividade:

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO - PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.506/2011 - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 84 DA SBDI-1 DO TST. A Eg. 3ª Turma desta Corte negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, consignando na ementa a síntese do julgado:

"AVISO PRÉVIO. LEI Nº 12.506/2011. APLICAÇÃO RETROATIVA À 05/10/1988 (PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). IMPOSSIBILIDADE. A Lei que regulamentou a concessão do aviso prévio proporcional previsto na Constituição de 1988 somente foi publicada em 13.10.2011. Entretanto, ao contrário do defendido pelo Sindicato Autor, não há se falar em retroatividade dos efeitos da Lei nº 12.506/2011 à data da promulgação da Constituição Federal. Somente com a edição da referida Lei, de fato, houve a completa produção dos efeitos do dispositivo constitucional que prevê o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Assim, não há como imputar à Reclamada

obrigação de proceder ao pagamento do aviso prévio proporcional previsto na Lei nº 12.506/2011, a contar de 05/10/1988 (promulgação da Constituição Federal), simplesmente porque não havia norma integrativa para completa produção dos efeitos da norma constitucional." (fls. 253v.). Em suas razões recursais, insiste o sindicato reclamante na tese de que o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser reconhecido para o período anterior à vigência da Lei nº 12.506/2011, por analogia ao princípio da "actio nata" previsto na Orientação Jurisprudencial 344 da SBDI-1 do TST, uma vez que o direito foi instituído pelo art. 7º, XXI, da CF, sendo certo que a regulamentação posterior não retira a eficácia da norma constitucional. Salienta que a lei antes referida é fruto do projeto de lei que se iniciou em 1989, o que demonstra a total omissão do Poder Legislativo, com prejuízo para a classe trabalhadora. Postula, com base na violação dos preceitos acima elencados, a reforma do acórdão regional, "para reconhecer o direito de todos os trabalhadores demitidos sem justa causa desde 05/08/1988 até a data de propositura da presente ação ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, conforme estabelecem o art. 7º, XXI, da CF e a Lei nº 12.506/2011". Em que pesem os respeitáveis argumentos do recorrente, seu apelo tropeça no óbice da Súmula 333/TST, tendo em vista que a decisão regional guarda estrita sintonia com a OJSBDI-1 84 do TST, segundo a qual: "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 auto-aplicável." Assim, entendendo o TST, órgão judicial pacificador da jurisprudência dos tribunais pátrios, que o art. 7º, XXI, da CF não é preceito auto-aplicável, mas sim norma jurídica dependente de legislação regulamentadora (sobrevinda com a Lei nº 10.506/2011), impõe-se afastar as alegações do recorrente, por óbice da Súmula 333/TST. Nesse sentido, oportuno trazer à colação os seguintes precedentes do TST:

"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." (Processo: RR - 862-96.2010.5.04.0029 Data de Julgamento: 20/06/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2012).

"AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. REGULAMENTAÇÃO. AFRONTA AO ART. 7.º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURADA. Na forma da Orientação Jurisprudencial n.º 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 auto-aplicável-. 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 20/2/2009, 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." (Processo: RR - 95600-58.2009.5.04.0014 Data de Julgamento: 09/05/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2012).

"PROPORCIONALIDADE DO AVISO PRÉVIO COM BASE NO TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 84 DA SBDI-1 DO TST. O Regional, ao condenar a Reclamada ao pagamento de aviso prévio proporcional, na ausência de lei que regulamentasse tal instituto, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal, decidiu em desarmonia com o entendimento desta Corte, sedimentado na Orientação Jurisprudencial 84 da SBDI-1. Registre-se, porque oportuno que, em 11 de outubro de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.506/2011, a qual, suprimindo omissão legislativa, disciplina o aviso prévio de que trata o Capítulo VI do Título IV da CLT, atendendo, assim, à disposição expressa no artigo 7º, XXI, da Constituição Federal, quanto ao direito à proporcionalidade. Entretanto, não há como se aplicar ao presente caso as disposições legais contidas no referido diploma

legal, diante do princípio da irretroatividade das leis, albergado pelo nosso ordenamento jurídico, em respeito ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e à coisa julgada, conforme previsão expressa do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido." (Processo: RR - 160100-38.2005.5.04.0382 Data de Julgamento: 14/12/2011, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011).

