

Artigos

Aviso Prévio Proporcional: reflexões



Lorena de Mello Rezende Colnago

Mestre em Processo (UFES, 2008). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário (UNIVES, 2006).

O tema do aviso prévio proporcional é muito caro ao Direito Constitucional do Trabalho. À época da promulgação da Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, o chamado Grupo de Estudos de Campinas, composto por Luciane Borges da Costa Marcelino, Veranici Ferreira, Andréa Santos, Jayro Cavalcanti, Patrícia Caproni, Verena Sapucaia e Adriano Romero, que se encontrava via *Skype* e tinha por objetivo debater questões jurídicas relevantes, inicialmente coordenado por Camila Ximenes Coimbra e posteriormente por Lorena de Mello Rezende Colnago, debateu as nuances jurídicas sobre a regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, levantando problemas decorrentes da lei e as possíveis soluções.

Com a autorização dos integrantes que participaram do debate, repasso as conclusões iniciais sobre o tema, acrescidas da fundamentação jurídica necessária à justificativa de cada posicionamento apresentado, sem a pretensão de esgotá-lo.

O tema do aviso prévio proporcional é muito caro ao Direito Constitucional do Trabalho. À data da promulgação da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, o chamado Grupo de Estudos de Campinas, via *Skype*, inicialmente coordenado por Camila Ximenes Coimbra e posteriormente por Lorena de Mello Rezende Colnago, debateu as nuances jurídicas sobre a regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, levantando problemas decorrentes da lei e as possíveis soluções.

Assim, com a autorização dos integrantes que participaram do debate: Luciane Borges da Costa Marcelino, Veranici Ferreira, Andréa Santos, Jayro Cavalcanti, Patrícia Caproni, Verena Sapucaia e Adriano Romero, repasso as conclusões iniciais sobre o tema, acrescidas da fundamentação jurídica necessária à justificativa de

cada posicionamento apresentado, sem a pretensão de esgotar o tema.

Inicialmente, foram levantados os seguintes pontos: a) aplicação da lei; b) reciprocidade no pagamento da verba; c) forma de contagem dos três dias; d) suspensão contratual no aviso prévio; e) vantagens econômicas; f) prescrição; g) prazo para procurar outro emprego; h) rescisão indireta; i) abandono de emprego; j) negociação coletiva.

As conclusões sobre os pontos estão representadas nos capítulos abaixo, tendo sido inserido um breve histórico sobre a evolução normativa do instituto no Brasil.

1 Escorço histórico

O aviso prévio consiste em uma declaração unilateral de vontade manifestada por uma das partes que pretende dar por extinto o contrato de trabalho por prazo indeterminado.¹ Para que o instituto seja aplicado é necessária a indeterminação do termo final do contrato, a unilateralidade da vontade de resilir e a ausência de motivação justa para essa resilição². O instituto, no entanto, nem sempre teve a conotação atual defendida pela doutrina.

O aviso prévio tem matriz histórica nas Corporações de Ofício, tendo sido consagrado pelos usos e costumes. No Brasil, o instituto foi positivado pela primeira vez no Código Comercial (1850), e, posteriormente, no Código Civil (1916).³

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

Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o

¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. rev. amp e.atual..Curitiba: Juruá, 2013. p. 505.

² PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 583.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.p. 945.

preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.⁴

Código civil, art. 1.221. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode reincidir o contato.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso:

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

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

III - De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.⁵

De forma mais minuciosa, o aviso prévio foi regulamentado para as locações de serviços domésticos por meio do Decreto n. 16.107/1923, que o incluiu até para os contratos a prazo determinado.⁶ O tema veio regulamentado nos artigos 13, 17, 19 e 22:

Art. 13. Sem justa causa, ou prévio aviso; o locatário não poderá despedir o locador, nem este poderá se ausentar ou despedir do serviço.

(...)

Art. 17. O locatário que, sem justa causa, ou prévio aviso, despedir o locador, será obrigado a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contractos (art. 10,

4 BRASIL. **Presidência da República**. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 18.jun.2013.

5 BRASIL. **Presidência da República**. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 18.jun.2013.

6 BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 945-946.

letra b, 1ª alinea, Código Civil, artigo 1.228).
(...)

Art. 19. O locador, que se ausentar ou despedir, sem justa causa, ou prévio aviso, terá direito à retribuição vencida, mas sua carteira será retida pelo locatário e entregue na delegacia de polícia do respectivo distrito, para os fins previstos no art. 11, parágrafo único, salvo se antes de se ausentar ou despedir se fizer substituir no serviço, a aprazimento do locatário.

