

# AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS<sup>†</sup>

Cláudia Coutinho Stephan<sup>\*</sup>

Flávia Bueno Silva<sup>\*\*</sup>

Vinícius Rúpolo<sup>\*\*</sup>

Resumo: Este trabalho é resultado de um estudo sobre o instituto do aviso prévio, notadamente no que se refere ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, disciplinado pela Lei n. 12.606/11, e suas consequências jurídicas. Viu-se inicialmente a evolução histórica do aviso prévio no Brasil e suas peculiaridades no direito posto. Discorreu-se, nessa linha, sobre o conceito do aviso prévio, suas características e âmbito de aplicação, além da classificação doutrinária apresentada do instituto e dos efeitos jurídicos que dele decorrem. Em seguida, passou-se à discussão das alterações trazidas pela Lei, posto que esta deixou à cargo da doutrina e da jurisprudência inúmeras situações das quais se omitiu, como a natureza jurídica do aviso proporcional; a alteração ou revogabilidade do aviso prévio celetista diante da nova lei; a aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e o direito intertemporal; o debate sobre a bilateralidade do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; a contagem do aviso prévio proporcional, a (im) possibilidade de fracionamento do pré-aviso proporcional; e a natureza jurídica do instituto. Concluiu-se que, aos poucos, as divergên-

---

<sup>†</sup> Este trabalho é o resultado final do Projeto FIP 7588/2013-1S (Fundo de Incentivo à Pesquisa) da PUC/MG

<sup>\*</sup> Professora Adjunta de Direito do Trabalho da PUC/MG, campus Poços de Caldas

<sup>\*\*</sup> Alunos do 10º Período do Curso de Direito da PUC/MG, campus Poços de Caldas.

cias oriundas do §1º do dispositivo legal supracitado tem sido dirimidas a partir da produção doutrinária e jurisprudencial, no sentido que o aviso prévio além de não ter revogado ou modificado o tempo mínimo constitucional previsto para o pré-aviso, trata-se de direito unilateral do empregado, que deve ser considerado a partir da vigência da lei, somente, em respeito ao princípio da irretroatividade das normas. Evidenciou-se ainda que a contagem da proporcionalidade inicia-se logo após o primeiro ano completo de trabalho do empregado na mesma empresa, de modo que ao empregado despedido injustamente após o primeiro ano de serviço prestados no mesmo empregador serão assegurados 33 (trinta e três) dias de aviso prévio, e assim sucessivamente, até o total máximo de 90 (noventa) dias, para empregados com mais de 20 (vinte) anos de contrato de trabalho. Por fim, restou demonstrado que a Lei 12.506/11 não revogou as disposições do art. 488 da CLT, restando incólume a possibilidade de redução da jornada de trabalho ou da quantidade de dias trabalhados para empregado que esteja cumprimento aviso prévio.

Palavras-chave: Aviso Prévio. Aviso Prévio Proporcional ao tempo de serviço.

## 1 INTRODUÇÃO



A presente pesquisa tem como objeto de estudo o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto na Lei n. 12.506/11 e suas consequências jurídicas. Faz-se necessária, para tanto, uma abordagem específica no que tange à proporcionalidade regulada pelo parágrafo único do art. 1º da mencionada lei, atentando para a resolução jurisprudencial dos pontos obscuros gerados pela normatização vigente.

Considera-se o tema como da ordem do dia, diante das

inovações trazidas pela Lei n. 12.506/11, que geraram variadas interpretações referentes ao art. 1º e seu parágrafo único, resultando num intenso debate doutrinário, apresentado no desenvolvimento do trabalho.

A metodologia utilizada baseia-se no método dedutivo de análise, a partir de pesquisa bibliográfica, provinda de fontes impressas e eletrônicas de publicações científicas, livros específicos da área e jurisprudência sobre o tema.

Inicialmente, apresenta-se a evolução histórica do aviso prévio no Brasil, seu conceito e natureza jurídica. Na sequência, passa-se ao estudo desse instituto no Direito Positivo brasileiro, discorrendo acerca do seu cabimento, classificação doutrinária, efeitos na relação empregatícia, forma de concessão, nexos relacionais entre o aviso prévio e o instituto da estabilidade provisória.

Em um segundo momento, serão apresentadas especificamente as alterações trazidas pela Lei n.12.506/11, permeadas à análise crítica do debate doutrinário e jurisprudencial referente ao assunto.

Dentre os capítulos inseridos nesta pesquisa encontram-se a natureza jurídica do aviso proporcional, a alteração ou revogabilidade do aviso prévio celetista diante da nova lei, a aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e o direito intertemporal, o debate sobre a bilateralidade do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a contagem do aviso prévio proporcional, a (im) possibilidade de fracionamento do pré-aviso proporcional, e a natureza jurídica do instituto.

Mesmo estando distante do esgotamento do tema, espera-se ter cumprido a tarefa do enriquecimento do debate jurídico uma vez mais.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AVISO PRÉVIO NO BRASIL

A rescisão é uma das formas de extinção do contrato de trabalho potencialmente prejudicial à parte contrária do acordo de vontades. Dessa maneira, foram criados nos ordenamentos jurídicos, nas áreas civil e comercial, mecanismos para amenizar os efeitos da declaração extintiva injustificada do pacto laboral.

O aviso prévio tem sua gênese na França, notadamente com as corporações de ofício, quando o companheiro avisava ao mestre que não pretendia mais executar o trabalho, não havendo reciprocidade no que tange a essa obrigação.<sup>1</sup>

No Brasil, o instituto surge no Código Comercial de 1850, que no art. 81 previu o aviso prévio, *verbis*:

[...] 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”, preven- do, na segunda parte do mesmo dispositivo que, “os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.”<sup>2</sup>

Observa-se que nesse momento histórico já era possível vislumbrar o cabimento do aviso prévio nos contratos por tempo indeterminado, contendo características como a comunicação à parte contrária e a previsão da remuneração durante esse período.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, no art. 1.221, previu o aviso prévio na locação de serviços:

[...] não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qual- quer das partes, a seu arbítrio, mediante aviso prévio, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de qua- tro dias, se o salário estiver ajustado por semana ou quinzena;

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28ª ed. São Paulo: 2012, Atlas, p. 413

<sup>2</sup> *Idem*, p. 413.

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

O art. 720 do Código Civil de 2002 prevê o mesmo texto legal previsto no art. 599 do Código de 1916, e neste dispositivo, os termos contrato indeterminado e comunicação também se encontravam presentes, diferenciando-se do Código Comercial no que se refere à contagem do prazo do aviso prévio de acordo com o tempo de pagamento do salário e, no que tange a não previsão de pagamento durante o período de aviso prévio.

O fato é que a incorporação do instituto do aviso prévio ao Direito do Trabalho brasileiro ocorreu com o Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923, que ao regulamentar a locação dos serviços domésticos, dispôs no art. 22 que qualquer das partes poderia, a seu arbítrio, mediante aviso prévio, rescindir o contrato. O prazo para o aviso prévio, nos termos do parágrafo único do citado artigo, era de oito dias, para o salário fixado por tempo de um mês ou mais; de quatro dias, se ajustado por semana ou quinzena, e de véspera, quando o contrato fosse inferior a sete dias.<sup>3</sup>

Por sua vez, a Lei n. 62, de 1935, dispôs sobre a forma unilateral de concessão do aviso prévio como obrigação do empregado de conceder o aviso prévio no prazo mínimo de 30 (trinta) dias quando desejasse afastar-se do emprego, sujeitando-se, inclusive, ao desconto em sua remuneração no caso de descumprimento do dever. Garantia a lei mencionada, ainda, ao empregado da indústria ou do comércio uma indenização quando não existisse prazo estipulado para o término do contrato de trabalho ou se fosse despedido sem justa causa.<sup>4</sup>

Com o advento da CLT, em maio de 1943, o aviso prévio, disciplinado nos arts. 487 a 491, passou a ser considerado como dever bilateral das partes. Posteriormente, a Lei n. 1.530,

---

<sup>3</sup> LUDWING, Guilherme Guimarães. *Abordagem Constitucional do Aviso Prévio Proporcional*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01 Janeiro. 2012. p. 65.

<sup>4</sup> *Idem* p, 65.

de 26 de dezembro de 1951, implantou o prazo de oito dias para o aviso prévio, caso o pagamento fosse efetuado por semana ou tempo inferior, e de trinta dias quando realizado por quinzena ou mês, ou, na hipótese em que o empregado tivesse mais de um ano de serviço na empresa.

Salienta-se que a Constituição da República de 1988, marcada pela implementação e proteção dos direitos e garantias fundamentais, destinou um capítulo especial aos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, entre os quais se encontra no art. 7º, inc. XXI *verbis*: “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Verifica-se que a proporcionalidade predita na Constituição vigente dependia de previsão legal infraconstitucional. Finalmente, após 23 anos, a Lei n. 12.506/11 regulamentou o aviso prévio proporcional por tempo de serviço, conferindo eficácia ao texto constitucional no tocante à proporcionalidade do aviso prévio.<sup>5</sup>

### 3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Da etimologia dos termos *aviso* e *prévio* é possível extrair o conceito imediato, linguístico e técnico, do instituto do aviso prévio. *Aviso* deriva do verbo latino *vides*, *visum*, que significa, na língua portuguesa, ver, averiguar, perceber, conhecer, avisar. Do francês, tem-se a palavra *aviser*, que denota advertência, informar, avisar. Já a palavra *prévio*, do latim *praeivius*, indica algo que é anterior, preliminar, o que se faz antes que se tome outra medida.<sup>6</sup>

Aviso prévio é, portanto, instituto jurídico bilateral, conferido tanto para o empregado quanto para o empregador, que

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, salienta-se a OJ 84, SDI-I do TST, cancelada pela resolução 186/2012.

<sup>6</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *A Nova Lei do Aviso Prévio*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01, Janeiro. 2012. p. 23.

consiste na comunicação que uma parte faz à outra para declarar a sua vontade unilateral de romper o contrato de trabalho, sem justo motivo.

Como preleciona Amauri Mascaro Nascimento:

Aviso prévio quer dizer comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso do prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura do contrato.<sup>7</sup>

A expressão aviso prévio significa que previamente uma das partes contratuais da relação laboral indicará a outra o tempo da finalização do contrato, quando não se configura a justa causa para a extinção contratual, garantindo o pagamento referente ao período, que deverá ser de no mínimo 30 dias.

O aviso prévio é inerente aos contratos de trato sucessivo e de duração indeterminada, como são chamados os contratos próprios das relações continuadas, ressaltando que a continuidade guarda relação com a expectativa de prosseguimento da atividade, ainda que venha a durar pouco.

O instituto possibilita que, com a ciência prévia da rescisão contratual, o empregador encontre outro empregado ou que este último procure outro emprego, reequilibrando as forças do mercado de trabalho e assegurando a boa-fé contratual.

Razão assiste a Antônio Álvares da Silva, quando elucidada:

[...] como a obrigação que constitui os contratos de execução contínua se renova permanentemente, seu término depende da manifestação da vontade de uma das partes. A esse tipo de manifestação de vontade dá-se o nome de “denúncia” que é a ciência de uma parte à outra do desejo de resilir o contrato. Ela equivale, em termos amplos, ao aviso prévio que, em menor dimensão, serve de meio à extinção do contra-

---

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, 38º ed. p. 434.

to de trabalho, típico do contrato de execução continuada.<sup>8</sup>

O instituto em apreço possui natureza jurídica tridimensional, significando a comunicação da parte que deseja rescindir o contrato de trabalho sem justa causa; o tempo, que corresponde ao decurso do prazo da comunicação até a extinção do contrato, que representa o caráter temporal do aviso prévio e o pagamento efetuado em decorrência desse prazo.