"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 12.506/2011supriu 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 12.506/2011não 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." (Processo: RR - 145200-46.2007.5.12.0030 Data de Julgamento: 23/11/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/12/2011).

Registre-se, por fim, que a OJSBDI-1 344 do TST não pode ser tida por contrariada, tendo em vista que essa jurisprudência não diz respeito à discussão dos autos, daí a sua impertinência ao caso em exame. CONCLUSÃO Ante o exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista. Publique-se. Brasília, 24 de julho de 2012 (3ª-feira).

(Processo: RR - 1677-18.2011.5.10.0021. Data de julgamento: 14/08/2012, Relator Desembargador: José Leone Cordeiro Leite, 3ª Turma. Data da publicação: DEJT 14/08/2012).

(grifos são nossos)

Na decisão, a Turma fundamentou no sentido da impossibilidade de aplicação retroativa do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tendo em vista o princípio da irretroatividade das leis, disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, acima transcrito. Além disso, trata-se de cláusula pétrea da Constituição, ou seja, imutável, assegurando aos cidadãos a impossibilidade de uma lei alterar situações consolidadas antes de sua entrada em vigor.

José Leone, desembargador do trabalho relator no processo, defendeu em seu voto que não há como retroagir o aviso prévio proporcional, previsto na Constituição Federal, em razão da Lei nº 12.506/2011 que o regulamenta ter sido publicada em 13/10/2011, tornando-o exigível somente a partir de tal data: *“Como não havia norma integrativa para a completa produção dos efeitos da norma constitucional, não se pode imputar à American Airlines obrigação de proceder ao pagamento do aviso prévio proporcional a contar da promulgação da Constituição”*, ressaltou o magistrado.

Ainda, o relator reconheceu a competência da Vara do Trabalho de Brasília/DF e do TRT-10ª Região para julgar a ação e determinou que a abrangência da decisão judicial fosse de âmbito nacional, com exceção dos Estados de São Paulo, Amazonas, Pernambuco e Rio Grande do Sul, e do Município do Rio de Janeiro, porque não são representados pelo Sindicato Nacional dos Aeroviários.

Não obstante à decisão, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, que tratava do aviso prévio proporcional. O texto da Orientação Jurisprudência 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.

Assim, com o advento da lei, o enunciado da Orientação Jurisprudencial foi superado pela ordem jurídica, tornando-se sem sentido a manutenção do texto. .

O cancelamento da Orientação Jurisprudencial 84 foi proposto pelo ministro Augusto César com apoio da Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio¹².

Após, o Tribunal concluiu-se pela explicitação de que o direito ao aviso prévio proporcional não retroage, aprovando, então, a súmula 441, 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.

Assim, o dia 13 de outubro de 2011 é o marco decisivo para a aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Todavia, encontramos algumas dúvidas ainda a respeito dos contratos rescindidos antes do dia 13, mas com efeitos ainda pendentes, como o aviso prévio em cumprimento ou o aviso prévio indenizado em meados de setembro de 2011 com a projeção para outubro de 2011.

Aplicando-se os conceitos simples da boa-fé objetiva e do ato jurídico perfeito acima citado, é seguro afirmar que o dia da comunicação da rescisão é o determinante para nortear, pois se trata da data em que o trabalhador passa a ter seu direito adquirido ao recebimento das verbas rescisórias em geral e do aviso prévio, conforme a legislação vigente para aquele dia, ainda que o efetivo pagamento seja feito semanas após e ainda que uma lei superveniente venha a alterar a forma de cálculo.

Contudo, a jurisprudência parece que não irá caminhar nesse sentido quando destas questões, pois em diversos casos análogos, tais como a ampliação da indenização sobre o fundo de garantia, acréscimo de um terço das férias, etc, prevaleceu

¹² Silva, Homero Baptista Mateus da. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXIII, Nº 275, Maio/2012, pág. 94.

o entendimento de que a data do pagamento é mandatória, e não a data da ciência de que o ato será praticado.

