

# Artigos

Em busca do tempo perdido: o aviso -  
prévio proporcional ao tempo de serviço  
e a Lei nº 12.506/2011



**Homero Batista Mateus da Silva**

Juiz titular da 88a Vara do Trabalho de São Paulo; Professor doutor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco; Autor do Curso de direito do trabalho aplicado, em dez volumes (Elsevier).

**R**esumo: O estudo tece considerações gerais sobre o instituto do aviso-prévio e suas raízes profundas no direito do trabalho e em outros ramos do direito, mas se concentra especificamente sobre os impactos causados pela Lei nº 12.506/2011. Com o propósito de regulamentar o disposto no art. 7º, XXI, da Constituição de 1988, a lei somente foi deliberada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Poder Executivo diante da iminência de ser julgados procedentes os Mandados de Injunção que tramitavam perante o Supremo Tribunal Federal e que iriam gerar precedente gravíssimo de normatização por parte do Judiciário. Daí ter sido produzida uma lei tosca, de redação sofrível, a qual, se tem o mérito de quebrar 23 anos de inércia do Legislativo, apresenta um longo rol de defeitos e de lacunas que somente vão gerar mais perplexidades e controvérsias. O autor propõe, então, algumas premissas, com base em complexidades análogas, para se delinear uma aplicação mais segura da nova legislação. As premissas incluem alcançar os empregados domésticos e rurais, admitir a fração semestral como equivalente ao ano e emprestar natureza jurídica salarial para o excedente de trinta dias, dentre outras propostas.

**Palavras-chave.** Direito material do trabalho. Rescisão contratual. Aviso-prévio. Princípio da continuidade da relação de emprego. Lei nº 12.506/2011.

**Uma nota sobre a língua portuguesa.** O acordo ortográfico da língua portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) prevê o emprego do hífen “nas palavras compostas por justaposição [que] constituem uma unidade sintagmática e semântica e mantêm acento próprio” (Base XV do Acordo). Com fundamento neste conceito mais abrangente do hífen, o Vocabulário Ortográfico da Academia Brasileira de Letras adotou a grafia aviso-prévio, haja vista tratar-se de expressão técnica, com vida própria e que não mais

se confunde com as palavras individualmente consideradas. Para muitos, essa grafia surpreende e chega a parecer um barbarismo. Este artigo mantém a grafia antiga, em homenagem ao texto original das leis trabalhistas e da Constituição Brasileira, mas o leitor deve se prevenir para a necessidade da adaptação.

**Princípio da continuidade da relação de trabalho.** A necessidade do aviso-prévio é inerente aos contratos de trato sucessivo, como são chamados os contratos próprios das relações continuadas. Em contratos instantâneos, como numa simples compra, ninguém precisa comunicar sua intenção à outra parte, porque nem ao menos se espera que a situação se repita razoavelmente ou se protraia no tempo. Isso não ocorre, todavia, nas relações de locação de imóvel, nos contratos de agência e de distribuição e, no particular, nas relações de emprego, em que a continuidade é marca característica. Continuidade não se confunde com prazos longos, guardando relação com a expectativa do prosseguimento da atividade, ainda que venha a durar pouco. É desse raciocínio que nasce a indispensabilidade da prévia comunicação por parte daquele que por primeiro desejar romper a relação, a fim de que o outro possa minimamente se organizar – buscando um novo emprego, no caso do empregado, ou um novo ocupante da função, no caso do empregador. Interessante observar que em alguns países nem ao menos existem leis sobre o aviso-prévio trabalhista, porque a população culturalmente já o considera como indissociável do contrato de trabalho e entende como impensável que uma pessoa possa subitamente deixar de honrar os deveres do contrato sem dar satisfação à outra. Vale lembrar que a Organização Internacional do Trabalho propugna a indispensabilidade do aviso-prévio, como direito fundamental do trabalhador, ainda que a legislação do país não seja explícita (art. 11, Convenção 158).

**Aviso-prévio fora do direito do trabalho.** São numerosos os exemplos de exigência de prévia comunicação para a rescisão de contratos duradouros, espalhados pela legislação brasileira. Invocando-se o poder de síntese, podem ser lembrados os seguintes casos por sua importância histórica ou social: a) art. 81 do Código Comercial de 1850; b) art. 599 do Código Civil (rescisão do contrato de prestação de serviços); c) art. 720 do Código Civil (contratos de agência e distribuição, embora firmado entre duas pessoas jurídicas); d) art. 34 da Lei nº 4.886/1965 (representação comercial autônoma); e) art. 6º, Lei nº 8.245/1991 (contratos de locação). A propósito do art. 720 do Código Civil (contrato de agência e distribuição), uma

nota se faz conveniente: o padrão do aviso-prévio é de noventa dias, podendo ser adaptado às circunstâncias especiais pela autoridade judicial, a depender do volume de investimentos e do tempo de duração do contrato, o que representa exemplo excelente da existência de aviso-prévio proporcional ao tempo de dedicação, fora dos muros do direito do trabalho.

**Inserção do aviso-prévio na Constituição de 1988.** O art. 7º da Constituição de 1988 se tornou conhecido por conter a lista dos direitos trabalhistas reputados como mais relevantes pelo Congresso Constituinte. Há debates persistentes sobre a extensão exagerada da lista, provida de trinta e três incisos com mais de cinquenta temas, e sobre sua possível intangibilidade, dado que sua localização privilegiada se insere no rol dos direitos e garantias fundamentais, logo na abertura do texto constitucional. Enquanto o debate prossegue, muitos incisos já sofreram alterações expressivas, como foi o caso do esvaziamento do salário-família (Emenda 20/1998), o rebaixamento de seis para cinco anos de idade para o acesso às creches (Emenda 53/2006) e a alteração no critério da prescrição do trabalhador rural (Emenda 28/2000), sem que tenha sido considerada violação a qualquer cláusula pétrea. Outro debate recorrente diz respeito à aplicabilidade imediata ou não dos incisos que são concluídos com a famosa locução “na forma da lei”. De maneira geral, todos eles foram considerados como não auto-aplicáveis, inclusive o aviso-prévio, como pode ser conferido na Orientação Jurisprudencial 84 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, data de 28 de abril de 1997 (“A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável.”). São exemplos de direitos trabalhistas constitucionalizados, que seguem inoperantes passados mais de vinte anos:

- Art. 7º, X: **proteção do salário** na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- Art. 7º, XIX: **licença-paternidade**, nos termos fixados em lei;
- Art. 7º, XX: proteção do mercado de **trabalho da mulher**, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- Art. 7º, XXIII: adicional de remuneração para as atividades

- **penosas, insalubres ou perigosas**, na forma da lei;
- Art. 7º, XXVII: proteção em face da **automação**, na forma da lei.

No caso da licença-paternidade, existe ao menos o alento de ter sido fixado o padrão mínimo de cinco dias pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A disposição transitória já passou de vinte e dois anos e não envolveu um estudo mais aprofundado sobre diversos assuntos como as responsabilidades familiares, a adoção de filhos não biológicos, o tempo de casa do empregado e a possibilidade de divisão das atribuições com a mãe da criança, mas, enfim, perto dos demais incisos que até hoje nada obtiveram os cinco dias parecem uma pequena eternidade. Nos demais casos, a maioria dos trabalhadores nem ao menos parece ciente dos direitos que lhes assiste, considerando-se que o direito postergado, neste caso, representa um direito negado. Não há hierarquia entre os cinco incisos anteriormente destacados, pois cada qual tem sua urgência e sua importância, mas, agora que o aviso-prévio parece ter sido retirado da lista, as atenções têm se voltado para a injustificável demora na disciplina dos trabalhos penosos, que são aqueles particularmente estafantes e degradantes.