Cumpra ressaltar, que há dois tipos de aviso prévio quanto à sua efetivação: o trabalhado, no qual é prestado o serviço pelo trabalhador e remunerado mediante salário, e a forma indenizada, quando o empregado é dispensado de cumprir aviso prévio. Sob esse aspecto, a citada multidimensão não é afetada, projetando-se o contrato de trabalho no tempo até o fim do aviso prévio, refletindo desse modo, no cálculo das verbas rescisórias.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) dispõe sobre a indispensabilidade do aviso prévio, como direito fundamental do trabalhador, ainda que a legislação interna do país não seja explícita, conforme se depreende do art. 11, da Convenção 158.<sup>9</sup>

#### 4 DIREITO POSITIVO

O aviso prévio é disciplinado pela CLT nos arts. 487 e seguintes, bem como no art. 7º, XXI, da Constituição vigente.

Trata-se de direito indisponível do empregado, salvo quando comprovar ter obtido nova colocação laboral, ou seja, somente na hipótese de já ter o empregado conseguido novo emprego, caso em que a finalidade do aviso prévio já estará cumprida. Entretanto, mesmo nesta hipótese, não estará o empregador dispensado de pagar o valor correspondente.

---

<sup>8</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.* p. 24.

<sup>9</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Em Busca do Tempo Perdido – O Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço e a Lei 12.506/2011*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 09, p.1055, Setembro.2012

Verifica-se, pois, que se tratam de preceitos imperativos, insuscetíveis de renúncia pelo empregado, nos moldes da Súmula n. 276 do TST.

Imperioso salientar que se tratando de aviso prévio concedido pelo empregado ao empregador, é possível que este último renuncie o período correspondente ao aviso prévio, hipótese em que não será devida a contraprestação pelo empregado.

#### 4.1 CABIMENTO DO AVISO PRÉVIO

Nos moldes do art. 487 da CLT, o instituto do aviso prévio é cabível, em regra, nos contratos por tempo indeterminado, tendo em vista que os contratos a prazo possuem termo certo para seu término, afastando o fator incerteza, surpresa, justificador do instituto. Sob esse aspecto:

Havendo antecipação da ruptura contratual por qualquer das partes, nos contratos a termo, incidirá a correspondente indenização, calculada na forma dos artigos 479 e 480 da CLT, conforme de quem seja a iniciativa de rompimento antecipado. Tal indenização não tem qualquer vínculo com o instituto do pré-aviso<sup>10</sup>.

Excepcionalmente, o aviso prévio é previsto nos contratos a prazo quando contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, caso em que a rescisão unilateral do contrato será regida pelas regras dos contratos por tempo indeterminado, inclusive para fins de aviso prévio e seus efeitos jurídicos, nos moldes do art. 481 da CLT.

Existindo a referida cláusula, a regra vale para qualquer tipo de contrato a termo, inclusive o de experiência, de acordo com a Súmula 163 do TST.<sup>11</sup>

A respeito do tema, ensina Mauricio Godinho Delgado:

---

<sup>10</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p.1195.

<sup>11</sup> Súmula 163 do TST: Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do Art. 481 da CLT.

Em síntese, o pré-aviso (inclusive a proporcionalidade instituída pela Lei n. 12.506/2011, se o caso) é cabível nas seguintes situações extintivas do contrato de trabalho de duração indeterminada: na dispensa do obreiro, sem justa causa; na dispensa do empregado, em face da extinção da empresa ou estabelecimento; na chamada dispensa indireta, isto é, resolução contratual por infração do empregador. Finalmente, nos contratos a termo, o aviso caberá se houver cláusula assecuratória de rescisão antecipada, sendo esta acionada pelo empregador.<sup>12</sup>

Efetivamente, na rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, seja por pedido de demissão formulado pelo empregado, seja na dispensa injusta formulada pelo empregador, bem como em hipótese de extinção da empresa, nos moldes da Súmula 44 do TST, é devida a aplicação do pré-aviso.

Igualmente, no caso de falência da empresa é devido o aviso prévio. Isso porque dispõe o art. 2º da CLT, que cabe ao empregador o risco do empreendimento.

Vale notar que o art. 487, § 4º da CLT amplia a abrangência do aviso prévio na resolução do contrato de trabalho em virtude de infração do empregador, sendo extinta a valia da Súmula n. 31 do TST, que vedava tal aplicação.

Em suma, o cabimento do pré-aviso dar-se-á:

[...] na dispensa do obreiro, sem justa causa; na dispensa do empregado, em face da extinção da empresa ou estabelecimento; na chamada dispensa indireta, isto é, resolução contratual por infração do empregador. Finalmente, nos contratos a termo, o aviso caberá se houver cláusula assecuratória de rescisão antecipada, sendo essa acionada pelo empregador.<sup>13</sup>

Por seu turno, tratando-se de resolução do contrato por culpa recíproca, isto é, por concomitância de faltas cometidas tanto pelo empregado quanto pelo empregador, aplica-se a Súmula n. 14 do TST, sendo o aviso prévio devido pela metade, assim como as demais verbas rescisórias.

---

<sup>12</sup> *Idem.* p.119.

<sup>13</sup> *Idem, Ibidem.*

Por fim, não é adequado o aviso prévio nos casos de extinção do contrato de trabalho por motivo de força maior; bem como nos contratos regidos pela Lei n. 6.019/74, já que no contrato temporário há termo certo e definido para a extinção do contrato.

#### 4.2 CLASSIFICAÇÃO DO AVISO PRÉVIO

Existem duas modalidades de aviso prévio, classificados de acordo com o modo de cumprimento do período correspondente. Trata-se do aviso prévio trabalhado e do aviso prévio indenizado.

Na modalidade trabalhada, o empregado com menos de um ano de contrato de trabalho, quando dispensado sem justa causa, deve cumprir o aviso prévio com a duração de 30 (trinta) dias, tendo sua jornada de trabalho reduzida em duas horas, sem prejuízo de salário conforme o *caput* do art. 488, da CLT.

Nesse caso, “não é válida a substituição, pelo empregador, das duas horas de redução diária pelo correspondente pagamento de duas horas extras”<sup>14</sup>, uma vez que a jornada reduzida cumprirá também outro objetivo do aviso prévio, que é o de dar oportunidade para que o empregado se recoloca no mercado de trabalho, tendo mais tempo para procurar outro emprego.

Nesse sentido, a Súmula n. 230 do TST enuncia que o empregador deverá pagar novo aviso prévio, de caráter indenizatório, em razão da parcela frustrada no tocante ao “correto cumprimento de seu período de labor”,<sup>15</sup> na situação em que não é reduzida a jornada do empregado durante o cumprimento do aviso prévio.

Outra forma de reduzir a carga horária do empregado que cumpre o aviso prévio trabalhado é a sua liberação pelo empre-

---

<sup>14</sup> *Idem*, p.1197.

<sup>15</sup> *Idem, Ibidem*.

gador nos 7 (sete) últimos dias anteriores ao término do prazo do aviso, compensando a redução da jornada de trabalho apresentada. Destaca-se que a escolha entre reduzir a jornada de trabalho ou não prestar o serviço nos últimos sete dias do aviso prévio é do empregado, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 488 da CLT.

No contexto abordado, a IN 15/2010, da Secretaria de Relações do Trabalho do MTE dispõe sobre as anotações referentes a data da extinção do contrato de trabalho na CTPS:

Art. 17. Quando o aviso prévio for indenizado, a data da saída a ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS deve ser:

- I - na página relativa ao Contrato de Trabalho, a do último dia da data projetada para o aviso prévio indenizado; e
- II - na página relativa às Anotações Gerais, a data do último dia efetivamente trabalhado.

Parágrafo único. No TRCT, a data de afastamento a ser consignada será a do último dia efetivamente trabalhado.<sup>16</sup>

Sendo assim, embora na forma indenizada o trabalhador não cumpra a jornada de trabalho, este tempo é projetado e integralizado no contrato de trabalho<sup>17</sup> refletindo nos cálculos de verbas rescisórias, como no modo trabalhado.

A prática empresarial<sup>18</sup> teve como consequência o surgimento de forma diversa de aviso prévio dilatando o prazo para o pagamento rescisório apresentado no art. 477, §§ 6º e 8º da CLT, no qual o trabalhador ficava em casa à disposição do empregador. Entretanto, essa prática foi coibida pela jurisprudên-

---

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Relações de Trabalho. Instrução Normativa SRT nº 15, de 14 de julho de 2010. Estabelece procedimentos para assistência e homologação na rescisão de contrato de trabalho. Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D308E216601309EC47E180B22/in\\_20100714\\_15.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D308E216601309EC47E180B22/in_20100714_15.pdf). Acesso em: 06 de fev. de 2014.

<sup>17</sup> OJ n. 82 da SDI-I do TST: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.” No mesmo sentido é o art. 17 da IN 15/2010, da Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. OJ n. 83 da SDI-I do TST: “A prescrição começa a fluir da data do término do aviso-prévio.”

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1198.

cia, que repudiou esse exercício irregular da prerrogativa legal, considerando tal prática como aviso indenizado (OJ 14, SDI-1/TST)<sup>19</sup>.

Por fim e excepcionalmente, a Súmula n. 276 do TST prevê a possibilidade de o empregado não cumprir o aviso prévio quando despedido sem causa justa. Nesse caso, o empregado deve solicitar tal dispensa ao empregador, ficando a cargo deste último a concordância do citado requerimento. Todavia, esse tipo de dispensa não exime o empregador do pagamento do valor respectivo ao período do aviso prévio, salvo se o prestador dos serviços tiver obtido nova relação empregatícia, quando perderá o direito de receber o aviso prévio.

#### 4.3 EFEITOS DO AVISO PRÉVIO

O aviso prévio gera importantes efeitos jurídicos e sociais, como por exemplo, que não põe fim ao contrato de trabalho, fixando prazo para seu término. Isso posto, o contrato de trabalho somente será extinto quando ocorrer o transcurso do prazo do aviso prévio.

Desse modo, o período correspondente ao aviso prévio, como previsto no art. 487, §6º da CLT e nas Súmulas n. 182 e 305 do TST, integra o cômputo do tempo de serviço do empregado, motivo pelo qual o trabalhador tem direito ao eventual reajuste salarial ocorrido durante o período do aviso prévio. Por esse motivo, referido prazo incide no cômputo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Além do exposto, as obrigações inerentes ao contrato de trabalho permanecem no período do aviso prévio, o que possibilita a ocorrência de infrações trabalhistas que interrompam o aviso prévio e dê espaço à justa causa ou à rescisão indireta. Sob este aspecto:

[...] se o empregador, durante o aviso-prévio dado ao

---

<sup>19</sup> *Idem, Ibidem.*

empregado, cometer ato que justifique a rescisão imediata do contrato, deverá pagar a remuneração correspondente ao aviso-prévio, sem prejuízo da indenização que for devida (art. 490 da CLT). O empregado que cometer justa causa durante o aviso-prévio perde o direito ao restante do respectivo prazo (art. 491 da CLT) e ao pagamento das indenizações legais.<sup>20</sup>

Nesse sentido, a Súmula nº 73 do TST dispõe que:

a ocorrência da justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso-prévio dado pelo empregador, retira do empregado quaisquer direitos às verbas rescisórias de natureza indenizatória.

É permitido, também, o pedido de reconsideração por parte de quem concedeu o aviso prévio, caso em que, se houver anuência da outra parte, dar-se-á por cancelado o aviso prévio, preservando-se o contrato de trabalho, nos termos do art. 489 da CLT. Em não havendo concordância, e expirado o prazo do aviso prévio, o contrato de trabalho se extinguirá.

No que tange a quantia a ser recebida no aviso prévio trabalhado e indenizado, será a mesma da remuneração mensal percebida pelo obreiro, ou seja, integradas todas as parcelas habituais pagas ao empregado, como por exemplo: comissões, adicionais de transferência provisória, insalubridade, periculosidade, adicional noturno e horas extras habituais.