Como suporte a esse entendimento, destacamos sobre a assinatura de termos de rescisão complementar quando a norma coletiva divulga o reajuste salarial depois do prazo máximo de que o empregador tinha para quitação das verbas rescisórias, mas ainda dentro do prazo de trinta dias do aviso prévio indenizado.

EMENTA - DEMISSÃO NO TRINTÍDIO QUE ANTECEDE A DATA-BASE. 1 - O aviso prévio, ainda que indenizado, se projeta no tempo de serviço para efeitos patrimoniais, inclusive para a fixação do trintídio que antecedeu a data-base da categoria, com vista à apuração da pertinência da indenização adicional prevista nas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 28.10.1998. À hipótese são aplicáveis as Súmulas 182 e 314 do TST. 2 - Intervalo entre jornadas de trabalho. O não-cumprimento do intervalo mínimo de 11 horas entre as jornadas de trabalho previsto no art. 66 da CLT redundando no pagamento de horas extras. Nesse sentido a iterativa e atual jurisprudência do TST. (PROCESSO Nº: 00990-2004-059-02-00-0 ANO: 2006 TURMA: 10ª. RELATOR(A): JOSÉ RUFFOLO. DATA DE JULGAMENTO: 20/03/2007).

EMENTA - AVISO PRÉVIO ESPECIAL - BASE DE CÁLCULO - Deve ser utilizado o mesmo critério adotado para pagamento do aviso prévio legal. Multa de 40% FGTS - Aposentadoria - Não incidência no período anterior - OJ 177. Reajuste Salarial - Data-base - Direito adquirido - Parcelamento do índice por decisão do C. TST - Dispensa do reclamante anterior às datas estipuladas para pagamento das 2ª e 3ª parcelas - Diferenças devidas - Recurso parcialmente provido para esse fim. (PROCESSO Nº: 02391-2005-057-02-00-0 ANO: 2006 TURMA: 12ª. RELATOR(A): SONIA MARIA PRINCE FRANZINI. DATA DE PUBLICAÇÃO: 12/01/2007).

RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO ADICIONAL PREVISTA NO ART. 9º DAS LEIS 6.708/79 E 7.238/84 - PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO NO TEMPO - EXTINÇÃO DO PACTO LABORAL APÓS A DATA-BASE DA CATEGORIA - PARCELA INDEVIDA.

1. A indenização adicional prevista no art. 9º das Leis 6.708/79 e 7.238/84 confere ao empregado o direito ao recebimento de um

salário mensal no caso de demissão sem justa causa no período de 30 dias que anteceder a data de sua correção salarial.

2. O entendimento desta Corte Superior consubstanciado nas Súmulas 182 e 314 é de que o aviso prévio, mesmo indenizado, integra o tempo de serviço para todos os efeitos, de maneira que, se a rescisão contratual somente se efetivou após a data-base da categoria, em virtude da projeção do aviso prévio no tempo, não é devida a indenização adicional.

3. Assim sendo, a decisão proferida pela Corte de origem, que entendeu ser devida a indenização do art. 9º das Leis 6.708/79 e 7.238/84, merece reforma, a fim de se adequar à jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho.

Recurso de revista provido. (Processo: RR 1680000420085160004 168000-04.2008.5.16.0004. Relator(a): Ives Gandra Martins Filho; 7ª Turma Publicação: DEJT 15/02/2013).

Não obstante a toda a discussão, recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras para o pagamento de aviso prévio para trabalhador demitido sem justa causa podem ser aplicadas a pessoas demitidas antes da vigência da lei específica, de outubro de 2011. A decisão, no entanto, vale apenas aos trabalhadores que entraram com ação na Corte antes desta data.

Abaixo segue trecho de decisão corroborando o entendimentos acima, ressaltando que não se trata de aplicação retroativa da lei, mas apenas a aplicação ao caso concreto que já estava sendo discutido, buscando a efetiva “legislação” da omissão a respeito do direito constitucional ao aviso prévio proporcional.

Em 13 de outubro de 2011, vinte e três anos após a promulgação da Constituição da República, entrou em vigor a Lei nº 12.506/2011, que dispõe sobre o aviso prévio, nos seguintes termos:

(...)