**Excessiva demora do Poder Legislativo.** A sociedade habitualmente se vê refém da pauta do Congresso Nacional, capaz de votar Emenda Constitucional de ampliação de vagas de vereadores em poucas horas (Emenda 58/2009), mas incapaz de disciplinar assuntos relativamente simples, como o aviso-prévio ou os demais temas já frisados (insalubridade, periculosidade, penosidade, automação, trabalho da mulher, retenção dolosa de salários e licença-paternidade). A tese jurídica de que o Poder Judiciário nada pode fazer, exceto comunicar ao Poder Legislativo que a demora se tornou inconveniente, pode ter encontrado espaço nos primeiros anos após a Constituição de 1988, mas era evidente que não se sustentaria com o passar dos lustros e das décadas. A posição do Supremo Tribunal Federal começou aos poucos a ser alterada, com destaque para a decisão proferida no Mandado de Injunção 107, reputado como caso paradigmático. A decisão do Mandado de Injunção 283, de 1991, foi pioneira na fixação de prazo para que o legislador concretizasse a norma constitucional, sob pena de fixação de perdas e danos. O Mandado de Injunção 232, em 1992, avançou ainda um passo, para destacar que, após o prazo estipulado, o impetrante passaria a gozar da imunidade tributária prevista pelo art. 195, § 7º, da Constituição, mas não concretizada

pelo legislador ordinário. Foi nesse contexto de reflexão sobre os prejuízos causados pela inércia do legislador que o Supremo Tribunal Federal apreciou os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090, todos concernentes ao aviso-prévio.

**Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a omissão do legislador.** Em 22 de junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal suspendeu o julgamento conjunto dos quatro Mandados de Injunção (autuados sob números 943, 1010, 1074 e 1090) relacionados ao aviso-prévio, quando já havia sido vitoriosa a tese de que a omissão do legislador deveria ser “suprida” pela concretização no próprio julgado. O impasse surgiu justamente na forma mais adequada para os parâmetros de efetivação do aviso-prévio - dez dias a mais por ano, segundo uma proposta, variação segundo a idade do trabalhador, segundo outra proposta. Notícias veiculadas pela imprensa dão conta de que os próprios deputados e senadores se espantaram com a consequência de sua inércia, especialmente no que diz respeito à proposta de acréscimo de dez dias por ano de serviço. Se as notícias são precisas ou não, o fato é que, a contar do julgamento de 22 de junho de 2011, em menos de três meses foram feitas todas as votações nas duas casas legislativas, ultimadas em 21 de setembro de 2011, seguindo-se da sanção presidencial em 11 de outubro de 2011 e publicação da lei em 13 de outubro de 2011. Este artigo adotará o dia 13 de outubro de 2011 como sendo a data da publicação no Diário Oficial de União, por ser a informação contida na base legislativa do Palácio do Planalto (Diário Oficial da União, volume CXLVIII, número 197, seção 1, 13/10/2011, página 01-02). O Senado Federal considera que a publicação ocorreu em 11 de outubro de 2011, mesmo dia da promulgação, e o Ministério do Trabalho e Emprego reputa como correto o dia 14 de outubro de 2011, mas ambos omitem a fonte dessas informações.

**Promulgação da Lei nº 12.506, em 11 de outubro de 2011, com publicação dia 13 de outubro de 2011.** O primeiro projeto de lei acerca da regulamentação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço data de 1989, sendo certo que, após outubro de 2011, já surgiram outros projetos aparentemente destinados a tornar mais clara a redação da Lei no 12.506 e minimizar sua ampla controvérsia. Referida lei dispõe de apenas um artigo, cujo núcleo central está assim redigido: *“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*". As trinta primeiras palavras poderiam ser resumidas em duas ou três: "O aviso-prévio". Na ânsia de ser minucioso – hábito que não mostrou nos demais assuntos – o legislador enfatizou que era o aviso-prévio da CLT, o que pode ser utilizado para descartar o aviso-prévio especial aos trabalhadores rurais, por exemplo, como a seguir se verá. Sem aprender com erros anteriores, o legislador persiste no uso das expressões "tempo de serviço" e "empresa". Ambas são polissêmicas, ou seja, podem ter mais de uma acepção jurídica. Por exemplo, se houvesse referido a um ano de contrato de trabalho, apresentaria um dado mais seguro e objetivo. Tempo de serviço provavelmente será interpretado como tempo de serviço efetivo, excluindo-se a suspensão do contrato de trabalho – por exemplo, afastamento previdenciário, superior a quinze dias. Se houvesse dito "mesmo empregador", evitaria discussão sobre grupo econômico, que configura o mesmo empregador, mas não necessariamente a mesma empresa, e sobre empregados de profissionais liberais, de condomínios, de clubes recreativos e mais uma imensa lista de empregadores que não coincidem com o conceito de empreendimento econômico. A solução, novamente, é admitir a impropriedade do uso da expressão empresa e a considerar simplesmente como empregador, seja ele pessoa física, pessoa jurídica ou ente despersonalizado, provido ou não de atividade econômica.

**Direito intertemporal.** A lei foi publicada em 13 de outubro de 2011. De maneira geral, o direito do trabalho aplica um conceito de direito intertemporal – ou direito transitório, que significa o estudo da variação da lei aplicável no tempo – segundo o qual a lei nova apanha o contrato de trabalho em vigor, mas não retroage. Carradas de exemplos recentes referendam essa afirmação: a) a elevação da indenização rescisória, de 10% para 40% sobre o fundo de garantia, quando da dispensa sem justa causa, incidiu sobre as rescisões operadas a partir de 5 de outubro de 1988, ainda que o contrato de trabalho fosse pretérito, mas não retroagiu para apanhar as rescisões já operadas em 4 de outubro, por exemplo; b) o acréscimo de um terço sobre as férias valeu para contratos velhos e férias antigas, contanto que fossem concedidas e pagas já sob a égide da nova legislação; c) idem quanto ao aumento do adicional de horas extras, que passou de 20% para 50% na Constituição de 1988. Aplica-se tranquilamente ao caso o disposto no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *"A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já*

*consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.*

**Objecções levantadas no caso do aviso-prévio.** Há quem objete, lembrando que, no caso particular do aviso-prévio, a legislação ordinária apenas concretiza um dispositivo constitucional de 1988, de modo que deveria fazê-lo de modo retroativo no tempo. Esse argumento não socorre o aviso-prévio e chega a ser espantoso que venha a ser veiculado após iterativos julgados dos tribunais superiores. Dentre outras questões, teríamos de retroagir o pagamento da participação nos lucros - que está na Constituição e somente foi objeto de medida provisória em 1996 e de lei ordinária em 2001. Independentemente disso, a questão é preponderantemente de direito constitucional: saber se a norma não auto-aplicável torna-se retroativamente aplicável quando a lei regulamentadora vem ao mundo - e há um consenso contra essa assertiva, entendendo-se que a norma ficou desprovida de aplicação durante todo o percurso que medeou entre a promulgação da Constituição e a publicação da lei ordinária necessária à sua conformação. É como se o art. 7º, XXI, da Constituição de 1988 fosse considerado como uma promessa, que somente foi cumprida em 2011, tal como outras promessas, como o adicional de penosidade, nunca foram cumpridas; outras, como a licença-maternidade de 120 dias, foram cumpridas com maior rapidez. Nem se perca tempo tentando entender por que algumas promessas sensibilizam mais rapidamente o legislador e por que outras caem num limbo jurídico do qual jamais serão resgatadas: polidamente, fala-se em política legislativa, que é um universo fora do âmbito jurídico. Usa-se também a expressão vontade política, quando se quer referir a assuntos que são impulsionados pelo Poder Executivo, possivelmente por maior apelo público e maior visibilidade. Não se colhem bons frutos desse esforço intelectual.

