

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**PATRÍCIA MUCIDAS VIEIRA**

**UMA ANÁLISE SOBRE A LEI QUE REGULAMENTOU O AVISO PRÉVIO  
PROPORCIONAL PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE**

**JUIZ DE FORA  
2012**

PATRÍCIA MUCIDAS VIEIRA

**UMA ANÁLISE SOBRE A LEI QUE REGULAMENTOU O AVISO PRÉVIO  
PROPORCIONAL PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Flávio Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora  
2012

PATRÍCIA MUCIDAS VIEIRA

**UMA ANÁLISE SOBRE A LEI QUE REGULAMENTOU O AVISO PRÉVIO  
PROPORCIONAL PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE**

Monografia aprovada em 16/10/2012 para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

---

Professor Flávio Bellini de Oliveira Salles

---

Professor Dorival Cirne de Almeida Martins

---

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza

Juiz de Fora

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho àqueles que dão um brilho especial à minha vida e que são fontes de amor, carinho e respeito: meus queridos pais e meus irmãos.

Agradeço aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, por todo o conhecimento a mim ofertado – em especial ao Professor Flávio Bellini de Oliveira Salles, pela atenção durante a confecção deste trabalho.

## RESUMO

O estudo em tela abordará a Lei 12.506/2011 - lei que regulamentou o aviso prévio proporcional previsto constitucionalmente - buscando a melhor interpretação deste instituto, qual seja, a teleológica. Serão demonstrados diversos entendimentos a respeito do referido diploma legal, seus prós e contras, para, por fim, mediante uma análise feita em conformidade com o ordenamento jurídico trabalhista como um todo, serem adotados aqueles que forem mais coerentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aviso prévio. Proporcionalidade. Demissão. Dispensa. Verbas rescisórias.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>CAPÍTULO I – Histórico do aviso prévio</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 2 - As inovações e questionamentos trazidos com a nova lei</b>	
2.1. O princípio da irretroatividade e a aplicação da Lei 12.506/2011 .....	14
2.1.1. Contagem ou não do serviço prestado anterior à publicação da lei .....	15
2.1.2. Aplicação da nova lei aos contratos que estavam com o aviso prévio em curso .....	17
2.2. O princípio da reciprocidade e o aviso prévio proporcional .....	19
2.3. Extensão/aplicação da nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço .....	22
2.4. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e reajuste salarial coletivo .....	24
2.4.1. Indenização devida em virtude do art. 9º da Lei 7.238/84 e o novo aviso prévio .....	25
2.5. Aplicação ou não das normas coletivas que já previam o aviso prévio de forma proporcional .....	26
2.6. Adaptação do art. 488 da CLT às novas normas do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço .....	27
2.7. Princípio da proporcionalidade e possibilidade de fracionamento do aviso prévio proporcional .....	30
2.8. O impasse do novo emprego e da anotação na CTPS .....	34
<b>CONCLUSÃO</b> .....	36
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	38

## INTRODUÇÃO

A relação de emprego é uma relação jurídica formada por duas obrigações essenciais. A primeira corresponde à prestação do labor humano e, a segunda, à obrigação de remunerar este trabalho.

Apesar das evidentes disparidades entre as partes que compõem tal relação jurídica, é de fácil percepção que, mesmo em graus diferentes, uma depende da outra. O empregado necessita da remuneração para o seu sustento e o de sua família, ao passo que o empregador precisa da mão de obra do empregado para dar continuidade às suas atividades, sejam elas quais forem.

A relação de emprego tem como um de seus pressupostos intrínsecos a continuidade. Com efeito, o contrato de trabalho configura-se como uma relação contínua, que se renova permanentemente, exceto em casos específicos, como os contratos com tempo determinado, que não serão objeto deste estudo. Sendo assim, para que tal relação seja rompida imotivadamente, é necessário que uma das partes manifeste o desejo de resilir o contrato. Caso isto ocorra, é justo que se dê à outra parte um prazo para se adaptar à nova realidade. A este prazo dá-se o nome de aviso prévio.