Elucida Adelmo de Almeida Cabral, que a lei considera o salário como base de cálculo do pré-aviso, mas que deve ser realizada como referência a remuneração. Entretanto, as Súmulas ns. 253 e 354 do TST excluíram a gratificação semestral e as gorjetas habituais da base de cálculo do valor do aviso-prévio indenizado.<sup>21</sup>

Destaca-se, ainda, que a Lei n. 10.278, de 11 de abril de 2001, acrescentou o § 6º ao art. 487 da CLT, dispondo que,

---

<sup>20</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 423

<sup>21</sup> CABRAL, Adelmo de Almeida. *Aviso prévio*. Doutrina. Legislação e Jurisprudência. 1997, LTr, São Paulo, p. 66/67 *apud* FERRARI, Irany e MARTINS, M. R. *Aviso Prévio Proporcional – LEI N. 12.506, DE 11.10.2011 – SUA APLICAÇÃO*, Revista LTR, São Paulo, v. 75, n. 11, p. 1299, 2011.

havendo reajuste coletivo de salário no período do pré-aviso, o empregado que estiver nessa situação receberá a diferença pecuniária mesmo que o recebimento das verbas rescisórias aconteça antecipadamente.

A Lei n. 6.708/79 já previa indenização para o empregado que fosse dispensado nos 30 dias anteriores a data do reajuste salarial. Todavia, “o empregador, para escapar dessa indenização praticava a dispensa antes do período crítico”, o que justifica o posicionamento do TST ao dispor que os 30 dias do aviso-prévio, mesmo indenizado, acarretam o pagamento da indenização adicional<sup>22</sup>.

Fica evidente que nos moldes legais, caso o empregador dispense o empregado em até 60 dias anteriores à data do reajuste no caso de aviso prévio básico, será obrigado a indenizá-lo com o reajuste do valor da jornada para os dias que integrem o período crítico (30 dias anteriores ao reajuste salarial).

No tocante ao efeito da prescrição sobre o instituto do aviso prévio, o § 6º, alínea “a” do art. 477, da CLT, estipula que a contagem do prazo prescricional inicia-se no primeiro dia após a data do término do pré-aviso na forma trabalhada, data em que deverão ser pagas as quantias devidas ao empregado. A alínea “b”, do dispositivo legal mencionado, prevê o pagamento do aviso prévio indenizado, que deverá ser feito em até dez dias a contar da data do pré-aviso. Quanto à contagem do prazo prescricional mencionada acima, a regra foi fixada pela Orientação Jurisprudencial da SDI 1 n. 83.

Equanto à previsão legal da incidência da contribuição previdenciária no aviso prévio indenizado tem-se que o Decreto n. 6727/2009 revogou a letra “F” do inciso V do art. 214 do Regime da Previdência Social, permitindo o recolhimento de tal parcela sobre o período do pré-aviso.

Para a doutrina trabalhista majoritária, a incidência de contribuição previdenciária no pré-aviso indenizado não deve,

---

<sup>22</sup>*Idem*, p. 1298.

entretanto, ocorrer, uma vez que considera a verba paga ao empregado de caráter unicamente indenizatório.<sup>23</sup> A jurisprudência dos Tribunais é farta sobre este tema.<sup>24</sup>

Contrariamente, o posicionamento do TST é o de inci-

---

<sup>23</sup> *Idem*, p. 1302.

<sup>24</sup> “TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N.8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.” (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.964 - Relator MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES – Julgado em 02/09/2010) CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO – A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de não incidir contribuição previdenciária sobre a parcela recebida a título de aviso-prévio indenizado, em face de sua natureza eminentemente indenizatória, porquanto seu pagamento visa compensar o resguardo do prazo garantido por lei para a obtenção de novo emprego. Assim, o aviso-prévio indenizado não se enquadra na concepção de salário de contribuição definida no inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação conferida pela Lei nº 9.528/97, na medida em que não há trabalho durante o período préavisado, não se cogitando, por conseguinte, em retribuição remuneratória a tal título. Recurso de revista conhecido e provido. 3-HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Segundo a diretriz das Súmulas nºs 219 e 329 deste Tribunal, na Justiça do Trabalho a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a quinze por cento, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Decisão do Regional contrária à jurisprudência sumulada desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 1410-38.2011.5.04.0013 – Relª Minª Dora Maria da Costa – DJe 11.10.2013 – p. 1859)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – AVISO PRÉVIO INDENIZADO – NÃO INCIDÊNCIA – A jurisprudência desta colenda Corte é no sentido de que, mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, “e”, da Lei nº 9.528/97, que deixou de excluir expressamente o aviso-prévio indenizado da base de cálculo do salário de contribuição, não há como se cogitar de incidência das contribuições previdenciárias sobre aquela parcela, em razão da sua natureza indenizatória. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 479-14.2011.5.04.0020 – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – DJe 11.10.2013 – p. 1084)

dência do desconto previdenciário sobre o aviso prévio indenizado, o que gera um contrassenso, uma vez que a Súmula n. 305, do mesmo tribunal prevê o desconto do FGTS para esse período, beneficiando o empregado com o aumento da quantia em sua conta vinculada.<sup>25</sup>

Relevante concluir que o aviso prévio, mesmo na forma indenizada é inserido no lapso temporal do contrato de trabalho, refletindo no tempo de serviço do trabalhador. Entretanto, a ausência de recolhimento da contribuição previdenciária nesse período, impede que tal valor seja contabilizado no cálculo da Previdência Social no que diz respeito ao valor dos benefícios que dela o empregado poderá receber.

Finalmente, a CLT, no art. 487, prevê sanção para a parte que não concede o aviso prévio ou o descumpre. Desse modo, quando o aviso prévio é obrigação do empregado e o descumpre, pode o empregador reter parte do seu salário correspondente ao número de dias do pré-aviso não concedido. Por sua vez, caso a omissão ou descumprimento ocorra por parte do empregador, tem o empregado direito a receber o valor correspondente através do aviso prévio indenizado.

#### 4.4 FORMA DE CONCESSÃO DO AVISO PRÉVIO

---

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO – EDIÇÃO DO DECRETO 6727/2009 – PROVIMENTO – O aviso prévio indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O efeito de projeção do tempo de serviço inerente ao aviso prévio, em quaisquer de suas modalidades, não desvirtua a natureza jurídica quando retribuído de forma indenizada. Não há como se dar a interpretação à exclusão da alínea f do inciso V do §9º do art. 214 do Regulamento da Previdência, por força da edição do Decreto 6727/2009, no sentido de ser possível, a partir daí, se proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela que, por sua natureza não salarial, e sim indenizatória, não comporta recolhimento previdenciário, por expressa disposição constitucional – Art. 195, I, a, da CF. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – RR 1262-37.2010.5.04.0021 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJe 20.09.2013 – p. 1396)

A lei não estabelece forma para a concessão do aviso prévio, que poderá ocorrer, inclusive, verbalmente. No caso do ato verbalizado, caberá a quem fez a declaração do fim do vínculo trabalhista o ônus da prova e a confissão em Juízo da parte que recebeu o comunicado também o oficializará. Entretanto, a forma tácita não é, uma vez que macula um dos seus caracteres: a comunicação prévia.

O que se verifica, no entanto, é que, para fins de comprovação, a jurisprudência sinaliza que o aviso prévio seja concedido por escrito, em duas vias, sendo uma para a parte que concedeu e outra para a parte avisada.<sup>26</sup>

#### 4.5 AVISO PRÉVIO E ESTABILIDADE

De acordo com a Súmula n. 348 do TST, a estabilidade provisória é incompatível com o instituto do aviso prévio, pois

---

<sup>26</sup> “Aviso prévio. Nulidade. O aviso prévio é ato receptício de declaração de vontade, de modo que sua eficácia está condicionada ao recebimento da comunicação de dispensa pelo empregado, devendo, em razão disso, assumir, preferencialmente, a forma escrita.” (TRT – 5ª Turma – Recurso Ordinário: Record 1081003020085050511 BA 0108100-3-2008.5.05.0511 – Publicado em 18/02/2011)

“Aviso-prévio. Formalidade. Forma escrita. Ausência de prova de aviso verbal. A reclamada não apresentou qualquer espécie de prova acerca do aviso prévio verbal que teria dado aos seus funcionários conjuntamente, do que se torna inviável o seu reconhecimento. Regime compensatório. Autorização em normas coletivas. Atividade insalubre. Inaplicabilidade do art. 60 da CLT. Esse Relator entende pela não aplicabilidade do art. 60 da CLT quando a jornada compensatória estiver regulada em acordo ou convenção coletiva. Essa posição deriva do entendimento de que as normas coletivas, se não *colidem* com normas de ordem pública, devem prevalecer como fonte do Direito do Trabalho, não apenas acrescentando direitos, mas também estipulando o seu real modo de exercício, favorecendo a adaptação da legislação trabalhista às diversas circunstâncias econômicas, sociais, geográficas, etc. Esse é o espírito da Constituição Federal, que é a fonte normativa por excelência (art. 7º, XIII) e que deve inspirar toda a legislação de caráter inferior. No caso em tela, existe previsão nas normas coletivas da compensação da jornada de trabalho, a qual não necessita ser específica para atividades insalubres, razão pela qual não se verifica nulidade da jornada compensatória adotada.” (RO 1395200837204000 RS 01395-2008-372-04-00-0 – Relator Francisco Rossal de Araújo – Julgamento 25/03/2009 – 3ª Turma do TRT da 4ª Região)

enquanto a estabilidade visa a permanência do trabalhador na empresa, o aviso prévio tem por escopo efeito antagônico, na medida em que fixa prazo para o término do contrato de trabalho.

Quanto à possibilidade de aquisição do direito à garantia de emprego, durante o aviso prévio, embora o TST se posicione no sentido de que a estabilidade ou garantia de emprego não possam ser adquiridas no curso do aviso prévio, explica Sérgio Pinto Martins,

[...] integrando o aviso-prévio para todos os efeitos o tempo de serviço do empregado, inclusive para reajuste salarial coletivo e indenização adicional, como entende a jurisprudência (S. 182, TST), mais se justifica que, dado o aviso-prévio e sobrevivendo durante esse lapso de tempo a garantia de emprego, tem o empregado direito a tal garantia.<sup>27</sup>

Além do exposto, dispõe a Súmula n. 244, III, do TST, que a gestante tem direito à estabilidade provisória no contrato a prazo. No mesmo sentido, é a Lei n. 12.812/13, que inseriu o art. 391-A na CLT, conferindo à gestante no curso do aviso prévio a estabilidade provisória.

Contudo, no que se refere à estabilidade decorrente de cargo eletivo, a exemplo do dirigente sindical e do integrante da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), não são admissíveis quando a candidatura é inscrita no curso do aviso prévio, como prevê a Súmula n. 369, V, do TST.

Quanto à hipótese de ter ocorrido acidente de trabalho durante o aviso prévio, a Súmula n. 371 do TST dispõe que o contrato de trabalho não deve ser extinto imediatamente, mas somente após o término do período em que o empregado receba o benefício previdenciário.

Em que pese haver a projeção do contrato de trabalho até o fim do benefício previdenciário, mencionada Súmula prevê que os efeitos do contrato de trabalho alcançam as vantagens obtidas no período de aviso prévio, isto é, salários, reflexos e

---

<sup>27</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. Cit.* p. 423.

verbas rescisórias.

#### 4.6 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.506/11: O DEBATE DOCTRINÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA ADOTADA PELOS TRIBUNAIS

Como exposto anteriormente, o aviso prévio está previsto no art. 7º, XXI da Constituição da República, bem como nos arts. 487 e seguintes da CLT.