(...)

Art. 22. Qualquer das partes, a seu arbitrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.

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

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

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

III – De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias (Cod. Civil, art. 1.221).⁷

Antes ainda da edição da Consolidação das Leis do Trabalho houve a promulgação da Lei n.º 62, de 5 de junho de 1935⁸, sobre a extinção contratual dos empregados da indústria e comércio. A referida lei, no art. 6º, assegurou aos empregadores o direito de serem avisados quando o empregado pretendesse extinguir o contrato de trabalho.

7 BRASIL. **Senado Federal**. Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16107&tipo_norma=DEC&data=19230730&link=s>. Acesso em: 18.jun.2013.

8 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Lei n. 62, de 5 de junho de 1935. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-62-5-junho-1935-557023-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 18.jun.2013.

Interessante notar que o aviso prévio trabalhista brasileiro, pela ideologia liberal que permeava o país, nasceu como um direito do empregador, e não do trabalhador, pois nesse momento histórico vigia ainda a ideia de que o direito de propriedade era absoluto, e o liberalismo contratual estava em seu auge.

Contudo, em 1943, com o Decreto n. 5452, de 1º de maio, o tratamento do instituto é ampliado para conferir o direito ao pré-aviso também ao empregado.

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

I - 3 dias, se o empregado receber, diariamente, o seu salário;

II - 8 dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;⁹

O Texto Consolidado foi modificado em 1951 pela Lei n. 1.530, para inserir no inciso I a redação do antigo inciso II, e prever 30 dias de aviso prévio para os empregados que recebem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 meses de contrato na empresa.¹⁰

Em 1988 houve a constitucionalização do instituto no art. 7º, inciso XXI, como um direito inerente ao trabalhador, por tempo mínimo de 30 dias, incluindo a previsão de uma proporcionalidade nos termos de uma lei promulgada, apenas, em 11 de outubro de 2011 (Lei n.º 12.506) com apenas dois artigos, purgando a mora do Congresso Nacional e inserindo um número imenso de questionamentos jurídicos.

2 A aplicação da Lei n. 12.506/2011

O primeiro questionamento surgido cingiu-se quanto à aplicação da lei. Conjugando o artigo 2º da Lei 12.506/2011 com o art. 132 do Código Civil, temos a vigência da norma em 13 de outubro

9 BRASIL. **Presidência da República**. Decreto n.5452, de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18.jun. 2013.

10 Idem.

de 2011, uma vez que o dia 12 de outubro foi feriado nacional (Lei n.º 6.802, de 30 de junho de 1980).

A segunda dúvida gerada cingiu-se à aplicação da norma aos contratos e três possibilidades foram suscitadas pelo Grupo de Pesquisa: 1) aplicação apenas aos novos contratos celebrados após 13.10.2011; 2) aplicação para os contratos em vigor sem a dação do aviso para uma das partes; 3) aplicação da norma aos contratos de trabalho em vigor com a dação do aviso prévio por uma das partes, desde que o prazo do aviso não houvesse expirado.

Nesse ponto, o Grupo de Pesquisa ponderou entre as duas últimas correntes, tendo sido vencida a terceira tese por maioria, com voto divergente de alguns componentes.

A fundamentação prevalente no debate foi a de que o aviso prévio é um ato volitivo juridicamente perfeito (art. 4 da Lei de Introdução às Normas Brasileiras e art. 489 da Consolidação), e que seus efeitos apenas protraem-se no tempo, permitindo a revogação do ato pela parte manifestante com o necessário consentimento da parte comunicada.

Interessante observar que quando os problemas foram levantados, nada havia doutrina a respeito. Atualmente, encontramos defensores de cada uma das teses aventadas.

As primeiras decisões em Primeira Instância sobre o tema começaram a surgir a partir de fevereiro de 2012. Apesar de serem embrionárias, merecem nossa atenção e análise, já que elas dão possibilidade de formação de jurisprudência sobre o tema. Dentre as sentenças, a aplicação da Lei n. 12.506/2011 no tempo tem-se mostrado o principal ponto controvertido, existindo posicionamentos significativamente controversos a esse respeito.¹¹

A primeira tese tem fundamento na irretroatividade das leis, art. 5º, XXXVI, da CF, defendendo que não caberia ao caso o princípio da interpretação mais favorável à norma trabalhista, sob pena de violação de um direito fundamental, ferindo a segurança jurídica do sistema. Além disso, os defensores dessa tese ressaltam que o aviso prévio proporcional seria aplicado tal qual o entendimento