O aviso prévio possui uma faceta multidimensional. Amauri Mascaro Nascimento ressalta o tríplex caráter do instituto: comunicação, tempo, pagamento.<sup>1</sup> Um dos objetivos do aviso prévio é a comunicação à parte adversa da vontade unilateral de um dos sujeitos da relação no sentido de rompê-la. Além disso, é a partir da comunicação do aviso prévio que o prazo deste começa a ser computado, oportunizando à outra parte um tempo razoável, para que consiga suprir a falta que essa relação lhe trará, evitando os possíveis prejuízos advindos da rescisão contratual. E, por fim, o pagamento devido correspondente a tal prazo. Este último objetivo visa à proteção, mais no que tange ao trabalhador. Como o salário tem natureza de subsistência, sua falta poderá acarretar severos prejuízos ao trabalhador e à sua família. Assim sendo, o prazo correspondente ao aviso prévio prestigia, de certa forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por corresponder a um tempo para que o empregado consiga outro emprego.

---

<sup>1</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascano. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012, p.447.

Insta salientar que o aviso prévio é um instituto jurídico de natureza bilateral, ou seja, é um dever tanto do empregado, quanto do empregador. Tal afirmação se baseia no que já foi dito: seja em maior ou menor grau, as partes que compõem a relação de emprego dependem uma da outra. Dessa forma, tal instituto é necessário, para que ambas as partes não sejam surpreendidas e se adaptem à mudança iminente, evitando prejuízos e consagrando os princípios da boa-fé e da isonomia. Por esse motivo, o aviso prévio é chamado por Maurício Godinho Delgado de “mecanismo atenuador do impacto da rescisão”.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê duas modalidades de aviso prévio: o indenizado e o trabalhado. O primeiro ocorre quando o empregado não exerce suas atividades laborais, mas, mesmo assim, faz jus ao seu salário, e o segundo ocorre quando o empregado exerce as atividades laborais durante o período do aviso.

Nas duas modalidades, o período do aviso prévio integra o tempo do contrato de trabalho para todos os fins, devendo a data da “baixa” da CTPS corresponder à data do fim do aviso prévio, como dispõe a OJ 82 da SDI-1 do TST:

***OJ 82 – SDI-1 TST. Aviso Prévio. Baixa na CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.***

O Direito do Trabalho tem, como dois de seus princípios, o da proteção ao trabalhador e o da irrenunciabilidade. Na interpretação do aviso prévio, à luz destes princípios, o TST manifestou-se da seguinte maneira:

***Súmula 276 – Aviso prévio. Renúncia pelo empregado. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.***

Posto isto, conclui-se que o aviso prévio concedido ao empregado, ou seja, quando a rescisão contratual parte do empregador, é irrenunciável, salvo nos casos de comprovação de obtenção de novo emprego. A súmula sobredita configura óbice a possíveis fraudes na rescisão contratual por parte do empregador, parte mais forte e dominante da relação.



A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer, em seu art. 7º, XXI, o seguinte:

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

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

O aviso prévio já era disciplinado por vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 487 a 491). Porém, com a promulgação da Carta Maior em 1988, houve uma alteração das regras pertinentes. Vejamos:

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

*I – oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior,*

*II – trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de doze meses de serviço na empresa.*

Como a CLT é anterior à Constituição Federal, o inciso I do artigo supra transcrito não foi recepcionado pelo art. 7º, XXI, da CF.

Voltando à análise da norma constitucional, observa-se que esta pode ser dividida em duas partes. No que tange ao aviso prévio mínimo de trinta dias, trata-se de uma norma de eficácia plena, visto que está apta a produzir todos os efeitos, independentemente de regulamentação infraconstitucional. Porém, o aviso proporcional ao tempo de serviço consta de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que tem o condão de produzir todos os efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional para tanto.