Observa-se que a norma constitucional *retro* mencionada possui eficácia limitada, uma vez que prevê proporcionalidade do aviso prévio em relação ao tempo de serviço nos termos da lei infraconstitucional. Nesse sentido, consolidou-se o entendimento da jurisprudência, conforme Orientação Jurisprudencial n. 84 da SBDI-1 do TST, cancelada pela Resolução 186/2012.

Segundo José Afonso da Silva, norma constitucional de eficácia limitada é aquela que “apresenta aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.<sup>28</sup>

Explica também Gilmar Ferreira Mendes que não auto-aplicáveis “são as disposições constitucionais incompletas ou insuficientes, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras”.<sup>29</sup>

O fato é que a partir do ano de 1988, foram apresentados pelas duas casas do Congresso Nacional projetos de lei a fim de regulamentar o aviso prévio proporcional, dentre eles, o de n. 3.941/89, de autoria do Senador Carlos Chiarelli, aprovado pelo Senado em 1989. Entretanto, somente foi incluído na or-

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. RT, 1987, p. 105.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 50.

dem do dia para votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados após 15 (quinze) anos e 10 (dez) meses (14/09/95 a 05/07/11).<sup>30</sup>

Na realidade, a decisão do Mandado de Injunção n. 283, de 1991, foi pioneira na fixação de prazo para que o legislador regulamentasse a norma constitucional, sob pena de fixação de perdas e danos. Nesse sentido, quanto aos prejuízos causados pela inércia do legislador a respeito do aviso prévio proporcional, foram apresentados pelo Supremo Tribunal Federal os Mandados de Injunção ns. 943, 1.010, 1.074 e 1.090, concernentes à matéria.<sup>31</sup>

Em 22 de junho de 2011, a Suprema Corte brasileira suspendeu o julgamento dos quatro Mandados de Injunção *retro* mencionados e, em 11 de outubro de 2011 foi editada a Lei nº 12.506, *verbis*:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

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

A partir da Lei nº 12.506/2011, ao aviso prévio mínimo de 30 dias, foram acrescidos mais 3 (três) dias por ano de serviço prestado na empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias de aviso prévio.

A lei em epígrafe, não obstante sucinta e objetiva, gerou intenso debate doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que tange a aplicação da proporcionalidade em período trabalhado inferior a um ano, a bilateralidade do direito, ao âmbito de sua aplicação, a possibilidade de retroatividade da norma, ao

<sup>30</sup> PALMA. João Augusto da. *Como praticar os novos avisos-prévios*. São Paulo: LTr, 2011. p. 29.

<sup>31</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p. 1056.

momento a partir do qual se acrescentam os três dias, e a possibilidade de fracionamento do acréscimo, quando o módulo anual não esteja completo.

A título ilustrativo, o direito ao aviso prévio proporcional já era previsto na legislação portuguesa de 1975<sup>32</sup>, que dispôs sobre o direito ao pré-aviso de 3 (três) meses e ao pagamento de uma indenização de acordo com o tempo de serviço do empregado, àqueles que fossem dispensados por “motivo atendível”.

Cita-se, ainda, a regra disposta no art. 400 do Código do Trabalho, vigente de Portugal, que prevê o aviso prévio proporcional de 30 (trinta) dias, se o empregado tiver até 2 (dois) anos de serviços prestados; de 60 (sessenta) dias, com o vínculo empregatício de 2 (dois) anos, sempre com o rompimento contratual unilateral, sem culpa do empregador.<sup>33</sup>

Nota-se que, enquanto alguns países adotam a proporcionalidade do aviso prévio por critério de idade do empregado, como a República Tcheca, outros países aplicam a qualificação do empregado como elemento essencial para o tempo de serviço.<sup>34</sup>

#### 4.6.1 REVOGABILIDADE DO AVISO PRÉVIO CELETISTA

Registra-se que o novo dispositivo legal não modificou o instituto do aviso prévio no que concerne ao disposto na CLT, restando preservado, pois, o tempo mínimo constitucional de 30 (trinta) dias de aviso prévio para empregado que trabalhe a menos de 1 (um) ano na mesma empresa. A inovação, portanto, se deu quanto à proporcionalidade do aviso prévio, restando incólume o módulo padrão de 30 (trinta) dias regido pelo texto

---

<sup>32</sup> Art.20 do Decreto-Lei n. 372-A, de 16 de julho de 1975

<sup>33</sup> CÓDIGO DO TRABALHO. 9 Ed. Almedina. 2011. p. 174.

<sup>34</sup> SILVA, Paulo Renato Fernandes da. *Op. Cit.* p. 13

celetista para tempo de serviço inferior a 1 (um) ano.<sup>35</sup>

#### 4.6.2 A APLICAÇÃO DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO E O DIREITO INTERTEMPORAL

A Constituição vigente, no art. 5º, XXXVI, dispõe sobre o princípio da irretroatividade das normas. A regra é que as leis “não viajam no tempo” a fim de alcançar situações pretéritas. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado expõe que o efeito imediato abrange todas as relações jurídicas posteriores e as não concluídas, porém “jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados [...]”<sup>36</sup>.

Retroatividade da norma significa a possibilidade desta produzir efeitos antes do período de sua vigência, ou seja, diz respeito à aplicação da nova lei a fatos passados anteriores a ela.

Para Estêvão Mallet, a regra da irretroatividade, também chamada de proteção ao direito adquirido, do ato jurídico per-

---

<sup>35</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL. SÚMULA 441/TST. A proporcionalidade do aviso prévio, fixada pelo art. 7º, XXI, CF, segundo a jurisprudência dominante (OJ 84, SDI-1, TST), dependia de especificação normativa por lei federal. O advento da Lei nº 12.506/2011 supriu essa omissão legislativa, fixando a proporcionalidade como direito dos empregados (art. 1º, Lei 12.506/2011), inclusive rurícolas, domésticos e terceirizados, a partir de um ano completo de serviço (art. 1º, citado), à base de três dias por ano de serviço prestado na mesma entidade empregadora (parágrafo único do art. 1º, citado) até o máximo de 60 dias de proporcionalidade, perfazendo um total de 90 dias. A proporcionalidade agregada pelo art. 7º, XXI, CF e Lei nº 12.506/2011 não prejudica a regência normativa do instituto do pré-aviso fixada pelos artigos 487 a 491 da CLT, que preservam plena efetividade. Contudo, tratando-se de vantagem econômica fixada pela lei nova, publicada em 13.10.2011, a proporcionalidade não pode ter efeito retroativo, em face do princípio e regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5º, XXXVI, CF). Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 29056320115020049 2905-63.2011.5.02.0049, Relator: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2013)

<sup>36</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 1202.

feito ou da coisa julgada, visa estabelecer a segurança jurídica, bem como a segurança do cidadão em face do legislador.

Na verdade, a segurança é condição necessária, imprescindível mesmo – ainda que não suficiente –, para que subsista o direito. Caracteriza, no fundo, elemento integrante do conceito de Estado de Direito, como alvitado por Canotilho [...].<sup>37</sup>

O direito adquirido corresponde à regra que limita a retroatividade da norma, vedando-se que esta atinja situações já consolidadas no tempo. O ato jurídico perfeito, por seu turno, é aquele que se aperfeiçoou, por apresentar todos os elementos necessários a sua formação. Coisa julgada, por fim, é a decisão judicial já transitada em julgado, nos moldes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), art. 6º, § 3.

A regra, portanto, é a irretroatividade da norma, e a retroatividade, a exceção. Sob esse aspecto, ensina Pontes de Miranda:

A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e, sim, tão-só regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir direitos retroativos, ou ofensivos, dos direitos adquiridos, a qualquer lei.<sup>38</sup>

Fazendo uma alusão ao contrato de trabalho, tem-se que se a sua extinção ocorrer antes de vigorar nova legislação que altera suas regras, o mesmo não será atingido, por constituir relação jurídica consumada.

Estevão Mallet preleciona que na dispensa do empregado sem justo motivo deve se aplicar o princípio da segurança jurídica em razão da proteção ao ato jurídico perfeito, uma vez que

---

<sup>37</sup> MALLET, Estêvão. *Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional*. Revista LTR, São Paulo, v.75, n. 11, 2011, p. 1313.

<sup>38</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2ª ed, 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t.5, p.99.

o Direito do Trabalho impõe nessa situação obrigações ao empregador.<sup>39</sup>

Nesse caso, o empregador que rescinde o contrato de trabalho, o faz observando às suas obrigações que a lei vigente à época impõe. Se no futuro, legislação mais rígida for aprovada, no sentido de dificultar a extinção do contrato de trabalho estabelecendo ao empregador maior ônus para esta ação, este último seria lesado injustamente, caso ela pudesse ser aplicada para um caso pretérito de rescisão contratual.<sup>40</sup>

Não obstante o novo texto legal não tenha sido expresso quanto à aplicação temporal da nova regra no tempo, a contagem do tempo de serviço, para fins de proporcionalidade, começa a contar somente a partir do início da vigência da lei, respeitando-se, desse modo, a irretroatividade das normas.<sup>41</sup>

Incluir no tempo de serviço um período que anteriormente não poderia ser computado por falta de lei que o regulamentasse significa retroatividade, devendo-se, portanto, aplicar o

---

<sup>39</sup> MALLET, Estêvão. *Op cit.* p. 1313.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 1313.

<sup>41</sup> “A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.506/2011 NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Considerada a possível contrariedade à Súmula nº 441 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para processar o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.506/2011 NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O empregado terá direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço se, na data de sua dispensa (momento da concessão e/ou comunicação do aviso prévio), já estiver em vigor a Lei nº12.506/2011, ou seja, a partir de 13/10/2011. Na hipótese, a dispensa, com a concessão do aviso-prévio indenizado, se deu em 3/10/2011, portanto, anteriormente à vigência da mencionada lei. Nessa senda, inviável a pretensão de recebimento do aviso prévio proporcional, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis, (art. 6º, da LINDB). Isso porque, na época da dispensa do empregado, a lei em vigor conferia a ele apenas o direito à fruição ou indenização de aviso prévio correspondente a trinta dias. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST - RR 1289620125150053 128-96.2012.5.15.0053 – 8ª Turma - Relator (a): Des. Dora Maria da Costa – Julgado em 23/10/2013 – Publicado em 25/10/2013)

princípio constitucional que preserva o ato jurídico perfeito.<sup>42</sup>  
Para Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni:

[...] dito de outro modo: pelo princípio da irretroatividade não se aproveitará o prazo anterior à 11 de outubro de 2011 para fins de aviso prévio proporcional; e pelo princípio do efeito imediato, a contagem de tempo de serviço tem início com a publicação da nova lei.<sup>43</sup>

A retroeficácia da lei dependeria, por fim, de expressa determinação legal, isto é, de expressa autorização, o que não ocorreu. Desse modo, compreende-se que somente será aplicada a proporcionalidade ao aviso prévio concedido após a vigência da Lei 12.506/11. Nesse sentido é, inclusive, a jurisprudência.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> “RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL . Nos termos da Súmula n.º 441 do TST, -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 n.º 12.506, em 13 de outubro de 2011-. Entendimento em contrário ofende o primado do ato jurídico perfeito e fragiliza sobremaneira a segurança jurídica. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. DESCABIMENTO. A jurisprudência consolidada desta Corte Superior, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, é no sentido de que, nas lides decorrentes da relação de emprego, somente são cabíveis honorários quando o trabalhador estiver assistido por sua entidade sindical, nos moldes do art. 14 da Lei n.º 5.584/70.” (TST - RR: 965320105040252 96-53.2010.5.04.0252, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 04/09/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013)

<sup>43</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro *et al.* *O Aviso Prévio Proporcional*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01, p, 10, Janeiro.2012.