11 NASCIMENTO, Sonia Mascaró. Aviso prévio proporcional não deve retroagir. **Consultor jurídico**, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-22/aviso-previo-proporcional-nao-aplica-anteriores-vigencia>>. Acesso em: 18.jun.2013.

pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 328, ou seja, se o empregado tem direito a férias, mas o empregador ainda não as concedeu, estando dentro do prazo concessivo de um ano, ele o fará seguindo as normas da lei em vigor na data em que a concessão ocorrer.¹²

A terceira tese, de que a lei nova tem aplicação aos contratos com dação do aviso prévio não expirado, também foi encampada por parte doutrina, sob o argumento de que mesmo após a concessão do aviso prévio, ainda que indenizado, o contrato de trabalho ainda não expirou (OJ n.º 82 da SDI-1 do TST), o que implica na aplicação da nova lei do aviso prévio àqueles contratos que, na data da publicação da norma jurídica, ainda estavam no curso do período do aviso prévio, porquanto a lei tem efeito imediato (art. 6 da Lei de Introdução às Normas Brasileiras) e alcança todos os contratos de trabalho vigentes naquela data.¹³

Com a devida vênia às teses desenvolvidas, acreditamos que a lei do aviso prévio proporcional não pode ser aplicada apenas aos contratos celebrados após sua vigência, sob pena de negar aos trabalhadores um direito constitucionalizado desde 5 de outubro de 1988, cuja mora do Congresso Nacional durou mais de vinte anos, mas também aplicar a tese de inserção aos avisos em curso à data da leiseria gerar uma enorme insegurança jurídica, por isso o Grupo de Estudos optou pela segunda tese: de aplicação aos contratos em curso, em que o aviso prévio não foi praticado enquanto ato jurídico, sendo essa tese a que melhor atende aos anseios trabalhistas e também ao respeito a uma segurança jurídica do ordenamento pátrio.¹⁴

Em setembro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n.º 441, por meio da Resolução 185, sobre o assunto: “*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*”. Encampou, assim, a segunda tese, também prevalecente no grupo de estudos.

12 Idem.

13 SILVA, Maria Angélica Moraes da. A nova lei do aviso prévio e seus efeitos no tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3043, 31 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20319>>. Acesso em: 15.jun.2013.

14 No mesmo sentido MALLETT, Estevão. Aplicação no tempo da nova lei do aviso prévio proporcional. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 75, nov.2011, n. 11, p.1312-1319.

3 Reciprocidade no pagamento da verba

Analisando o *caput* do art. 7º e o inciso XXI do mesmo artigo da Constituição Federal, entendemos que o direito foi conferido apenas ao trabalhador, não se podendo ampliar a interpretação da lei para inserir o aviso prévio proporcional com a reciprocidade conferida pelo artigo 487 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho aos empregadores.¹⁵

Nesse sentido, a conclusão do Grupo foi unânime. Nenhum de seus componentes aventou a possibilidade de estender o aviso prévio proporcional aos empregadores. Os fundamentos dessa tese encontram-se na ideia de unidade constitucional, interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional.

O método sistemático constitui na interpretação que busca correlacionar todos os dispositivos normativos de uma Constituição para elucidar a interpretação a partir de um todo. A interpretação pelo método teleológico busca elucidar a finalidade da norma,¹⁶ e no caso da norma do aviso prévio proporcional, considerando a conquista dos trabalhadores na constitucionalização de seus direitos face ao empregador, interpretada com o restante da constituição, temos que a interpretação contrária consistiria na violação de todos os preceitos da Constituição Cidadã.

Nesse sentido, citamos o entendimento da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

Segunda Turma condena por danos morais empresa que descontou aviso prévio proporcional de trabalhador

Fonte: TRT 10a. Região (1º sem.2012) A

Segunda Turma do TRT da 10ª Região julgou procedente o pedido de danos morais do ex-empregado da Cotril Máquinas e Equipamentos Ltda. em razão do desconto indevido de 42 dias no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT). No caso

15 No mesmo sentido FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional – Lei n. 12.506, de 11.10.2011 – sua aplicação. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, ano 75, nov.2011, n. 11, p.1296-1311.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Mallheiros, 2006. p.13.