Apesar disso, por longos anos o legislador infraconstitucional não regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o que mantinha a norma constitucional correspondente sem eficácia prática.

Em virtude da demora do Poder Legislativo, outras soluções foram buscadas para a possível aplicação da referida norma constitucional. Acordos firmados por algumas categorias regulamentaram tal direito e várias ações foram ajuizadas na Justiça do Trabalho, defendendo a tese de que o referido inciso XXI era norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de norma regulamentadora.

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a OJ 84 da SDI-1, que veio firmar o posicionamento de que o inciso XXI retro citado tratava-se de uma norma de eficácia limitada, sendo inaplicável sem a complementação da legislação infraconstitucional. Senão, veja-se:

***OJ 84 – SDI-1 TST. Aviso Prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço depende da legislação regulamentadora, posto que o art.7º, XXI, da CF/1988 não é autoaplicável.***

Diante do entendimento adotado pelo TST, a última e única medida encontrada foi a propositura de mandado de injunção. Esta ação prevista no art. 5º, LXXI, da CF, possui a finalidade de combater a inefetividade das normas constitucionais, apresentando-se especialmente como um instrumento de ataque às omissões inconstitucionais. Com a pressão exercida pelo Judiciário, o Poder Legislativo não viu outra saída e, em 13 de outubro de 2011, publicou a Lei 12.506, que dispõe sobre o aviso prévio proporcional e dá outras providências. Este será o objeto deste estudo.

## CAPÍTULO I – Histórico do aviso prévio

O aviso prévio foi introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei n. 556, de 1850, mais conhecida como Código Comercial de 1850, em seu art. 81:

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

*Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.*

Nota-se que, mesmo sendo muito anterior, o Código Comercial de 1850 contém as bases das regras que hoje regem o aviso prévio.

Após muitos anos, o Código Civil de 1916, ao dispor sobre locação de serviços, reforçou ainda mais a idéia do aviso prévio no ordenamento brasileiro:

**Art. 1221.** *Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.*

**Parágrafo único.** *Dar-se-á o aviso:*

*I - com antecedência de 8 (oito) dias, se o salário se houver fixado por tempo de 1 (um) mês, ou mais;*

*II - com antecipação de 4 (quatro) dias, se o salário se tiver ajustado por semana ou quinzena;*

*III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de 7 (sete) dias.*

Insta salientar que, apesar da sua grande importância na esfera trabalhista, o aviso prévio é um instituto proveniente do âmbito comercial e civil do Direito. Apenas com o Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923, que regulamentava a locação de serviços domésticos, foram estipuladas normas para o aviso prévio na esfera trabalhista. Dispõe o referido diploma:

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

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

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

*II – Com antecedência de oito dias, se o salário se tiver ajustado por semana ou quinzena;*

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

A segurança do aviso prévio foi estendida aos empregados da indústria e do comércio em 1935, por força da Lei n. 62:

**Art. 1º.** *É assegurado ao empregado da indústria ou do comércio, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho, e quando for despedido sem justa causa, o direito de haver do empregador uma indenização paga na base do maior ordenado que tenha percebido na mesma empresa.*

**Art. 2º.** *A indenização será de um mês de ordenado por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses. Antes de completo o primeiro ano, nenhuma indenização será exigido.*

**Art. 6º.** *O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador, com o prazo mínimo de 30 dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço.*

Até então, a legislação social era incipiente. Contudo, em 1943 foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho e o aviso prévio passou a ser regulado pelos artigos 487 a 491, sofrendo esta regulamentação pequenas alterações com a edição das Leis 1.530/51, 7.093/83, 7.108/86 e 10.218/01.