Ao apreciar o mandado de injunção nº 943/DF, o Plenário do STF, à unanimidade, firmou o entendimento de que aplicável a regra prevista na Lei nº 12.506/2011 aos mandados de injunção ajuizados nesta Corte anteriormente à sua vigência, nos quais impugnada a ausência de norma regulamentadora do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, assegurado no art. 7º, XXI, da Lei Maior.

Na mesma linha foram decididos o MI 1010/DF, o MI 1074/DF e o MI 1090/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Não se cuida, in casu, de aplicação retroativa da lei editada em 2011, mas tão-somente da adoção dos parâmetros nela estabelecidos para concretizar, pela via da integração judicial, o exercício de direito cuja existência e exigibilidade precedem a sua vigência, uma vez assegurado desde 1988 no texto da Carta da República, e não obstante amesquinçado pela omissão legislativa.

Ao conceder o mandado de injunção, deve o Poder Judiciário viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontre obstado ante a falta de norma regulamentadora. Segundo a autorizada liça de Calmon de Passos, ainda, o mandado de injunção "não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso." (Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data : Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-9, destaquei).

Não cabe, nessa linha, a esta Corte, em sede de mandado de injunção, substituir-se à autoridade competente para aferir concretamente o preenchimento do requisitos legais para o exercício do direito ao aviso prévio com duração superior ao mínimo

constitucional de trinta dias, senão possibilitar-lhe o exercício mediante a definição de norma aplicável ao caso concreto.

Destaco, por fim, que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em 06.2.2013, resolvendo questão de ordem no julgamento do MI 943/DF (Relator Ministro Gilmar Mendes), autorizou fossem os casos idênticos decididos monocrática e definitivamente.

4. Ante o exposto, reconhecida a omissão legislativa no que pertine à regulamentação do direito – constitucionalmente assegurado – dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, concedo a ordem injuncional para determinar a aplicação dos parâmetros estabelecidos na Lei nº 12.506/2011 ao caso concreto.

(Processo: MI 947 / DF – Distrito Federal. Data de julgamento: 07/03/2013, Relator (a): Ministra Rosa Weber. Data da publicação: DJe 26/02/2013).

(grifos são nossos)

CAPÍTULO 4 – OMISSÕES DA LEI Nº 12.506 DE 2011

4.1 Bilateralidade

Quando da publicação da Lei 12.506/2011, muito se discutiu a respeito da sua bilateralidade, ou seja, vale para o empregado nos casos e para o empregador.

Analisando a própria finalidade do aviso prévio, temos que trata-se de instituto para viabilizar a recolocação de empregados demitidos e para preenchimento das vagas abertas na empresa.

Admite-se ainda, a premissa de que a dificuldade de suportar um ou dois meses de desemprego, sem fonte de renda, seja maior do que a dificuldade de um empreendimento suportar dois meses com vaga ociosa. Esse raciocínio é necessário para verificar que o próprio artigo constitucional previu o direito ao empregado e não do empregador, de receber o aviso prévio proporcional.

Tendo em vista possíveis conflitos de entendimento, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou a Circular nº 10/2011, com o fito de orientar as Superintendências quanto aos procedimentos a serem adotados em relação à Lei 12.506/2011. Dentre eles, ressaltou que *“nessa seara, salvo melhor juízo, não é possível a aplicação da proporcionalidade também em prol do empregador.”* Argumenta a Circular que o intuito da citada lei é regular o artigo 7º da Carta Constitucional de 1988, o qual é voltado estritamente em benefício dos trabalhadores e não ao empregador.

Nesse sentido, a Circular foi ratificada pela Nota Técnica nº 184/2012, emitida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, fundamentando o entendimento de que o aviso prévio proporcional tem aplicação exclusiva em prol do trabalhador.

Ou seja, somente o trabalhador pode se valer do benefício: passado o 1º ano de trabalho, a partir dos anos que seguirem, ter o acréscimo no aviso prévio de 3 dias por ano de serviço na mesma empresa, limitados a 60 dias, sendo o total de 90 dias. Sendo assim, se o empregador quiser rescindir o contrato, sem justa causa, terá que observar tal disposto e conceder o aviso prévio dentro do prazo estipulado a fim de se proteger o empregado, já que vislumbramos ser este o intuito da referida norma.