**Argumento de que a Lei nº 12.506 substitui a decisão do STF.** Existe um sutil argumento em prol da retroatividade da lei do aviso-prévio: entende-se que a lei somente foi promulgada para se evitar a decisão do STF em sede de mandado de injunção, anteriormente comentado. Caso o STF houvesse complementando o acórdão, que já ostentava votos vitoriosos suficientes para a procedência da pretensão, havia a possibilidade de o julgado ser retroativo a 1988, pois não seria feita uma lei – como, de resto, o Judiciário não pode legislar –, mas apenas uma interpretação efetiva de um dispositivo constitucional que orbitava em falso. Dedicar-se

bastante energia em prol de uma interpretação com pelos menos três premissas bastante sofríveis.

- Em primeiro lugar, a lei promulgada em outubro de 2011 não é, nem de longe, um julgado do Supremo. Pode-se argumentar que o legislador foi oportunista e até mesmo maroto, por ter fingido ignorar o problema por 22 anos e somente despertado uma súbita curiosidade quando premido pelo outro ramo dos poderes estatais. No entanto, isso não a torna sucedânea ou supletiva do acórdão e com ele não guarda nenhuma afinidade lógica.

- Em segundo lugar, o Supremo possivelmente modularia sua decisão, como está previsto em diversos diplomas que tratam do delicado assunto dos remédios constitucionais, como as ações de inconstitucionalidade e o referido mandado de injunção. Sabendo tratar-se de decisão sobre uma norma de 1988, o julgado de 2011 dificilmente iria ignorar esse dado concreto da realidade e fazer retroagir por duas décadas uma decisão de grande impacto sobre as relações sociais, inclusive sobre fatos sepultados. A modulação do julgado está prevista no art. 27 da Lei no 9.868/1999 (“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”)

- Em terceiro lugar, se o art. 7º, XXI, fosse realmente auto-aplicável, não haveria necessidade de Mandado de Injunção: o simples manejo desta ação especial e sua aceitação pelo Supremo estão a revelar que o dispositivo constitucional carecia mesmo de uma normatização que tornasse a pretensão acionável. Antes da lei ordinária, a pretensão ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço não era acionável. Essa distinção é relevante, não meramente lírica constitucional. Isso tudo para não se avançar sobre o cipoal da prescrição, que já havia fulminado contratos extintos (art. 7º, XXIX, da Constituição). Em suma, a lei não é o acórdão e não



alcança contratos rescindidos antes de 13 de outubro de 2011.

**Data da comunicação da rescisão.** Que o dia 13 de outubro de 2011 seja, então, o marco decisivo para a aplicação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço não resta maior dúvida. Todavia, poderá haver desconforto em torno dos contratos rescindidos antes do dia 13, mas com efeitos ainda pendentes, como o aviso-prévio em cumprimento ou o aviso-prévio indenizado em meados de setembro de 2011, com projeção para outubro de 2011. Aplicando-se conceitos simples da boa fé objetiva e do ato jurídico perfeito, é bastante segura a afirmação de que o dia da comunicação da rescisão é o determinante para nortear o caminho: quando uma pessoa é dispensada em 15 de setembro de 2011, surge naquela data seu direito adquirido ao recebimento das verbas rescisórias em geral e do aviso-prévio em particular tal como regido pelas leis daquele dia, ainda que o pagamento seja feito semanas após e ainda que uma lei superveniente venha a alterar a forma de cálculo. Inversamente, se o empregado é comunicado de que terá trinta dias de aviso-prévio, não deveria haver a expansão para trinta e três dias, por exemplo, por alteração legislativa no curso de seu cumprimento. A melhor solução é realmente se concentrar na data da comunicação da rescisão, como desencadeadora do direito adquirido.

**Data do pagamento da rescisão.** Todavia, este artigo prevê que assim não caminhará a jurisprudência, sobretudo aquela do Tribunal Superior do Trabalho, que detém a palavra final sobre lei ordinária trabalhista: em diversos casos análogos (ampliação da indenização sobre o fundo de garantia, acréscimo de um terço das férias etc.) prevaleceu o entendimento de que a data do pagamento é mandatória, e não a data da ciência de que o ato será praticado. Essa modalidade de interpretação é influenciada pela complexidade do ato trabalhista, que raramente é instantâneo: numa rescisão contratual, são mais de dez atos praticados em torno de uma só figura. Por alto, podemos listar os seguintes eventos em torno de uma rescisão simples: comunicação da rescisão, decisão sobre o aviso-prévio trabalhado ou indenizado, decisão sobre a forma de redução de jornada, projeção do aviso para cálculo de décimo terceiro, de férias, de fundo de garantia, projeção para baixa na CTPS, exame médico demissional, devolução de uniformes e documentos, agendamento da homologação na entidade sindical ou nos postos autorizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, entrega de guias para movimentação do fundo de garantia e do

seguro desemprego e o pagamento, mediante depósito bancário ou cheque administrativo. Sendo tantos os detalhes que cercam a rescisão, é natural que a pessoa se sinta aviltada quando, ao receber seus direitos, observa-se que eles foram calculados sobre base nas normas vigentes à época do primeiro passo – o dia da comunicação – e não com base nas normas vigentes à época do último passo – o dia da quitação. Vale lembrar, ainda, que muitos empregadores chegam a ter de lavrar um “termo de rescisão complementar”, quando a norma coletiva, por exemplo, divulga o reajuste salarial depois do prazo máximo de que o empregador dispunha para quitação das verbas rescisórias, mas ainda dentro dos trinta dias de aviso-prévio indenizado. Se serve de consolo, essa diferença entre o dia da comunicação e o dia do pagamento apanhou apenas os contratos de trabalho rompidos entre setembro e outubro de 2011, representando, portanto, um problema pontual. Provavelmente, os empregadores concluirão que, no particular, era mais econômico ceder a levar essa questão às últimas instâncias. Repercussão muito maior haveria na hipótese de prevalecer o entendimento da retroação total da lei de 2011, como já discutido.

**Aviso-prévio do empregado para o empregador.** Como sustentado no início deste estudo, a noção de aviso-prévio decorre da quase totalidade dos contratos de trato sucessivo, a fim de conceder um espaço mínimo de adequação à outra parte, para enfrentar a nova realidade – procurar novo emprego, no caso do empregado, e procurar novo empregado, no caso do empregador. Assim sendo, é natural que o aviso-prévio seja de mão dupla: tanto o empregado o deve ao empregador quanto o empregador evidentemente o deve ao empregado. Há pouco estudo sobre o aviso-prévio dado ao empregador, todavia. Muitos chegam a ignorar essa necessidade. A sistemática da CLT permite que o empregador desconte dos haveres do empregado o valor do aviso-prévio não cumprido – normalmente, um mês de salário – o que em muitas vezes zera o valor das verbas rescisórias. Ainda não se encontrou melhor solução para o caso, pois de alguma maneira o empregado precisa se comunicar com o empregador. As dificuldades de comunicação, aliás, levam muitos empregados a serem acusados de prática de justa causa, do tipo abandono de emprego. Verifica-se, aos poucos, o descolamento das normas que regerem ambos os avisos-prévios, pela constatação de que a dificuldade e a premência de se arrumar nova fonte de renda, pelo empregado, são mais complexas do que a dificuldade de se

encontrar novo empregado ou de se adaptar o sistema produtivo, por parte do empregador.

#### **Tratamento diferenciado entre os dois avisos-prévios.**

Claro está que essa afirmação não tem base científica e em alguns nichos pode ocorrer exatamente o inverso – empregador com facilidade de recolocação e empregadores incapazes de preencherem as vagas. Admite-se, todavia, que o padrão médio seja a maior dificuldade de recolocação do que de preenchimento de vagas. Admite-se, ainda, a premissa de que a dificuldade de suportar um ou dois meses de desemprego, sem fonte de renda, seja maior do que a dificuldade de um empreendimento suportar um ou dois meses com uma vaga ociosa, com retração na linha de produção. Esse raciocínio se faz necessário, a fim de que seja introduzida a constatação de que o próprio art. 7º da Constituição previu o direito do empregado de receber aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, mas não previu o direito do empregador de o receber: o art. 7º diz respeito a direitos dos trabalhadores e não a direitos trabalhistas em geral ou direitos do empregador. Em suma, a legislação brasileira não contempla a figura do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço para o empregador. Deste pecado, a Lei nº 12.506/2011 está perdoada, porque não poderia realmente ter regulamentado o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço em prol do empregador.