específico dos autos, a empresa debitou os dias do valor a ser recebido pelo empregado porque considerou a falta de cumprimento do aviso prévio proporcional um dever, e não um direito do empregado. Entretanto, para a Turma, não há previsão na Constituição Federal da obrigação de o empregado prestar o aviso prévio de forma proporcional ao seu empregador, de forma que se mantém o prazo fixado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 30 dias. A indenização por danos morais foi mais de R\$ 6 mil. O desembargador do trabalho Mário Caron, relator no processo, ressalta que a proporcionalidade do aviso prévio (Lei 12.506/2011) aplica-se somente aos empregados, tratando-se de direito dos trabalhadores. Segundo a lei o empregado tem o direito ao aviso prévio proporcional a partir de um ano completo de serviço, à base de três dias por ano prestado para o mesmo empregador até o máximo de 60 dias, que somados aos 30 dias já garantidos perfazem um total de 90 dias. “A intenção do legislador que deu origem a tal Lei seria de falar da prestação de serviço pelo trabalhador e não pela empresa. Dessa forma, a norma só se aplica aos empregados”, afirmou o relator. A Turma ainda condenou a empresa ao pagamento da multa prevista no artigo 477, parágrafo oitavo, da (CLT), em função do atraso na quitação do salário do ex-empregado. Processo nº 00137-2012-011-10-00-5 RO¹⁷

Nesse mesmo quesito da aplicabilidade da norma, discutimos a possibilidade de indenização do aviso prévio proporcional quando o empregado ingressa em novo contrato, mas, por unanimidade, concluímos que o novo emprego exaure os efeitos do aviso prévio,

17 BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Notícias. Segunda Turma condena por danos morais empresa que descontou aviso prévio proporcional de trabalhador. Publicação em 09/08/2012. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=noticia&path=ascom/index.php&ponteiro=42103>>. Acesso em: 15. abr. 2013..

independente do tempo de trinta dias ou de outro superior, pois o instituto cumpre a sua finalidade.

4 Contagem dos três dias

Quanto à contagem da proporcionalidade dos três dias por ano inserido na norma jurídica, encontramos a possibilidade de interpretação de três formas.

A primeira delas refere-se à aquisição do direito apenas com doze meses inteiros de trabalho, aplicando-se ao fato o art. 132 do Código Civil e a Súmula 380 do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa também foia tese encampada pelo Ministério do Trabalho e Emprego na segunda nota técnica publicada sobre o tema (Nota Técnica n.º 184/2012 CGRT/SRT/MTE)¹⁸. A primeira ideia do governo foi conferir ao trabalhador o direito à proporcionalidade dos três dias apenas no segundo ano de trabalho (MEMO Circular 110/2011)¹⁹. Interessante destacar que essa interpretação originária do Ministério do Trabalho e Emprego foi bastante criticada em todo o país, inclusive nos encontros posteriores do Grupo de Estudos, por ser bastante restritiva aos direitos conferidos aos trabalhadores.

Ademais, cogitamos acerca de problemas relacionados ao fim do contrato de trabalho com mais de um ano, mas que tivesse períodos fracionados inferiores ao ano inteiro. Nesse sentido, as possibilidades que eclodiram nas discussões disseram respeito a uma contagem proporcional desse tempo.

Numa primeira hipótese, foi defendida a proporcionalidade de conferir um dia de acréscimo a cada quatro meses de trabalho ao tempo de serviço na empresa de modo que, uma vez trabalhando por um ano e cinco meses, ao final desse tempo o trabalhador teria adquirido 34 dias de aviso prévio proporcional e não apenas 33 dias, mas se trabalhasse seis meses, ele adquiriria 31 dias de aviso prévio proporcional. Essa tese utilizou o critério matemático de divisão dos três dias por um ano (doze meses).

A outra hipótese surgiu a partir de uma interpretação

18 BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. Nota técnica n. 184/2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/>>. Acesso em: 15.abr.2013.

19 BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. Memo. Circular 110/2011. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/srt_aviso_previo.pdf>. Acesso em: 15.abr.2012.

(...) " com a regulamentação do aviso prévio proporcional que permite o acréscimo de até 90 dias aos avisos, como ficaria o caso de um trabalhador doente e afastado de qualquer atividade, em fruição de benefício previdenciário, no curso do aviso prévio?"

análoga do art. 478 da CLT, que conferia a indenização pela rescisão do contrato de trabalho para os estáveis na proporção de uma remuneração mensal por um ano de trabalho ou prazo superior a seis meses. Nesse sentido, pensamos que a outra hipótese legal seria aplicar a regra de forma análoga para a aquisição dos três dias acrescidos ao aviso prévio normal pelo tempo contratual de um ano ou fração superior a seis meses de trabalho.