Contudo, se o trabalhador quiser rescindir o contrato, não estará obrigado a respeitar o mesmo prazo, ou seja, acréscimo do aviso prévio, de modo a seguir somente o disposto no artigo 487, II da CLT, concedendo o aviso no prazo de 30 dias. Desta forma, tal acréscimo não seria aplicável em benefício do empregador, caso o empregado solicite a respectiva demissão.

Destacamos que este assunto se refere a tema recente o qual possui diversas discussões sobre a abrangência de tal acréscimo do aviso prévio, não se encontrando pacificado nas discussões jurídicas.

Assim, o acréscimo ao prazo do aviso prévio seria aplicável somente aos casos de rescisão do contrato de trabalho motivada pelo empregador, assim, caso o empregado solicite demissão não terá direito a aviso prévio superior ao prazo de 30 dias.

4.2 Fração igual ou superior a seis meses

A lei nº 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional, é omissa sobre o destino a ser dado quanto a períodos incompletos do ano.

Contudo, o conceito de ano é simples e está bastante arraigado na legislação brasileira. Nesse sentido, citamos abaixo o disposto na Lei nº 810/1949, que define o ano civil:

LEI Nº 810, DE 6 DE SETEMBRO DE 1949.

Art. 1º Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

Art. 2º Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte.

Art. 3º Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Assim, o ano de trabalho deve computar o período que vai do dia da admissão do trabalhador, até o mesmo dia do ano seguinte, ainda que bissexto. Sendo que para os casos em que o trabalhador foi contratado justamente no dia 29 de fevereiro, o conceito do ano se protraí para o dia imediatamente seguinte.

No que tange às frações residuais, temos a melhor solução seria a utilização do bom senso, ou seja, inutilizar pedaços pequenos e aproveitar pedaços mais expressivos. Nesse sentido, temos diversos artigos que autorizam tal interpretação e utilização no direito do trabalho, dentre eles, destacamos lei do décimo terceiro (Lei nº 4.090/1962) e no regime de férias (artigos 129 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho), no que diz respeito ao mês e à fração igual ou superior a quinze dias.

Dessa forma, temos a que a utilização da fração semestral seria simples no caso em questão. Contudo, memorando interno do Ministério do Trabalho e Emprego adota a tese gramatical e não vê espaço para considerar a fração inferior a um ano, a saber:

NOTA TÉCNICA CGRT/SRT/MTE Nº 184 DE 2012

(...)

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;

Particularmente, desprezamos tal entendimento, vez que o empregado que laborou durante um ano e onze meses, por exemplo, não terá direito à parcela referente aos três dias proporcionais desse “quase” segundo ano completo de trabalho, o que não nos parece nem um pouco justificável.

Corroborando com nosso entendimento, segure abaixo parte da decisão que julgou o aviso prévio proporcional, sendo que o pedido foi anterior à edição da Lei, mas com base na disposição da proporção estabelecida em Convenção Coletiva. No caso, consideraram para o computo dos dias proporcionais, fração igual ou superior a 6 (seis) meses. Vejamos:

"(...) por maioria, vencido parcialmente o Exmo. Juiz José Carlos Miranda, dar provimento parcial ao recurso adesivo do reclamante para acrescer à condenação, (...), e aviso prévio proporcional de cinco dias por ano ou fração igual ou superior a seis meses de serviço na mesma empresa (...)" (Processo: RO/RA nº 93.005511-0; Acórdão da 3ª Turma; TRT da 4ª Região)

"AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. Por integração analógica ao que vem sendo concedido em sentenças normativas, os empregados fazem jus ao aviso prévio de trinta dias, acrescido de cinco dias por ano ou fração igual ou superior a seis meses de tempo de serviço." (Processo: REO RO 354/91; TRT da 4ª Região; Data da publicação. DOE de 16.11.93).

Contudo, cabe esclarecer que a aplicação da matéria é controvertida, visto que a referida Lei não estabeleceu expressamente como deverá ser efetuada a contagem dos anos incompletos de serviço.

4.3 Início da contagem

A grande novidade da Lei 12.506/2011 reside em seu parágrafo primeiro, ao estabelecer a proporcionalidade, acrescentando três dias por ano de serviço na mesma empresa.

