

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Suellen Coscia Bueno

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Porto Alegre
2012

SUELLEN COSCIA BUENO

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre
2012

SUELLEN COSCIA BUENO

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
Orientador

Profa. Dra. Carmen Camino

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

*Aos meus pais, por tudo o que me ensinaram.
Ao Cristiano, meu companheiro e grande incentivador, por
tudo o que significa em minha vida.
Com carinho.*

RESUMO

O presente estudo trata sobre o instituto do aviso prévio e sua proporcionalidade ao tempo de serviço, direito garantido constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei nº 12.506/11, cuja redação vem ocasionando diversas dúvidas e controvérsias, que também são objeto deste trabalho. A pesquisa foi baseada, principalmente, na doutrina e na jurisprudência juslaboralista brasileira, bem como na análise de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais a respeito do tema. O estudo foi dividido em duas partes. Na primeira, analisou-se a extinção do contrato de trabalho de forma geral, especificando-se, posteriormente, as formas de ruptura contratual, bem como as verbas rescisórias devidas em cada hipótese. Na segunda parte, o estudo concentrou-se na análise do instituto do aviso prévio, seus aspectos gerais, bem como sua evolução histórica até o advento da Lei nº 12.506/11 e as controvérsias acerca da sua interpretação.

Palavras-chave: extinção do contrato de trabalho; aviso prévio proporcional; Lei nº 12.506/11.

ABSTRACT

This paper discusses the right to prior notice and the amount proportional to the length of service as a right constitutionally guaranteed in the Brazilian Legal System. It is present in the Federal Constitution of 1988 and has been regulated by the Law n. 12.506/11, the text of the Law has been causing many doubts and controversies and is also object of study of this paper. The research was mainly based on doctrine, Brazilian Labor case studies and on the analysis of constitutional and infra-constitutional legal provisions regarding the subject. The study was divided into two parts. At first, the complete extinction of the employment contract was analyzed, with a subsequent specification of the forms of contractual breach and the payments due in each case. Later, the study focused on the analysis of the right to prior notice, the general aspects of it, its historical evolution to the enactment of the Law n. 12.506/11 and the controversies about its interpretation.

Key-words: extinction of employment contract; proportional prior notice; Law n. 12.506/11.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	10
2.1 Modalidades de extinção do contrato de trabalho	11
2.1.1 Classificação de acordo com os modos normais e anormais de extinção	12
2.1.2 Classificação em resilição, resolução e rescisão do contrato	12
2.1.3 Classificação de acordo com as causas de extinção do contrato	14
2.2 Extinção do contrato de trabalho e verbas rescisórias devidas	15
2.3 Extinção do contrato por prazo determinado	16
2.4 Extinção do contrato por prazo indeterminado	19
2.5 Extinção do contrato por iniciativa do empregado	20
2.5.1 Pedido de demissão	20
2.5.2 Rescisão Indireta	21
2.5.3 Aposentadoria	22
2.6 Extinção do contrato em virtude de decisão do empregador	23
2.6.1 Despedida sem justa causa	24
2.6.2 Despedida com justa causa	26
2.7 Extinção do contrato por culpa recíproca	28
2.8 Extinção do contrato em decorrência de fatores extravolitivos às partes	29
2.8.1 Morte do empregado	29
2.8.2 Morte do empregador pessoa natural	30
2.8.3 Extinção da empresa ou do estabelecimento	31
2.8.4 <i>Factum Principis</i>	32
2.9 Prazos para pagamento das verbas rescisórias e formalidades	34
3 AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL	35

3.1 Considerações iniciais acerca do instituto do aviso prévio	35
3.1.1 Tipos de aviso prévio	37
3.1.2 Duração do aviso prévio	38
3.1.3 Efeitos do aviso prévio	39
3.2 Evolução histórica do instituto do aviso prévio	41
3.2.1 A Constituição Federal de 1988 e o critério da proporcionalidade na concessão do aviso prévio	42
3.2.2 Negociações Coletivas	45
3.2.3 Mandados de Injunção e atuação do Supremo Tribunal Federal	46
3.2.4 A regulamentação da proporcionalidade pela Lei nº 12.506/2011	47
3.3 Problemas relativos à nova Lei	49
3.3.1 Empregados abrangidos pelas disposições contidas na Lei nº 12.506/11	50
3.3.2 (Não) aplicabilidade do critério de proporcionalidade nos casos de extinção contratual por iniciativa do empregado	51
3.3.3 Eficácia da Lei no tempo	54
3.3.4 Aplicação das disposições contidas no art. 488, CLT	57
3.3.5 “Contagem”	59
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Os sujeitos que integram a relação de emprego não se encontram em posição de igualdade, seja sob a perspectiva econômica, seja sob a perspectiva social. Em razão disso, a utilização de mecanismos que garantam a proteção do trabalhador são essenciais para estabelecer um equilíbrio na relação contratual.

Nesse sentido, o instituto do aviso prévio, que inicialmente era apenas considerado uma garantia contratual recíproca, passou a ser, com o advento da Constituição Federal de 1988, um direito fundamental do trabalhador, integrando o sistema constitucional de proteção ao emprego.

Com efeito, a aplicação da proporcionalidade ao tempo de serviço nos casos de dispensa do empregado contempla uma das características essenciais do instituto, qual seja: possibilitar ao trabalhador um prazo razoável para que possa buscar uma nova colocação no mercado de trabalho, sem prejuízo de seu sustento. Da mesma forma, a proporcionalidade representa uma maior barreira ao direito postestativo do empregador em dispensar seus empregados, pois, ainda que não impeça a dispensa, consubstancia-se em um limite econômico a esse poder.

Passados mais de vinte anos de mora do legislador ordinário, período em que o trabalhador viu suprimido seu direito, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço restou, finalmente, regulamentado pela Lei nº 12.506/11. Contudo, como se verá adiante, a regulamentação do instituto não ocorreu da melhor forma, seja porque não atendeu às expectativas no tocante à efetiva proteção contra a dispensa, seja em razão das diversas dúvidas e controvérsias quanto à aplicação do direito, fruto da obscura redação do referido diploma legal.

Ao longo do trabalho, procura-se demonstrar que é possível e, mais do que isso, necessária a aplicação da Lei nº 12.506/11 de forma mais benéfica ao trabalhador, a fim de garantir a efetividade do dispositivo previsto no art. 7º, XXI da CF/88, evitando, assim, que o objetivo do legislador constitucional venha a se perder diante de interpretações restritivas.

O presente estudo é dividido em duas partes:

Na primeira parte, analisam-se os aspectos básicos acerca da extinção do contrato de trabalho, especificando-se cada uma das hipóteses de ruptura contratual, seja por iniciativa do empregado, casos de pedido de demissão, rescisão indireta e aposentadoria, seja por decisão do empregador, casos de despedida com e sem justa causa, ou mesmo por culpa recíproca ou em decorrência de fatores extralaborais às partes, situações de morte do empregado e do empregador pessoa natural, extinção da empresa ou do estabelecimento e *factum principis*. São observadas, ainda, as verbas rescisórias devidas em cada hipótese de extinção do contrato de trabalho. Importante ressaltar que o conhecimento de tais aspectos mostra-se essencial para posterior aprofundamento do estudo do instituto do aviso prévio.

Na segunda parte, a pesquisa concentra-se na análise do instituto do aviso prévio, ao abordar seus aspectos gerais, seu conceito, seus tipos, sua duração e seus efeitos. Observa-se, também, a evolução histórica do instituto, especialmente no Brasil: desde sua origem até o momento em que passou a ser considerado uma garantia constitucional, e o longo caminho percorrido até a publicação da Lei 12.506/11, que garantiu a efetividade plena do dispositivo constitucional. Por fim, faz-se uma análise da Lei nº 12.506/11, que, como anteriormente ressaltado, ao prever o critério de aplicação da proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço deixou de tratar sobre pontos importantes, suscitando diversas dúvidas e controvérsias por parte da doutrina e da jurisprudência acerca de sua interpretação.

2 A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

O término do contrato de trabalho é uma das questões de maior relevância no Direito do Trabalho, pois envolve o estudo de diversos aspectos jurídicos e sociais, ultrapassando o interesse individual das partes, como observa Mauricio Godinho Delgado:

É que este fato transcende o mero interesse individual das partes, uma vez que tem reflexos no âmago da estrutura e dinâmica sociais: afinal, o desemprego não pode e não deve interessar à sociedade, ao menos em contextos de convivência e afirmação democráticas. Em uma Democracia, todos os indivíduos são sujeitos de direitos, e a todos deve ser assegurada a dignidade, independentemente de sua riqueza pessoal ou familiar. Assim, o trabalho com garantias mínimas – que no mundo capitalista tem se traduzido no emprego, ao menos para os despossuídos de poder socioeconômico – torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do plano social da dignidade humana. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação pessoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere.¹

O tema gera algumas controvérsias, principalmente em relação à nomenclatura do instituto. Todavia, como bem ressalta Carmen Camino², as dissensões são mais de terminologia do que de conteúdo propriamente, uma vez que sob diferentes denominações, o objeto da construção doutrinária reside no fenômeno pelo qual, por diferentes causas, o contrato de trabalho deixa de existir.

A CLT utiliza a expressão “rescisão” como termo genérico para a ruptura contratual, que, de acordo com Jorge Luiz Souto Maior, embora abandonada pela maior parte dos doutrinadores, fora a nomenclatura incorporada ao cotidiano trabalhista, inclusive no documento utilizado para formalização do referido fenômeno jurídico - o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT).³

Já a doutrina utiliza várias denominações para tratar do assunto.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁴, por exemplo, utilizam a expressão “dissolução do contrato de trabalho”. Arnaldo Süssekind⁵, prefere “terminação do contrato de trabalho”, seguindo a terminologia adotada pela OIT. Já Jorge Luiz

¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1115.

²CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 458

³MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II**. São Paulo: LTr, 2008. p. 431.

⁴GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Souto Maior⁶ refere-se à “cessação do contrato de trabalho”, bem como Sérgio Pinto Martins⁷, Octavio Bueno Magano⁸ e Evaristo de Moraes Filho⁹.

No presente estudo será adotada a expressão “extinção do contrato de trabalho”, seguindo a linha de Amauri Mascaro Nascimento¹⁰, Carmen Camino¹¹, Délio Maranhão¹² e Vólia Bomfim Cassar¹³.

Contudo, cabe frisar, novamente, que, em que pese a diversidade de terminologias, não há grandes controvérsias em relação ao conteúdo do instituto, que tem por objeto o término do contrato de trabalho.

2.1 Modalidades de extinção do contrato de trabalho

Quanto às espécies específicas de extinção do contrato de trabalho, também há divergência por parte da doutrina em relação aos termos a serem utilizados.

Importante destacar que as diferentes causas extintivas produzem diferentes efeitos jurídicos, incidindo verbas rescisórias distintas para cada modalidade de extinção contratual, o que reflete a relevância de seu estudo.

Acerca do tema, expõe Mauricio Godinho Delgado:

As três mais notáveis tipologias acerca dos modos extintivos dos contratos de emprego são: a que diferencia tais modalidades em normal e anormal; a que realiza tal classificação em conformidade com as causas de extinção desses contratos; finalmente, a tipologia que busca enquadrar as modalidades extintivas nos grupos de rescisão, resolução e rescisão contratuais, embora reconhecendo que alguns tipos extintivos escapam à classificação intentada.¹⁴

⁶MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

⁷MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁸MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo : LTr, 1985.

⁹MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo : Ltr, 2010.

¹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

¹²MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

¹³CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011.

¹⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1138.

A partir dessas considerações, passaremos à análise das diferentes tipologias sobre os modos de extinção do contrato de trabalho, quais sejam, classificação de acordo com os modos normais e anormais de extinção, classificação em resilição, resolução e rescisão do contrato, e, por fim, classificação de acordo com as causas de extinção do contrato.

2.1.1 Classificação de acordo com os modos normais e anormais de extinção

Segundo Vólia Bomfim Cassar¹⁵ as causas de extinção do contrato de trabalho dividem-se em normais e anormais, sendo consideradas normais as extinções que coincidirem com o implemento da condição resolutiva ou do termo final estabelecido no contrato.

Sendo assim, classifica-se como normal a execução plena do pacto contratual, com o esgotamento total dos seus efeitos, tendo como exemplo a extinção dos contratos a prazo com termo final prefixado; e anormal, quando ocorre a extinção do contrato pela frustração da execução plena do pacto contratual, não produzindo todos os seus efeitos, sendo o caso da extinção do contrato a prazo antes do termo final prefixado e dos contratos por tempo indeterminado, além das hipóteses de força maior, extinção da empresa e falência.

Todavia, Maurício Godinho Delgado critica, com razão, a utilização dessa tipologia, chamada por ele de civilista. Isso porque, para o referido autor, é evidente a inadequação de tal tipologia, uma vez que seriam enquadradas como modo de extinção anormal a maioria das situações de rompimento contratual previstas no Direito do Trabalho, parecendo, portanto, desajustado chamar de anormal o que é juridicamente acatado e empiricamente dominante.¹⁶

2.1.2 Classificação em resilição, resolução e rescisão do contrato

De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a dissolução dos contratos de trabalho pode ocorrer por três diferentes modos: resolução, resilição ou rescisão e caducidade. Para os citados autores, há resolução do contrato quando uma das partes deixar de executá-lo, por culpa ou não, sendo imprescindível a

¹⁵CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011. P. 1148.

¹⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1138-1140.

existência de decisão judicial. Por essa razão, somente ocorre resolução do contrato de trabalho quando o empregado possuir estabilidade no emprego. Já a rescisão ou rescisão independe de intervenção judicial, dando-se a cessação dos efeitos do contrato pelas próprias partes, bilateralmente ou unilateralmente. Por fim, a caducidade seria a cessação dos efeitos do contrato em virtude dos seguintes acontecimentos naturais: morte do empregado, força maior, acontecimento futuro de fato certo ou incerto a que foi subordinada sua eficácia.¹⁷

Já Arnaldo Süssekind¹⁸ acrescenta à modalidade de resolução as hipóteses de nulidade do contrato e de força maior. Outra diferença é que para o autor a rescisão englobaria as extinções unilaterais ou bilaterais sem justa causa; e, a rescisão, as extinções com justa causa. Süssekind ainda acrescenta outra modalidade: a extinção, que ocorre com o implemento de condição resolutiva ou termo final, extinção da empresa, morte do empregador, bem como morte do empregado ou sua aposentadoria.

Em sua obra, Carmen Camino¹⁹ adota a seguinte classificação de formas de extinção do contrato: rescisão, quando a extinção do contrato decorre da vontade das partes; resolução, nos casos de advento de termo ou condição resolutive nos contratos a prazo determinado ou, ainda, quando houver decisão judicial desconstituindo a relação jurídica; rescisão, nos casos de anulação do contrato de trabalho, por decisão judicial; caducidade, quando a extinção ocorre por fatores alheios à vontade das partes.