**Aviso-prévio do empregado doméstico.** Questão ainda mais intrincada diz respeito ao aviso-prévio dos trabalhadores domésticos. Habitualmente esquecidos pelo legislador, os domésticos não dispõem de previsão de aviso-prévio em sua singela regulamentação (Lei nº 5.859/1972) e são explicitamente afastados da CLT por seu art. 7º, “a”. No entanto, era possível sustentar o direito e o dever ao aviso-prévio para os domésticos com fundamento no princípio da continuidade da relação de emprego, pois, conforme já mencionado, nenhuma prestação continuada deveria ser rompida na base da surpresa e do imprevisto. Para encerrar décadas de especulação a respeito, o art. 7º, parágrafo único, da Constituição de 1988, andou bem ao inserir o inciso XXI no rol dos direitos trabalhistas assegurados aos domésticos. Desde 5 de outubro de 1988, a questão é livre de dúvidas, portanto. Mas se pode escavar um pouco mais sobre essa rocha dura. A primeira questão passível de ser ventilada diz respeito ao aviso-prévio do empregador doméstico: como esse direito não aparece na lei ordinária e como o art. 7º da Constituição se destina apenas aos empregados, houve quem sustentasse a inexistência de direito de aviso-prévio para os

empregadores, ou seja, o direito dos empregados de desaparecerem sem prévia comunicação. Essa tese se perdeu por si só, nas brumas do direito do trabalho, seja pela força do princípio da continuidade, seja pela inevitabilidade de se considerar o direito de modo recíproco - se serve para um, serve para o outro. Foi assim que se formou um consenso em torno do aviso-prévio destinado ao empregador doméstico, sem lei expressa que o determinasse. Mas ainda havia outro obstáculo a ser enfrentado: como operacionalizar o direito ao aviso-prévio do doméstico, se o art. 7º, XXI, da Constituição, é tão lacunoso e nada fala sobre forma de concessão, redução de jornada, consequências da omissão e outros detalhes?

**Concretização do aviso-prévio do doméstico exige uso da CLT.** A forma mais inteligente de se resolverem as questões sobre a disciplina do aviso-prévio do doméstico é abrir a CLT. Certo está que esta norma é inacessível de maneira geral aos domésticos (art. 7º, “a”, da CLT), mas a conquista do direito ao aviso-prévio não decorreu do uso da CLT, mas de norma constitucional. À falta de qualquer outra regulamentação em torno do aviso-prévio do doméstico, só resta ao intérprete se valer dos postulados da CLT (arts. 487 e seguintes) para proporcionar que os domésticos possam usufruir dessa conquista. Usar o Código Civil – por exemplo, art. 720 – seria um tiro longo demais e vilipendiaria o bom senso, sabendo-se que havia norma trabalhista disponível sobre o tema. Adapta-se, no mais, o direito à realidade: como o doméstico não tem acesso ao controle de jornada e a horas extras, a redução de duas horas por dia deve ser deixada de lado em prol da redução de sete dias de trabalho, caso o empregador opte pelo cumprimento do período de aviso-prévio, por exemplo. A solução de se acessar a CLT para a disciplina de alguns direitos dos domésticos não é exclusiva do aviso-prévio, podendo ser verificada no caso da dispensa por justa causa capaz de inibir o acesso ao fundo de garantia (art. 6-A, § 2º, da Lei nº 5.859/1972, que determina expressamente o uso do art. 482 da CLT para as relações domésticas). Cite-se, também, a conhecida questão das férias dos domésticos (art. 2º, Decreto 71.885/1973), normalmente calculadas à luz da CLT. Resultado lógico: se o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço foi inserido na CLT pela Lei nº 12.506/2011, impõe-se estender o direito também aos empregados domésticos, porque a fonte do direito é a mesma para os domésticos e para os urbanos, no particular – o art. 7º, XXI, da Constituição.

**Aviso-prévio do empregado rural.** Situação bem mais intrincada reside no contrato de trabalho rural. Os trabalhadores

rurais, assim como os urbanos e os domésticos, dispõem da mesma fonte normativa para acesso ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, o sempre citado art. 7º, XXI, da Constituição. Seu nome aparece de maneira expressa na cabeça do artigo constitucional. Ocorre que os rurais dispõem de disciplina própria para o aviso-prévio (Lei nº 5.889/1973, art. 15), enquanto que a Lei nº 12.506/2011 fez questão de frisar que a extensão ali prevista se atém ao aviso-prévio previsto na CLT. Essa interpretação tem a virtude de ser gramaticalmente adequada, mas geraria um vazio legislativo perigoso, por deixar os rurais excluídos do avanço, além de profunda insegurança nas relações sociais. A melhor solução, portanto, reside em se entender que a Lei do Trabalho Rural, de 1973, não disciplinou todo o aviso-prévio, mas apenas a questão bastante específica da forma de redução de jornada em caso de cumprimento do período. Rememore-se a dicção do art. 15 da Lei nº 5.889/1973: “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”. A lei não fala qual é o “prazo do aviso-prévio”, não trata de perda de direito ao aviso, não menciona contratos por prazo determinado, não refere conversão em pecúnia em caso de omissão do empregador, e, enfim, deixa com a CLT a quase totalidade dos assuntos, exceto a redução da jornada. Logo, toda e qualquer alteração no regime do aviso-prévio na CLT repercute diretamente sobre os contratos rurais. Como reforço de argumento, vale lembrar que o direito ao aviso-prévio na rescisão indireta data de 1983 (art. 487, § 4º), enquanto que os reflexos do valor da hora extra e do reajuste normativo sobre o aviso-prévio foram incorporados pelo legislador apenas em 2001 (art. 487, §§ 5º e 6º), sem que ninguém tenha levantado objeção ao alcance dessas normas para a zona rural. Por fim, jamais se perca de vista que o sistema da lei do trabalho rural é nitidamente complementar e não excludente, como nos lembra o art. 1º da Lei nº 5.889/1973: “As relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943 (g.n)”. Essa diretriz é reiterada pelo art. 4º do Decreto no 73.726, de 12/02/1974. Não há colisão alguma entre o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço e a disciplina do trabalho rural, conclui-se.

**Aviso-prévio no primeiro ano do contrato.** Superadas as questões concernentes à aplicabilidade da Lei nº 12.506/2011, quanto ao tempo e ao espaço de órbita, enfrentemos a matemática bizarra proposta pelo legislador. De maneira geral, pode-se enunciar

*"O curioso é que a maioria dos brasileiros vivencia contratos de trabalho de curta duração, de modo que a celeuma provocada pela nova lei pouca ressonância teve sobre as classes menos favorecidas."*

a regra como sendo três dias por ano, excluindo-se o primeiro ano. Não havia um motivo candente para se excluir o primeiro ano, mas, enfim, lei temos. A CLT também excluía o primeiro ano para fins de indenização decenal, dizendo que a pessoa estava em período de experimentação e nenhuma indenização lhe era devida (art. 478, parágrafo único), algo que a lei do fundo de garantia ignorou. Para os novatos, portanto, nada mudou. O curioso é que a maioria dos brasileiros vivencia contratos de trabalho de curta duração, de modo que a celeuma provocada pela nova lei pouca ressonância teve sobre as classes menos favorecidas. São empregos de baixo rendimento, sujeitos a contratos de trabalho bastante precários, abusos na contratação temporária e no uso do contrato de experiência, para não falar, evidentemente, na informalidade, nas cooperativas e na contratação via pessoa jurídica, matérias que excedem aos limites deste artigo e resvalam para a sociologia do direito. As estatísticas do Ministério do Trabalho e Emprego apontam que a duração de seis meses é a média de 40% dos contratos de trabalho e a duração de oito meses é a média de outros 20% dos contratos de trabalho. Com a soma desses dois índices, é correta a afirmação de que a maioria dos contratos de trabalho não conhece o primeiro aniversário – e, no que diz respeito ao foco de estudos deste artigo, não conhecerá o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. A média de duração dos contratos de trabalho no Brasil é um dado irrelevante para a matéria presente, porque mescla contratos curtos com aquelas honrosas exceções de pessoas que estão no mesmo emprego por vinte, trinta ou quarenta anos, puxando a média para cima. De concreto o que temos é, como dito, que a maioria dos brasileiros se acha, neste momento, em relações trabalhistas efêmeras.

**Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.** A grande novidade da Lei nº 12.506/2011, portanto, reside no parágrafo único de seu art. 1º: *"Ao aviso-prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias"*. Por trás de uma redação simples, diversas interpretações pulularam. À primeira vista, uma pessoa com dois anos de emprego teria seis dias de acréscimo, mas não foi este o entendimento prevalecente: ao revés, predominou a concepção de que o primeiro ano, como dito, foi esterilizado. A leitura do dispositivo passa a ser a seguinte: *"ao aviso-prévio de trinta dias, assegurado para o primeiro ano do contrato de trabalho, são acrescidos três dias por ano de serviço, a contar do segundo ano"*. Apesar do estranhamento inicial, está correta a interpretação. Se o legislador quisesse que logo no primeiro ano o

empregado já tivesse 33 dias de aviso-prévio, não faria sentido que o *caput* empreendesse toda sua energia para dizer que o aviso-prévio básico é de trinta dias. Se o fez, é porque realmente um grupo de trabalhadores ficará com os trinta dias básicos e somente aqueles que conhecerem o segundo ano é que obterão os 33 dias. Assim sendo, deve-se ter cuidado especial na conta, pois não basta multiplicar por três o número de anos laborados. Necessário se faz deduzir um, para, ao depois, fazer-se a multiplicação. Assim, um contrato de 10 anos de duração assegura ao empregado 57 dias de aviso-prévio, sendo os 30 dias básicos e mais 9 vezes 3 dias adicionais. Para alcançar 60 dias de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, o empregado deve ter 11 anos de casa, e assim sucessivamente. O teto de 90 dias é atingido pelos empregados com 21 anos de contrato de trabalho (30 dias básicos pelo primeiro ano, mais três vezes os vinte anos subsequentes, totalizando 60). A limitação pode parecer razoável, mas não apresenta maior consistência jurídica ou técnica, e, de certa forma, apresenta duvidosa constitucionalidade: se o art. 7º, XXI, da Constituição, instituiu o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, competia ao legislador ordinário meramente disciplinar a fórmula de pôr em prática a proporcionalidade, e não de procurar um teto para ela. Da forma como a lei veio ao mundo, ela deixou no mesmo patamar as pessoas com mais de 21 anos de emprego, pouco importando se ela já possui, digamos, 35 anos de contratação. Não é essa uma proporcionalidade. Melhor seria se o legislador tivesse mencionado apenas a fórmula dos três dias adicionais a partir do segundo ano e respeitasse efetivamente a proporcionalidade, premiando os empregados com 25, 30 ou 35 anos de casa. Questões como idade do empregado, posição ocupada e faixa salarial não foram levadas em consideração. De fato, podem ser relevantes para alguma negociação coletiva complementar, mas não para uma lei ordinária destinada a suplementar a norma constitucional específica sobre proporcionalidade ao tempo de serviço.

**Períodos de interrupção do contrato de trabalho; serviço militar; acidente de trabalho.** A lei menciona que o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço se fundamenta no tempo de serviço. Se fôssemos levar a expressão ao pé da letra, cairíamos na caricatura de excluir os domingos, feriados, férias, licença-maternidade e todas as datas em que se manteve o pagamento do salário, sem trabalho. Por consequência, a primeira regra é computar regularmente os períodos de interrupção do contrato, como tais entendidos aqueles em que há salário e não há trabalho. Trata-se de noção desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência que, embora não seja explícita na

CLT, encontrou vasto consenso. Em segundo lugar, é de bom alvitre que se computem os períodos de afastamento para serviço militar e em licença médica decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional, tanto nos quinze primeiros dias quanto na concessão do auxílio doença acidentário (código 91 do INSS). Esses dois itens não são formas típicas de interrupção contratual, porque paralisam tanto o trabalho quanto a percepção do salário, mas sensibilizaram o legislador, já no art. 4º da CLT, cujo parágrafo único é enfático ao mandar incluí-los no conceito de tempo de serviço. A força do art. 4º é tamanha que o regime do fundo de garantia não ousou alterá-lo: o fundo de garantia, que se ocupa igualmente com a questão do tempo de serviço e por isso se chama FGTS, exige que os depósitos sejam mantidos durante o serviço militar obrigatório e durante o auxílio doença acidentário. Ao término do contrato de trabalho, o empregado carrega consigo ambos os períodos e ainda recebe a indenização de 40% computada sobre os depósitos daquele trecho desprovido de salário e de trabalho. Dada a longevidade do art. 4º da CLT, este artigo considera que a melhor solução será incluir os períodos de serviço militar e de auxílio doença acidentário no cálculo do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, quando a rescisão vier a ocorrer, obviamente. A seu turno, aposentadoria por invalidez é considerada como suspensão contratual plena e não gera direito aos depósitos do fundo de garantia. Apesar de ser sucedânea ao auxílio doença, não deverá ser levada em consideração para fins de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, ainda que o empregado venha a ter alta – o que é raríssimo – e reassuma suas funções.

#### **Períodos de suspensão do contrato de trabalho.**

Melhor sorte não assiste aos períodos de suspensão ampla do contrato de trabalho, assim entendidos aqueles livres de quase todos os encargos, sem trabalho e sem remuneração. Conforme anteriormente esclarecido, neste rol não se inserem os afastamentos para prestação de serviço militar e para percepção do auxílio doença acidentário, por força de lei expressa. Neste raciocínio, o afastamento por doença não ligada ao trabalho e a percepção do auxílio doença meramente previdenciário (código 31 do INSS) não assegura ao empregado o direito de computar o período quando da contagem do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Esta é a mais conhecida forma de suspensão contratual, não ligada ao trabalho, à qual podem ser acrescentadas hipóteses como a licença para assuntos particulares, a licença para exercício de mandato sindical, a licença para acompanhamento de parentes, a licença para assunção



de cargo eletivo e outras formas negociadas no plano individual ou coletivo.