Diante desse acréscimo, diversas interpretações surgiram a respeito do termo inicial a ser utilizado para a contagem.

Num primeiro momento, concluiu-se que o primeiro ano era excluído da contagem. A princípio tal entendimento estaria correto, vez que caso o legislador quisesse que logo no primeiro ano o empregado já tivesse 33 dias de aviso prévio, não estabeleceria no caput o aviso prévio básico de trinta dias.

Contudo, a Nota Técnica CGRT/SRT/TEM nº 184/2012 retificou esse entendimento, estabelecendo que:

(...) 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.

4.4 Redução da jornada ou dias de trabalho

Tratando-se de aviso-prévio trabalhado concedido pelo empregador ao empregado, a jornada normal de trabalho deverá ter redução de 2 (duas) horas por dia, sem prejuízo do salário integral.

Todavia, conforme explicado anteriormente, é faculdade do empregado, em lugar da redução de 2 (duas) horas, deixar de trabalhar 7 (sete) dias corridos durante o prazo de aviso-prévio, sem prejuízo do salário integral.

Ademais, quando o trabalhador pedir demissão sem justo motivo, entende-se que este empregado não fará jus à redução da jornada de trabalho.

A questão aqui é saber se esse “tempo” de redução também se torna proporcional em razão da proporcionalidade trazida com a publicação da Lei nº 12.506/2011 do instituto em tese.

A princípio, não houve qualquer alteração relacionada à redução da jornada de trabalho do empregado demitido sem justa causa. Inclusive, o Ministério do Trabalho e do Emprego ratifica esta informação, por meio da Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE, a saber: “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;”

4.5 Reflexo 13º salário proporcional

O décimo terceiro salário, também chamado de gratificação natalina, é o pagamento devido por todo empregador aos seus empregados no mês de dezembro de cada ano, sendo devido na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês trabalhado, devendo ser pago com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.

Tal instituto encontra previsão constitucional, no artigo 7º, inciso VIII: “*décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.*”

Ademais, a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será devida como mês integral para computo dos meses que o empregado terá direito a receber a receber proporcionalmente, qual seja: extinção dos contratos a prazo, cessação da relação de emprego resultante de aposentadoria e dispensa sem justa causa. Nesse sentido dispõe o artigo 1º da Lei 4.090/1962, transcrito abaixo:

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

Ainda, temos que nos casos de culpa recíproca, o empregado terá direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do décimo terceiro salário, conforme disposição da Súmula 14 do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, temos que por ser o período de aviso prévio contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, para fins de décimo terceiro salário, será considerado como mais um doze avos na liquidação das verbas rescisórias.

Nesse ponto, devemos levar em consideração as questões trazidas pela Lei nº 12.506/2011, que aumentou proporcionalmente o período do aviso prévio.

Sobre essa questão, a própria Nota Técnica emitida pelo Ministério do Trabalho, citada diversas vezes no texto, dispõe que “*a projeção do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins legais;*”, ou seja, nesses casos, deverão ser computados os dias proporcionais do aviso prévio na contagem do décimo terceiro salário.

4.6 Reflexo férias proporcionais

Férias, nos dizeres de Gustavo Felipe Barbosa Garcia: “*As férias possuem o evidente objetivo de proporcionar período mais extenso de descanso ao empregado, de modo a evitar problemas de saúde decorrentes do cansaço excessivo.*”¹³

13 Garcia, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. – São Paulo, Editora Método, 2010, pag. 903.

Ocorrendo a terminação do contrato de trabalho, as férias adquiridas, mas ainda não gozadas, são sempre devidas na forma indenizada, com o acréscimo constitucional de 1/3 (um terço), independentemente do motivo do término do vínculo de emprego.

Para o cálculo das férias proporcionais, utiliza-se o critério previsto no artigo 146, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber:

Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

(grifos são nossos)

Assim, temos que as férias proporcionais são devidas na razão de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 dias.

Ainda, cabe lembrar que, existindo aviso prévio indenizado, como este sempre integra o tempo de serviço, conforme disposição do já citado artigo 487, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho, deve-se computá-lo para efeito do cálculo (projeção) de férias devidas na rescisão contratual.