Como já foi dito no tópico 1.1. deste trabalho, o aviso prévio foi elevado a norma constitucional em 1988, consoante se infere do art. 7º, XXI, da Carta Política em vigor:

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

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

A Carta Maior inovou ao trazer a possibilidade de o aviso prévio ser relacionado ao tempo de serviço prestado. Contudo, o aviso prévio mínimo de trinta dias era auto-aplicável, mas o aviso prévio chamado de proporcional necessitava de regulamentação por lei infraconstitucional.

Diante da inércia do legislador, trabalhadores brasileiros impetraram mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal (exemplos: MI n. 943/DF – 12.1.2009; MI n. 1.010 – 2.3.2009; MI n. 1.074 – 5.5.2009 e MI n. 1.090 – 5.5.1999).

Ocorre que, durante vários anos, os mandados de injunção eram enfrentados pelo STF como meras ações declaratórias, que tinham por finalidade, apenas, informar ao legislativo acerca da sua omissão.

***Mandado de injunção. Art. 7º, XXI, da Constituição. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época – circunstância impedida de desdobramentos, no caso concreto, em favor de impetrante. (STF – Pleno, MI n. 396/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. Em 19.8.1992)***

Entretanto, a partir de 2003 e 2004, o STF modificou seu entendimento no que tange ao mandado de injunção e começou a não só informar ao Legislativo sobre sua omissão, mas, também, estabelecer regras para que o direito reclamado pudesse ser exercido.

Diante disso, em 2011, o Ministro Relator Gilmar Mendes acolheu o pedido dos referidos mandados de injunção e, posteriormente, suspendeu o julgamento, para que o Tribunal estabelecesse um consenso sobre o parâmetro a ser adotado para atender ao direito pleiteado.

Com a postura agressiva adotada pelo STF, ficou claro que a omissão legislativa seria suprimida pela atuação da referida Corte. Destarte, o Poder Legislativo sentiu-se intimidado a agir logo, para evitar que o Poder Judiciário assumisse uma função que precipuamente é daquele.

Em 13 de outubro de 2011, portanto, foi promulgada a Lei 12.506, que regulamentou o aviso prévio proporcional. Assim dispõe esta lei:

***Art. 1º.*** O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei 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.*

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

Enganaram-se, contudo, aqueles que julgaram que, com a promulgação da lei que regulamenta o aviso prévio proporcional, os problemas relacionados ao tema estavam solucionados. É que, em razão da singeleza da redação da nova lei, muitas questões surgiram a respeito de sua aplicação. Esses entraves serão examinados no próximo capítulo.

## CAPÍTULO II - As inovações e questionamentos trazidos com a nova lei

Apesar de a Constituição Federal ter previsto o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço desde 1988, a lei que regulamentou tal instituto só foi publicada em 2011. Porém, o grande tempo gasto pelo legislador não se refletiu em uma primorosa elaboração normativa, tendo a nova lei uma estrutura simples e superficial.

A superficialidade da nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço vem gerando diversas dúvidas, as quais serão analisadas a partir de agora.

### 2.1. O princípio da irretroatividade e a aplicação da Lei 12.506/2011

Insta salientar que o nosso ordenamento jurídico possui como regra a irretroatividade das leis, salvo nos casos das ressalvas feitas pela própria Constituição Federal, como a lei penal benéfica ao réu:

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

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

**XL** - *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*

Amauri Mascaro Nascimento leciona que:

No sistema constitucional brasileiro, a retroatividade das leis é sempre excepcional e somente pode ser admitida mediante previsão expressa da lei, sem o que a lei nova não pode reger eventos passados sob o manto da legislação anterior, uma vez que os efeitos são gerados para o futuro diante da vedação constitucional que protege a incolumidade dos atos jurídicos.<sup>2</sup>

Nessa esteira, o ordenamento jurídico também contempla o princípio da legalidade, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme art. 5º, II, da CF.

---

<sup>2</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 344.

Resta claro que os princípios constitucionais da irretroatividade das leis e da legalidade vigoram em nosso ordenamento jurídico devido a expressa previsão constitucional. Desse modo, a maioria esmagadora dos doutrinadores concorda que a nova lei do aviso prévio não pode ser retroativa.