**O destino da fração igual ou superior a seis meses.** A lei é omissa sobre o destino a ser dado quanto a períodos incompletos do ano. O conceito de ano é simples e está bastante arraigado na legislação brasileira (Lei nº 810/1949), computando-se o período que vai do dia da admissão do trabalhador até o mesmo dia no ano seguinte, ainda que bissexto. Se o trabalhador foi contratado justamente em 29 de fevereiro de um ano bissexto, o conceito de ano se protraí para o dia imediatamente seguinte, a saber, o primeiro de março do ano subsequente. A melhor solução para as frações residuais é usar de bom senso, ou seja, inutilizar pedaços pequenos e aproveitar pedaços mais expressivos. Somos forçados a concordar que a virtude, neste caso, está no meio, a saber, frações inferiores a um semestre são desprezadas e frações iguais ou superiores a um semestre são aproveitadas e consideradas como um ano. Este conceito acompanha o direito do trabalho historicamente. Comparece na CLT para o cálculo da indenização decenal, hoje em desuso (art. 478). Comparece na lei do décimo terceiro (Lei nº 4.090/1962) e no regime das férias (arts. 129 e seguintes, CLT), no que diz respeito ao mês e à fração igual ou superior a quinze dias. E serve também de norte para a jurisprudência fixar algumas indenizações, como é o caso da supressão de horas extras (Súmula 291 do TST; Lei nº 5.811/1972, art. 9º). O uso da fração semestral é simples, acessível ao homem médio e conhecido do direito do trabalho, não abalando a finalidade da norma, mas é previsível que a corrente gramatical seduza com o argumento de que onde a lei não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo. Memorando interno do Ministério do Trabalho e Emprego adota a tese gramatical e não vê espaço para considerar a fração inferior a um ano. Neste passo, um contrato de um ano e onze meses daria direito apenas ao aviso-prévio básico de trinta dias. Na tese defendida por este artigo, daria direito a 33 dias, porque onze meses são equiparados a um ano.

**Proporcionalidade dentro da proporcionalidade.** Por fim, parece excessivamente trabalhosa a tese da proporcionalidade dentro da proporcionalidade: pegam-se os três dias, dividem-se por doze meses e se obtém a fração de 0,25 dia por mês (um quarto de um dia por mês ou um dia conquistado por quadrimestre trabalhado). Por esta ótica, um contrato de um ano e oito meses daria direito a 32 dias de aviso-prévio (30 dias básicos e 2 dias complementares). Esta tese vem carregada de boas intenções e se inspira no princípio

da isonomia, adota aqui e acolá para dirimir questões análogas, como foi o caso da participação nos lucros anuais, proporcional ao número de meses laborados (Orientação Jurisprudencial 390 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho). No caso do aviso-prévio, se existe a possibilidade de se trabalhar com o conceito de fração semestral, não há motivo próximo para se lançar mão do recurso do quarto de dia por mês trabalhado, nem parece ter sido este o intuito do legislador.

**Necessário incluir o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço dentro do cálculo do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.** Pode parecer estranho à primeira vista, mas será inevitável ter de computar o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço dentro dos cálculos para se aferir o valor exato do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Explica-se. Se um empregado tiver 11 anos de casa, ele terá direito aos 30 dias básicos mais 30 dias complementares oriundos da Lei nº 12.506/2011 (três dias por ano, vezes dez anos, desprezando-se, portanto, o primeiro ano), num total de 60 dias. Se ele dispunha de 10 anos e 11 meses, por exemplo, alguém poderia pensar que o direito cairia para 57 dias (30 básicos mais 27 complementares), mas a projeção do aviso-prévio sobre seu contrato de trabalho já seria suficiente para que ele completasse os 11 anos e ainda o excedesse. Dado que o art. 487 da CLT determina que o aviso-prévio componha, sempre, o período do contrato de trabalho, será difícil sustentar que essa integração não valha apenas quando o assunto for o cálculo do próprio aviso-prévio. Situações cerebrinas certamente ocorrerão, como no caso em que por um dia o empregado ultrapassa uma barreira e alcança novo patamar, mas essa não será nem a primeira nem a última vez em que uma migalha pareça um colosso no direito do trabalho. As férias e o décimo terceiro salário são exemplos muito apropriados. Aliás, o período de gozo de férias sempre compõe o cálculo do próximo período aquisitivo, sem despertar maior alarde. Para quem adotar o critério da semestralidade, a explicação não muda: um contrato de um ano e cinco meses já é tecnicamente um contrato de dois anos, porque a projeção do aviso-prévio o eleva a um ano e um semestre, sendo que esta fração deve ser equiparada a um ano completo.

**O contrato de trabalho por prazo determinado.** Pouco muda no contrato de trabalho por prazo determinado. Geralmente, os contratos a termo prescindem de aviso-prévio, haja vista que na própria contratação já se insere a data da rescisão, de modo fixo, como nos contratos de experiência, ou aproximado, como os

contratos de safra ou congêneres. Exceção se verifica na cláusula assecuratória de rescisão antecipada nos contratos a termo, prevista no art. 481 da CLT. Cuida-se da hipótese em que, embora o contrato já tenha fixado o termo, vem a ser rompido antecipadamente por vontade de alguma das partes. Não havendo a cláusula sobre essa possibilidade, a parte será forçada a pagar uma indenização tida por rigorosa, que é o valor de 50% dos dias que faltavam para encerrar o contrato a termo. Se o contrato era de dois anos, por exemplo, que é o limite máximo previsto na legislação brasileira, um rompimento, digamos, no quarto mês, representaria o pesado ônus de indenizar a parte contrária com dez meses de salário (50% dos vinte meses que restavam para integralizar os 24 meses). Isso vale tanto para o empregador quanto para o empregado. Então, uma forma criativa de se desligar dessa relação consiste no estabelecimento do aviso-prévio no meio do contrato a termo. Dado que esses contratos são normalmente efêmeros, o aviso-prévio será genericamente de trinta dias. Para quem adotar a interpretação gramatical da Lei nº 12.506/2011, ele será sempre de trinta dias, pois nenhum contrato a termo passará de dois anos. Para quem adotar a tese do aproveitamento da fração semestral, no entanto, o aviso-prévio será de 33 dias para os rompimentos havidos a partir do 18º mês, portanto.

**Natureza jurídica do aviso-prévio.** Muita energia já foi empreendida em torno da natureza jurídica do aviso-prévio. Nada obstante a nomenclatura utilizada ser aviso-prévio indenizado, o consenso se formou em torno de sua natureza salarial, como pode ser visto na Súmula 305 do TST. Essa conclusão decorreu do fato de que, se fosse indenizatório, o aviso-prévio seria calculado de modo estanque, sem integrações, e não produziria nenhum reflexo, tudo a prejudicar o trabalhador, que não pode escolher entre trabalhar no curso do período ou receber os haveres indenizados. Some-se a isso o fato de que o art. 487 da CLT utiliza o advérbio de modo sempre quando se refere à necessidade de integração do aviso-prévio no contrato de trabalho, determinando que em todas as hipóteses ele seja computado, para fins de férias, décimo terceiro e fundo de garantia, dentre outros. No campo tributário, a cizânia é maior. A Receita Federal do Brasil não o considera como parcela tributável e o insere no bojo das indenizações rescisórias, juntamente com a indenização de 40% sobre o fundo de garantia. Para fins previdenciários, já houve expressa previsão de sua natureza indenizatória, mas o Decreto 6.727/2009 simplesmente expeliu o aviso-prévio do rol das indenizações e nada mais dispôs a respeito,

levando a um período de incerteza sobre sua inserção ou não na base de cálculo das contribuições sociais. As decisões da Justiça Federal parecem se inclinar contra sua inclusão na base de cálculo, em sintonia com o disposto no Regulamento do Imposto de Renda da pessoa física. No que concerne ao direito do trabalho, porém, a natureza salarial é mandatária e inerente à locução do art. 487 da CLT, como já referido.