Nesse ponto o Grupo divergiu na criação da tese. Para uns essa contagem deveria ser realizada a partir do primeiro ano de contrato, para outros apenas a partir do segundo ano. A segunda tese prevaleceu por maioria.

Muito embora essas ideias não tenham sido encampadas pela doutrina, são questionamentos razoáveis que podem vir a surgir com a nova lei, na medida em que a mesma trouxe apenas dois artigos sobre o assunto, deixando para a doutrina e a jurisprudência o trabalho de sedimentação do tema.

5 Suspensão contratual

O contrato de trabalho pode ser suspenso em seu curso por diversos motivos, sendo prevalente na jurisprudência dos tribunais a regra de que a empresa deve aguardar o fim da suspensão contratual para rescindir o contrato com o empregado. No entanto, com a regulamentação do aviso prévio proporcional que permite o acréscimo de até 90 dias aos avisos, como ficaria o caso de um trabalhador doente e afastado de qualquer atividade, em fruição de benefício previdenciário, no curso do aviso prévio?

Nesse sentido, realizando uma análise sistemática da legislação pátria, concluímos pela necessidade de aplicação do art. 4º, parágrafo único, do Texto Consolidado para os casos do aviso prévio proporcional. Ou seja, empregado acidentado em razão do trabalho ou afastado para prestação de serviço militar terá seu tempo de serviço computado como se estivesse trabalhando.

Muito embora a norma tenha fixado essa regra para a estabilidade e a indenização, a aplicação do art. 4º, parágrafo único, da CLT por analogia aos casos em que o empregado encontra-se afastado do trabalho por suspensão contratual no lapso do aviso prévio proporcional é bastante razoável.

Ainda antes da edição da Lei n. 12.506/2011, os Tribunais já vinham aplicando a suspensão contratual para os casos de acidente de trabalho no curso do aviso prévio, com se pode observar na ementa colacionada, publicada quase dez anos antes da lei:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO ACIDENTADO. ACIDENTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. O art. 118 da Lei nº 8213/91 assegura estabilidade provisória ao acidentado, prevenindo-o contra eventual discriminação quando do seu retorno de auxílio-doença acidentário, ocasionada pela sua situação de fragilidade. Ocorrendo o acidente de trabalho no curso do aviso prévio, ou seja, quando já manifestada a intenção da dispensa do obreiro, não há razão jurídica para a aplicação dessa estabilidade (Inteligência do Precedente 41 da SDI/TST). (TRT 3ª R.; RO 2385/01; RO 7032/00; Segunda Turma; Relª Juíza Alice Monteiro de Barros; DJMG 25/04/2001; pág. 17)

Atualmente, o Tribunal Superior do Trabalho modificou seu entendimento apenas quanto à aquisição da garantia provisória no emprego referente ao acidentado e à mulher grávida para adequá-los ao art. 118 da Lei n.º 8.213/91 e ao art. 10, II do ADCT, permitindo a garantia provisória no emprego nos contratos a prazo determinado, sendo o aviso prévio equiparado a esses contratos, conforme a Resolução 185, de setembro de 2012:

Súmula nº 244 do TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a

garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Súmula nº 378 do TST. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no n no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

A Consolidação das Leis do Trabalho sofreu, este ano, uma modificação para prever textualmente o art. 391-A: *"A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante*

à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” – texto incluído em 12.05.2013, pela Lei n.º 12.812.

Nesse sentido, há necessidade de suspensão contratual em casos de gravidez, acidente de trabalho e prestação de serviço militar no aviso prévio indenizado, ainda que de forma proporcional, para que o fim do contrato seja realizado apenas com o retorno dos trabalhadores que se enquadrem nessas hipóteses.

No entanto, como há regra própria determinando a contagem do tempo de serviço para o caso da indenização (art. 4º, parágrafo único, da CLT), observando a adequação do escopo do dispositivo legal para o tipo de indenização prevista atualmente no ordenamento pátrio, ou seja, a contagem do aviso prévio indenizado tem que o empregado acidentado ou afastado do trabalho para prestação de serviço militar tem direito ao cômputo desse tempo em seu contrato de trabalho, ainda que o tempo tenha transcorrido durante o aviso prévio proporcional, havendo uma novação na contagem desse aviso, com aproveitamento do período anterior já transcorrido e ampliação dos dias pertinentes, caso tenha completado um ano ou mais de contrato com esse acréscimo, para a fruição do tempo restante – considerando a tese prevalente de que só se adquire os três dias de proporcionalidade a partir da completude do tempo de serviço de 12 meses.