<sup>44</sup> “AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL – A nova Lei do Aviso Prévio (12.506/2011) entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 13 de outubro de 2011, o que significa que os trabalhadores demitidos antes da sua vigência (13/10/2011) não têm direito às novas regras. Apenas os demitidos a partir da vigência da nova Lei estão abrangidos pelos efeitos desta, com direito ao cômputo dos anos anteriores à sua vigência para integração e cálculo do exato período do aviso prévio.” (TRT – 3ª Região - 8ª Turma – Proc. 01746- 43.2011.5.03.0054 – Rel. Des. Marcio Ribeiro do Valle – Pub. 06.03.2012 – pag. 133)

“AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL REGULAMENTADO PELA LEI 12.506/2011. APLICAÇÃO RETROATIVA À DATA DE PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE AVISO PRÉVIO DECORRENTES DA PROPORCIONALIDADE E REFLEXOS. A ordem jurídica, como estrutura dinâmica que é, contempla a existência de normas que surgem, vigo-

Posição divergente não deve prosperar, não havendo que se falar em aproveitamento do tempo de serviço antes da edição da lei, sob o argumento de maior efetividade da norma constitucional, pois, como antedito, o legislador, caso fosse de sua vontade, teria deixado expresso e incontestemente a retroatividade, o que não se verificou.

---

ram e são extirpadas do direito positivo, emergindo a necessidade de análise da eficácia das leis no tempo. O art. 5º, XXXVI da CR consagrou o princípio da irretroatividade das leis, exceção feita apenas às regras benéficas no Direito Penal. O contrato de trabalho extinto antes da vigência da Lei 12.506/2011 constitui ato jurídico perfeito, assim considerado aquele que foi “consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (art. 6º, §1º, da LINDB). O art. 2º da Lei 12.506/2011, em consonância com a regra do art. 5º, XXXVI, da CR contém disposição expressa sobre a vigência a partir da publicação, tornou exercitável o direito a partir da sua publicação, o que confirma a ideia de sua irretroatividade. O instrumento jurídico para sanar a inércia do legislador é o mandado de injunção que não foi utilizado pelo autor, logo, não se beneficia na forma da decisão do STF no MI – 1010/DF. Recurso conhecido e não provido.

Aviso prévio proporcional previsto na Lei 12.506/2011. Inaplicabilidade aos contratos de trabalho extintos anteriormente à data da publicação da norma regulamentadora, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). O inciso XXI, do art. 7º, da Carta Magna, reporta-se textualmente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo 30 (trinta) dias, nos termos da lei (grifei), não pairando dúvidas de que o preceito constitucional ora em exame, ainda que inserido no rol dos direitos fundamentais, encerra norma de ordem programática, vale dizer, de aplicabilidade limitada ou mediata. Nesse contexto, a Lei 12.506/2011, regulamentando a previsão contida no art. 7º, XXI, da Constituição Federal, entrou em vigor na data da sua publicação (13/10/2011), resultando claro que as diretrizes ali externadas somente se mostram aplicáveis aos contratos de trabalho extintos a partir dessa data, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito, garantia igualmente inserida entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXVI).” (3ª Turma – 9ª Vara do Trabalho de Brasília / DF - Recurso Ordinário 1650201100910006 – Rel. Des. Cilene Ferreira Amaro Santos – Publicado em 12/04/2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. O Regional decidiu em sintonia com o disposto na Súmula nº 441 deste Tribunal Superior, no sentido de que - 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 - . Incidência do óbice previsto na Súmula nº 333 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (TST - AIRR: 678320125020059 67-83.2012.5.02.0059, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 30/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/11/2013)

Não merece prosperar, também, a regra da aplicação da lei mais benéfica ao trabalhador, já que não há qualquer conflito de normas a ser solucionado, limitando-se a questão ao início do cômputo do prazo.

Igualmente inconsistente é o fundamento de que o direito à proporcionalidade já existia, tendo ocorrido apenas a sua regulamentação. Não é crível o entendimento que a lei em epígrafe trata de mero critério de cálculo, já que comporta, por si própria o direito ao aviso prévio proporcional.

Incongruente, ainda, é raciocínio referente à relativização do princípio da irretroatividade das leis para com a norma do aviso prévio proporcional, considerando-a como norma de ordem pública.

Ocorre que, no ordenamento jurídico pátrio não há qualquer distinção feita ao direito público ou privado sobre a retroação das normas, impedindo sua prática, a fim de não agredir o direito adquirido e ato jurídico perfeito, excetuando as de Direito Penal em benefício do réu.

Estêvão Mallet apresenta ementas sobre o assunto retro mencionado como:

As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade. (STF – 1ª T., RE n. 180.441-6, Rel. Min. Celso de Mello).<sup>45</sup>

Também não prospera o argumento de que o diploma em testilha somente foi promulgado para se evitar a decisão do STF em sede dos mandados de injunção anteriormente mencionados.

Segundo Homero Batisa Mateus da Silva, o STF poderia decidir permitindo a retroatividade do direito a 1988, pela sua liberdade interpretativa dos dispositivos constitucionais, já que a lei não guarda nenhuma afinidade lógica, sucedânea ou suple-

---

<sup>45</sup> MALLET, Estêvão. *Op. cit.* p. 1318.

tiva com o acórdão que decidiu os mandados de injunção.<sup>46</sup>

Justifica Cristovão Donizzetti Heffner que o fato da proporcionalidade já estar prevista na Constituição desde 1988, o silêncio da norma e o atraso legal para regulamentação, não impediriam a aplicação do direito retroativamente.<sup>47</sup>

Compreende-se, todavia, que por tais explicações expostas anteriormente, colocaria em risco a segurança jurídica, princípio constitucional que protege o ato jurídico perfeito.

A súmula 441 do TST esclarece a questão dispondo que o aviso prévio proporcional só é assegurado após a edição da Lei 12.506/11.<sup>48</sup>

Por fim, situação diversa retratada por Maurício Pereira Simões é a dispensa obstativa, pelo qual o empregador dispensa o empregado quando percebe que este adquiriria o direito ao aviso prévio de duração superior ao mínimo de 30 dias. Nesse caso, explica o autor, que se deve utilizar as decisões proferidas pelo TST quando da dispensa à estabilidade decenal, sendo possível que o empregado adquira o direito ao aviso prévio proporcional antes mesmo da vigência da lei, a ser apurado *in casu*.<sup>49</sup>

#### 4.6.3 BILATERALIDADE DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

A bilateralidade indiscutivelmente atinge o instituto do aviso prévio simples, ou seja, para os contratos de trabalho

---

<sup>46</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p.1057-1058.

<sup>47</sup> HEFFNER, Cristovão Donizzetti. *Anotações sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*. Revista LTR, Suplemento Trabalhista. São Paulo, Ano 48, n. 69, p. 338, 2012.

<sup>48</sup> “SÚM 441. AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 26 e 27.09.2012. “O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.”.

<sup>49</sup> SIMÕES, Maurício Pereira. *Aviso prévio proporcional e as discussões anunciadas*. Revista LTR, Suplemento Trabalhista. São Paulo, Ano 48, n. 8, p. 31, 2012.

inferiores a um ano, nas formas trabalhada e indenizada. Mas há de se notar, no entanto, que a legislação referente ao caráter proporcional não explicou tal aplicação.

Na visão de Rosendo Vieira Junior, o aviso prévio proporcional não deixa de ser bilateral, porque o art. 487 da CLT não foi revogado e nem é incompatível com nova lei, obrigando o empregado a comunicar o empregador com a antecedência também proporcional ao seu tempo de serviço. Acrescenta, ainda, que as partes devem observar a probidade e boa-fé contratual prevista no art. 422 do Código Civil Brasileiro, garantindo o mesmo tempo de aviso prévio ao empregador, quando o empregado pede demissão.<sup>50</sup> Nesse sentido é a jurisprudência.<sup>51</sup>

O autor citado explica que o termo “prestação de serviços” da nova lei não deve ser interpretado como direito somente do empregado, pois o art. 7º, inc. XXI da Constituição vigente já

[...] dispunha sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço com duração mínima de 30 dias e nem por isso nunca foi questionada a não receptividade do § 2º do art. 487 da CLT pela Constituição da República de 1988.

---

<sup>50</sup> VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. *A (des) regulamentação do aviso prévio proporcional pela Lei n. 12.506/2011*. LTr Suplemento Trabalhista., São Paulo , v. 12, n. 07, p.027-028, 2011.

<sup>51</sup> RECURSO DO AUTOR. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. APLICABILIDADE À RECLAMADA. O aviso prévio tem a finalidade de preparar as partes para o término do contrato. Visa conceder à parte inocente o tempo necessário para procurar novo emprego (se o trabalhador for o notificado) ou um substituto para o demissionário (se o empregador for o notificado). Assim, o direito ao prazo, seja ele de 30 dias ou mais, é recíproco, isto é, o empregado que conta com 21 anos de casa e pede demissão deve conceder ao seu patrão um aviso prévio de 90 dias, permitindo que o empregador tenha mais tempo para busca e treinamento de outro trabalhador para substituí-lo. RECURSO DA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. EXCLUDENTE PREVISTA NO ART. 62, II, da CLT. A excludente do inciso II, do art. 62, da CLT, só alcança os empregados que são o longa manus empregador, administrando os negócios deste, cujos poderes de mando e gestão possam colocar em risco a atividade empresarial. (TRT-1 - RO: 14234320125010059 RJ , Relator: Fernando Antonio Zorzenon da Silva, Data de Julgamento: 22/07/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 02-08-2013)

Segundo pré-mencionado autor a bilateralidade deve ser adotada no aviso prévio proporcional, relevando a lealdade das partes no contrato de trabalho.<sup>52</sup>

Todavia, a bilateralidade no aviso prévio proporcional gera problema como, por exemplo, na hipótese de o empregado ter direito a 90 dias de aviso prévio e pedir demissão sem cumprir o mesmo. A dúvida seria quanto ao desconto desse valor, já que o art. 477, § 5º da CLT não permite o abatimento de valores acima de 1 (um) mês de remuneração para o empregado.

Para solução da questão argumenta Rosendo de Fátima Viera Junior, que é possível a aplicação do art. 2º, § 1º da LINDB, *verbis* - “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” - garantindo a revogação por incompatibilidade do art. 477, § 5º da CLT, em razão da nova legislação, permitindo, dessa forma, a aplicação do art. 487, § 2º, da CLT, podendo o empregador exigir o cumprimento ou indenização do empregado no aviso prévio proporcional.<sup>53</sup>

Seguindo a mesma doutrina, Antônio Álvares da Silva e Gleibe Pretti, elucidam que não há motivos para se instituir a diferença de prazos para a concessão do aviso prévio, já que o instituto repercute tanto na vida do empregador, quanto do empregado, não havendo razão para se instituir tal diferença, devendo o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ser aplicado também ao empregado.<sup>54</sup>

Numa outra linha interpretativa, percebe-se que a regra estabelecida pela Lei nº 12.506/2011 é clara e expressa ao prever que a proporcionalidade diz respeito ao aviso prévio concedido pelo empregador ao empregado, cabendo a este último

---

<sup>52</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>53</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>54</sup> PRETTI, Gleibe. *O novo aviso prévio de acordo com a Lei n.2.506/2011*. Série atualização legislativa. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, 2012, p. 10.

que deseja romper o contrato de trabalho conceder o aviso prévio no prazo de 30 (trinta) dias, nos moldes da CLT, não havendo que se falar, pois, em reciprocidade de direitos.<sup>55</sup>

A legislação vigente prevê que o possuidor do direito ao prévio aviso proporcional é o prestador de serviços, ou seja, o empregado, concluindo-se de que é somente dele o direito de exigir o valor referente aos dias a serem acrescidos.<sup>56</sup>

Verifica-se, portanto, que a lei em epígrafe prevê prazos diversos para a concessão do aviso prévio direcionados ao empregado e ao empregador. Nesse sentido:

No Brasil, a CLT, no art. 487 estipulou o dever recíproco de pré-avisar, enquanto a nova lei dispõe que a proporção será concedida ao empregado, silenciando sobre a concessão do empregado ao empregador. Verifica-se, portanto, a assimetria de regimes, já que o aviso-prévio proporcional é

---

<sup>55</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. PEDIDO DE DEMISSÃO. INAPLICABILIDADE. APELO DESFUNDAMENTADO À LUZ DO ART. 896, § 6º, DA CLT. Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido Recurso de Revista por contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta de dispositivo da Constituição da República. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (TST - AIRR: 1499001720125170009 149900-17.2012.5.17.0009, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 06/11/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

<sup>56</sup> Acertadamente, é o entendimento da jurisprudência: PEDIDO DE DEMISSÃO. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. INAPLICÁVEL. O aviso prévio proporcional não é aplicável aos empregados em seus pedidos de demissão, eis que o caput e inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal conferem o direito ao aviso prévio proporcional “aos trabalhadores urbanos e rurais” e não aos empregadores. Devida a multa por atraso na quitação das rescisórias, pagas após os 30 dias do aviso prévio. Sentença mantida”. (T.R.T.00001887320125020492 RS 02ª VT de Suzano)

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. LEI 12.506/11. VANTAGEM EXCLUSIVA DO TRABALHADOR DISPENSADO. A proporcionalidade do aviso prévio instituída pela Lei 12.506/2011 configura vantagem exclusiva do trabalhador dispensado, sem a bilateralidade prevista na lei, de maneira que o empregador deve observar o acréscimo previsto na lei ao dispensar o empregado, enquanto este fica obrigado a conceder o aviso prévio limitado a trinta dias, conforme artigo 487 da CLT.” (TRT 17ª Região - 0004100-39.2013.5.17.0003 RECURSO ORDINÁRIO - 3ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA – ES – Julgado em 17/09/2013).

dever legal somente do empregador, aplicando-se ao empregado a regra prevista na CLT, ou seja, a da duração fixa de trinta dias.<sup>57</sup>

Justifica-se que a disparidade legal adotada não fere o princípio constitucional da isonomia, tendo em vista que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Ora, a igualdade constitucionalmente tutelada é a igualdade perante a lei e não de tratamentos diversos que a própria Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais preveem.

O Direito do Trabalho tem como gênese e finalidade última, tutelar e resguardar a relação desigual existente entre empregado e empregador, já que, por óbvio, não existe igualdade formal ou material entre estes. O tratamento diferenciado justifica-se na medida em que, sendo o empregado considerado hipossuficiente, encontrando-se em posição díspar em relação ao empregador. Isso posto, o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço não pode ser idêntico para as partes.

Esse é o entendimento de Paulo Renato Fernandes da Silva:

A isonomia não é um argumento poderoso uma vez que o empregado e empregador não são, via de regra, sujeitos iguais sob o ponto de vista das realidades econômicas, sociais e política, como se entendia na época do liberalismo. Ademais, a moderna concepção do aviso prévio como direito à liberdade de trabalho e integrante do sistema de proteção contra o desemprego, rompe com a lógica do pensamento simétrico de natureza meramente formal, incompatível com uma ordem jurídica fundada nos princípios do solidarismo constitucional, da igualdade substancial e da justiça distributiva (arts. 3º, I e III, 5º e 170 da CF/88).<sup>58</sup>

Sob esse aspecto, a Nota Técnica nº 184/2012, da

---

<sup>57</sup> STEPHAN, Cláudia Coutinho. Aviso Prévio Proporcional. *Jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*. São Paulo: 24 a 26 de junho de 2012. p. 108.

<sup>58</sup> SILVA, Paulo Renato Fernandes da. *Considerações Iniciais Sobre a Nova Lei do Aviso Prévio*. *Revista LTr. Suplemento Trabalhista*, Ano 48, N. 04, p. 15, São Paulo: 2012.

SRT/MTE, acertadamente, consagrou o entendimento de que a regra da proporcionalidade não se aplica ao empregado, estando o mesmo eximido de cumprir o aviso prévio superior a 30 (trinta) dias, já que deve ser aplicada somente em benefício do empregado.<sup>59</sup>

Entender o contrário faria com que o empregado arcasse com ônus incompatível com o espírito da lei e com o direito nela regulado, causando, aí sim, desigualdade injustificável com relação ao empregado, negando a tutela constitucional que institui um patamar mínimo de direitos e garantias para os trabalhadores, bem como os princípios próprios que regem o Direito do Trabalho. Desse modo:

Convém destacar que o aviso-prévio proporcional é um dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, inclusive trabalhadores avulsos e empregados domésticos, além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social (CF/88, art. 7º, caput, XXI, XXIV e parágrafo único). E a Lei nº 12.506/2011 deve ser interpretada em conformidade com o preceito constitucional de que o aviso-prévio proporcional constitui direito da parte trabalhadora para melhoria da respectiva condição social, ou seja, não se aplica ao pedido de demissão, caso contrário dificultaria o exercício da faculdade que tem o empregado de se desligar do emprego.<sup>60</sup>

Com efeito, Maurício Godinho Delgado explica que “a bilateralidade restringe-se ao aviso prévio de 30 dias”, apontando a seguinte justificativa:

Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma contrafacção, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego.<sup>61</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Mauricio Pereira Simões

---

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, Antonio Borges. *Aviso Prévio Proporcional: Considerações*. Revista Magister de Direito do Trabalho, Ano IX, N. 49, p.92.

<sup>60</sup> *Idem*, p.91.

<sup>61</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 1203.

explica que o princípio da melhoria social, previsto no art. 7º, da Constituição de 1988, pode ser visualizado sob três funções – informativa, integrativa e interpretativa. Pela função informativa do princípio vislumbra-se que o legislador deve ter as bases da formação de um instituto pautado nos princípios que regem o Direito.<sup>62</sup>

Observando-se, pois, o princípio da proteção (desmembrado no princípio da norma mais benéfica, condição mais benéfica e *in dubio pro operarum* como regra de informação e interpretação), tem-se que a proporcionalidade é exclusiva aos trabalhadores, de forma a dar aplicação ao princípio da melhoria da social dos trabalhadores. Seria, portanto desarrazoado concluir que a proporcionalidade atende aos interesses dos empregados e empregadores.<sup>63</sup>

O aviso prévio proporcional deve ser compreendido como um instituto que represente para o empregado a ampliação de seus direitos e não um dever que o prende ao emprego, fazendo-o cumprir mais de 30 dias de aviso prévio ou descontando o valor desse período nas verbas rescisórias.

Sob este aspecto, Gustavo Felipe Garcia Barbosa esclarece que “o pré aviso proporcional foi criado exclusivamente em favor do obreiro.”<sup>64</sup>

Sendo assim, caso o empregado peça demissão, o empregador somente poderá exigir o cumprimento do aviso prévio de trinta dias. Os dias que ultrapassarem esse período, não serão pagos e nem descontados.<sup>65</sup>

Nesse sentido, João Augusto da Palma elucida que, ao conceder o pré-aviso ao empregador, o empregado não deverá se preocupar com o tempo de serviço prestado no contrato de trabalho, posto que a proporcionalidade não é aplicada sobre

---

<sup>62</sup> SIMÕES, Mauricio Pereira. *Op. cit.* p. 34.

<sup>63</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>64</sup> GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. Ed. São Paulo: Forense, 2012, p. 683.

<sup>65</sup> FERRARI, Irany e MARTINS, M. R. *Op. Cit.* p. 1298.

sua obrigação, mas sobre a do empregador, fixando o mínimo constitucional de concessão de 30 (trinta) dias, também como máximo, nessa situação.<sup>66 67</sup>

Igualmente, Homero Batista Mateus da Silva afirma que a proporcionalidade é direito do empregado, mas não do empregador, justificando:

[...] que o padrão médio seja a maior dificuldade de re-colocação 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 que a dificuldade de um empreendimento suportar um ou dois meses com uma vaga ociosa, com retração na linha de produção.<sup>68</sup>

A par dos argumentos acima mencionados, imperioso mencionar que partindo da interpretação autêntica e teleológica da norma, o relator do Projeto de Lei no Congresso, Deputado Arnaldo Faria, explica que o art. 1º da lei em epígrafe é claro ao estabelecer ser devido “aos empregados” o aviso proporcional, o que de plano excluiria o direito ao empregador.<sup>69</sup>

PEDIDO DE DEMISSÃO. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. INAPLICÁVEL. O aviso prévio proporcional não é aplicável aos empregados em seus pedidos de demissão, eis que o caput e inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal conferem o direito ao aviso prévio proporcional “aos trabalhadores urbanos e rurais” e não aos empregadores. Devida a multa por atraso na quitação das rescisórias, pagas após os 30 dias do aviso prévio. Sentença mantida”.( T.R.T.00001887320125020492 RS 02ª VT de Suzano)

<sup>66</sup> PALMA. João Augusto da. *Op. Cit.* p. 33-34.

<sup>67</sup> “AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. LEI 12.506/11. VANTAGEM EXCLUSIVA DO TRABALHADOR DISPENSADO. A proporcionalidade do aviso prévio instituída pela Lei 12.506/2011 configura vantagem exclusiva do trabalhador dispensado, sem a bilateralidade prevista na lei, de maneira que o empregador deve observar o acréscimo previsto na lei ao dispensar o empregado, enquanto este fica obrigado a conceder o aviso prévio limitado a trinta dias, conforme artigo 487 da CLT.” (RO-4100/2013-003-17-00.5 – TRT – 17ª Região – Relatora Desembargadora Claudia Cardoso de Souza).

<sup>68</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p. 1059.

<sup>69</sup> SIMÕES, Mauricio Pereira. *Op. cit.* p. 34.

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. LEI 12.506/11. VANTAGEM EXCLUSIVA DO TRABALHADOR DISPENSADO. A proporcionalidade do aviso prévio instituída pela Lei 12.506/2011 configura vantagem exclusiva do trabalhador dispensado, sem a bilateralidade prevista na lei, de maneira que o empregador deve observar o acréscimo previsto na lei ao dispensar o empregado, enquanto este fica obrigado a conceder o aviso prévio limitado a trinta dias, conforme artigo 487 da CLT.” (TRT 17ª Região - 0004100-39.2013.5.17.0003 RECURSO ORDINÁRIO - 3ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA – ES – Julgado em 17/09/2013).

#### 4.6.4 A CONTAGEM DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Quanto à contagem de tempo na duração do aviso prévio, a lei vigente não esclarece se os três dias devem ser considerados a partir de quando o empregado completa um ano de serviço, no primeiro dia de trabalho do segundo ano de serviço, ou, ainda, se tal acréscimo apenas ocorrerá após o término completo do segundo ano de serviço.

Segundo Homero Batista Mateus da Silva, 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.<sup>70 71</sup>

---

<sup>70</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p.1060.

<sup>71</sup>“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. Não obstante o artigo 461 da CLT faça o detalhamento dos requisitos necessários ao reconhecimento da equiparação salarial, a garantia ao trabalhador de igual remuneração para igual trabalho tem na Constituição Federal suporte mais amplo e consistente, a qual, em vários dispositivos consagra a igualdade de tratamento, notadamente no artigo 7º, incisos XXX e XXXI, princípio este assegurado também no artigo 5º da própria CLT. Entretanto, o autor não alcançou demonstrar a identidade de funções em relação a paradigma indicado, pelo que infactível a equiparação pretendida. 2. AVISO PRÉVIO. Lei nº 12.506/2011. CONTAGEM. Consoante a Lei 12.506/2011, o aviso prévio de trinta dias será concedido aos empregados que possuem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa (caput), acrescidos três dias por ano de serviço (parágrafo único). Para este mister, a contagem proporcional não considera o ano inicial, somente se iniciando após o primeiro

Menciona o autor que “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 a sua energia para dizer que o aviso prévio básico é de trinta dias”<sup>72</sup>.