Também nessa linha, Délio Maranhão²⁰ cita a rescisão, a resolução e a rescisão contratual, estabelecendo, ainda, um quarto grupo que englobaria as demais hipóteses de ruptura contratual.

Em relação à presente classificação, note-se que a legislação trabalhista utiliza o termo rescisão, genericamente, para todas as modalidades de extinção do contrato de trabalho.

¹⁷GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁸SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 458.

²⁰MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

2.1.3 Classificação de acordo com as causas de extinção do contrato

Também é possível classificar as modalidades de extinção contratual em virtude das causas que ensejam sua ruptura.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado²¹ refere-se à extinção contratual decorrente de fatores que envolvam a conduta, lícita e ilícita, do empregado (pedido de demissão e dispensa por justa causa) ou do empregador (dispensa sem justa causa e rescisão indireta), e à extinção contratual decorrente de fatores situados fora da conduta das partes do contrato, ou seja, fatores extravolitivos às partes (nulidade contratual, aposentadoria compulsória do empregado, falência, extinção da empresa por motivo de força maior ou morte do empregador quando pessoa natural, morte do empregado).

Para Antônio Álvares da Silva, o estudo no Direito do Trabalho é concentrado em duas formas específicas de extinção do contrato:

Do mesmo modo que duas ou mais vontades confluem para a constituição do contrato, pode qualquer delas ser exercida em sentido contrário, para desfazê-lo segundo o princípio de que todo contrato se desfaz pela mesma forma que foi constituído. Se a iniciativa parte do empregador, chama-se dispensa a este ato. Se do empregado, demissão. É esta, a rigor, a única classificação necessária e útil existente em todos os ordenamentos jurídicos a respeito da cessação da relação de emprego, em virtude de sua importância, não só para as próprias partes, mas também para toda a sociedade.²²

Sergio Pinto Martins afirma que o rompimento do contrato de trabalho pode ocorrer por decisão do empregador, casos de dispensa com justa causa e sem justa causa, ou por decisão do empregado, hipóteses de demissão, rescisão indireta e aposentadoria. O jurista prevê, ainda, a extinção do contrato por mútuo consentimento entre as partes, por advento do termo do contrato, por “desaparecimento” de uma das partes (morte do empregado ou extinção da empresa, por exemplo), por força maior e *factum principis*.²³

²¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p.1140.

²²SILVA, Antônio Álvares da. **A proteção contra a dispensa na nova constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 34

²³MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 355.

Amauri Mascaro Nascimento²⁴ utiliza a seguinte classificação: extinção por iniciativa do empregado, hipóteses de pedido de demissão, aposentadoria e dispensa indireta; extinção por iniciativa do empregador, hipóteses de dispensa do empregado com ou sem justa causa; extinção por iniciativa de ambos, casos de acordo ou culpa recíproca; extinção decorrente de ato de terceiro ou fato de terceiro, abrangendo o término do contrato a prazo, a extinção da empresa por ato do governo – *factum principis* -, e a morte do empregado.

Nesse compasso, com fins meramente didáticos, será utilizada a seguinte divisão no presente estudo: extinção do contrato por iniciativa do empregado, englobando o pedido de demissão, a rescisão indireta e a aposentadoria; extinção do contrato por decisão do empregador, casos de despedida com e sem justa causa; extinção do contrato por culpa recíproca; extinção do contrato em decorrência de fatores extravolitivos às partes, abrangendo as situações de morte do empregado e do empregador pessoa natural, extinção da empresa ou do estabelecimento e *factum principis*.

2.2 Extinção do contrato de trabalho e verbas rescisórias devidas

Como observado anteriormente, cada causa extintiva produzirá diferentes efeitos no mundo jurídico, com incidência de diferentes verbas rescisórias por ocasião do término do contrato de trabalho, englobando desde o conjunto de parcelas rescisórias mais amplo, como ocorre, por exemplo, na despedida sem justa causa, até o mais restrito, quando somente as verbas de natureza salarial vencidas são devidas, caso da despedida por justa causa.

Note-se que independentemente da situação de rompimento contratual, sempre será devido ao empregado o recebimento do saldo salarial, se existente, e demais parcelas vencidas com o término do contrato.

Cumpra referir que os efeitos rescisórios nos contratos a prazo determinado são distintos dos efeitos decorrentes da extinção de contratos por tempo indeterminado, sendo no segundo caso mais favoráveis ao empregado. Nesse sentido, vejamos os ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado:

²⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Finalmente, a indeterminação do tempo contratual importa em verbas rescisórias específicas, cujo conjunto é claramente mais favorável do que o elenco de verbas devidas em casos de ruptura de contrato a prazo. Citem-se o aviso-prévio de 30 dias – que se projeta no pacto, ampliando correspondentemente o tempo de serviço (e parcelas rescisórias) para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT; art. 7º, XXI, da CF/88); a proporcionalidade do aviso-prévio, para contratos de duração indeterminada com pelo menos um ano de serviço prestado na mesma empresa, conforme modulação feita pela Lei n. 12.506/2011 (Diário Oficial de 13/10/11); os 40% suplementares sobre o FGTS (Lei n. 8.036/90); a indenização adicional da Lei n. 7.238/84, se for o caso (Súmulas ns. 182, 242, e 314, do TST); a indenização adicional devida em rupturas contratuais verificadas no período de vigência da antiga URV (de fevereiro a junho/94), instituída pela Medida Provisória 434/94 (art. 29) e suas edições posteriores, com conversão na Lei n. 8.880/94 (art.31).

Aduza-se que todas essas parcelas rescisórias específicas dos contratos de duração indeterminada somam-se à maioria das parcelas devidas em rescisões de contratos a termo (férias proporcionais, com 1/3; 13º salário proporcional; liberação do depósito de FGTS), acrescidas, ainda, dos efeitos da projeção do aviso-prévio.²⁵ *grifado.*

Outrossim, considerando-se que cada hipótese de rompimento contratual, seja nos contratos a prazo determinado ou indeterminado, comporta diferentes efeitos rescisórios, adiante faremos uma análise individual das formas de ruptura contratual, não sem antes tecer algumas considerações sobre a extinção dos contratos com termo final prefixado e dos contratos com duração indeterminada.

2.3 Extinção de contrato por tempo determinado

Os contratos de trabalho com prazo prefixado são exceção no Direito do Trabalho, podendo ser pactuados apenas em algumas situações previstas em lei, produzindo repercussões rescisórias mais restritas em comparação aos contratos sem prazo predeterminado.

A extinção de contrato a prazo determinado pode ocorrer por duas formas: com o advento do termo final ou da condição resolutiva prefixada ou com a ruptura antecipada.

Na hipótese de ocorrência do termo final ou da condição resolutiva, o contrato extingue-se naturalmente, não sendo devido nenhum tipo de indenização compensatória, pois as partes ao celebrarem o contrato determinaram as circunstâncias de extinção deste, não havendo, portanto, necessidade de qualquer aviso prévio, conforme mencionado por Carmen Camino em sua obra:

²⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p.530.

Em tais espécies de contrato, obviamente, não há necessidade de qualquer aviso prévio. As partes já estabeleceram, ao contratarem, em que circunstâncias o contrato se extinguiria. Portanto, a extinção já era previsível, não constitui surpresa para nenhum dos contratantes.²⁶

Dessa forma, será devido ao empregado por ocasião da extinção do contrato as seguintes parcelas: 13º salário e férias proporcionais, além saque do FGTS, caso deseje.

Todavia, a ruptura contratual pode se dar de forma antecipada, sendo necessário, nesse caso, analisar de quem partiu a iniciativa, visto que as consequências serão distintas, conforme o disposto nos artigos 479 e 480 da CLT:

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

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

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

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

Pois bem, caso o empregador dispense antecipadamente o empregado, deverá pagar 13º salário proporcional, férias proporcionais com adicional de 1/3, indenização prevista no art. 479, da CLT, além de indenização de 40% sobre o saldo do FGTS. Registre-se que o entendimento a respeito da indenização sobre o saldo do FGTS não é pacífico, conforme bem salientado por Mauricio Godinho Delgado em sua obra:

Entretanto, há entendimentos de que esses 40% se compensariam com a indenização do art. 479 da CLT, por atenderem as duas parcelas à mesma causa e objetivos jurídicos – a reparação pela dispensa imprevista. Esta interpretação entra em choque, porém com texto expresso do Regulamento Normativo do Fundo de Garantia, que determina o pagamento, nos contratos a termo, dos 40% sobre o Fundo em situações de dispensa antecipada por ato empresarial, e dos 20% de acréscimo em situações de dispensa antecipada por culpa recíproca (arts. 14 e 9º, § § 1º e 2º, Decreto n. 99.684, de 1990).

Ressalte-se, de todo modo, estar pacificada na jurisprudência, já desde antes da Constituição de 1988, a compreensão de que os depósitos mensais do Fundo de Garantia não poderiam ser compensados com a

²⁶CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 506.

indenização do art. 479 da CLT, por atenderem a objetivos distintos (Súmula 125, TST).²⁷

Segundo Vólia Bomfim Cassar, a indenização prevista no art. 479 da CLT e a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS possuem natureza jurídica distinta, por isso a doutrina e a jurisprudência aceitam a cumulação das duas parcelas.²⁸

Em contrapartida, caso haja antecipação do término do contrato por iniciativa do empregado, em decorrência de pedido de demissão, este somente receberá 13º salário proporcional e férias proporcionais com adicional de 1/3, mesmo que ainda não conte com um ano de serviço, na linha da nova redação da Súmula 261 do TST, não podendo efetuar o saque do FGTS. Não havendo justa causa que motive o desligamento antecipado, deverá o empregado indenizar o empregador dos prejuízos decorrentes deste fato, não podendo a indenização exceder àquela que teria direito o empregado em iguais condições, nos termos do supracitado art. 480, CLT.

Entretanto, as partes podem estabelecer cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes do término do termo firmado, de acordo com o art. 481, CLT.²⁹

A referida cláusula permite que o contrato seja encerrado, por qualquer das partes, antes do término previsto, passando a ser regido pelos princípios que orientam a rescisão dos contratos por prazo indeterminado. Assim, as parcelas rescisórias devidas ao empregado, quando o rompimento contratual ocorrer por iniciativa do empregador, sem justa causa, são: 13º salário proporcional, férias proporcionais com adicional de 1/3, saque do FGTS com indenização de 40%, aviso prévio. Já quando a iniciativa de encerrar o pacto laboral for do empregado, receberá somente 13º salário proporcional e férias proporcionais com adicional de

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1145.

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetrus, 2011. p. 1051.

²⁹ “Art. 481, CLT: Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.”

1/3, mesmo que ainda não tenha completado um ano de serviço, de acordo com a Súmula 261, TST³⁰, devendo ofertar aviso prévio ao empregador.

2.4 Extinção de contrato por tempo indeterminado

É notório que a grande maioria dos contratos de trabalho não estipula previamente um termo final, ocorrendo sua extinção por diversas causas que, como anteriormente exposto, provocam diferentes efeitos jurídicos.

Tais contratos, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado³¹, possuem *status* privilegiado, considerando-se a presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia, ou seja, havendo pactuação de relação de emprego, há presunção de que ela tenha sido efetivada mediante contrato por tempo incerto.

Como visto anteriormente, o conjunto das verbas rescisórias devidas por ocasião da ruptura de contrato sem prazo prefixado, via de regra, é mais favorável ao empregado, até mesmo para protegê-lo em face do rompimento da relação contratual, conforme leciona Paulo Renato Fernandes da Silva:

A técnica utilizada no Brasil para proteger o empregado contra o rompimento do seu contrato de trabalho não é a da estabilidade no emprego ou da motivação do ato demissional e sim, a de fixação de medidas que desestimulem tal providência e que permitam que o trabalhador busque nova recolocação no mercado de trabalho.³²

Contudo, considerando-se que os efeitos rescisórios variam de acordo com a causa da extinção do contrato de trabalho, passaremos à análise individual das hipóteses de rompimento contratual, especificando as parcelas rescisórias devidas em cada situação.

³⁰“261 – FÉRIAS PROPORCIONAIS – PEDIDO DE DEMISSÃO – CONTRATO VIGENTE HÁ MAIS DE UM ANO – NOVA REDAÇÃO. O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.”

³¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 530.

³² SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei do aviso prévio. *In Revista da Justiça do Trabalho*. Ano 29, nº 341. Maio de 2012. Porto Alegre: HS Editora. p. 47.

2.5 Extinção do contrato por iniciativa do empregado

Em determinadas situações o rompimento do pacto laborativo ocorre por iniciativa do empregado, como no pedido de demissão, na rescisão indireta e nos casos de aposentadoria. Analisaremos, a seguir, cada uma dessas hipóteses.

2.5.1 Pedido de demissão

Jorge Luiz Souto Maior critica a utilização do termo pedido de demissão para designar a cessação da relação de emprego por iniciativa do empregado, uma vez que tal nomenclatura transmite a ideia de que o empregado deve ser submisso mesmo neste momento.³³

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, não existe propriamente um *pedido* de demissão, uma vez que se trata de ato unilateral, ou seja, há apenas uma comunicação por parte do empregado de que não irá mais comparecer ao trabalho, não sendo necessária a anuência do empregador.³⁴

Tal comunicação deve ser realizada com, no mínimo, trinta dias de antecedência. Nos termos da Súmula 276 do TST³⁵, o empregado que possuir novo emprego não será obrigado a cumprir o aviso.

Não há exigência de forma especial para a comunicação, no entanto, em regra, é necessário que ocorra de forma expressa, preferencialmente por escrito, para que não reste caracterizado abandono de emprego. O art. 22, inciso IV, da Instrução Normativa 15/2010 da SRT/MTE³⁶, elenca, dentre os documentos necessários para a assistência na dissolução contratual, o “comprovante de aviso prévio ou do pedido de demissão”. Nesse sentido afirma Vólia Bomfim Cassar:

O empregador não tem como obrigar o empregado a emitir sua declaração de vontade por escrito ou a comparecer no sindicato para

³³ MAIOR, Jorge Luiz Solto Maior. Aviso Prévio Desproporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 344, agosto de 2012. Porto Alegre: HS Editora.

³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 372.

³⁵ “Súmula nº 276, TST: **AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO**. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

³⁶ Instrução Normativa 15/2010, SRT/MTE – “Art. 22. Para a assistência, é obrigatória a apresentação dos seguintes documentos: (...)IV - notificação de demissão, comprovante de aviso prévio ou pedido de demissão. (...)”

homologar a quitação ou pedido de demissão. Portanto, algumas vezes o empregador transforma o pedido de demissão não formalizado em abandono de emprego.³⁷

Por óbvio, para que o pedido do empregado seja válido não poderá conter qualquer vício de consentimento.