**Natureza jurídica do excedente de trinta dias.** O excedente dos trinta dias básicos poderia ser considerado indenizatório, haja vista que o propósito era contemplar o empregado veterano com uma indenização superior, proporcional a sua antiguidade na casa, e, por outro lado, dificilmente o empregador irá pretender que o empregado fique por 40, 60 ou 80 dias em transição. Foge à razoabilidade imaginar um período tão longo de cumprimento de aviso-prévio, sendo suficiente que a transição se atenha aos trinta dias. Instituições financeiras e empresas multinacionais nem ao menos exigem os trinta dias, preocupadas com o sigilo industrial e com atos de sabotagem, sendo usual que elas indenizem 100% do período. As normas coletivas que já vinham tratando do tema, antes da lei ordinária de 2011, habitualmente faziam menção ao caráter indenizatório do que sobejava aos 30 dias, equiparando o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço a uma forma de indenização de antiguidade. No entanto, apesar da atração que esses argumentos exercem, a jurisprudência trabalhista já sinalizava que pretendia estender a natureza salarial para todos os dias do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço e não apenas para os trinta dias básicos, como forma de conferir um tratamento harmônico para a matéria e como forma de assegurar que o trabalhador tivesse realmente respeitados seus direitos a férias, décimo terceiro salário e fundo de garantia. Conferir, a respeito, a Orientação Jurisprudencial 367 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, de 03 de dezembro de 2008: “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”. Em resumo, dada a interpretação que se atribuiu à integração “sempre” do período de aviso-prévio e considerando o precedente de natureza salarial para o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço oriundo de norma coletiva, o melhor encaminhamento da matéria é aceitar que também o período acrescido pela Lei nº 12.506/2011 terá natureza salarial, servindo, portanto para os seguintes propósitos:

a) base de cálculo para o fundo de garantia; b) base de cálculo para férias e décimo terceiro salário; c) projeção para a baixa na Carteira de Trabalho; e, via de consequência; d) dilação do dia inicial de contagem da prescrição bienal.

**Efeitos quanto ao cumprimento do aviso-prévio.** Pagar o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço em dinheiro pode até envolver algumas questões, como as anteriormente tratadas, para a aferição exata do valor, mas certamente é um problema menor do que cumprir o período de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Naturalmente o cumprimento do período de aviso-prévio é tenso, seja pelo empregado descontente com sua dispensa pela empresa, seja pelo empregador desapontado com a retirada do empregado. A redução de jornada, exigida pelo art. 488 da CLT, costuma ser associada a um tempo módico para a procura do novo emprego. Não pode ser convertida em horas extras em hipótese alguma, porque diversos são seus propósitos (Súmula 230 do TST). São sete dias consecutivos ou duas horas a menos por dia, qualquer que seja a carga horária do contrato de trabalho. No caso do trabalhador rural, a redução é um pouco menor: um dia por semana, na dicção do art. 15 da Lei nº 5.889/1973. A escolha entre indenizar o aviso ou exigir o cumprimento pertence ao empregador. A escolha entre a redução de sete dias ou a redução de duas horas, todavia, pertence ao empregado. Empregados não sujeitos a controle de jornada, como domésticos, alguns externos e alguns altos escalões (art. 62, I e II, da CLT), não dispõem das duas opções, mas apenas da via da redução por sete dias. Introduzido o conceito de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço na lei brasileira, nada se dispôs a respeito de redução de jornada pelos dias excedentes de trinta. As normas coletivas que se anteciparam à lei e estabeleceram avisos-prévios de mais de trinta dias já dispunham claramente que eventual cumprimento deve se ater aos trinta primeiros dias, liberando o empregado do cumprimento a partir do 31º dia, indenizando-se integralmente o excedente de trinta. A solução parece correta e equilibrada. De fato, seria quase impossível manter um empregado com alto desempenho por longos 90 dias, fazendo-o sair duas horas antes para arrumar novo emprego. E, aliás, caso ele obtenha êxito na busca do emprego, dificilmente a vaga ficaria disponível por noventa dias, à espera de sua liberação do emprego anterior. Aqui estamos diante de um assunto em que a realidade fala mais alto do que o direito: ainda que alguém sustente a tese de que o cumprimento do aviso-prévio, a que se refere o art. 488 da CLT, deve ser alargado para caber dentro da Lei nº 12.506/2011, a realidade cuidará de se

vingar desse entendimento, inviabilizando-o. Às vezes o direito do trabalho parece esquecer que são seres humanos que irão operar as máquinas e serão tributários das leis feitas pelos estamentos da burocracia. Por fim, enfrentemos a matemática: o art. 488 da CLT estipulou em sete os dias de redução de jornada obviamente por haver imaginado 30 dias de aviso-prévio. Passados 68 anos da origem da CLT, não há fundamento algum para imaginar que os 7 dias se aplicam indistintamente a todo tipo de aviso-prévio, de 30, 60 ou 90 dias. Neste assunto tampouco tem pertinência a proporcionalidade (reduzir sete dias para cada trinta de aviso-prévio) por não atender a finalidade da norma. Em resumo, para aviso-prévio trabalhado, reduza-se a jornada apenas no curso dos primeiros trinta dias e indenizem-se, em dinheiro, os dias excedentes.

**Efeitos quanto às estabilidades.** Estabilidades decorrentes de cargo eletivo, como aquela do dirigente sindical e do integrante da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, não são admissíveis quando a candidatura é inscrita no curso do aviso-prévio, seja ele trabalhado ou indenizado (Súmula 369, V, do TST). Entende-se que o empregador, de boa-fé, já havia comunicado o desligamento e a ele não podem mais ser opostas circunstâncias deste tipo. O empregado pode registrar sua candidatura, mas não pode mais exigir que o empregador desista da rescisão contratual. As questões se tornam, entretanto, bastante controvertidas quando as estabilidades são decorrentes de gravidez e de acidente de trabalho. No caso da gestante, os tribunais superiores geralmente consideram que o escopo maior do legislador foi a proteção ao nascituro e não à mãe propriamente dita, de sorte que a concepção havida no curso do aviso-prévio é aceita como válida e faz com que o contrato de trabalho tenha de ser mantido. A situação é mais fácil de ser compreendida quando se trata de gravidez durante o aviso-prévio cumprido e mais nebulosa quando se trata de gravidez dentro da projeção do aviso-prévio indenizado – já com baixa na carteira de trabalho e com a homologação das verbas rescisórias consumada –, mas ainda assim a jurisprudência do TST é favorável à estabilidade da gestante, anulando-se a rescisão (conferir, por exemplo, decisão em Embargos da SDI 249100.26.2007.5.12.0004, de 18 de março de 2010, que evoca tratados internacionais e dispositivos constitucionais para abarcar a máxima proteção ao nascituro). Outrossim, em 22 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal admitiu a existência de repercussão geral sobre o tema (Recurso Extraordinário 629.053). Para o acidente de trabalho, entende-se que o contrato de trabalho não deve ser extinto imediatamente, mas adentrar num período de

suspensão contratual e somente se consumir a rescisão quando da alta previdenciária (Súmula 371 do TST). Essas quatro situações (ausência de estabilidade para os cargos eletivos de sindicato e de CIPA, estabilidade assegurada à gestante e suspensão contratual para os acidentados) devem ser mantidas para o novo regime de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sobretudo ao se recordar que o art. 487 da CLT assegura, sempre, a inserção do aviso no contrato de trabalho. Para os limites de espaço deste estudo, usou-se a palavra estabilidade em sentido geral, sem se adentrar na distinção entre as estabilidades plenas e as garantias momentâneas de emprego, como seria mais apropriado chamar as quatro modalidades aqui referidas (sindicalista, cipeiro, gestantes e acidentados).