O conceito de retroação, segundo Roubier, citado por Wilson de Souza Campos Batalha, é “incidir sobre o passado, remontando a lei, em seus efeitos, a período anterior à sua vigência”.<sup>3</sup> Todavia, as divergências surgem quanto à aplicação do conceito de efeito retroativo e efeito imediato. Procede-se, a seguir, a uma análise mais minudente dessas divergências, no caso específico do aviso prévio proporcional:

#### 2.1.1. Contagem ou não do tempo de serviço prestado anterior à publicação da lei

Em um primeiro plano, ocorrem divergências no que tange à retroatividade quanto ao cômputo do tempo de serviço anterior ao dia 13 de outubro de 2011, dia da publicação da nova lei, para fins de acréscimo de dias ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Para Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni, o aumento do tempo do aviso prévio e suas respectivas consequências têm que ter como data-base a data da publicação da nova lei, ou seja, o dia 13 de outubro de 2011. A partir desta data inicia-se o cômputo do tempo de serviço, para os fins do aviso proporcional, pois, em caso contrário, configurar-se-ia uma inconstitucionalidade.

Para os autores por último mencionados, o tempo de serviço já prestado não deve ser computado, pois não se trata o aviso prévio proporcional, embora não concedido, de direito adquirido, mas, sim, de direito inexistente, que passou a existir com a promulgação da Lei 12.506/2011. Dessa forma, contabilizar o tempo de serviço anterior à lei seria conferir à mesma o efeito de retroatividade (retroeficácia), o que a Constituição Federal veda expressamente em seu art. 5º, XXVI, como já foi mencionado.

Outro argumento dos defensores desta corrente é o fato de o STJ e o STF já terem firmado entendimento de que, nos contratos de execução continuada - entre

---

<sup>3</sup>BATALHA, Wilson Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55.



os quais se inclui o contrato de trabalho, segundo as referidas Cortes - a lei de regência aplicável é aquela do momento da celebração do contrato.

Dessa forma, para a corrente em tela, o tempo anterior a 13 de outubro de 2011 não poderá ser aproveitado para fins do aviso prévio proporcional, sendo aplicada a nova lei do aviso prévio a partir da mencionada data.

De acordo com os estudos realizados, essa corrente não é adequada ao Direito do Trabalho, visto que não consentânea com as especificidades deste ramo do Direito.

*A priori*, critica-se a postura de adotar a lei vigente no momento da celebração do contrato para regular o instituto. O contrato de trabalho por prazo indeterminado é um contrato que se renova com o tempo, ou seja, que perdura no tempo. Dessa forma, este tipo de contrato pode ser alterado durante sua vigência, desde que isto não gere nenhum prejuízo ao trabalhador – princípio da proteção.

Ora, leis que trazem melhorias aos trabalhadores, mesmo que sejam posteriores à data de sua contratação, regem os contratos de trabalho ainda vigentes. Caso contrário, isso iria de encontro ao princípio constitucional do não retrocesso. Nessa esteira, é lógico o entendimento segundo o qual a nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser aplicada aos contratos que já estavam em curso.

Leciona o próprio Amauri Mascaro Nascimento:

Os conflitos de lei no tempo, em direito do trabalho, são resolvidos segundo o princípio do efeito imediato. Significa que uma lei nova tem aplicabilidade imediata, recai desde logo sobre os contratos em curso à data de sua vigência, embora constituídos anteriormente, mas ainda não extintos. Portanto, à medida que novas leis trabalhistas são editadas, todos os que são empregados, por ocasião de sua vigência se beneficiarão.<sup>4</sup>

Na mesma vertente leciona Alice Monteiro de Barros:

A aplicação das normas no Direito do Trabalho é de caráter imediato, considerando-se o predomínio de normas imperativas, devendo-se, entretanto, respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É o que emerge do art. 912 da CLT, quando preceitua: “os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às

---

<sup>4</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, op. cit. p. 345.

relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”.<sup>5</sup>

Posto isto, nota-se que, no Direito do Trabalho, aplica-se a norma vigente ao tempo da constituição do direito e, dessa forma, a norma aplicável ao aviso prévio será a vigente no momento em que este for cumprido, de acordo com o princípio *tempus regit actum*.