O empregado que pedir demissão deverá conceder aviso prévio ao empregador, e terá direito ao recebimento de férias proporcionais com adicional de 1/3, mesmo que ainda não tenha completado um ano de serviço, nos termos da Súmula 261, TST³⁸, assim como 13º salário proporcional. No entanto, não poderá sacar o saldo do FGTS, uma vez que o pedido de demissão não figura entre as hipóteses previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, nem receberá qualquer parcela indenizatória.

Importante ressaltar que o empregado com mais de um ano de serviço deverá ser assistido pelo Sindicato ou autoridade do Ministério do Trabalho, a teor do § 1º do artigo 477, CLT.³⁹

2.5.2 Rescisão Indireta

Na rescisão indireta o empregador pratica ato que dá causa ao término do contrato, estando as hipóteses previstas no artigo 483 da CLT.⁴⁰

³⁷CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011. p. 1079.

³⁸“Súmula 261, TST: **FÉRIAS PROPORCIONAIS – PEDIDO DE DEMISSÃO – CONTRATO VIGENTE A MENOS DE UM ANO – NOVA REDAÇÃO**. O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.”

³⁹“Art. 477, § 1º, CLT: O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho.”

⁴⁰“Art. 483, CLT: O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. § 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. § 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. § 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.”

O desligamento do empregado, em regra, deve ser imediato, sob pena de caracterizar o perdão pela falta cometida. Nesse sentido afirma Sérgio Pinto Martins:

O empregado, a rigor, não deveria permanecer trabalhando na empresa. Deve desligar-se imediatamente, sob pena de se entender que houve perdão da falta praticada pelo empregador, ou que a falta não foi tão grave a ponto de impedir a continuidade do contrato de trabalho.⁴¹

Caso o ato do empregador seja caracterizado como justa causa, o empregado deverá receber aviso prévio, férias proporcionais com adicional de 1/3, 13º salário proporcional e saque do FGTS com acréscimo de 40%.

2.5.3 Aposentadoria

A aposentadoria do empregado também pode ser forma de extinção do contrato de trabalho.

Ressalte-se que, de acordo com parte da doutrina, caso o empregado continue trabalhando, mesmo após a aposentadoria, haverá a formação de um novo contrato de trabalho, uma vez que a continuidade do empregado aposentado na empresa não é sinônimo de continuidade do pacto laborativo firmado pelas partes.

Observa Amauri Mascaro Nascimento⁴², que a aposentadoria é causa suficiente para a cessação do vínculo laborativo, levando à extinção do vínculo jurídico, assim, caso o empregado continue a exercer suas atividades na empresa, não haverá prosseguimento do contrato anterior, terminado pela aposentadoria, mas sim o início de um novo contrato individual de trabalho entre as mesmas partes.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT⁴³, durante julgamento da ADIn nº 1721, afirmando que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho. Isso porque, ao continuar o empregado aposentado voluntariamente a exercer atividades na mesma empresa, não se verifica a ocorrência de falta grave ou mesmo a

⁴¹MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 373.

⁴²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 779.

⁴³"Art. 453, § 2º, CLT: O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício."

incidência da vontade do empregador em encerrar o contrato firmado, fatores que justificariam a extinção do pacto laborativo.

Em relação às verbas rescisórias devidas em virtude da aposentadoria espontânea, ensina Sérgio Pinto Martins:

Com a aposentadoria, há o levantamento do FGTS (art. 20,III, Lei nº 8036). A conta do FGTS é zerada para receber novos depósitos de um novo contrato de trabalho. Não haverá pagamento de indenização de 40%, pois a iniciativa da ruptura não foi do empregador. Da mesma forma, o empregado não faz jus a aviso prévio, visto que não foi dispensado. Terá direito a 13º salário proporcional e a férias proporcionais, se tiver mais de um ano de empresa, além de férias vencidas. A baixa na CTPS do operário será anotada no dia anterior ao do início da aposentadoria, sendo o empregado readmitido no dia imediato subsequente.⁴⁴

Portanto, será devido ao empregado que solicitar sua aposentadoria o pagamento do 13º salário proporcional, bem como das férias proporcionais com adicional de 1/3, além do saque do FGTS, sem acréscimo de 40%. Por óbvio, não será devida a concessão de aviso prévio por parte do empregador.

Aqui, cabe salientar que, nos termos do art. 51, da Lei nº 8213/91⁴⁵, a aposentadoria pode ser requerida pela empresa, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no referido dispositivo legal. Todavia, em tal situação, será devido ao empregado o aviso prévio, bem como os valores relativos ao 13º salário e às férias proporcionais, estas com adicional de 1/3, e, ainda, ao saque do fundo do FGTS, com acréscimo de 40%.

2.6 Extinção do contrato em virtude de decisão do empregador

O empregador pode dispensar o empregado sem qualquer motivação, situação que caracteriza a chamada despedida sem justa causa.

⁴⁴MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 377.

⁴⁵“Art. 51, Lei nº 8213/91: A aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo feminino, sendo compulsória, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria.”

Caso o empregado pratique alguma das faltas definidas no art. 482, CLT⁴⁶, a denúncia do contrato por parte do empregador será cheia, ou seja, haverá motivação explícita justificando a dispensa.

A seguir, analisaremos individualmente cada uma das referidas hipóteses de extinção do contrato de trabalho.

2.6.1 Despedida sem justa causa

A despedida sem justa causa, também conhecida como dispensa arbitrária ou desmotivada, é a rescisão unilateral do contrato de trabalho por vontade do empregador, sem necessidade de qualquer motivação.

De acordo com o art. 165, CLT⁴⁷, é arbitrária a dispensa que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

O inciso I do art. 7º da CF/88⁴⁸, garante a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado. Entretanto, o referido dispositivo constitucional condicionou a garantia à regulamentação em lei complementar.

Maurício Godinho Delgado⁴⁹ traça um paralelo entre as disposições contidas nos incisos I, proteção contra dispensa arbitrária, e XXI, direito a aviso prévio

⁴⁶ “Art. 482, CLT: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar.”

⁴⁷ “Art. 165, CLT: Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer **despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.** PARÁGRAFO ÚNICO. Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.” grifado

⁴⁸ “Art. 7º, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (...)” grifado

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1135-1136.

proporcional, da CF/88⁵⁰, que, para a maior parte da doutrina seriam normas programáticas, não produzindo qualquer efeito imediato. Para o autor, contudo, os referidos dispositivos constitucionais são regras de eficácia contida, produzindo, no caso da proteção contra a dispensa arbitrária, pelo menos, o efeito jurídico básico de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade do empregador, sem respaldo em qualquer justificativa socioeconômica, técnica ou disciplinar.

Em que pese parte da doutrina defenda a eficácia contida, ou mesmo plena⁵¹, do art. 7º, I, da CF/88, o entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina é no sentido de que, para gerar eficácia, o referido direito deve ser regulamentado por lei complementar.

É essa a opinião, por exemplo, de Carmen Camino, segundo a qual o princípio da denúncia vazia do contrato de trabalho pelo empregador vigora no Brasil, uma vez que ainda não foi publicada lei complementar regulamentadora do art.7º, I, CF:

Portanto, malgrado o art. 7º, inciso I, da Constituição vigente, prevalece o direito de denúncia vazia do contrato de trabalho, ao exclusivo arbítrio do empregador, em relação à imensa maioria dos trabalhadores brasileiros. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, regra à luz da Constituição, é exceção contemplada a um grupo restrito de trabalhadores, mesmo assim, em caráter provisório.⁵²

Dessa forma, na ausência de lei complementar, vigora a regulamentação provisória do instituto da proteção contra a dispensa arbitrária, disposta no art. 10, I, da ADCT⁵³, que instituiu a indenização compensatória de 40% sobre o FGTS.

Portanto, uma vez tendo sido despedido sem justa causa, o empregado terá direito a receber quando da quitação do contrato os valores referentes às férias proporcionais com adicional de 1/3, bem como 13º salário proporcional, além do

⁵⁰“Art. 7º, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...)”

⁵¹Nesse sentido ver: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

⁵²CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 470.

⁵³“Art. 10, ADCT: Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei n. 5107, de 13 de setembro de 1996; II – (...)”.

saque do FGTS com acréscimo da citada indenização compensatória de 40% e aviso prévio.

Importante destacar que o aviso prévio, sendo um direito rescisório, não pode ser renunciado pelo trabalhador. Dessa forma, caso o empregado solicite a liberação de seu cumprimento, o empregador deverá pagar o valor respectivo, salvo se houver comprovação de que o empregado obteve novo emprego, nos termos da Súmula 276, TST.⁵⁴

2.6.2 Despedida com justa causa

Praticando o empregado qualquer das faltas previstas no art. 482, CLT⁵⁵, poderá o empregador dispensá-lo.

Importante frisar que a despedida por justa causa possui caráter disciplinar, não abrangendo as hipóteses que envolvam motivações econômicas ou técnicas, por exemplo.

De acordo com Carmen Camino⁵⁶, a denúncia do contrato, com motivação explícita, configura o exercício do poder disciplinar, na sua máxima expressão, por parte do empregador. Segundo a autora, a chamada denúncia cheia do contrato só poderá ser realizada pelo empregador, uma vez que o empregado não possui poder disciplinar, devendo, em caso de ocorrência de fato caracterizado como justa causa do empregador, socorrer-se ao Judiciário para obter a resolução do contrato por sentença.

⁵⁴ “Súmula 276, TST: **AVISO PRÉVIO – RENÚNCIA PELO EMPREGADO.** O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa do cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

⁵⁵ “Art. 482, CLT: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar.”

⁵⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 459.

Amauri Mascaro Nascimento⁵⁷ ensina que a justa causa invocada pelo empregador para dispensar o empregado deve ser atual, ou, seja, deve ser concomitante à rescisão contratual, não possuindo eficácia a ocorrência de falta pretérita, muito anterior ao ato de despedida do empregado. Portanto, a rescisão deve ser imediata à justa causa praticada.

Configurada a justa causa, o empregado receberá somente saldo do salário, se houver, além das verbas vencidas no momento da extinção do contrato, não sendo devido o recebimento de qualquer parcela rescisória. Não poderá o empregado movimentar o saldo existente na conta vinculada ao FGTS, bem como não lhe será devida nenhum tipo de indenização.

Em relação às férias proporcionais, em que pese o art. 11 da Convenção 132 da OIT⁵⁸, ratificada pelo Brasil, mostrar-se mais benéfico ao empregado, uma vez que estende o direito ao recebimento de férias proporcionais a qualquer hipótese de rompimento contratual, a posição majoritária dominante é no sentido de sua não aplicação, considerando-se que a CLT é mais benéfica de modo geral no tocante às férias⁵⁹. No ponto em questão, é pacífico o entendimento no sentido da aplicação das Súmulas 171⁶⁰ e 261⁶¹ do TST, que garantem o pagamento de férias proporcionais em virtude da extinção do contrato de trabalho, salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa.

Ainda, no tocante à despedida com justa causa, dispõe Carmen Camino:

Configurado quadro de justa causa, o empregador estará apto a exercer seu poder disciplinar através do despedimento. **Trata-se de manifestação**

⁵⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 844.

⁵⁸“Art. 11, Convenção 132 da OIT: Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.”

⁵⁹A jurisprudência, de forma majoritária, utiliza a técnica do Conglobamento, aplicando, assim, as normas da CLT no tocante a férias, pois, de maneira geral são mais benéficas.

⁶⁰“Súmula 171, TST: **FÉRIAS PROPORCIONAIS – CONTRATO DE TRABALHO – EXTINÇÃO – NOVA REDAÇÃO**. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147, CLT)”

⁶¹“Súmula 261, TST: **FÉRIAS PROPORCIONAIS – PEDIDO DE DEMISSÃO – CONTRATO VIGENTE A MENOS DE UM ANO – NOVA REDAÇÃO**. O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.”

unilateral, irretroatável e de natureza receptícia, a exemplo do despedimento sem justa causa, mas, obviamente, não cria, para o empregado, direito ao aviso prévio.

Portanto, uma vez ciente o empregado do seu despedimento com justa causa, extingue-se, incontinenti, o contrato de trabalho.⁶² *Grifado.*

Ressalte-se que não deve haver qualquer anotação na carteira de trabalho do empregado relativa à falta cometida que ocasionou a ruptura do vínculo empregatício, de acordo com o art. 29, § 4º, CLT⁶³.

2.7 Extinção do contrato por culpa recíproca

Pode acontecer de tanto o empregado quanto o empregador concorrerem para a ruptura do contrato de trabalho, ocorrendo, assim, a extinção da relação jurídica por culpa recíproca.

Nesse caso, de acordo com o disposto no art. 484, CLT,⁶⁴ o empregado terá direito a receber metade das verbas que lhe seriam devidas por ocasião da extinção do contrato de trabalho por culpa exclusiva do empregador, assim, receberá 50% do valor do aviso prévio, do 13º salário e das férias proporcionais, com adicional de 1/3, e poderá sacar os depósitos do FGTS, mas indenização sobre o montante será reduzida pela metade, passando a ser, portanto, de 20%⁶⁵.

Na linha desse entendimento, foi conferida nova redação à Súmula 14 do TST, que passou a enfatizar a incidência das verbas rescisórias pela metade nos casos de ruptura do pacto laborativo por culpa recíproca, *in verbis*:

⁶²CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 482.

⁶³“Art. 29, § 4º, CLT: É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.”

⁶⁴“Art. 484, CLT: Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o Tribunal do Trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade.”

⁶⁵Nos termos da Lei nº 8036/90, reconhecida a ocorrência de culpa recíproca em relação à ruptura contratual, a indenização sobre o FGTS será devida somente pela metade. “Art. 18, Lei nº 8036/90: Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. § 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. § 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento. § 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar da documentação comprobatória do recolhimento dos valores devidos a título de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, eximindo o empregador, exclusivamente, quanto aos valores discriminados.” grifado

CULPA RECÍPROCA - AVISO PRÉVIO – FÉRIAS PROPORCIONAIS – 13º SALÁRIO – NOVA REDAÇÃO. 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.

2.8 Extinção do contrato em decorrência de fatores extralaborativos às partes

É possível que a extinção do contrato de trabalho ocorra por fatores externos à vontade do empregado e do empregador, impossibilitando a continuidade da relação pactuada, como, por exemplo, a ocorrência do falecimento de uma das partes ou o encerramento das atividades da empresa.