No mesmo sentido disposto no item anterior a respeito do décimo terceiro salário, a publicação da Lei nº 12.506/2011 gerou algumas dúvidas referentes às férias proporcionais, pagas na rescisão.

Temos que o entendimento já ressaltado por Memorando Técnico do Ministério do Trabalho é de que o aviso prévio proporcional, também integrará como tempo de serviço para todos os fins legais, como já era o aviso prévio.

Dessa forma, atemos que o dias proporcionais referentes a nova legislação que trata do aviso prévio, devem ser utilizados para contagem das férias proporcionais devidas nas rescisões contratuais posteriores à vigência da Lei.

4.7 Estabilidades provisórias

A estabilidade provisória trata-se do direito que o empregado tem de continuar laborando, mesmo contra a vontade do empregador, nos casos de gravidez, acidente, eleição para CIPA, dirigente sindical, membro do conselho curador do FGTS, membro do conselho nacional da Previdência Social e diretor de cooperativa, vez que o prazo do aviso prévio deve integrar o contrato de trabalho para todos os efeitos legais.

Assim, caso o empregado esteja em gozo de estabilidade provisória, o empregador deverá esperar escoar esse prazo para só então conceder o aviso prévio, conforme determinação da Súmula nº 348 do Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, quanto à ocorrência de estabilidade provisória no curso do aviso prévio, não é pacífico o entendimento no sentido de ser ou não devido o direito à garantia de emprego pela inexistência de legislação específica a respeito. Conforme ressalta Alice Monteiro de Barros:

Se, entretanto, o fato gerador da estabilidade provisória, como por exemplo, o registro da candidatura de um dirigente sindical ou a confirmação da gravidez da empregada, ocorrer no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a jurisprudência preponderante do Tribunal Superior do Trabalho denega a garantia de emprego,

*ao argumento de que o aviso prévio já se encontra sujeito a um termo.*¹⁴

Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência por meio da Súmula nº 369, inciso V, do Tribunal Superior do Trabalho: “V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Contudo, há entendimento no sentido de que a estabilidade em razão da gravidez deve-se manter, tendo em vista que, mesmo após o aviso prévio, se confirmar a gravidez o aviso deverá ser cancelado. É o que se verifica na decisão abaixo:

Gestante. Estabilidade provisória. Conhecimento da gestação. Desnecessidade. Aviso Prévio. O legislador constituinte não condicionou a estabilidade provisória ao fato de o empregador, ou mesmo a empregada, conhecer o estado gravídico no momento da rescisão contratual, pois, no que diz respeito à garantia de emprego da gestante, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva patronal. Nesse sentido, é que a confirmação da gravidez, a que se refere o dispositivo constitucional, art. 10, II, b, ADCT, é de ser compreendida como a confirmação da concepção no curso do contrato. Nesses termos, ocorrendo a gestação durante o contrato de emprego, mesmo que a sua confirmação tenha se dado após a ruptura do pacto laboral, sendo irrelevante o conhecimento das partes quanto a tal fato no momento da dispensa sem justa causa, conforme consubstanciado na Súmula nº 244, do C. TST. E ainda, se a gravidez ocorrer no período de cumprimento do aviso prévio, cabível a estabilidade, pois se trata de tempo de serviço para todos os efeitos legais, nos termos da parte final do parágrafo 1º do art. 487, da CLT. (TRT – 3ª Região; RO – 00403-2007-055-03-00-5; Segunda Turma; Rel. Jorge Berg de Mendonça; 05/12/2007).

Ainda, no caso de afastamento por doença, devemos ressaltar o disposto na Súmula nº 371 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Por meio do entendimento destacado nesta súmula, na hipótese de doença do empregado no curso do aviso prévio, o

14 Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. – São Paulo, LTR, 2012, pag. 758.

contrato é interrompido e, depois de 15 dias, suspenso, sendo nula a notificação do aviso prévio efetuada naquele período. Os efeitos da dispensa só se concretizam depois que o benefício previdenciário expira.

Assim, a doença ocorrida durante o aviso prévio suspende o seu curso, e o cumprimento do restante do pré-aviso deverá ocorrer após o término do auxílio-doença. Tal raciocínio está em conformidade com a finalidade principal do aviso prévio, qual seja, a busca por novo emprego. Estando o empregado doente, não poderá procurar novo emprego.