E mesmo antes da alteração do pensamento do Tribunal Superior, pensamos que no caso do acidentado e do serviço militar o tempo de suspensão contratual referente ao aviso prévio deveria ser incluído na contagem, sendo, portanto, necessária uma readequação do prazo, se for o caso, com inclusão de três dias ou mais a depender do tempo de suspensão contratual.

Diferente é o caso do benefício previdenciário não enquadrado no conceito dos artigos 19 a 21 da Lei 8.213/91, referente ao acidente do trabalho equiparado, pois há entendimento pacificado sobre a mera postergação da expiração do contrato decorrente da suspensão contratual, que não terá o efeito mitigado de contagem do tempo de serviço. É o que se observa a partir da Súmula 371 do TST:

SUM-371 AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTES (conversão

das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. 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. (g.n.)

6 Vantagens econômicas

A data de saída a ser anotada na CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social - é aquela correspondente ao termo final do aviso prévio, entendimento pacificado pelo TST na OJ SDI-1 82. O problema são os efeitos pecuniários desse tempo.

Antes do advento da Lei n. 12.506/2011, a jurisprudência estava sedimentada quanto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, determinando o pagamento de todos os depósitos devidos até o fim do contrato de trabalho (Súmula 305 do TST); no entanto, a indenização de 40%, por falta de previsão legal (art. 18 da Lei 8.036/90), restringia-se aos meses trabalhados antes da dação do aviso prévio, inteligência da OJ 42, II, da SDI-1 do TST:

SUM-305 FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS.

OJ-SDI1-42 FGTS. MULTA DE 40% (nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 107 e 254 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005

I - É devida a multa do FGTS sobre os saques corrigidos monetariamente ocorridos na vigência do contrato de trabalho. Art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 e art. 9º, § 1º, do Decreto nº

99.684/90.

II - O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, **desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal.**(g.n)

Nesse caso, o Grupo entendeu que não há razão para realizar um tratamento diferenciado do tema quanto ao aviso prévio proporcional, a menos que haja negociação coletiva a esse respeito (art. 7º, XXVI, CF).

7 Prescrição

O aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos (OJ n.º 82 da SDI-1 do TST), por isso independente desse aviso ser de trinta dias ou proporcional, indenizado ou trabalhado, é que o prazo prescricional do contrato trabalhista, constitucionalmente assegurado como de dois anos após o fim do contrato, retroagindo cinco anos do ajuizamento da ação (art. 7º, XXIX, da CF combinado com a Súmula 308 do TST) continuará sendo contado a partir *dies a quo* do contrato, integrado pelo aviso prévio (art. 487, § 1º, da CLT).

Essa tese vinha sendo aplicada desde a década de noventa, quando o Tribunal Superior do Trabalho sedimentou o entendimento na OJ n.º 83 da SDI-1 do TST: “*A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio*”. Prazo, entenda-se, para procurar outro emprego.

8 Proporcionalidade do prazo para realocação no mercado de trabalho

O prazo normal para o empregado buscar uma nova colocação no mercado de trabalho é de 7 dias ou de 2 horas por dia, conforme o art. 488, parágrafo único da CLT, considerando o aviso prévio de 30 dias. Para os trabalhadores rurais é de um dia por semana (art. 15 da Lei n.º 5.889/73).

No caso do aviso prévio proporcional, a Lei 12.506/2011 foi silente a respeito. No entanto, acreditamos que essa proporcionalidade deve ser mantida. Ou seja, se o trabalhador for

rural, um dia por semana até o fim do aviso prévio proporcional trabalhado, mas se for urbano a contagem deve ser proporcional ao tempo. Assim, se o aviso prévio for de 40 dias, o tempo para buscar um novo emprego deverá ser de 9,33 dias, desprezando-se os números encontrados após a vírgula, ou de duas horas a menos na jornada por 9 dias.

Ademais, não se pode reduzir o tempo destinado ao trabalhador se realocar no mercado e nem suprimi-lo. Nesse sentido, a doutrina de renome²⁰ vem defendendo essa tese com base na Súmula n.º 230 do 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”*.

Utilizando esses mesmos argumentos, defendemos que a proporcionalidade das horas não trabalhadas no aviso prévio proporcional laborado deve ser mantida²¹, muito embora a Nota Técnica n.º 184/2012 do Ministério do Trabalho e Emprego²² verse de forma distinta, ou seja, defenda uma interpretação restritiva da lei para não conceder essa proporcionalidade aos dias de “folga” do empregado para sua realocação no mercado de trabalho.