Acerca da extinção do vínculo laborativo por motivo de força maior, Orlando Gomes e Elson Gottschalk ensinam:

A doutrina clássica ensina que a *força maior* rompe a relação de trabalho, de forma que dispensa a *denúncia* de uma das partes, por isso que nos contratos com prestações correlativas a impossibilidade do cumprimento de uma das obrigações exonera a outra parte do cumprimento da sua. Trata-se, naturalmente, de impossibilidade não imputável à conduta de um dos contraentes.⁶⁶

A seguir, veremos separadamente cada uma das hipóteses de extinção do contrato de trabalho em decorrência de fatores extralaborativos às partes e suas respectivas consequências.

2.8.1 Morte do empregado

Uma das características do contrato de trabalho é a pessoalidade na prestação do serviço, dessa forma, a morte do empregado acarreta, necessariamente, a extinção automática do contrato.

Com a morte do empregado, o espólio terá direito a receber somente as verbas relativas ao 13º salário proporcional e às férias proporcionais, com adicional de 1/3, além, por óbvio, do saldo do salário, se houver, e demais verbas vencidas com a ruptura contratual.

Os dependentes habilitados poderão, ainda, efetuar o levantamento dos depósitos do FGTS.

⁶⁶GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 389.

Importante destacar que tal hipótese de extinção do contrato de trabalho não obriga o empregador ao pagamento da indenização de 40% sobre o saldo do FGTS ou a concessão de aviso prévio indenizado. No entanto, como destacado por Maurício Godinho Delgado⁶⁷, caso a morte tenha sido motivada por ato culposo do empregador, em virtude de acidente de trabalho, por exemplo, a solução jurídica deverá ser distinta, incidindo as mesmas verbas rescisórias devidas quando da extinção do contrato de trabalho em virtude de justa causa cometida pelo empregador.

2.8.2 Morte do empregador pessoa natural

Primeiramente, é importante ressaltar que a morte do empregador constituído em empresa individual nem sempre provocará a extinção do contrato de trabalho.

É possível que o funcionamento da empresa individual seja mantido pelos sucessores do empregador, situação em que o empregado poderá optar pela terminação do contrato ou pela continuidade do vínculo empregatício, consoante disposição do art. 483, § 2º, CLT⁶⁸.

Ressalte-se que caso o empregado não tenha interesse em permanecer trabalhando na empresa após a morte de seu empregador, não precisará conceder aviso prévio, pois, conforme esclarece Mauricio Godinho Delgado⁶⁹, estará exercendo uma faculdade, afastando os efeitos do pedido de demissão. Outrossim, de acordo com o citado jurista, a hipótese descrita não caracteriza ruptura contratual por responsabilidade do empregador, uma vez que as atividades empresariais continuarão a ser exercidas por outras pessoas, não sendo devida ao empregado, portanto, a indenização de 40% sobre o FGTS.

Assim, na hipótese de continuação das atividades empresariais, receberá o empregado que optar pela extinção do contrato de trabalho, as seguintes verbas rescisórias: 13º salário proporcional e férias proporcionais com adicional de 1/3,

⁶⁷DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1156.

⁶⁸“Art. 483, § 2º, CLT: No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho”.

⁶⁹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1157.

além do saque do saldo do FGTS, sem a incidência da indenização de 40% sobre o montante.

Todavia, caso ocorra o efetivo encerramento das atividades da empresa por ocasião da morte do empregador, o contrato de trabalho estará, automaticamente, extinto, sendo devido ao empregado o recebimento de aviso prévio, 13º salário proporcional e férias proporcionais com adicional de 1/3, além do saque dos depósitos do FGTS. Em relação à indenização de 40% sobre o FGTS, não há entendimento pacífico.

2.8.3 Extinção da empresa ou do estabelecimento

No caso de extinção da empresa o empregado não poderá ser penalizado, dessa forma, deverá receber todas as parcelas rescisórias previstas na legislação, uma vez que cabe somente ao empregador arcar com os riscos da atividade econômica por ele exercida.

Essa é a opinião, por exemplo, de Sergio Pinto Martins⁷⁰, que afirma que em caso de falência do empregador, fará jus o empregado a todos os direitos trabalhistas, como se tivesse sido dispensado, isso porque os riscos do negócio não podem ser transferidos ao trabalhador. Para o referido autor, a hipótese de falência do empregador não pode ser considerada como força maior, uma vez que está inserida nos riscos do empreendimento.

Para Carmen Camino, também não se configura como força maior a ocorrência de políticas de governo que afetem economicamente a empresa:

Também não se invocará, como tal, eventual conjuntura econômica emergente de política do governo que venha a afetar, mesmo que profundamente, o setor produtivo no qual opera a empresa, nem qualquer outro evento que coloque a empresa em dificuldades, mesmo que insuperáveis, diante da assunção, pelo empregador, dos riscos do empreendimento econômico.⁷¹

Portanto, em caso de extinção da empresa ou do estabelecimento, em virtude da falência do empregador, sem ocorrência de motivo de força maior, as verbas rescisórias devidas ao empregado serão as seguintes: 13º salário proporcional,

⁷⁰MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 381.

⁷¹CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 464.

férias proporcionais com adicional de 1/3, aviso prévio indenizado, saque do saldo do FGTS com a incidência de indenização de 40% sobre o montante.

Não obstante, o fim das atividades empresariais pode ser ocasionado por motivo de força maior, sem que o empregador tenha concorrido para tanto, como nos casos de ocorrência de um incêndio ou inundação que afete totalmente o estabelecimento. Entretanto, caso o empregador tenha concorrido, mesmo que de maneira indireta, para o evento, exclui-se a razão de força maior, nos termos do art. 501, CLT.⁷²

Nesse sentido, se por motivo de forma maior as atividades da empresa forem encerradas e o empregado dispensado, terá direito a receber indenização prevista no art. 502, CLT⁷³.

Por fim, cumpre referir que, consoante o disposto no art. 504, CLT⁷⁴, comprovada falsa alegação de motivo de força maior, os empregados estáveis terão direito à reintegração, já àqueles que não forem estáveis poderão requerer a complementação da indenização referida anteriormente, além da remuneração atrasada.

2.8.4 *Factum Principis*

É possível que um ato da Administração Pública provoque a paralisação das atividades de uma empresa de forma definitiva, ocasionando a sua extinção, bem como a dispensa de seus empregados. Tal hipótese é conhecida como *factum principis*. Como exemplos de tal modalidade, pode-se citar atos legislativos que

⁷²“Art. 501, CLT: Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu direta ou indiretamente. § 1º A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior. § 2º À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa, não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.”

⁷³“Art. 502, CLT: Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na seguinte forma: I – sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478; II – não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa; III – havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479, desta Lei, reduzida igualmente à metade.”

⁷⁴“Art. 504, CLT: Comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida à reintegração aos empregados estáveis e aos não estáveis a complementação da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada.”

venham a impedir o prosseguimento das atividades da empresa, como a desapropriação do estabelecimento.

Nesse caso, não poderá o empregador eximir-se do pagamento das verbas rescisórias devidas em virtude do encerramento do contrato de trabalho, uma vez que não compete ao empregado assumir os riscos da atividade econômica exercida por aquele.

Ocorrendo a extinção do contrato por tal modalidade, é ônus da Administração Pública, nos termos do art. 486, CLT⁷⁵, arcar com o pagamento da “indenização” aos empregados. O citado dispositivo legal refere-se à indenização por antiguidade prevista no art. 478, CLT, em desuso no ordenamento trabalhista. Carmen Camino⁷⁶, contudo, sustenta a atribuição, ao Estado, do pagamento do acréscimo de 40% sobre os depósitos de FGTS na hipótese de término do contrato por ato da Administração, face à natureza indenizatória da parcela, não obstante a Lei nº 8.036/90⁷⁷ estabeleça o pagamento da verba apenas no caso de despedida sem justa causa pelo empregador.

De qualquer forma, como bem salientado por Maurício Godinho Delgado⁷⁸, a jurisprudência raramente tem acolhido tal modalidade de ruptura do contrato de trabalho, porquanto considera as medidas legais e administrativas do Estado que possam afetar a empresa como parte inerente do risco empresarial. Assim, em tais situações, seriam devidas ao trabalhador as parcelas rescisórias clássicas da dispensa sem justa causa.

⁷⁵“Art. 486, CLT: No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável. (...)”

⁷⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 256-257

⁷⁷ “Art. 18. (...) §1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros”

⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1155.

2.9 Prazos para o pagamento das verbas rescisórias e formalidades

A CLT estipula dois prazos para o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação, que são utilizados dependendo da existência ou não de aviso prévio, nos termos do § 6º do art. 477.⁷⁹

Quando a ruptura do contrato de trabalho exige a concessão de aviso prévio, e ele é integralmente cumprido, a quitação do contrato deverá ocorrer no 1º dia útil subsequente ao término do aviso prévio.

Contudo, quando não for devida a concessão do aviso prévio, ou quando este for dispensado ou indenizado, o empregador terá até 10 (dez) dias consecutivos, a partir do 1º dia útil após a dispensa, para dar quitação ao contrato. No tocante ao referido prazo, ensina Carmen Camino:

É importante repisar que o prazo não é de dez dias, mas aquele que couber até o décimo dia. Se este décimo dia coincidir com um domingo, a quitação deverá ser feita no sábado (nono dia), ou, não havendo expediente na empresa ou atendimento pelo sindicato para a devida assistência (pelo Ministério do Trabalho, certamente, não o haverá), na sexta-feira (oitavo dia). Se esta, ainda, coincidir com um feriado, a quitação será feita na quinta-feira (sétimo dia). Na espécie, não prevalece a regra segundo a qual, esgotado o prazo num dia não útil, prorroga-se o seu termo para o dia útil imediatamente posterior.⁸⁰

Ressalte-se que a não observância dos referidos prazos, acarreta a obrigação de pagamento de multa por parte do empregador, equivalente a 1 (um) mês de trabalho do empregado, de acordo com o estipulado no § 8º do art. 477, CLT.⁸¹

Outra regra importante acerca da quitação do contrato de trabalho diz respeito aos empregados analfabetos ou menores, estes somente poderão receber o pagamento dos valores devidos, em virtude da rescisão contratual, em dinheiro.⁸²

⁷⁹“Art. 477. (...)§ 6º O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos: a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa do seu cumprimento.”

⁸⁰CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 509.

⁸¹“Art. 477. (...) § 8º. A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento de multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.”

⁸²Nos termos do art. 477, § 4º, da CLT, que dispõe: “o pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo se o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro”.

3 AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Neste capítulo abordaremos o instituto do aviso prévio, seu conceito, seus tipos, sua duração e seus efeitos. Analisaremos, também, a sua evolução histórica, principalmente no Brasil: desde sua origem até o momento em que passou a ser considerado uma garantia constitucional, e o longo caminho percorrido até a edição da Lei 12.506, que garantiu a efetividade plena do dispositivo previsto na CF/88.

Por fim, faremos uma análise da Lei nº 12.506, que ao prever o critério de aplicação da proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço deixou de tratar sobre pontos importantes, suscitando dúvidas e controvérsias por parte da doutrina.

3.1 Considerações iniciais acerca do instituto do aviso prévio

O aviso prévio pode ser considerado como a comunicação que uma das partes da relação contratual tem de fazer à outra no sentido de que deseja extinguir o pacto firmado, sem justa causa, no prazo previsto em lei, sob pena de pagamento de indenização substitutiva.

Em sua obra, Carmen Camino define o instituto do aviso prévio:

(...) poderemos definir o aviso prévio como a manifestação unilateral de vontade, de natureza receptícia, pela qual, de forma irretroatável, um dos sujeitos integrantes de um contrato de trabalho a prazo indeterminado comunica ao outro sua intenção de resili-lo, e cuja eficácia é postergada pelo prazo legal, no qual opera-se 'execução residual' do contrato de trabalho.

A maior parte da doutrina adota a posição de que o aviso prévio é somente uma comunicação do desejo de romper o contrato de trabalho, ocorrendo sua extinção, de fato, apenas ao final do prazo do aviso.

É nesse sentido, também, a redação da OJ nº 82 da SDI-I do TST⁸³, que determina que a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁸⁴, o aviso prévio consiste na comunicação da rescisão do contrato pela parte que pretende extingui-lo,

⁸³“OJ nº 82, SDI-1, TST: **AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS.** A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.”

respeitando-se a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato até o decurso do prazo exigido, sob pena de pagamento de quantia substitutiva. Para o referido autor, o instituto possui caráter tríplice, uma vez que engloba a comunicação, o período que após tal comunicação o empregado deve permanecer na empresa, além do pagamento em dinheiro relativo a esses dias, mesmo que não tenha sido prestado serviço.

Dessa forma, considerando-se que o aviso prévio deve ser concedido tanto pelo empregador, quanto pelo empregado, tem-se que sua natureza jurídica é bilateral. Sérgio Pinto Martins explica o instituto sob o viés de quem o concede:

Consiste o aviso prévio numa limitação econômica ao poder de despedir do empregador, que deve concedê-lo, sob pena de pagar indenização correspondente. Podemos encará-lo, ainda, como uma limitação para que o empregado não venha a abandonar abruptamente a empresa, deixando o empregador, de imediato, de contar com um funcionário para fazer determinado serviço. A concessão do aviso prévio do empregado ao empregador objetiva que este possa assegurar o funcionamento da empresa.⁸⁵

Nesse compasso, observa-se que o instituto do aviso prévio possui finalidades distintas, além de proteger as partes contra o rompimento abrupto do contrato de trabalho, dependendo de quem o concede. De acordo com Vólia Bomfim Cassar⁸⁶, quando o empregador for o denunciante, a finalidade do aviso é a de dar ao empregado a oportunidade de buscar uma nova colocação no mercado de trabalho; ao contrário, quando o empregado conceder o aviso, o objetivo é possibilitar ao empregado a oportunidade de procurar um substituto para o posto que ficará vago, sem causar prejuízos à empresa.

Por outro lado, observando-se a declaração em si, percebe-se que esta consiste em ato unilateral de vontade, uma vez que independe da aceitação da parte contrária.

Não há previsão legal quanto à forma do aviso prévio. A comunicação pode ocorrer tanto verbalmente quanto por escrito, no entanto, cumpre referir que o prazo do aviso prévio somente se inicia após o interessado comunicar ao destinatário a

⁸⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 424.

⁸⁵MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 386.

⁸⁶CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011. p. 1091.

sua intenção em extinguir o contrato de trabalho. Assim, mesmo que tal intenção já seja conhecida por terceiros, só será considerado concedido o aviso quando o próprio destinatário for comunicado.

Importante destacar que o direito ao aviso prévio não pode ser renunciado pelo empregado. Nos termos da Súmula 276 do TST⁸⁷, o pedido de dispensa de seu cumprimento não exime o empregador do pagamento do respectivo valor, exceto se houver comprovação de que o trabalhador obteve novo emprego durante o período.