Compartilha desse entendimento Mauricio Pereira Simões:

[...] Resta claro que o critério anual foi eleito pelo legislador como fórmula de contagem, ou seja, a cada ano de trabalho – nem civil, nem qualquer outro – se alcançará uma parcela da proporcionalidade. Assim, quem tem 1 dia de contrato por prazo indeterminado ou 1 ano e 11 meses e 29 dias, terá os mesmos trinta dias de aviso prévio. A partir do segundo ano de aniversário do contrato se passará a ganhar uma parcela da proporcionalidade.<sup>73</sup>

Já na visão de Maurício Delgado, o empregado que trabalhou um ano para o mesmo empregador, terá direito ao aviso prévio de 30 dias, como o mínimo previsto, acrescido de três dias em face da proporcionalidade, perfazendo, pois, um total de 33 dias.<sup>74</sup>

Para Luiz Caetano Salles, é adequado que os três dias sejam contados a partir do primeiro aniversário e os demais três dias sucessivamente, a cada novo aniversário, sob pena de se admitir que durante praticamente dois anos o aviso prévio seja de 30 (trinta) dias.<sup>75</sup>

No mesmo sentido, doutrina Rosendo Vieira Júnior, que o aviso prévio proporcional se inicia após um ano completo da relação empregatícia e não ao completar o segundo ano.<sup>76</sup>

---

ano de trabalho, pois a este se aplica a regra geral dos trinta dias.” (TRT-10 - RO: 290201310110004 DF 02020-2012-010-10-00-0 RO, Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto, Data de Julgamento: 23/10/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 31/10/2013 no DEJT)

<sup>72</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>73</sup> SIMÕES, Mauricio Pereira. *Op. cit.* p. 31.

<sup>74</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p.1202 e 1203.

<sup>75</sup> SALLES, Luiz Caetano. *Aviso Prévio Proporcional e a Regra In Dubio Pro Operario*. Jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. p. 110.

<sup>76</sup> VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. *Op. cit.* p.29.

Explica, também, João Augusto de Palma, que a contagem do aviso prévio proporcional tem início a partir da anualidade efetivamente trabalhada, que não se confunde com ano de duração contratual.<sup>77</sup> Considera o autor supracitado ser incompatível a utilização do pré-aviso mínimo de 30 dias, acrescidos ou não de proporcionalidade adquirida, para que a somatória enseje na aquisição de nova quantia de tempo do aviso prévio. Trata-se, na sua visão, de uma ficção jurídica, tipificando *bis in idem*.<sup>78</sup>

O Ministério do Trabalho e do Emprego, ao publicar a Nota Técnica n. 184/2012/CGRT/STR, apresentou uma tabela com a descrição do momento a partir do qual se acrescentam os três dias, do qual consta que o aviso prévio terá duração de 30 (trinta) dias para menos de um ano de serviço, 33 (trinta e três) dias para um ano de serviço, 36 (trinta e seis) dias para dois anos de serviço e, assim, sucessivamente, até o limite máximo de 90 dias de aviso prévio, para empregados com 20 anos de serviço.<sup>79</sup>

Diante das justificativas anteriormente expostas, conclui-se que os 3 (três) dias de acréscimo de aviso prévio concedido ao empregado devem ser considerados a partir do primeiro ano completo do contrato de trabalho.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> PALMA, João Augusto da. *Op. Cit.* p. 35.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>79</sup> FIGUEIREDO, Antonio Borges. *Op. cit.* p.88.

<sup>80</sup> “AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI 12.506/11. CONTAGEM. O parágrafo único do art. 1º da Lei 12.506/11 não autoriza a desconsideração do primeiro ano de serviço prestado à empresa pelo empregado para fins de apuração do tempo de aviso prévio proporcional, o qual deverá ser acrescido de 3 (três) dias para cada ano completo de serviço até o máximo de 60 (sessenta dias), perfazendo, no total, 90 (noventa) dias. Observância dos critérios estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE mediante a edição da Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE.” (...) (TRT-4 - RO: 932920125040026 RS 0000093-29.2012.5.04.0026, Relator: MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 22/08/2012, 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

“AVISO PRÉVIO. SÚMULA Nº 441 DO TST. O. c. TST, recentemente, firmou entendimento de que o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da

Referindo-se à possibilidade de a projeção do aviso prévio integrar o lapso temporal para aquisição de proporcionalidade, Antônio Borges de Figueiredo explica:

Segundo o correto entendimento do TST, é aplicável a regra prevista do *caput* do art. 132 do CC/02 à contagem do prazo do aviso-prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia do vencimento (Súmula nº 380), aplicável inclusive ao início da contagem do aviso-prévio proporcional.<sup>81</sup>

Tendo em vista que o aviso prévio integra o tempo de serviço<sup>82</sup> para todos os efeitos, como antedito, caso um empregado seja dispensado injustamente quando faltarem 33 (trinta e três) dias para completar dois anos de serviço, a projeção do aviso prévio será suficiente para completar os dois anos, motivo pelo qual o aviso prévio será de 36 (trinta e seis) dias.<sup>83 84</sup>

---

publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011. Outrossim, de acordo com a Nota técnica nº 184/2012 do MTE, o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa. Recurso provido parcialmente.” (TRT-1 - RO: 159912201125010321 RJ, Relator: Marcelo Antero de Carvalho, Data de Julgamento: 17/06/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 26-06-2013)

<sup>81</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>82</sup> “AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. INTEGRAÇÃO AO TEMPO DE SERVIÇO. INTELIGÊNCIA DA OJ 82 DA SDII E DA SÚMULA 441 DO TST. O aviso prévio proporcional, regulado pela Lei nº 12.506/11, integra o contrato de trabalho para todos os fins, inclusive para efeito de registro na carteira de trabalho da obreira, de acordo com a OJ 82 da SDI1 do TST.” (TRT-1 - RO: 14834920125010048 RJ, Relator: Rildo Brito, Data de Julgamento: 07/10/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 16-10-2013)

<sup>83</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>84</sup> “AVISO PRÉVIO. LEI 12.506/2011. FORMA DE APURAÇÃO. Infere-se da Lei 12.506/2011, em seu art. 1º, *caput*, que o aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Já o parágrafo único do mesmo artigo preceitua que ao aviso prévio previsto no referido 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. Ou seja, o citado dispositivo legal é claro ao prever que serão devidos 30 dias de aviso prévio ao empregado que conter até 01 ano de serviço na mesma empresa, sendo que somente serão acrescidos aos 30 dias, 03 dias de aviso prévio “por ano de serviço prestado na mesma empresa”, ou seja, para fazer jus ao acréscimo tríduo, o empregado deverá completar o segundo ano de trabalho, a saber, laborar o primeiro ano (30 dias) e o segundo ano (03 dias) completos. Com efeito,

#### 4.6.5 (IM) POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

A lei em epígrafe acarretou um acalorado debate jurídico, igualmente, no que se relaciona à possibilidade de fracionamento da unidade de tempo anual, nas hipóteses em que o empregado não trabalhou o ano completo.

Para Antônio Borges Figueiredo, é possível a aplicação do aviso prévio proporcional ante as frações de ano de serviço, por analogia à regra da proporcionalidade do cálculo do FGTS e do 13º salário. Para o autor citado, se a fração corresponder a seis meses ou mais (1 ano e seis meses, 2 anos e seis meses, por exemplo), tem o empregado direito de receber o aviso prévio como se o ano estivesse completo (isto é, como se tivesse prestado dois anos de serviço, três anos de serviço, por exemplo...).<sup>85</sup>

Por sua vez, Homero Batista Mateus da Silva, expõe a melhor solução para as frações incompletas seria é o descarte das frações menores e o aproveitamento dos períodos mais expressivos:

[...] somos forçados a concordar que a virtude, nesse 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.<sup>86</sup>

Nesse sentido é o entendimento de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, seguindo o disposto na Lei n. 4.090/62 que

---

ao dizer que serão acrescidos 03 dias de aviso prévio “por ano de serviço prestado na mesma empresa”, o parágrafo único do artigo em comento evidentemente se refere ao ano trabalhado por inteiro (12 meses), eis que não prevê o pagamento de forma proporcional, quando o empregado labora em apenas alguns meses do ano, não podendo assim sofrer interpretação extensiva, para deferir direito não contemplado em seu bojo.” (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª REGIÃO. Data da Disponibilização: Quarta-feira, 10 de Outubro de 2012)

<sup>85</sup> FIGUEIREDO, Antônio Borges. *Op. cit.* p.89.

<sup>86</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p. 1061..

considera mês integral a fração igual o superior a 15 dias. Isso posto, caso o empregado trabalhe durante metade mais um dos dias do ano, o empregado terá direito ao acréscimo dos três dias no aviso prévio, sem necessitar de completar o ano todo prestando serviços para adquiri-los. Tal observação, segundo o autor, reflete, também, na finalidade do instituto, que é evitar que o empregador dispense trabalhadores com salários elevados antes do aniversário de mais um ano de serviço prestado com o adicional de mais três dias<sup>87</sup>.

O autor supracitado exclui a possibilidade de se aplicar o fracionamento por ele apresentado, uma vez que a Lei n.12.506/11 estipula o critério da anualidade de prestação de serviços para que o empregado tenha direito ao período de aviso prévio 3 dias a mais.

Propõe, portanto, a utilização do modelo alemão de pré-aviso, que garante o objetivo principal do referido instituto. Este paradigma considera, para fins de cálculo do aviso-prévio proporcional, o tempo de serviço prestado ao mesmo empregador e a idade do empregado.<sup>88</sup>

A função social do aviso prévio alemão é evidenciada porque considera a dificuldade enfrentada por empregados mais velhos em se recolocar no mercado de trabalho caso sejam dispensados injustamente, oportunizando assim, a reavaliação pelo empregador de possível rescisão contratual devido à imposição legal de indenização pecuniária mais rígida de acordo com os dois fatores mencionados que são utilizados no cálculo.

Já Guilherme Guimarães Ludwing preleciona que a lei regula de maneira suficientemente clara a questão, quando prevê o termo “por ano de serviço”, considerando o ano como unidade temporal para a contagem do tempo de serviço do em-

---

<sup>87</sup> BOUCINHAS, Jorge C. F. *Aviso Prévio Proporcional – Qual o critério de contagem do tempo de serviço para a proporcionalidade?*. *Jornal do Congresso*. 52º Congresso de Direito do Trabalho. LTR, São Paulo. 24 a 26 de junho, p. 112, 2012.

<sup>88</sup> *Idem, Ibidem*.

pregado para fins de aviso prévio, não havendo que se considerar frações, mas apenas em ano completo.<sup>89</sup>

Sob esse aspecto compreende-se que, não deve existir modulação legal na contagem da proporcionalidade, valendo observar que não há autorização legal para a proporcionalidade por meses. Sendo assim, tanto o empregado com um ano e um mês de serviço, quanto o empregado com um ano e nove meses de serviço, terão direito ao aviso prévio proporcional de 33 (trinta e três) dias, devendo ser desconsideradas as frações inferiores a um ano.<sup>90</sup>

Esse é o entendimento Maurício Godinho Delgado ao salientar que o empregado que tenha trabalhado durante 1 ano e 9 meses para o mesmo empregador, não tem direito à modulação na contagem da proporcionalidade do aviso, – uma vez que a legislação não previu tal oportunidade expressamente<sup>91</sup>.

Desse modo, o empregado do exemplo pré-mencionado terá direito apenas aos 33 dias de aviso prévio. Entretanto, o empregado que tiver em seu tempo de serviço 1 ano e 11 meses completos e for despedido injustamente, gozará de mais três

---

<sup>89</sup> LUDWING, Guilherme Guimarães. *Op. cit.* p, 70.