9 Rescisão indireta

A chamada rescisão indireta, tecnicamente conhecida como resolução contratual ou justa causa do empregador, cujas hipóteses vêm tipificadas no art. 483 da CLT, tem os mesmos efeitos da rescisão contratual pelo empregador, podendo gerar ainda uma indenização por danos morais ou materiais, a depender da intensidade do ato do empregador.

Nesse sentido, analisando o art. 487, §4º da CLT, que determina o pagamento do aviso prévio na “despedida indireta”, com todas as nuances da Lei n.º 12.506/2011 – regulamentadora do art. 7º, XXI, da Constituição Federal –, o grupo chegou à conclusão de que todas

20 GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Maria Cristina Navarro. Aspectos essenciais do aviso prévio na Justiça do Trabalho. *Revista do TRT da 9ª Região*. Curitiba, v. 29, n.52, p.91-156, Jan./Jun.2004, p. 107-108.

21 No mesmo sentido BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: reflexões. *Revista Magister de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Magister, n.º 44, set-out/2011.

22 BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. Nota técnica n. 184/2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/>>. Acesso em: 17.abr.2013.

as teses defendidas para a rescisão contratual pelo empregador são igualmente aplicáveis na resolução.

Entretanto, ao invés de o aviso prévio ser trabalhado, dada a incompatibilidade de manutenção do contrato de trabalho em razão do ato do empregador, ele será indenizado, sendo essa a única diferença na aplicação do instituto para as duas modalidades de extinção contratual – denúncia contratual cheia ou motivada e a chamada denúncia vazia ou sem motivação do contrato de trabalho.

10 Abandono de emprego

A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória. É o que versa a Súmula n.º 73 do Tribunal Superior do Trabalho: com a extensão do aviso prévio é possível a justa causa de abandono de emprego no curso da proporcionalidade, sendo necessário comprovar como antes a vontade do empregado em realmente abandonar o emprego.

Nesse quesito, segundo o grupo, a lei continuará sendo aplicada da mesma forma (art. 482 da CLT): se o empregado cometer alguma falta grave no curso desse período estendido, o empregador pode dar por resolvido o contrato de trabalho, deixando o empregado de receber as parcelas chamadas indenizatórias decorrentes da extinção contratual.

11 Negociação coletiva

Antes da promulgação da Lei n.º 12.506/2011, alguns sindicatos, por meio das negociações coletivas, inseriram nos acordos e convenções uma previsão normativa para o aviso prévio proporcional.

Essas cláusulas normativas não foram reconhecidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, como se depreende da redação da OJ n.º 84 da SDI-I, cancelada em setembro de 2012, pela Resolução n.º 186: *“a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”*.

Após a edição da lei do aviso prévio proporcional, as entidades sindicais podem criar normas coletivas distintas do texto legal?

Considerando o direito fundamental inserto no art. 7º, XXVI, da Lei Maior, quanto à criatividade normativa dos sindicatos, federações e confederações e o princípio do não retrocesso social, que trata os direitos sociais como uma conquista da humanidade, enquanto direitos fundamentais (art. 7 ao 11º da Constituição Federal, na seara laboral), não podendo ser suprimidos pelo Estado e nem mesmo por particulares²³, o Grupo de Estudos entendeu que os sindicatos podem criar uma proporcionalidade melhor do que a prevista em lei, mas não podem suprimi-la ou reduzi-la.

Assim, a conclusão a que o Grupo de Estudos chegou, à unanimidade, foi a de que, atualmente, as entidades sindicais podem instituir uma proporcionalidade distinta daquela expressa na Lei n. 12.506/2011, desde que mais vantajoso que os três dias a partir do primeiro ano completo do contrato de trabalho.

Contudo, a análise quanto à norma mais favorável ao obreiro deve ser realizada respeitando-se o diploma comparado em seu todo – teoria do conglobamento -, a fim de que não se crie uma terceira via distinta da lei e da própria vontade das partes, pois ainda que se aplique a teoria do conglobamento por instituto, prevista no art. 3, inciso II, da Lei n. 7.064/1982, o aviso prévio proporcional será aplicado em seu conjunto e não quanto a cada ponto do instituto, sob pena de aplicação da tese atomista, minoritária nos tribunais pátrios.²⁴

Conclusão

A Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011 teve sua vigência em 13 de outubro do mesmo ano, aplicando-se aos contratos em curso apenas para beneficiar o trabalhador – destinatário da norma (art. 7º, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal) desde que a dação do aviso prévio não tenha sido comunicada – caso contrário, há um ato jurídico perfeito com efeitos que se protraem no tempo e que não pode ser modificado sob pena de violação da norma constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior).