Carmen Camino chama atenção para o fato de que a expressão aviso prévio, embora consagrada pela doutrina, é imprecisa, isso porque o aviso consubstancia-se em ato presente, não futuro, considerando-se que o sujeito denunciante avisa que está denunciando o contrato, não que irá denunciá-lo.⁸⁸

Diante do exposto, é possível afirmar que o aviso prévio é um direito recíproco das partes da relação de trabalho, e decorre de ato de vontade unilateral em pôr fim ao vínculo, gerando a obrigação de pré-avisar a outra parte tal desejo.

3.1.1 Tipos de aviso prévio

O aviso prévio pode ser classificado de acordo com a forma de seu cumprimento: nos casos em que o empregado continua prestando serviço durante o prazo do aviso, temos o aviso prévio trabalhado; já quando não há prestação de trabalho durante o período, temos o aviso prévio indenizado.

O empregador pode liberar o empregado da prestação do trabalho, indenizando-o pelo respectivo período, nos termos do art. 487, § 1º, CLT. Ressalte-se que esse é o tipo mais usual de aviso, tendo em vista que evita possíveis desgastes entre as partes após a comunicação do desejo em extinguir o pacto laboral.

⁸⁷“Súmula 276, TST: **AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO.** O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

⁸⁸ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 473.

Como bem observado por Maurício Godinho Delgado⁸⁹, a prática empresarial tentou criar um terceiro tipo de aviso, não previsto na CLT, o aviso prévio cumprido em casa. Notadamente a prática era abusiva, considerando-se que o período não era trabalhado, nem mesmo indenizado, obrigando o empregado a permanecer em sua casa, à disposição da empresa. A jurisprudência, por meio da OJ nº 14, SDI-1, TST⁹⁰, enquadrou tal situação à hipótese do aviso prévio indenizado.

De qualquer forma, impõe-se ressaltar, como já referido, que, nos termos da OJ nº 82 da SDI-I do TST, independentemente do tipo de aviso prévio (indenizado ou trabalhado), este é integrado ao contrato de trabalho para todos os efeitos, razão pela qual a data de extinção da relação deve corresponder à do término do prazo do aviso.

3.1.2 Duração do aviso prévio

A CLT prevê o prazo de 30 (trinta) dias de duração do aviso prévio como regra geral e de 8 (oito) dias como regra específica para os trabalhadores que recebem por semana ou por prazo inferior⁹¹.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, ao garantir o período mínimo de 30 (trinta) dias para todos os trabalhadores, revogou a regra de duração do aviso prévio, quando concedido pelo empregador⁹², por apenas 8 (oito) dias contida na CLT.

Outrossim, com o advento da Constituição Federal de 1988 a duração do aviso prévio tornou-se variável, passando a ser proporcional ao tempo de serviço. Todavia, infelizmente, o entendimento predominante foi pela não aplicação do

⁸⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

⁹⁰“OJ 14, SDI-1, TST: **AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO.** Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação da despedida.”

⁹¹“Art. 478, CLT: 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; II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.”

⁹²Em relação a este ponto, é importante destacar que parte da doutrina considera que houve revogação somente em relação ao aviso prévio de 8 (oito) dias concedido pelo empregador ao empregado, permanecendo a disposição válida quando o aviso tiver de ser concedido pelo empregado, uma vez que o prazo mínimo 30 (trinta) dias é um direito do **trabalhador**, nos termos da CF/88. Nessa linha ver: MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 389-390.

critério da proporcionalidade enquanto não regulamentado em lei, penalizando, assim, os trabalhadores com a omissão do legislador.

Por óbvio, disposições mais benéficas ao trabalhador, contidas em negociações ou acordos coletivos, observando o critério da proporcionalidade ao tempo de serviço para a concessão do aviso prévio, sempre foram permitidas.

Trataremos sobre o assunto de forma mais detalhada ao decorrer do presente estudo.

3.1.3 Efeitos do aviso prévio

A comunicação à parte contrária do desejo em extinguir o pacto laboral existente não possui eficácia imediata, uma vez que somente depois de transcorrido o prazo estabelecido é que o contrato será definitivamente extinto.

Para Carmen Camino⁹³, o descompasso temporal existente entre o ato da denúncia do contrato e a sua eficácia atende à finalidade do instituto do aviso prévio, que se destina a preservar os contratantes que, naturalmente, criam expectativas com base na relação jurídica de execução continuada e de caráter indefinido no tempo.

Isso porque, de acordo com o princípio da continuidade do contrato de trabalho, a relação de emprego deve perdurar no tempo e, até que seja rescindida pelas hipóteses previstas em lei ou por vontade das partes, permanece a sucessividade de prestações entre empregado e empregador, com a manutenção dos direitos e obrigações recíprocos inerentes à relação⁹⁴.

Conforme destacado por Maurício Godinho Delgado⁹⁵, o aviso prévio não extingue o contrato de trabalho, somente firma um prazo para a sua terminação. De acordo com o autor, caso a parte que concedeu o aviso reconsidere sua decisão, antes do término do prazo, e a contraparte aceite, o aviso será cancelado, nos

⁹³CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

⁹⁴ Sobre o tema ver: MARTINS, Sérgio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

⁹⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1200-1201.

termos do art. 489, CLT⁹⁶. Portanto, havendo concordância em relação à reconsideração do aviso, preserva-se a continuidade no contrato; do contrário, o contrato se extingue ao final do prazo do aviso concedido. Ainda sobre o tema, Carmen Camino⁹⁷ destaca a impossibilidade de ato unilateral de retratação, tendo em vista que, caso a parte notificante reconsidere o ato, é facultado à outra parte aceitar ou não a reconsideração.

Entretanto, em que pese o entendimento majoritário da doutrina quanto à produção de efeitos apenas ao final do prazo do aviso, Vólia Bomfim Cassar entende que, a partir da notificação, o instituto já produz um duplo efeito no contrato de trabalho. De acordo com a citada autora⁹⁸, a notificação acarreta a redução da jornada de trabalho ou mesmo a dispensa do empregado por sete dias consecutivos, quando se tratar de aviso prévio trabalhado, bem como a integração de todo o período do aviso ao tempo de serviço do empregado, mesmo quando se tratar de aviso prévio indenizado.

Em relação à jornada reduzida, dispõe o art. 488 da CLT⁹⁹ que a jornada do trabalhador deve ser reduzida em duas horas diárias durante todo o período do aviso prévio, sem qualquer redução salarial. É facultado ao empregado, no entanto, optar pela não redução de sua jornada durante o período, faltando 1 (um) dia de serviço por semana, se trabalhador rural¹⁰⁰, ou 7 (sete) dias corridos, se trabalhador urbano, sem prejuízo do salário integral.

⁹⁶“Art. 489, CLT: 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.”

⁹⁷ CAMINO, Carmen. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: a lei regulamentadora que já tardava. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Ano VIII, nº 47. Março/abril 2012. Porto Alegre: Editora Magister. p. 23.

⁹⁸CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011. p. 1092.

⁹⁹“Art. 488, CLT: O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. 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.”

¹⁰⁰ Em relação ao trabalhador rural, o art. 15 da Lei nº 5.889/73 dispõe: “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.”

Neste ponto, é importante destacar a posição de Valentim Carrion¹⁰¹, que defende a aplicação da referida redução apenas aos trabalhadores com jornada de oito horas, devendo haver redução de maneira proporcional aos trabalhadores com jornada menor.¹⁰² Contudo, entende-se mais correta a posição doutrinária majoritária, segundo a qual referida redução de duas horas deve ser aplicada a qualquer tipo de jornada, porquanto a redução proporcional, defendida por Carrion, mostra-se nociva ao empregado, bem como carece de amparo legal, violando, portanto, o princípio da proteção ao trabalhador.

De qualquer forma, a redução da jornada não pode ser substituída pelo pagamento das horas correspondentes, nos termos da Súmula 230 do TST¹⁰³.

Ainda em relação à redução da jornada, entende-se que não deve ser aplicada nos casos em que o empregado comunica ao empregador o seu desejo em extinguir o contrato, isso porque, em tais situações, presume-se que o empregado já tenha uma nova colocação em vista¹⁰⁴.

Outro efeito importante do instituto do aviso prévio, como anteriormente destacado, é a integração de seu período como tempo de serviço, ainda que o empregado não tenha trabalhado efetivamente durante o prazo. Ou seja, o tempo de “sobrevida” do contrato após o aviso prévio integra-se ao contrato de trabalho para todos os fins legais.

3.2 Evolução Histórica do instituto do aviso prévio

O instituto do aviso prévio não possui suas origens no Direito do Trabalho. De acordo com os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, o aviso prévio surgiu nas

¹⁰¹CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho : legislação complementar: jurisprudência.** 36. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

¹⁰² O mesmo posicionamento é adotado por Vólia Bomfim Cassar ao afirmar que a proporcionalidade é uma forma justa e sensata de não premiar os trabalhadores que têm jornada reduzida em prol da punição dos que têm jornada mais longa. Nesse sentido ver: CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011. p. 1092.

¹⁰³“SÚM. 230, TST: **AVISO PRÉVIO – SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO.** É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.”

¹⁰⁴Tal entendimento é sustentado por Alice Monteiro de Barros, por exemplo. Ver: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 756.

Corporações de Ofício, tendo sido consagrado pelos usos e costumes, passando, então, a ser utilizado pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial.¹⁰⁵

Ressalte-se que, nas Corporações de Ofício, o instituto não era utilizado de forma recíproca, sendo devida a concessão do aviso somente pelo companheiro ao seu mestre.¹⁰⁶

No Brasil, o aviso prévio também foi previsto, primeiramente, pela legislação ordinária. O Código Comercial de 1850, em seu artigo 81, previa, em síntese, que qualquer dos contratantes poderia dar por encerrado o contrato, avisando a outra parte com um mês de antecedência. Após, o Código Civil de 1916, no artigo 1.221, exigiu a concessão de prévio aviso, por qualquer das partes, para a rescisão unilateral de contrato de locação de serviços sem prazo determinado, estipulando que tal aviso deveria ser dado com antecedência de oito dias, quando o salário fosse fixado por mês, ou de quatro dias, quando o salário fosse fixado por semana ou quinzena, ou, ainda, de véspera, quando o contrato não tivesse ultrapassado sete dias.

No campo do Direito do Trabalho, a Lei nº 62, de 1935, estabeleceu o aviso prévio de maneira unilateral, exigindo somente do empregado que comunicasse ao empregador o seu desejo pela extinção do contato. Posteriormente, o instituto foi regulado pela CLT, em seus artigos 487 a 491, mas, dessa vez, de forma recíproca, ou seja, o aviso deveria ser concedido por ambas as partes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o aviso prévio passou a ser considerado um direito dos trabalhadores, devendo ser concedido com prazo mínimo de 30 dias, conforme o exposto no artigo 7º, XXI.

3.2.1 A Constituição Federal de 1988 e o critério da proporcionalidade na concessão do aviso prévio

Dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, *caput* e XXI:

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

¹⁰⁵BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 754.

¹⁰⁶Nesse sentido ver: MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 387.

(...)

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

Tal disposição abrange, além dos trabalhadores urbanos e rurais, os trabalhadores domésticos, conforme a previsão do parágrafo único do referido artigo constitucional¹⁰⁷.

Entendeu a jurisprudência que o prazo mínimo de 30 dias estipulado pela Constituição revogou as disposições temporais contidas no artigo 487, I e II, da CLT¹⁰⁸, bem como a restrição em relação aos trabalhadores domésticos disposta no artigo 7º, alínea a, também da CLT¹⁰⁹.

Não obstante, considera-se mais correto, uma vez que benéfico ao trabalhador, o entendimento no sentido de que o inciso I do artigo 487 da CLT não foi revogado em relação ao empregado, isto é, quando for dever do empregado conceder o aviso prévio a seu empregador, poderá ser aplicado o disposto no referido inciso, sendo, assim, de oito dias, considerando-se que o período mínimo de 30 (trinta) dias, previsto na CF/88, é um direito do trabalhador, não do empregador.

Quanto à necessidade de norma regulamentadora do critério da proporcionalidade ao tempo de serviço, foi defendido por parte da doutrina que a existência da lacuna não poderia acarretar a inaplicabilidade do referido direito. Nesse sentido, vejamos:

O fato de a norma do artigo 7º, inciso XXI, Carta de República de 1988, não estar plenamente completa na sua hipótese e no seu dispositivo, não traduz sua inaplicabilidade. Aliás, a função da jurisprudência, por meio do Poder Judiciário, utilizando o emprego dos princípios gerais de direito é justamente conferir máxima plenitude às normas que prescrevem direitos e garantias essenciais aos indivíduos. Assim, conquanto a condição de seu

¹⁰⁷“Art 7º, CF: 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; (...) Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.”

¹⁰⁸“Art. 487, CLT: 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; II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.”

¹⁰⁹“Art. 7º, CLT: Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.”

mandamento possua lacuna, isto é, não estabeleça uma escala de proporcionalidade a ser seguida, observa-se o intuito cristalino do legislador originário de tratar de forma privilegiada aquele trabalhador cujo contrato de trabalho se prolongou por determinado período.¹¹⁰

Todavia, após algumas oscilações, o entendimento jurisprudencial majoritário sedimentou-se no sentido da não aplicabilidade imediata do critério da proporcionalidade ao tempo de serviço para a concessão do aviso prévio, dependendo, assim, para a sua eficácia, da regulamentação por lei, conforme o disposto na OJ 84, SDI-1, TST, atualmente cancelada em virtude da publicação da Lei nº 12.506/11, *in verbis*:

84. **AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE.** A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inciso XXI, da CF/88 não é autoaplicável.

Nesse sentido também era o entendimento contido na Súmula nº 06 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, cancelada com o advento da Lei nº 12.506/11: *"A norma do art. 7º, inciso XXI da Constituição Federal não é auto-aplicável, no que concerne ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço"*.

Maurício de Carvalho Góes e Michelle Dias Bublitz¹¹¹ criticam a posição adotada pelos Tribunais, afirmando que o não reconhecimento da proporcionalidade do aviso prévio afronta o princípio da proteção ao hipossuficiente e o princípio da isonomia, isso porque a aplicação do prazo mínimo de 30 (trinta) dias, previsto na Constituição, tanto aos contratos com cinco anos de duração, como aos contratos de vinte anos, confere tratamento desproporcional em relação aos diferentes períodos de relação de emprego e os direitos inerentes a cada trabalhador. Afirmam os autores, ainda, que por ser um direito social, a proporcionalidade do aviso prévio deveria ter aplicabilidade imediata.

¹¹⁰BUBLITZ, Michelle Dias. GÓES, Maurício de Carvalho. O direito ao aviso prévio proporcional como expressão da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP** n. 15 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2011. p. 304.