Esse posicionamento é adotado por parte significativa da doutrina do Direito do Trabalho, ao argumento de que a lei nova pode afetar direitos adquiridos, só não pode destruir o fato que lhe deu origem. Exemplifica Antônio Álvares da Silva ao dizer que se uma lei nova restringe o uso da minha propriedade (e de todas as outras na mesma situação), ela não retroagiu, mas aplicou-se imediatamente, porque não me desapropriou, mas regulou um efeito da propriedade, por exemplo, a limitação de seu uso para um determinado fim.

Para estes, como a norma constitucional tinha eficácia limitada por muito tempo, o direito não podia ser exercido, apesar de existente. “A nova lei do aviso prévio proporcional não criou o direito, apenas o regulou, tornando possível o seu exercício.”<sup>6</sup> Seria aberrante e sem sentido quebrar o princípio da igualdade, privando o empregado mais antigo da vantagem instituída pela lei nova.

Em face desses argumentos, defende-se que não se trata de retroatividade da lei a contagem do tempo de serviço, mesmo que este seja anterior à vigência da Lei 12.506, de sorte que este tempo deve ser computado.

#### 2.1.2. Aplicação da nova lei aos contratos que estavam com o aviso prévio em curso

Quanto aos contratos de trabalho que já estavam com o aviso prévio em curso, a doutrina também se divide no tocante à retroatividade.

O Presidente da Força Sindical, Deputado Paulo Pereira da Silva, em uma entrevista dada à Folha de São Paulo afirma que:

Em função da prescrição bienal prevista no art. 7º, XXIX da Constituição Federal, a nova lei poderia retroagir nos casos em que o trabalhador tivesse sido dispensado até 2 anos antes da publicação

---

<sup>5</sup>BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, p.159.

<sup>6</sup>BUGADA, Alexis apud MALLETT, Estevão. **Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional**. São Paulo: Editora LTr, 2011, p. 1315.

da nova lei do aviso prévio proporcional por tempo de serviço, podendo este pleitear o tempo adicional de aviso prévio.<sup>7</sup>

Tal posicionamento, *data venia*, é equivocado, pois nesses casos em que o trabalhador já havia sido despedido trata-se de um ato jurídico perfeito, não podendo sofrer efeitos dessa nova lei, como determina a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI:

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

Além disso, o STF já se manifestou a respeito da retroatividade:

*“O facto, que passou, só é presente historicamente. A lei não vai ao passado.” (2º T., AI-AgR 86.005/SP, J. 30.3.82, Rel. Min. Firmino Paz, DJU 30.4.1982, P. 4.005).*

Sérgio Pinto Martins, por seu turno, posiciona-se de maneira distinta, defendendo que a nova lei não se aplica aos que estavam em cumprimento do aviso prévio, pois este instituto é regulado de acordo com a lei vigente na data da concessão. Em caso contrário, a aplicação da nova lei do aviso prévio seria retroativa.

O entendimento por último citado contempla os princípios constitucionais da segurança e da estabilidade jurídica, visto ser impossível a previsão dessa mudança pelas partes do contrato de trabalho. Assim, apesar de a lei nova só gerar efeitos nas relações em que o aviso prévio for concedido a partir de sua vigência, a contagem do período de tempo trabalhado se dará de forma integral, ou seja, será computado todo o período trabalhado, seja ele anterior à vigência da nova lei, seja posterior.