Diante dessas explicações a respeito das estabilidades provisórias perante o aviso prévio, entendemos que nada mudou a respeito do aviso prévio proporcional. Na verdade, a única diferença é o prazo do aviso, sendo o período de acréscimo contado para a estabilidade provisória. Apesar de a Lei não discriminar exatamente essa aplicação, a discussão em si não se pauta no tempo, mas sim na aplicabilidade da própria estabilidade, aplicabilidade esta já discutida nos termos do descrito acima a respeito do aviso prévio anterior à proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, temos que o aviso prévio é a comunicação que o empregador ou empregado manifesta à outra parte, a sua decisão de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa.

O objetivo principal do aviso prévio é assegurar um tempo mínimo para que o empregado possa procurar uma nova colocação no mercado de trabalho ou o empregador possa procurar um substituto para o empregado que sai.

Na prática, trata-se do prazo mínimo de 30 dias que uma parte deve conceder à outra sob pena de indenização. Ademais, em se tratando de rescisão por parte do empregador, o empregado terá direito a mais três dias de aviso prévio por ano, no limite máximo de 20 anos, conforme lei que regulamentou a proporcionalidade trazida pela Constituição Federal.

Trata-se de um direito irrenunciável por parte do empregado, vez que o aviso prévio tem caráter meramente social, podendo ser trabalhado (e nesse caso com as devidas reduções na jornada ou período), ou indenizado.

Por fim, destacamos que apesar de simples, a nova lei que regulamentou o aviso prévio proporcional foi editada de forma rápida e sem a devida análise e crítica do Congresso Nacional, foi editada apenas para sanar a lacuna da lei e evitar condenações a favor do empregado, ampliando consideravelmente o prazo “proporcional” devido em casos específicos em julgamento pelo Superior Tribunal do Trabalho, fazendo com isso, o surgimento de jurisprudência desfavorável aos empregadores.

Nesse contexto conturbado, a Lei nº 12.506/2011 foi editada sendo omissa em diversos assuntos importantíssimo, tais como: o reflexo dos dias proporcionais em férias e 13º (décimo terceiro) salário proporcionais, contagem dos anos trabalhados para

aplicação dos dias a mais, retroatividade, bilateralidade, redução da jornada ou dias, entre outros abordados no corpo do trabalho.

Além desses equívocos, até mesmo a vigência da lei deixou lacuna para discussão.

Cabe agora, mais uma vez, ao judiciário resolver tais “pendências” através de decisões com fundamentos e estudos suficientes para uma conclusão lógica e principalmente, justa, que deveria ter sido feita antes mesmo da aprovação da legislação em tese.

Dentre as considerações e críticas feitas no corpo do trabalho, destaco a imensa tristeza em verificar que erros, injustiças e enganos continuam ocorrendo por falta de “preocupação” com o outro, pelo “descaso” com a Sociedade e principalmente, pela falta de voz que existe em nosso país, onde situações e decisões tão simples de se resolver como a proporcionalidade do aviso prévio são deixadas de lado, para que questões de cunho “pessoal” e “limitado” prevaleçam no trabalho de órgãos nacionais, responsáveis pela chamada Sociedade.

Por fim, atitudes como esta apenas abarrotam ainda mais o nosso judiciário com milhões de ações para se discutir o que a legislação não deixou claro, tornando o acesso à justiça cada vez mais difícil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Silva, Homero Baptista Mateus da. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXIII, Nº 275, Maio/2012.

Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. – São Paulo, LTR, 2012.

Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª ed.– São Paulo, Saraiva, 2009.

Garcia, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. – São Paulo, Editora Método, 2009.

Pretti, Glebi. O Novo Aviso Prévio. 1ª ed. – São Paulo, Campus Jurídico, 2012.

João, Paulo Sérgio. Nova Lei do Aviso Prévio. 1ª ed. São Paulo, Arte Antiga Editora, 2012.

APÊNDICES

1. NOTA TÉCNICA CGRT/SRT/MTE Nº 184 DE 2012

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 re-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 (nº 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.