¹¹¹BUBLITZ, Michelle Dias. GÓES, Maurício de Carvalho. O direito ao aviso prévio proporcional como expressão da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP** n. 15 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2011. p. 287- 312.

Nesse ponto, importante destacar a posição adotada por Jorge Luiz Souto Maior¹¹², no sentido de que a inércia do legislador não pode ser usada como argumento para impedir a aplicação de norma constitucional. De acordo com o citado autor, enquanto não for editada lei complementar, o julgador deve utilizar-se da equidade ou da analogia para preencher as lacunas regulatórias existentes, nos termos do art. 8º da CLT.

3.2.2 Negociações Coletivas

Enquanto perdurou o vácuo normativo acerca da proporcionalidade do aviso prévio, fez-se necessária a busca de mecanismos alternativos para garantir a efetividade de tal direito diante da ausência de regulamentação.

Maurício Godinho Delgado afirma que, embora a jurisprudência não tenha considerado a eficácia imediata da norma que garante a proporcionalidade da duração do aviso prévio, regra jurídica autônoma, como a Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, ou mesmo cláusula contratual, inclusive o regulamento da empresa, podem instituir prazo superior ao aviso prévio, de forma restrita, obviamente, ao âmbito de sua competência.¹¹³

No âmbito das negociações coletivas, por vezes o prazo do aviso prévio foi concedido de acordo com a proporcionalidade do tempo de serviço, respeitando-se sempre o prazo mínimo de 30 (trinta) dias, garantindo, assim, ao trabalhador a melhoria de sua condição social.

Essa dilatação do prazo do aviso prévio em benefício do empregado por meio de norma coletiva é plenamente possível, conforme entendimento sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho:

OJ 367 da SDI-I: **AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS.** O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.

¹¹²MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego.** Volume II. São Paulo: LTr, 2008. p. 490.

¹¹³DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1196.

3.2.3 Mandados de Injunção e atuação do Supremo Tribunal Federal

Diante da inércia do legislador em regulamentar a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço, foram propostas diversas ações visando à aplicação imediata do dispositivo constitucional.

Como destacado anteriormente, o entendimento jurisprudencial dominante foi no sentido de que a norma constitucional que garantiu a proporcionalidade do instituto não seria norma de eficácia plena, mas sim contida¹¹⁴, necessitando, assim, de norma regulamentadora.

Entretanto, após anos sem qualquer regulamentação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do legislador, suspendendo em junho de 2011 o julgamento de quatro Mandados de Injunção¹¹⁵ em que os autores pleiteavam o direito, garantido constitucionalmente, ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes, relator dos processos, pronunciou-se pela procedência das ações e sugeriu a suspensão do julgamento para melhor exame do direito postulado, com a verificação das experiências de outros países, das recomendações da OIT, bem como dos projetos em tramitação no Congresso Nacional sobre o assunto.¹¹⁶

Importante destacar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio que, durante os debates acerca das ações, sugeriu o acréscimo de 10 (dez) dias por ano de trabalho ao período mínimo de 30 (trinta) dias. Assim, caso o empregado fosse dispensado após 30 (trinta) anos de serviço, deveria receber um aviso prévio de 300 (trezentos) dias.

¹¹⁴ José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais em três categorias: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida. As normas de eficácia plena são aquelas que produzem, ou têm a capacidade de produzir, todos os seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição, incidindo de forma direta e imediata sobre as matérias que disciplinam. Já as normas de eficácia contida também produzem, ou podem produzir, os seus efeitos de forma imediata, porém não integralmente, uma vez que estão sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limitem a sua eficácia e aplicabilidade. Por fim, as normas de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor da Constituição, necessitando de norma ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Ver: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

¹¹⁵ Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090.

¹¹⁶ Conforme notícia divulgada no sítio eletrônico do STF no dia 22 de junho de 2011 : [HTTP://www.stf.jus.br/portal/geral](http://www.stf.jus.br/portal/geral)

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, ressaltou que o artigo 8º da CLT¹¹⁷ admite a aplicação do direito comparado nos casos de existência de lacuna legislativa. Nesse contexto, o jurista relatou as experiências de países como Alemanha, Dinamarca, Suíça e Itália, nos quais o aviso prévio pode ter duração de até seis meses, dependendo do tempo de serviço na mesma empresa e da idade do trabalhador. O referido Ministro mencionou, ainda, a recomendação da OIT¹¹⁸ acerca da extinção da relação de trabalho, que garante o direito a um aviso prévio razoável ou a uma indenização compensatória.

Durante os debates, o Ministro Cezar Peluso também se manifestou, sugerindo uma indenização no valor de um salário-mínimo a cada cinco anos de trabalho na mesma empresa, além da garantia mínima de 30 (trinta) dias de aviso prévio. No entanto, o Ministro Marco Aurélio mostrou-se contrário a tal proposta, uma vez que não guarda a proporcionalidade prevista na CF/88.

3.2.4 A regulamentação da Proporcionalidade pela Lei nº 12.506/2011

Passados mais de vinte anos de espera, o trabalhador brasileiro teve regulamentado o seu direito, constitucionalmente previsto, ao aviso prévio proporcional.

Às pressas, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.506, publicada em 11 de outubro de 2011. O texto restrito da Lei, que conta com apenas dois artigos, vem ocasionando diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua aplicação e seu alcance. Vejamos a redação da referida Lei:

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.

¹¹⁷ “Art. 8º, CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

¹¹⁸ Trata-se da Convenção 158 da OIT, que em seu artigo 11 estabelece que o trabalhador deve ter direito a um prazo razoável de aviso prévio ou, então, uma indenização, a não ser que tenha cometido falta grave.

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

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

Bem observa Amauri Cesar Alves¹¹⁹, que o curto tempo para a elaboração da nova Lei foi ocasionado pela atuação do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Injunção envolvendo o direito ao aviso prévio proporcional. De acordo com o autor, o poder legislativo teria antecipado a regulamentação infraconstitucional do critério da proporcionalidade antes que coubesse ao Supremo Tribunal Federal fazê-lo, provavelmente de forma mais vantajosa para os trabalhadores, deixando, assim, diversos pontos obscuros sobre sua aplicação.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior¹²⁰, a atuação do Congresso Nacional ao aprovar, em tempo recorde, um projeto de lei que já tramitava desde o ano de 1989, merece críticas, tendo em vista que a aprovação em poucos dias foi impulsionada pelo capricho de não ser superado pela iniciativa do Supremo Tribunal Federal, e não pela razão.

O critério de proporcionalidade adotado pela nova Lei também gerou desgasto por parte da doutrina. Vejamos as considerações feitas por Jorge Luiz Souto Maior, que considera que o aviso prévio proporcional nos termos da Lei é, em verdade, um aviso prévio desproporcional:

(...) A Constituição é clara ao estipular que é direito dos trabalhadores o recebimento de um aviso proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias. Ora, se um vínculo de emprego, como se sabe, já se forma com um dia de trabalho, e o aviso prévio é, segundo prevê a Constituição, de, no mínimo, trinta dias, como dizer que o aumento desse prazo em três dias a cada novo ano trabalhado seja um critério proporcional? E, mais ainda, como pode ser proporcional ao tempo de serviço um aviso prévio que resta limitado a noventa dias, desconsiderando, a partir daí, o próprio critério da vinculação ao tempo de serviço?

Até se poderia considerar válido o critério anual para o acréscimo do número de dias do aviso prévio, mas esse aumento deveria ser, segundo prevê a Constituição, proporcional. Assim, se por um ano trabalhado o

¹¹⁹ALVES, Amauri Cesar. O “Novo” Aviso Prévio proporcional: Lei nº 12.506/2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**, 1ª quinzena de março, nº 5/2012. Volume II. p. 159-163.

¹²⁰MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Aviso Prévio Desproporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 344, agosto de 2012. Porto Alegre: HS Editora. p. 88-91.

período do aviso é de trinta dias, para mais um ano, o aviso deveria ser, atendendo a proporcionalidade, de sessenta dias e assim por diante.¹²¹

3.3 Problemas relativos à nova Lei

Em que pese a simplicidade da redação da Lei nº 12.506/11, e talvez exatamente em virtude de tal simplicidade, diversos pontos de controvérsia foram suscitados pela doutrina. As questões polêmicas foram motivadas, principalmente, pelas lacunas existentes, visto que o diploma legal não regulou todos os aspectos que deveria.

Em seu artigo, Rafael José Nadim de Lazari destaca algumas questões polêmicas acerca da nova Lei:

Sobejam a ausência de respostas e os pontos dúbios do comando legislativo em evidência. Não se considera a idade do trabalhador, conforme alguns ordenamentos europeus; não se explica se os 3 dias de acréscimo podem se tornar 1 ou 2 dias, por exemplo, caso o trabalhador não chegue a completar 1 ano; não se trata da situação daqueles que saíram de seus empregos antes da nova lei e só gozaram dos 30 dias, embora pudessem usufruir mais dias se a saída tivesse ocorrido com a nova lei. Por fim questiona-se se a nova lei não representará, ao invés do que se lhe proclama, uma medida de evitar demissões, um comando estimulador a que empresas deixem de ficar com seus funcionários por longo tempo.¹²²

Na opinião de Alexandre Albuquerque Almeida e de Simone Barbosa de Martins Mello¹²³, a precipitação quanto à aprovação da Lei, movida especialmente pela preocupação com que o Judiciário preenchesse a notória lacuna existente de forma mais benéfica ao trabalhador, ocasionou imprecisão em relação às situações de sua aplicação.

No presente estudo iremos analisar algumas das questões que mais geraram debate desde a publicação da Lei nº 12.506/11: quais os empregados abrangidos pelas suas disposições; não aplicabilidade do critério da proporcionalidade nos casos de extinção contratual por iniciativa do empregado; sua eficácia no tempo;

¹²¹MAIOR, Jorge Luiz Solto Maior. Aviso Prévio Desproporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 344, agosto de 2012. Porto Alegre: HS Editora. p. 89.

¹²²LAZARI, Rafael José Nadim de. Primeiras considerações sobre o novo aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 37, Vol. 144, Out/Dez. 2011. Editora Revista dos Tribunais. p. 211- 225.

¹²³ALMEIDA, Alexandre Albuquerque; MELLO, Simone Barbosa de Martins. Princípio da Proporcionalidade do Aviso-Prévio – Lei nº 12.506, de 11 de Outubro de 2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**. 2ª quinzena de novembro, nº 22/2011. Volume II. p. 653.

aplicação da redução de jornada no período de cumprimento do aviso prévio proporcional; contagem do período de trabalho para fins da aplicação do critério de proporcionalidade estabelecido.

3.3.1 Empregados abrangidos pelas disposições contidas na Lei nº 12.506/11

Não obstante a nova lei faça menção somente à CLT, em vista das disposições constitucionais, os empregados rurais também têm direito ao aviso prévio proporcional.

Esse é o entendimento esposado por Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Embora a Lei 12.506 faça remissão apenas à CLT (e não à Lei 5.889/73) em conformidade com o art. 7º, caput, da Constituição da República, os empregados rurais também têm o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI), devendo-se aplicar, ainda que de forma extensiva, a disciplina legal em questão.¹²⁴

Em relação aos empregados domésticos, poderíamos seguir a mesma linha de raciocínio, ou seja, tendo em vista que estes empregados possuem o direito ao “*aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, nos termos da lei*”, de acordo com a redação do parágrafo único do art. 7º da CF/88, resta claro que a Lei nº 12.506/11 também deve ser aplicada aos referidos trabalhadores.

José Geraldo da Fonseca¹²⁵ defende, com acerto, a aplicação do critério de proporcionalidade estabelecido pela Lei a qualquer empregado que conte com mais de um ano de serviço, inclusive aos empregados domésticos, *in verbis*:

Embora o art. 2º do Decreto Lei 71.885, de 9 de março de 1973, que regulamentou a Lei 5.859/72, que cria a profissão de empregado doméstico, diga que a CLT somente se aplica aos empregados domésticos quanto a férias, a nova lei não faz qualquer distinção e limita-se a disciplinar de outra forma o instituto do aviso prévio, que já era plenamente aplicável aos domésticos. Qualquer empregado com contrato de mais de um ano faz jus à nova disciplina do aviso prévio.

Contudo, esse ponto não é pacífico. Sergio Pinto Martins¹²⁶, por exemplo, adota o entendimento de que a redação da Lei nº 12.506/11 não dá margem a sua

¹²⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Lei 12.506/2011: aviso prévio proporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 28, nº 336, dezembro de 2011. Porto Alegre: HS Editora. p. 14.

¹²⁵FONSECA, José Geraldo da. O Novo Aviso Prévio. *In Revista Justiça e Cidadania*. ed. 136. Dezembro de 2011. Rio de Janeiro: Editora JC. p. 38.

aplicação aos empregados domésticos, pois se refere aos empregados que tenham prestado serviço na mesma *empresa*, fato que, para o autor, não engloba o empregador doméstico, que não é empresa, mas sim pessoa física. Dessa forma, entende o referido jurista que o aviso prévio concedido pelo empregador doméstico a seu empregado é de apenas 30 (trinta) dias.

3.3.2 (Não) aplicabilidade do critério da proporcionalidade nos casos de extinção contratual por iniciativa do empregado

Embora a Lei nº 12.506/2011 tenha estipulado expressamente em seu art. 1º que a proporcionalidade é um direito dos empregados, surgiram divergências sobre o tema.

A aplicação do critério da proporcionalidade nos casos em que o aviso prévio for concedido pelo empregado (“pedido de demissão”) é defendida com base no princípio da igualdade e na natureza bilateral do contrato de trabalho. Todavia, tal tese não merece prosperar, conforme será visto a seguir.

A título meramente ilustrativo, colaciona-se trecho do artigo escrito por José Geraldo da Fonseca¹²⁷, em que é defendida a aplicação da proporcionalidade a ambas as partes do contrato de trabalho:

(...) se o empregado tem direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, à base de três dias para cada ano de contrato, em caso de rompimento de contrato por iniciativa do patrão, o patrão tem direito a exigir do empregado que cumpra aviso prévio na mesma proporção, se a iniciativa de romper o contrato de trabalho partir do próprio empregado? Ainda que se diga que a nova lei tenha sido pensada para beneficiar o empregado, entendo que também beneficia o empregador, porque o contrato de trabalho é bilateral, comutativo e sinalagmático, isto é, impõe direitos e deveres teoricamente simétricos para ambas as partes.

Primeiramente, cumpre referir que o empregado não se encontra em situação de igualdade em relação a seu empregador, dessa forma é necessário um tratamento diferenciado para garantir maior equidade na relação. Nesse sentido, leciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

¹²⁶MARTINS, Sergio Pinto. Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciária IOB**. 1ª Quinzena de Fevereiro, nº 3/2012 . Volume II. p 98-103.