<sup>90</sup> “AVISO PRÉVIO. LEI 12.506/11. FORMA DE APURAÇÃO. Infere-se da Lei 12.506/11, em seu art. 1º, caput, que o aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Já o parágrafo único do mesmo artigo preceitua que ao aviso prévio no referido artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias. Ou seja, o citado dispositivo legal é claro ao prever que serão devidos 30 (trinta) dias de aviso prévio ao empregado que conter até 01 ano de serviço na mesma empresa, sendo que somente serão acrescidos aos 30 dias, 03 dias de aviso prévio “por ano de serviço prestado na mesma empresa”, ou seja, para fazer jus ao acréscimo trídúo, o empregado deverá completar o segundo ano de trabalho, a saber, laborar o primeiro ano (30 dias) e o segundo ano (03 dias) completos”. Com efeito, ao dizer que são acrescidos -3 dias de aviso prévio “por ano de serviço prestado na mesma empresa”, o parágrafo único do artigo em comento evidentemente se refere ao ano trabalhado por inteiro (12 meses), eis que não prevê o pagamento de forma proporcional, quando o empregado labora em apenas alguns meses do ano, não podendo assim sofrer interpretação extensiva, para deferir direito não contemplado em seu bojo” (TRT 3ª REGIÃO, Data da disponibilização: 10/10/2012)

<sup>91</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p.1202 e 1203.

dias em seu aviso prévio, uma vez que os dias já conquistados(33 dias) serão somados ao tempo do contrato de trabalho completando mais um ano de serviço. Tal empregado terá direito, portanto, a 36 dias em seu pré-aviso.

Igualmente para Maurício Pereira Simões o legislador levou em consideração para fins de proporcionalidade do aviso prévio, somente anos inteiros.<sup>92</sup>

Sob a mesma ótica, Cláudia Coutinho Stephan, explica que, embora o Direito do Trabalho “preveja expressamente a proporcionalidade nas férias como disposto no art. 146, CLT e no décimo terceiro salário, (Lei n. 4.090/65), tal não ocorre com a Lei n. 12.506/2011, e inexistindo lacuna legal não há que se falar em aplicação da analogia.”<sup>93</sup>

No que tange à proporcionalidade em vistas do tempo de serviço do empregado, a nova regulamentação brasileira está em harmonia com padrões adotados pela legislação estrangeira e com a Recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a exemplo da França, Argentina e de Portugal.<sup>94</sup>

Por fim, memorando interno do Ministério do Trabalho e Emprego adota a tese gramatical que desconsidera a fração inferior a um ano.<sup>95</sup>

#### 4.6.6 O ART. 488 DA CLT E A LEI 12.506/11

A Lei nº 12.506/11 não revogou as disposições do art. 488 da CLT. Sendo assim, durante o aviso prévio concedido pelo empregador, o tempo de serviço do empregado será reduzido de duas horas diárias durante os 30 dias de aviso prévio ou suprimido de sete dias corridos.

No que tange ao aviso prévio proporcional, para Antônio Álvares da Silva, há majoração do prazo para ausência do em-

<sup>92</sup> SIMÕES, Mauricio Pereira. *Op. cit.* p. 31.

<sup>93</sup> STEPHAN, Cláudia C. *Op. cit.* p. 107, 2012.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>95</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p.1062.

pregado, tendo em vista que:

O prazo do aviso prévio era de 30 dias. Portanto, supondo estes trinta dias, foram fixados os sete dias em que é lícita a ausência do empregado. Se o AP aumentar, conforme o tempo de casa do reclamante, também na mesma proporção aumentar-se-ão os dias em que se pode faltar.<sup>96</sup>

O mesmo raciocínio segue Antônio Borges Figueiredo:

Não há dúvida de que persiste a possibilidade de redução de duas horas por dia durante todo o período do aviso prévio proporcional, por escolha do empregado, em razão da sua perfeita compatibilidade com o novo texto legal. No entanto, a ausência de regra expressa acerca do *critério de proporcionalidade*, tratando-se de mera lacuna normativa, pode ser superada mediante simples regra de três, inclusive mediante aproximações em favor do empregado.<sup>97</sup>

Igualmente, segundo Mauricio Pereira Simões deve-se fazer um paralelo entre as duas horas reduzidas, vezes o número de dias da proporcionalidade para se encontrar o resultado ideal, pois, se um dos objetivos do aviso prévio é possibilitar que o empregado se reinsira no mercado de trabalho, é crível supor que o empregado que está fora dele há mais tempo necessita de um tempo maior para tal reinserção, sendo razoável a aplicação da regra do art. 488 da CLT proporcionalmente ao tempo de aviso concedido.<sup>98</sup>

Para João Augusto da Palma, as mesmas obrigações e direitos referentes ao aviso prévio simples permanecem intactos para o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, considerando esse último como um prolongamento do lapso temporal daquele, ou seja, a redução de jornada não muda com a nova lei.<sup>99</sup>

Pondera também Homero Batista Mateus da Silva:

[...] não há fundamento algum para imaginar que os sete dias se aplicam indistintamente a todo tipo de aviso prévio,

---

<sup>96</sup> SILVA. Antônio Álvares da. *Op. cit.* p.33.

<sup>97</sup> FIGUEIREDO. Antonio Borges. *Op. cit.* p.90.

<sup>98</sup> SIMÕES, Mauricio Pereira. *Op. cit.* p. 35.

<sup>99</sup> PALMA. João Augusto da. *Op. Cit.* p. 38.

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 apenas trinta dias, e indenizem-se, em dinheiro, os dias excedentes.<sup>100</sup>

Pondera-se que inexistente no novo diploma legal adequação ao que tange à aplicação do art. 488, da CLT, notadamente quanto ao aumento das horas diárias ou dias de folga, motivo pelo qual permanece intacta a redução legal apenas ao aviso prévio de 30 (trinta) dias.

#### 4.6.7 NATUREZA JURÍDICA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

O tempo excedente ao aviso prévio de trinta dias poderia ser considerado indenizatório, levando-se em conta que tal propósito é contemplar o empregado com indenização superior e que as normas coletivas já tratavam do tema elucidando seu caráter indenizatório.<sup>101</sup>

No entanto, tem razão Homero Batista Mateus da Silva quando acrescenta que a jurisprudência trabalhista vinha expressando, a exemplo da OJ 367 da Seção de Especializada em Dissídios Individuais do TST, que atribui natureza salarial ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, servindo, portanto, para base de cálculo do FGTS, férias, 13º salário.<sup>102</sup>

### 5 CONCLUSÃO

O principal objetivo dessa pesquisa é a análise do aviso prévio proporcional regulamentado pela Lei n. 12.506/11 e suas consequências jurídicas, apresentando posicionamento

---

<sup>100</sup> SILVA. Homero Batista Mateus da. *Op. cit.* p.1064.

<sup>101</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>102</sup> *Idem,* p.1063.

doutrinário e jurisprudencial a respeito das questões que permearam a aplicação de tal instituto nos contratos de trabalho.

Para alcançar o objetivo proposto foi realizada uma revisão de literatura envolvendo publicações científicas e livros específicos da área na busca de informações jurídicas referentes às alterações do instituto do aviso prévio após a lei *retro* mencionada. Apesar da restrita quantidade de material bibliográfico encontrado, foi possível o desenvolvimento, mesmo que singelo, da pesquisa apresentada.

No tocante aos resultados obtidos pelo trabalho, em breves sínteses, tem-se que as divergências que envolvem o parágrafo 1º do dispositivo legal supracitado, têm sido dirimidas a partir da produção doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, além de não ter revogado ou modificado o tempo mínimo constitucional de aviso prévio, trata-se de direito unilateral do empregado, devendo ser considerado somente a partir da vigência da lei, em respeito ao princípio da irretroatividade das normas.

No que tange à contagem do aviso prévio proporcional, conclui-se que o aviso prévio tem duração de 30 (trinta) dias para os contratos de trabalho inferiores a um ano de serviço, 33 (trinta e três) dias para os empregados despedidos injustamente após o primeiro ano completo de serviço e assim sucessivamente, até o limite máximo de 90 (noventa) dias, para empregados com mais de 20 (vinte) anos de contrato de serviço.

Evidenciou-se também que a Lei 12.506/11 não revogou as disposições do art. 488, da CLT, restando incólume a possibilidade de redução da jornada de trabalho ou da quantidade de dias trabalhados para empregado que esteja cumprindo aviso prévio.

Por fim, espera-se que a produção acadêmico-científica, bem como as decisões dos tribunais, pacifiquem definitivamente, e da melhor forma, os temas geradores das questões ora discutidas.



## REFERÊNCIAS

- BOUCINHAS, Jorge C. F. Aviso Prévio Proporcional – Qual o critério de contagem do tempo de serviço para a proporcionalidade?. *Jornal do Congresso*. 52º Congresso de Direito do Trabalho. LTR, São Paulo. 24 a 26 de junho, 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 82, em 28 de abril de 1997.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Relações de Trabalho. Instrução Normativa SRT nº 15, de 14 de julho de 2010. Estabelece procedimentos para assistência e homologação na rescisão de contrato de trabalho. Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D308E216601309EC47E180B22/in\\_20100714\\_15.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D308E216601309EC47E180B22/in_20100714_15.pdf). Acesso em: 06 de fev. de 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.
- FERRARI, Irary e MARTINS, M. R. Aviso Prévio Proporcional – LEI N. 12.506, DE 11.10.2011 – SUA APLICAÇÃO. *Revista LTR*, São Paulo, v. 75, n. 11, 2011.
- FIGUEIREDO, Antonio Borges. Aviso Prévio Proporcional: Considerações. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Ano IX, N. 49.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. Ed. São Paulo: Forense, 2012.
- HEFFNER, Cristovão Donizetti. *Anotações sobre o aviso pré-*

- vio proporcional ao tempo de serviço, Revista LTR, Suplemento Trabalhista. São Paulo, Ano 48, n. 69, 2012.
- LUDWING, Guilherme Guimarães. Abordagem Constitucional do Aviso Prévio Proporcional. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01 Janeiro. 2012.
- MALLET, Estêvão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional, Revista LTR, São Paulo, v. 75, n. 11, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. 2ª ed, 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t.5.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, 38º ed.
- PALMA, João Augusto da. Como praticar os novos avisos-prévios. São Paulo: LTr, 2011.
- PRETTI, Gleibe. O novo aviso prévio de acordo com a Lei n.2.506/2011. Série atualização legislativa. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, 2012.
- SALLES, Luiz Caetano. Aviso Prévio Proporcional e a Regra *In Dubio Pro Operario*. Jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho.
- SILVA, Antônio Álvares da. A Nova Lei do Aviso Prévio. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01, Janeiro. 2012.
- SILVA, Antônio Álvares da. A Nova Lei do Aviso Prévio. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 01, Janeiro.2012.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo. RT, 1987.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. Em Busca do Tempo Per-

- dido – O Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço e a Lei 12.506/2011. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 09, Setembro.2012.
- SILVA. Homero Batista Mateus da. Em Busca do Tempo Perdido – O Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço e a Lei 12.506/2011. Revista LTr. Legislação do Trabalho, Ano 76, N. 09, Setembro.2012.
- SILVA. Paulo Renato Fernandes da. Considerações Iniciais Sobre a Nova Lei do Aviso Prévio. Revista LTr. Suplemento Trabalhista, Ano 48, N. 04, São Paulo: 2012.
- SIMÕES, Mauricio Pereira. Aviso prévio proporcional e as discussões anunciadas, Revista LTR, Suplemento Trabalhista. São Paulo, Ano 48, n. 8, 2012.
- STEPHAN, Cláudia Coutinho. Aviso Prévio Proporcional. Jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: 24 a 26 de junho de 2012.
- VIEIRA JÚNIOR, Rosendo de Fátima. A (des) regulamentação do aviso prévio proporcional pela Lei n. 12.506/2011, LTr Suplemento Trabalhista., São Paulo , v. 12, n. 07, 2011.