23 Por todos SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, set/out/nov, 2008. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 18.jun.2013.

24 Por todos DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 195-196.

A cada ano de trabalho o obreiro adquire três dias de aviso prévio, que serão acrescidos aos trinta dias legais. No entanto, caso ele trabalhe por um tempo fracionado, a sugestão do Grupo de Estudos é que se adote a regra da proporcionalidade matemática, a cada quatro meses um dia, ou a aplicação analógica do art. 478 da CLT.

Nas suspensões contratuais durante o lapso acrescido ao aviso prévio normal, se o motivo for prestação do serviço militar ou acidente do trabalho, haverá contagem desse tempo de serviço e uma novação no tempo do aviso. Se o motivo ensejador for distinto do art.4º, parágrafo único, da CLT, o fim do contrato ocorrerá normalmente após o lapso referente à suspensão contratual.

Nesses termos, o contrato de trabalho só finda no *dies a quo* do aviso prévio proporcional, contando-se nele as mesmas vantagens econômicas permitidas para o aviso prévio normal.

Quanto à proporcionalidade dos dias de folga para a realocação no mercado de trabalho, deve-se observar uma idêntica proporcionalidade quanto aos dias acrescidos ao aviso prévio, proporcionando uma real reinserção do trabalhador ao mercado, considerando o tempo superior que também disporá para essa finalidade.

A chamada rescisão contratual ou resolução do contrato de trabalho por culpa do empregador também enseja os mesmos efeitos da rescisão contratual pelo empregador, sendo aplicável a nova lei que traz a obrigação do trabalho ou pagamento com acréscimo de três dias por ano de trabalho aos trinta iniciais. E mesmo estendido esse prazo de pré-aviso do fim do contrato, se o empregado praticar uma falta grave será punido, como no caso do abandono de emprego.

Por fim, em se tratando de negociação coletiva as entidades sindicais têm o dever de sempre propor melhorias nas condições dos trabalhadores, não sendo diferente para o caso do aviso prévio proporcional, em que os sindicatos podem prever cláusulas mais favoráveis que a lei nos acordos e convenções coletivas.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Mallheiros, 2006.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: reflexões. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Magister, n.º 44, set-out/2011.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Lei n. 62, de 5 de junho de 1935. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-62-5-junho-1935-557023-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 18.jun.2013.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. Memo. Circular 110/2011. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/srt_avisos_previos.pdf>. Acesso em: 15.abr.2012.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. Nota técnica n. 184/2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/>>. Acesso em: 15.abr.2013.

BRASIL. **Presidência da República**. Decreto n.5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18.jun. 2013.

BRASIL. **Presidência da República**. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 18.jun.2013.

BRASIL. **Presidência da República**. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 18.jun.2013.

BRASIL. **Senado Federal**. Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16107&tipo_norma=DEC&data=19230730&link=s>. Acesso em: 18.jun.2013.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Notícias. Segunda Turma condena por danos morais empresa que descontou aviso prévio proporcional de trabalhador.

Publicação em 09/08/2012. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=noticia&path=ascom/index.php&ponteiro=42103>>. Acesso em:15.abr.2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. rev.atual. São Paulo: LTr, 2012.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional – Lei n. 12.506, de 11.10.2011 – sua aplicação.**Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 75, nov.2011, n. 11, p.1296-1311.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Maria Cristina Navarro. Aspectos essenciais do aviso prévio na Justiça do Trabalho. **Revista do TRT da 9ª Região**. Curitiba, v. 29, n.52, p.91-156, Jan./Jun.2004.p. 107-108.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. rev. amp e.atual..Curitiba: Juruá, 2013.

MALLET, Estevão. Aplicação no tempo da nova lei do aviso prévio proporcional. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 75, nov.2011, n. 11, p.1312-1319.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Aviso prévio proporcional não deve retroagir. **Consultor jurídico**, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-22/aviso-previo-proporcional-nao-aplica-antiores-vigencia>>. Acesso em: 18.jun.2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**.Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, set/out/nov, 2008. Disponível em: < http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 18.jun.2013.

SILVA, Maria Angélica Moraes da. A nova lei do aviso prévio e seus efeitos no tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3043, 31 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20319>>. Acesso em: 15. jun.2013.