¹²⁷FONSECA, José Geraldo da. O Novo Aviso Prévio. **Revista Justiça e Cidadania**. ed. 136. Dezembro de 2011. Rio de Janeiro: Editora JC. p. 40.

Tendo em vista a desigualdade em que os sujeitos do vínculo emprego se encontram, a norma jurídica pode (deve) estabelecer tratamento diferenciado, na medida dessa desigualdade, como forma de se alcançar a situação mais justa e equânime. Nesse sentido é que são previstos os diversos direitos trabalhistas, impondo-se os correspondentes deveres ao empregador.¹²⁸

Nesse compasso, Sergio Pinto Martins¹²⁹ ressalta que o princípio da proteção visa proporcionar uma forma de compensação da superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, concedendo superioridade jurídica a este. Para o autor, um dos desdobramentos do referido princípio seria, exatamente, a elaboração de norma mais favorável ao trabalhador, visando à melhoria de sua condição social.

Maurício de Carvalho Góes e Michelle Dias Bublitz¹³⁰ com acerto observam que o aviso prévio, no âmbito do Direito do Trabalho, deixou de ser uma garantia igual e recíproca entre as partes, passando a ser um direito constitucional do empregado em face da despedida arbitrária, protegendo, assim, a relação de emprego.

De fato, o aviso prévio proporcional, por ser mais oneroso ao empregador, consubstancia-se em verdadeiro óbice à dispensa do empregado, enquadrando-se em uma das formas de “estabilidade imprópria” definidas por Américo Plá Rodriguez¹³¹, integrando, assim, o sistema de resistência à despedida arbitrária, garantindo a continuidade da relação de trabalho.

Com o advento da CF/88, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço passou a ser um direito do trabalhador, nos expressos termos do caput do art. 7º: “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”. Verifica-se, portanto, que a proporcionalidade é uma garantia constitucional destinada à proteção do trabalhador em face da extinção

¹²⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei 12.506/2011 e Aviso Prévio Proporcional. **Revista dos Tribunais**. Ano 100, Vol. 913, novembro/2011. Editora Revista dos Tribunais.

¹²⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

¹³⁰BUBLITZ, Michelle Dias. GÓES, Maurício de Carvalho. O direito ao aviso prévio proporcional como expressão da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP** n. 15 (julho/dezembro). Jacarezinho, 2011. p. 287-312.

¹³¹PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho**; tradução de João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982.

da relação contratual, e não do empregador, que já se encontra em posição mais benéfica.

Ora, é evidente que a aplicação da proporcionalidade aos casos de extinção contratual por iniciativa do empregado acarretaria diversos prejuízos contrários aos princípios e regras, em defesa do trabalhador, preconizadas na Constituição Federal e na CLT, impondo séria restrição ao seu direito de se desvincular do contrato de trabalho. Maurício Godinho Delgado, brilhantemente, traduz essa ideia:

Ora, a escolha jurídica feita pela Lei n. 12.506/2011, mantendo os trinta dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas o trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e 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 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.¹³²

Ademais, conforme bem destacado por Alexandre Albuquerque Almeida e Simone Barbosa de Martins Mello¹³³, verifica-se, ao analisar o histórico do projeto de Lei, que a intenção do legislador foi garantir a proteção do empregado ao lhe conferir maior prazo para buscar nova colocação no mercado. Para os referidos autores, a tese de que o prazo do aviso prévio quando a extinção contratual ocorrer por iniciativa do empregador será proporcional e quando ocorrer por iniciativa do empregado será fixo, não ultrapassando 30 (trinta) dias, deve prevalecer.

Esse é o entendimento contido na Nota Técnica nº 184, de 2012, do Ministério do Trabalho e Emprego:

¹³²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1151.

¹³³ALMEIDA, Alexandre Albuquerque; MELLO, Simone Barbosa de Martins. Princípio da Proporcionalidade do Aviso-Prévio – Lei nº 12.506, de 11 de Outubro de 2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciária IOB**. 2ª quinzena de novembro, nº 22/2011. Volume II. p. 653.

Da aplicação da proporcionalidade do aviso prévio em prol exclusivamente do trabalhador

Com base no art. 7º, XXI da Constituição Federal, entendemos que o aviso prévio proporcional é aplicado somente em benefício do empregado.

O entendimento acima se fundamenta no fato de que durante o trâmite do projeto de lei, fica evidenciado o intuito do poder legiferante em regular o disposto no referido dispositivo. Ora, o dispositivo citado **é voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos e domésticos.**

Ademais, o art. 1º da Lei 12.506/11, é de clareza solar e não permite margem a interpretação adversa, uma vez que diz que será concedida a proporção aos empregados:

*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.*

3.3.3 Eficácia da Lei no tempo

A eficácia da Lei no tempo também é um ponto de controvérsia para a doutrina. Contudo, é pacífico que as disposições contidas na lei alcançam, além dos contratos firmados a partir de sua publicação, os contratos em curso nessa data.

A controvérsia reside em relação aos trabalhadores que estavam cumprindo aviso prévio no momento da publicação da nova Lei: poderiam ser beneficiados pelo critério de proporcionalidade estabelecido?

Segundo Maurício Godinho Delgado, o efeito imediato da Lei abrange as situações posteriores a sua publicação, bem como as situações em andamento que não foram inteiramente concluídas, ou seja, os casos de aviso prévio em curso na data da publicação da Lei, dia 13/10/2011. Porém, para o citado jurista, a proporcionalidade não poderá, de forma alguma, atingir avisos prévios inteiramente consumados na data da publicação do referido diploma legal, uma vez que nosso sistema jurídico não admite efeito retroativo de regra ou de lei de direito material.¹³⁴

Nesse ponto, a fim de respaldar tal entendimento, é conveniente destacar que, conforme entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, a dispensa por justa causa, por exemplo, pode ser aplicada ao empregado ainda que este esteja cumprindo o período de aviso prévio. No mesmo sentido, impõe-se referir, ainda, a concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, circunstância que

¹³⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1202.

prorroga os efeitos da dispensa para o término do prazo do citado benefício previdenciário, nos termos da Súmula nº 371 do TST¹³⁵. Merecem registro, também, as hipóteses geradoras de garantia provisória no emprego, como no caso de empregada gestante, em que a jurisprudência aceita – ainda que não de forma unânime –, o direito à estabilidade no caso de concepção ocorrida durante o período do aviso prévio, conforme se verifica nas seguintes decisões¹³⁶ do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região¹³⁷:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO. GESTANTE. GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO. O aviso-prévio, ainda que indenizado, integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais, na forma do art. 487, § 1º, da CLT. Assim, a gravidez ocorrida no curso do aviso-prévio, mesmo indenizado, se dá na vigência do contrato de trabalho, sendo devida a trabalhadora à estabilidade provisória no emprego, consoante disposições do art. 10, II, "b", do ADCT. Transcorrido o prazo da garantia, faz jus a empregada à indenização pelo período da estabilidade, limitada, contudo, a partir do ajuizamento da ação para evitar-se a utilização abusiva do direito. (Acórdão do processo 0000152-20.2011.5.04.0004 (RO), Relator: JOÃO GHISLENI FILHO)

GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. A concepção no curso do aviso-prévio indenizado não exclui o direito à garantia provisória no emprego prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, já que o trintídio de aviso-prévio integra o tempo de serviço da trabalhadora para todos os efeitos legais, nos termos do art. 487, § 1º, in fine, da CLT. (Acórdão do processo 0001089-91.2011.5.04.0016 (RO), Relatora: DENISE PACHECO)

Sendo assim, a par dos exemplos citados, é razoável concluir que, se admitida a alteração da relação contratual por fato superveniente, como a falta grave ensejadora da despedida por justa causa, as causas interruptivas e suspensivas do contrato, ou mesmo geradoras de estabilidade, da mesma forma, por analogia, deveria ser admitida a produção de efeitos de Lei editada no curso do aviso prévio, em benefício ao trabalhador. Até porque, como já destacado, o período de aviso prévio integra-se ao contrato de trabalho e, dessa forma, as leis vigentes durante o período de relação contratual, que abrange o aviso prévio, deveriam ser aplicáveis ao contrato de trabalho.

¹³⁵ Súmula 371, TST: "**AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTES.** A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário."

¹³⁶ Tal entendimento ainda é minoritário no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹³⁷ Pesquisa de jurisprudência realizado no endereço eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>.

Nessa linha, Paulo Renato Fernandes da Silva ensina:

Com efeito, os empregados que foram demitidos dentro do prazo de 29 dias anteriores a 11.10.2011, ainda que seus avisos prévios tenham sido indenizados, em tese, teriam direito às novas regras da proporcionalidade, pois o período do aviso prévio (mesmo indenizado) integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais (art. 487, § 1º da CLT).¹³⁸

Em sentido contrário, Sergio Pinto Martins¹³⁹ afirma que a Lei 12.506/11 não pode ser aplicada aos trabalhadores que estavam cumprindo o aviso prévio quando da sua publicação, pois, caso contrário, a Lei estaria retroagindo. Para o autor, a retroatividade da Lei causaria insegurança jurídica para as empresas, tendo em vista a impossibilidade de adivinhar no momento da dispensa que posteriormente seria aprovada uma lei aumentando o prazo do aviso prévio de maneira proporcional ao tempo de serviço, assim, somente as dispensas ocorridas após 13 de outubro de 2011, estariam abarcadas pela nova Lei.

O Parecer Técnico nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE, reconhecendo a complexidade da questão, orienta nos seguintes termos:

5. Da impossibilidade da aplicação retroativa da Lei 12.506/11 e o Princípio da Segurança Jurídica

Temos no ordenamento jurídico o princípio do ato jurídico perfeito, insculpido no inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que consagra: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Portanto, constitui ato jurídico perfeito o aviso prévio concedido na forma da lei aplicável à época de sua comunicação.

Também é princípio constitucional no Direito Brasileiro, o da legalidade, segundo qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, garantido no inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual ao conceder aviso prévio sob a vigência da Lei anterior, o empregado não estava compelido a regramentos futuros ainda não vigentes.

Temos ainda no ordenamento jurídico pátrio, o Princípio *tempus regit actum*. Segundo este postulado, entende-se que a lei do tempo do ato jurídico é a que deve reger a relação estabelecida. Demais disso, é cediço que a lei não pode modificar uma situação já consolidada por lei anterior, salvo no caso de autorização expressa, o que não ocorre no presente caso.

Ademais, o art. 2º da norma informa que suas disposições entraram em vigor na data de sua publicação, ou seja, a partir de 13 de outubro do corrente ano. Dessa forma, os seus efeitos serão percebidos a partir de tal data, não havendo a possibilidade de se aplicar o conteúdo da norma para avisos prévios já iniciados. Desta feita, segue-se **a regra de que é do**

¹³⁸ SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei do aviso prévio. **Revista da Justiça do Trabalho**. Maio de 2012, Ano 29, nº 341. Porto Alegre: HS Editora. p. 48.

¹³⁹MARTINS, Sergio Pinto. Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**. 1ª Quinzena de Fevereiro, nº 3/2012. Volume II. p 98-103.

recebimento da comunicação do aviso que se estabelece os seus efeitos jurídicos.

De mais a mais, não se desconhece o conteúdo do Parecer nº 570/2011/CONJUR-MTE/CGU/AGU, que sustenta ser a proporcionalidade incidente tanto sobre os avisos prévios firmados a partir da data da vigência da Lei nº 12.506/11, quanto em relação aos avisos prévios naquela data. Porém, por se tratar de matéria de alto grau de complexidade, pugna-se pela manutenção do entendimento atual desta Secretaria, enquanto nenhum posicionamento se configure como majoritário.

Por fim, registre-se o posicionamento adotado atualmente pelo TST que, cancelando a OJ nº 84, SDI-1, criou a Súmula nº 441 acerca da aplicabilidade da Lei nº 12.506/11, firmando o entendimento de que a proporcionalidade só pode ser aplicada nos casos de dispensa posterior à publicação do referido diploma legal, *in verbis*:

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.

3.3.4 Aplicação das disposições contidas no art. 488, CLT

Dispõe o art. 488 da CLT¹⁴⁰ que durante o cumprimento do aviso prévio haverá redução de 2 (duas) horas na jornada do empregado, ou, a seu critério, dispensa por 7 (sete) dias corridos, sem qualquer alteração salarial.

Assim, de acordo com a melhor doutrina, aplicando-se o critério da proporcionalidade ao tempo de serviço, permanece inalterada a possibilidade da redução de 2 (duas) horas diárias durante todo o prazo do aviso prévio. Quanto à dispensa por 7 (sete) dias consecutivos, considerando-se que tal prazo é utilizado para o aviso prévio de 30 (trinta) dias, concedendo-se o aviso prévio de maneira proporcional ao tempo de serviço, a cada 30 (trinta) de dias de aviso devem ser acrescidos 7 (sete) dias de dispensa.

Amauri Cesar Alves, por exemplo, defende a aplicação da proporcionalidade casuística, vejamos:

¹⁴⁰ “Art. 488, CLT: O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. 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.”

Aqui também haverá proporcionalidade casuística. A cada 4 dias acrescidos ao prazo mínimo do aviso (30 dias), poderá o empregado optar por não reduzir a jornada em 2 horas, mas sim por 1 dia a mais de ausência, acrescidos aos 7 dias já previstos na CLT.¹⁴¹

Convém destacar, novamente, que não é possível a substituição das horas de redução da jornada pelo pagamento de horas extras, nos termos da Súmula 230 do TST¹⁴², uma vez que o principal objetivo da referida redução é propiciar que o empregado busque uma nova colocação no mercado de trabalho.

Aqui, importante mencionar que existe entendimento no sentido de que o critério da proporcionalidade é incompatível com o aviso prévio trabalhado, devendo, nesses casos, o aviso ser indenizado. Nessa linha, Maurício Godinho Delgado¹⁴³ destaca que o aviso prévio trabalhado deve ficar restrito ao período mínimo de 30 (trinta) dias, devendo a parcela proporcional, quando devida, ser paga em pecúnia ao empregado.

Em sentido contrário, Amauri Cesar Alves¹⁴⁴ entende que diante da ausência de regulamentação da nova Lei acerca do assunto, e com escopo nos princípios da proteção e da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador, não pode o empregador indenizar parte do aviso prévio e determinar o cumprimento da outra parte, assim, o aviso deve ser integralmente trabalhado ou integralmente indenizado.

Por fim, a Instrução Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE, em seu ponto 6, dispõe que Lei nº 12.506/11 não alterou em nada a aplicabilidade do art. 488, CLT, uma vez que nenhum critério de proporcionalidade específica foi definido pelo legislador. Vejamos:

6. A Lei 12.506/11 e o disposto no art. 488 da CLT

Outra dúvida que se apresenta, é acerca da aplicação da proporcionalidade ao disposto no art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, *in verbis*:

¹⁴¹ALVES, Amauri Cesar. O “Novo” Aviso Prévio proporcional: Lei nº 12.506/2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**, 1ª quinzena de março, nº 5/2012. Volume II. p. 159-163.