**Normas coletivas que se anteciparam à lei.** As normas coletivas que se anteciparam à Lei nº 12.506/2011 merecem elogios, pois avançaram em um campo desértico e proporcionaram que os trabalhadores daquela categoria profissional pudessem, desde os primórdios, desfrutar de uma prerrogativa que somente 23 anos após a Constituição de 1988 foi estendido aos demais empregados regidos pelas normas brasileiras. Como referido em outra passagem, houve normas coletivas que fixaram adicionais de aviso-prévio por número de anos laborados, por faixa salarial ou por idade do trabalhador. Agora que a lei superveniente disciplinou o assunto, não há motivo algum para se punir o empregador que negociou o assunto antecipadamente. Basta que se aplique o conhecido conceito de norma mais favorável. Se, digamos, um acordo coletivo prevê cinco dias a mais por ano de serviço, sua aplicação continua intacta, porque segue sendo mais vantajoso ao empregado do que os três dias anuais introduzidos pelo legislador de 2011; se, todavia, a convenção coletiva estipulou dois dias a mais por ano, a lei apanha aquele contrato de trabalho e se sobrepõe à norma coletiva. Ainda outro exemplo: uma norma coletiva estipulou quinze dias a mais de aviso-prévio, mas apenas para empregados com mais de 45 anos de idade, o que é uma excelente notícia para ele, mas um vazio para os jovens desempregados, que, então, vão se beneficiar da nova lei. O que jamais se pode admitir é que o empregador arque com a somatória das duas normas – a norma coletiva e a Lei nº 12.506/2011 – algo que nem o sindicato nem o legislador haviam imaginado e ninguém havia prometido. Por exemplo, se a norma já dispunha de 5 dias por ano de serviço, não se deve defender que o empregado conquistou o direito a 8 dias por ano de serviço (5 negociados e 3 legislados), sob pena de se criar uma terceira norma à força. Há

vários precedentes em que o TST teve a oportunidade de referendar esse entendimento de que quem se antecipou ao legislador merece respeito e não punição, podendo ser citado o caso do décimo terceiro salário, que somente foi absorvido pelo legislador em 1962 (Lei nº 4.090/1962), mas já era forte no mercado de trabalho pelo poder dos usos e costumes – mas nem por isso o trabalhador passou a ter direito a dois décimos terceiros salários, um pela força dos costumes e outro pela força da lei, como pode ser conferido na Súmula 145 do TST.

**Síntese das conclusões deste estudo sobre o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.** Em síntese, o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, disciplinado pela Lei nº 12.506/2011:

- a) não se aplica aos casos de pedido de demissão do empregado, que continua a dever trinta dias de aviso-prévio ao empregador;
- b) aplica-se a todos os trabalhadores, urbanos, rurais e domésticos;
- c) vale somente para rescisões comunicadas após 13 de outubro de 2011 ou, quando muito, para rescisões verificadas em setembro de 2011, mas cujo acerto de contas havia ficado para depois de 13 de outubro de 2011;
- d) não apanha rescisões já consumadas anteriormente, porque o art. 7º, XXI, da Constituição de 1988, era insuficiente para concretizar esse direito aos trabalhadores;
- e) não leva em consideração o primeiro ano do contrato de trabalho, que segue regido pelos trinta dias básicos de aviso-prévio;
- f) exclui da contagem o primeiro ano do contrato de trabalho, de modo que a forma mais correta de se expressar é dizer que a legislação introduziu três dias a mais por ano de serviço, a partir do segundo ano do contrato;
- g) deve levar em consideração os períodos de interrupção do contrato de trabalho, como férias, e deve também levar em consideração os períodos de suspensão atípica, como a prestação do serviço militar obrigatório e o afastamento por acidente de trabalho e doença profissional, mas não deve levar em consideração os períodos de suspensão típica, como o afastamento por doença não profissional;



h) deve prestigiar o conhecido entendimento segundo o qual a fração igual ou superior a seis meses equivale a um ano, para fins de cômputo dos três dias adicionais por ano de serviço, evitando-se soluções contorcionistas como acrescentar um quarto de dia por mês laborado ou inutilizar 100% da fração do ano;

i) tem natureza jurídica salarial, tal como o aviso-prévio simples, de modo que repercute no cálculo do décimo terceiro salário, das férias, dos reajustes normativos, da baixa na carteira de trabalho e no cômputo da prescrição bienal;

j) permite que se verifique estabilidade de gestante e permite que se suspenda o contrato de trabalho do acidentado no curso do aviso, tal como se faz com o aviso-prévio tradicional, mas em ambas as hipóteses inibem garantia de emprego de cargos eletivos com registro de candidatura no curso do aviso;

k) não se sobrepõe ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço que acaso tenha sido estipulado por normas coletivas que honrosamente se anteciparam à lei, aplicando-se ao caso o singelo conceito de norma mais favorável, que norteia o direito do trabalho.

### **Bibliografia**

ALMEIDA, Alexandre Albuquerque; MELLO, Simone Barbosa de Martins. Princípio da proporcionalidade do aviso prévio. Lei nº 12.506/2011. *LTr: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista*. São Paulo. v. 47. n. 127. p. 635-41. 2011.

ALMEIDA, Renato Rua de. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado pela Lei nº 12.506, de 11.10.2011. *Revista LTr*. São Paulo, a. 75, t. II, n. 10, p. 1157-1158, out. 2011.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, a. 28, n. 334, p. 77-126. out. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria das Relações de Trabalho. <http://portal.mte.gov.br/geral/estatisticas.htm>. Acesso em: 24 fev 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria das Relações de Trabalho. Coordenação-Geral das Relações de Trabalho. Memorando circular 10/2011, 27 out.

2011. Acesso em: 24 fev. 2012.

CARDOSO, Jair Aparecido. Aviso prévio e os reflexos da Lei nº 12.506/2011. *Repertório de Jurisprudência IOB*. São Paulo v. 2, n. 23, p. 687-682, 1. quinz. dez. 2011.

FONSECA, Vicente José Malheiros da, 1948. Aviso prévio proporcional: primeiras reflexões. *Decisório Trabalhista*. Curitiba, a. 18, n. 207, p. 7-19, out. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aviso prévio proporcional: considerações sobre a Lei nº 12.506/2011. *Revista Magister de Direito do Trabalho*. Porto Alegre, a. 8, n. 44, p. 63-75, set./out. 2011.

JAKUTIS, Paulo Sergio. Considerações sobre a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre, a. 23, n. 270, p. 43-51, dez. 2011.

MACIEL, José Alberto Couto, 1936-. Aviso prévio de até 90 dias. *Decisório Trabalhista*. Curitiba, a. 18, n. 208, p. 5-6, nov. 2011.

MALLET, Estevão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional. *Revista LTr*. São Paulo, a. 75, t. II, n. 11, p. 1312-1319, nov. 2011.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Adalberto. Algumas considerações sobre o novo aviso prévio Lei nº 12.506/2011. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre, a. 23, n. 270, p. 79-83, dez. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto, 1963. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Revista LTr*. São Paulo, a. 76, t. I, n. 1, p. 57-64, jan. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira; CREMONESI, André. Aviso prévio proporcional: questões polêmicas. *LTr – Suplemento Trabalhista*. São Paulo, a. 47, n. 128, p. 643-646, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 1932; MASSONI, Túlio de Oliveira. Aviso prévio proporcional. *Revista LTr*. São Paulo, a. 76, t. I, n. 1, p. 7-16, jan. 2012.

PIRES, Aurélio. Nova lei do aviso prévio. *LTr: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista*. São Paulo, v. 47. n. 129. p. 647-8. 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. A nova lei do aviso prévio. *Revista LTr*. São Paulo, a. 76, t. I, n. 1, p. 23-33, jan. 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado, volume 6, Contrato de Trabalho*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2011. Capítulo 16: Aviso prévio para a rescisão do contrato de trabalho (arts. 487 a 491). p. 335-360.

SIMÕES, Mauricio Pereira. Aviso prévio proporcional e as discussões anunciadas. *LTr – Suplemento Trabalhista*. São Paulo, a. 48, n. 8, p. 31-36, 2012.

VARGAS, Luiz Alberto de. A auto-aplicabilidade da norma constitucional que prevê o aviso prévio proporcional. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v. 28. n. 331. p. 31-70. jul. 2011.

VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. A (des)regulamentação do aviso prévio proporcional pela Lei nº 12.506/2011. *LTr – Suplemento Trabalhista*. São Paulo, a. 48, n. 7, p. 25-29, 2012.

Publicado originalmente na Revista Síntese trabalhista e previdenciária. [S.l.], v. 23, n. 275, p. 90-112, maio 2012.