¹⁴²“Súmula 230, TST: **AVISO PRÉVIO – SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO. É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.**”

¹⁴³DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

¹⁴⁴ALVES, Amauri Cesar. O “Novo” Aviso Prévio proporcional: Lei nº 12.506/2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**, 1ª quinzena de março, nº 5/ 2012. Volume II. p. 159-163.

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 previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único – É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) 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 24.4.1983)

O dispositivo acima trata do cumprimento de jornada reduzida ou faculdade de ausência no trabalho durante o aviso prévio. Todavia, a lei nº 12.506/11 em nada alterou a sua aplicabilidade, pois que nenhum critério de proporcionalidade foi expressamente regulado pelo legislador. Assim, **continuam em vigência as disposições redução de duas horas diárias, bem como a redução de 7 (sete) dias durante todo o aviso.**

Mais uma vez, não se desconhece o entendimento do Parecer nº 570/2011/CONJUR-MTE/CGU/AGU na questão, que defende a revogação da aplicação do parágrafo único do art. 488 da CLT, para os empregados com direito ao aviso prévio com duração superior a trinta dias. Entretanto, em que pese o respeito por esse ângulo de visão, tem-se que o melhor posicionamento na questão é exposto pela Nota Técnica nº 35/2012/DMSC/GAB/SIT. Assim, para a Secretaria de Inspeção do Trabalho, tese a qual esta Secretaria já defendia por ocasião da assinatura do Memorando Circular nº 10 de 2011, o trabalhador poderá optar pela hipótese mais favorável entre as oferecidas pelo parágrafo único do art. 488 da CLT quando da hipótese de aviso prévio proporcional.

3.3.5 “Contagem”

A contagem do período de trabalho a ser considerado para a aplicação da proporcionalidade do aviso prévio também não é assunto pacífico na doutrina. Alguns autores defendem a necessidade de que se complete o ano adicional de serviço para que o empregado tenha direito ao acréscimo de 3 (três) dias ao seu aviso prévio, outros afirmam que basta que o autor complete um ano de serviço na mesma empresa para adquirir o referido direito.

Sergio Pinto Martins, por exemplo, entende que, para que o empregado tenha direito a receber mais 3 (três) dias de aviso prévio por cada ano de serviço prestado na mesma empresa, a partir do primeiro ano, o ano adicional de serviço deve ser completo. Vejamos:

Para cada ano de serviço haverá acréscimo de três dias no aviso-prévio de 30 dias. **É preciso que o ano seja completo, pois a lei faz referência a três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa.**

Se o empregado tiver um ano e seis meses de casa, terá direito apenas a 30 dias de aviso-prévio, pois ainda não tem dois anos de empresa para se falar em 33 dias de aviso-prévio.

Para serem devidos 90 dias de aviso-prévio é preciso que o empregado tenha mais de 20 anos de tempo de serviço para o empregador.

A Lei nº 12.506 estabelece a regra de “três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa” e não para cada novo ano de trabalho.¹⁴⁵ Grifado

Em sentido oposto, leciona Jorge Luiz Souto Maior:

No aspecto doutrinário, impressionou-me, de pronto, a forma como se inventou de contar o aviso prévio proporcional. Segundo alguns iluminados, não propriamente ligados ao iluminismo, só teria direito a mais três dias de aviso prévio o empregado que trabalhasse pelo menos 02 (dois) anos na empresa. Ora, o que diz a lei é que até um ano, o aviso é de trinta dias, sendo acrescido de 03 dias por ano de serviço. **Assim, superado o primeiro ano de serviço o aviso passa a ser de trinta e três dias.**¹⁴⁶ grifado

Ainda, seguindo a mesma linha de raciocínio, Gustavo Filipe Barbosa Garcia defende a aplicação da proporcionalidade aos empregados com mais de 12 meses de serviço prestado na mesma empresa. Assim, o empregado que contar com mais de um ano de serviço na empresa, mas que ainda não tiver concluído dois anos terá direito a um aviso prévio de 33 dias. O já citado autor exemplifica a situação:

Exemplificando, o empregado com um ano e quatro meses de serviço, justamente por ter *mais de um ano de serviço na mesma empresa* (art. 1º, *caput*, a *contrario sensu*), e por ter *completado um ano de serviço* (parágrafo único), ao ser dispensado sem justa causa, passa a ter direito a 33 dias de aviso prévio.

Tanto é assim que o parágrafo único do art. 1º da Lei 12.506/2011 não dispõe que o acréscimo de três dias decorre de cada novo ano de serviço prestado depois de se completar o primeiro, mas sim que ao aviso prévio (de 30 dias) “serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na empresa”

Ou seja, o empregado com 11 meses de serviço tem direito ao aviso prévio de 30 dias, por estar inserido na hipótese de “até 1 ano de serviço” (art. 1º, *caput*).¹⁴⁷ Destacado no original.

Já Carmen Camino¹⁴⁸ afirma que, diante da omissão da lei neste aspecto, é necessário buscar uma interpretação sistemática do ordenamento juslaboral para

¹⁴⁵MARTINS, Sergio Pinto. Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciária IOB**, 1ª Quinzena de Fevereiro, nº 3/2012. Volume II. p 101.

¹⁴⁶MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Aviso Prévio Desproporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 344, agosto de 2012. Porto Alegre: HS Editora. p. 88-91.

¹⁴⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Lei 12.506/2011: aviso prévio proporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 28, nº 336, dezembro de 2011. Porto Alegre:HS Editora. p. 14-15.

¹⁴⁸CAMINO, Carmen. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: a lei regulamentadora que já tardava. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Ano VIII, nº 47. Março/abril 2012. Porto Alegre: Editora Magister. p. 23.

verificar quando se tem como vencido o “ano” para a aquisição do direito ao aviso prévio proporcional. Nessa linha, a referida autora defende que, a partir do primeiro ano de serviço na mesma empresa, por analogia, deve-se considerar integralmente atingido o período aquisitivo após o decurso da metade de tal período, ou seja, depois de transcorridos seis meses. Nesse sentido ensina a jurista:

O art. 478 da CLT, ao tratar da indenização devida na denúncia dos contratos de trabalho a prazo indeterminado, estabelece que a mesma é calculada à razão de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo “ou por ano e fração igual ou superior a seis meses”, **donde ficar claro que o empregado despedido deveria ter completado, no mínimo, um ano de emprego, e os anos subsequentes contar-se-iam integralmente quando vencidos seis meses do respectivo período.** Assim, empregado com um ano e seis meses de tempo de serviço receberia indenização correspondente a duas remunerações mensais, computando-se como o segundo “ano” o período subsequente ao primeiro como a fração igual ou superior a seis meses ainda que não suficiente para configurar um ano completo (de doze meses). **Esse critério de se considerar vencido integralmente o período temporal para contagem do direito quando superada a indenização metade, adotado pelo legislador para o cálculo da indenização de antiguidade, tem servido como diretriz para a jurisprudência sempre que necessário calcular o curso de determinado lapso de tempo para fins de aquisição de direitos nascidos do contrato de trabalho,** e o legislador dele novamente se socorreu ao instituir a Gratificação de Natal, na Lei nº 4.090/62. No art. 1º, § 1º, da referida Lei, está dito que a gratificação “corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração devida em dezembro por mês de serviço do ano correspondente” e, no § 2º, que a “fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.” Ao tratar das férias proporcionais, a CLT, no art. 146, parágrafo único, cogita o mesmíssimo critério, ao estabelecer que as mesmas serão devidas à razão de 1/12 por mês de serviço “ou fração superior a quatorze dias”, critério que já fora eleito pelo legislador quando delas cogitou na Lei nº 5.107/66, instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 26).¹⁴⁹ *Grifado.*

Dessa forma, para a supracitada autora, o empregado que for dispensado contando com um ano e seis meses, ou mais, de serviço terá direito a um aviso prévio de trinta e três dias, caso conte com dois anos e seis meses, ou mais, a um aviso prévio de trinta e seis dias, sucessivamente, até chegar ao limite de noventa dias.

Outro ponto que poderia suscitar dúvidas diz respeito à possibilidade de acréscimo ao aviso prévio em proporcionalidade inferior a três dias. Sobre a

¹⁴⁹ CAMINO, Carmen. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: a lei regulamentadora que já tardava. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Ano VIII, nº 47. Março/abril 2012. Porto Alegre: Editora Magister. p. 28-29.

questão, a Instrução Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE é definitiva quanto à impossibilidade de acréscimo inferior ao referido período, *in verbis*:

4. Da impossibilidade de acréscimo ao aviso prévio em proporcionalidade inferior a três dias

Oportuno ainda ressaltar, que diante do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei em comento, pode nascer dúvida quanto à possibilidade de o acréscimo ao aviso prévio ser concedido inferior a três dias. Nessa hipótese, entende-se que tal compreensão não deve prosperar, uma vez que o regramento trazido pela lei não possibilitou tal hipótese.

Por todo o exposto, verifica-se que a regulamentação tardia acerca da proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço não se deu da melhor forma, tendo em vista que a Lei nº 12.506/11 foi omissa em vários pontos importantes, como os abordados neste capítulo, acarretando controvérsias por parte da doutrina juslaboralista e da jurisprudência, dando margem, inclusive, a interpretações prejudiciais aos trabalhadores, que vão de encontro à intenção do legislador constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente trabalho, o instituto do aviso prévio, previsto inicialmente no Direito Brasileiro na legislação ordinária, sendo posteriormente disciplinado no âmbito trabalhista, tornou-se garantia constitucional dos trabalhadores urbanos e rurais a partir de 1988, nos termos do art. 7º, XXI, da CF/88, que estabeleceu a sua proporcionalidade ao tempo de serviço.

Em que pese o entendimento da doutrina e da jurisprudência majoritárias em sentido contrário, entende-se que, até 2011, a ausência de regulamentação por lei complementar não deveria constituir óbice à efetividade do referido direito constitucional. Isso porque não pode o trabalhador ser penalizado pela mora legislativa, pois, tratando-se de direito social, este deveria ter aplicabilidade imediata.

Contudo, somente após mais de 20 anos de omissão do legislador infraconstitucional, o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço restou, finalmente, regulamentado pela Lei nº 12.506/11. Entretanto, tal regulamentação deu-se de forma insuficiente, provavelmente a fim de evitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, o que, além de frustrar as expectativas com o critério de proporcionalidade adotado, acabou por deixar diversas obscuridades e lacunas no texto legal.

Em relação à Lei nº 12.506/11, conclui-se que:

- em que pese o dispositivo legal faça menção somente à CLT, em vista das disposições constitucionais, os empregados rurais, bem como os domésticos, têm direito ao aviso prévio proporcional.
- tendo em vista que a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço é uma garantia constitucional destinada à proteção do trabalhador, e não do empregador, que já se encontra em posição mais benéfica, as disposições contidas na Lei não se aplicam aos casos em que a extinção contratual ocorrer por iniciativa do empregado.
- considerando-se que a doutrina e a jurisprudência admitem que determinadas causas supervenientes possam vir a afetar o contrato de trabalho no curso do aviso prévio, deve-se utilizar tal entendimento em benefício do trabalhador, garantido a aplicação do critério de proporcionalidade estabelecido na Lei nº 12.506/11 a todos

os empregados que estavam cumprindo o aviso quando da publicação da referida Lei.

- o trabalhador continua tendo o direito de reduzir sua jornada em duas horas ou, ainda, de deixar de trabalhar por um dia na semana, se trabalhador rural, ou sete dias corridos, se trabalhador urbano, ou por prazo superior, proporcional ao tempo de serviço.

- o critério de proporcionalidade previsto na Lei deve ser aplicado aos empregados com mais de 12 meses de trabalho prestado na mesma empresa, ainda que o segundo ano de serviço não tenha se completado quando da concessão do aviso.

Certamente ainda haverá diversos desdobramentos acerca do tema na doutrina e na jurisprudência juslaboralista. Todavia, é preciso ter em mente o objetivo do legislador constitucional ao garantir aos trabalhadores um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, buscando-se, assim, uma interpretação que garanta a efetividade da norma, e não a perda de seu sentido.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alexandre Albuquerque; MELLO, Simone Barbosa de Martins. Princípio da Proporcionalidade do Aviso-Prévio – Lei nº 12.506, de 11 de Outubro de 2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**, 2ª quinzena de novembro, nº 22/2011. Volume II.
- ALVES, Amauri Cesar. O “Novo” Aviso Prévio proporcional: Lei nº 12.506/2011. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**, 1ª quinzena de março, nº 5/2012. Volume II.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BUBLITZ, Michelle Dias; GÓES, Maurício de Carvalho. O direito ao aviso prévio proporcional como expressão da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP**. n. 15 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2011.
- CAMINO, Carmen. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: a lei regulamentadora que já tardava. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Ano VIII, nº 47. Março/abril 2012. Porto Alegre: Editora Magister.
- CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar: jurisprudência**. 36. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011.
- CATHARINO, José Martins. **Aspectos do aviso prévio no direito do trabalho**. Bahia: Gonçalo Moniz, 1953.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- FONSECA, José Geraldo da. O Novo Aviso Prévio. **Revista Justiça e Cidadania**. ed. 136. Dezembro de 2011. Rio de Janeiro: Editora JC.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei 12.506/2011 e Aviso Prévio Proporcional. **Revista dos Tribunais**. Ano 100, Vol. 913, novembro de 2011. Editora Revista dos Tribunais.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Lei 12.506/2011: aviso prévio proporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 28, nº 336, dezembro de 2011. Porto Alegre: HS Editora.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. Primeiras considerações sobre o novo aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 37, Vol. 144, Out/Dez. 2011. Editora Revista dos Tribunais.
- MAGANO, Octavio Bueno. **O direito do trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo : LTr, 1985.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II**. São Paulo: LTr, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Solto Maior. Aviso Prévio Desproporcional. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 344, agosto de 2012. Porto Alegre: HS Editora.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. **Repertório de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário IOB**. 1ª Quinzena de fevereiro, nº 3/2012 . Volume II.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo : Ltr, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho**; tradução de João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982.

SILVA, Antônio Álvares da. **A proteção contra a dispensa na nova constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei do aviso prévio. **Revista da Justiça do Trabalho**. Ano 29, nº 341, maio de 2012. Porto Alegre: HS Editora.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Endereços Eletrônicos:

<http://www.trt4.jus.br/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos> [acessado em 01/12/2012].

[http:// www.stf.jus.br/portal/geral](http://www.stf.jus.br/portal/geral) [acessado em 10/10/2012]