Foi nesse sentido que o Ministério do Trabalho e Emprego, por força do Memorando Circular 10/2011, nos itens 10 e 11, reafirmado pela Nota Técnica CGRT/SRT/MTE nº 184/2012, posicionou-se: *“Desta feita, segue-se a regra de que*

---

<sup>7</sup>FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha, ano 2011, 12 de outubro de 2011.

*é do recebimento da comunicação do aviso que se estabelece seus efeitos jurídicos”.*<sup>8</sup>

Porém, o AGU, através do Parecer n° 570/2011/CONJUR-TEM/CGU/AGU<sup>9</sup>, sustenta ser a proporcionalidade aplicável tanto aos avisos prévios em curso, quanto aos posteriores à data de publicação da nova lei. O sistema FIRJAN, que publicou uma cartilha na qual defende a mesma postura:

Em suma, a lei deve ser observada para as relações de trabalho em curso, ou quem cumpre aviso prévio neste momento, porque o contrato de trabalho ainda não foi extinto. Só não vale para quem já cumpriu o aviso, já tendo efetivamente deixado o emprego, com baixa na carteira de trabalho - CTPS.<sup>10</sup>

Para estipar qualquer dúvida a respeito do tema, o TST publicou uma súmula que determina que o aviso prévio proporcional só será aplicado nas rescisões contratuais ocorridas após a publicação da lei. In verbis:

**AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE.**

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei 12.506, em 13 de outubro de 2011.

## 2.2. O princípio da reciprocidade e o aviso prévio proporcional

O período compreendido pelo aviso prévio objetiva que a parte que não manifestou a vontade de rescindir o contrato adapte-se à nova realidade, evitando-

<sup>8</sup>BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Nota Técnica n° 184/2012**. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184\\_2012\\_CGRT.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf)>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

<sup>9</sup>BRASIL. Parecer n° 570/2011/CONJUR-TEM/CGU/AGU apud NAZARIO, Cesar 07 de maio de 2012. Aprovada Nova Técnica esclarecendo aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Disponível em: < [http://www.acinh.com.br/jurid\\_2152012\\_18146.asp](http://www.acinh.com.br/jurid_2152012_18146.asp)>. Acesso em 03 julho de 2012.

<sup>10</sup> RIO DE JANEIRO. Sistema FIRJAN. Cartilha Aviso Prévio Proporcional. Lei 12.506 de 13 outubro de 2011. Disponível em:

<

lhe, assim, maiores prejuízos. Como explicitado na introdução deste estudo, o aviso prévio é um instituto bilateral, sendo, dessa forma, direito tanto do empregado, quanto do empregador.

Apesar de não haver dúvidas a respeito do direito do empregador ao aviso prévio, muitos estudiosos do Direito do Trabalho questionam a extensão desse direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

A Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores - e só deles - em seu art. 7º, estabeleceu um limite mínimo de trinta dias para o aviso prévio. No entanto, a CLT já estabelecia, nos parágrafos primeiro e segundo do art. 487, que o direito ao aviso prévio também era assegurado ao empregador. Destarte, a interpretação conjunta desses diplomas normativos levou ao entendimento de que os dispositivos que previam, na Consolidação das Leis do Trabalho, prazos inferiores ao estabelecido pela Constituição, não foram recepcionados, ficando estabelecido o limite mínimo de trinta dias para o aviso prévio, fosse ele dado pelo empregador, fosse pelo empregado.

Contudo, a Constituição Federal também previu o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, que deveria ser regulamentado posteriormente por lei infraconstitucional. Essa lei, ao ser recentemente publicada, previu que o empregado será contemplado com o acréscimo de tempo ao aviso prévio, em virtude do tempo de serviço desempenhado em uma mesma empresa. Porém, nada falou sobre esse direito, no que tange ao empregador, como se pode observar:

**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.(grifo acrescido)*

Há quem sustente que, mesmo que a nova lei não incluía os empregadores em seu texto, o direito deve ser estendido a estes, em função do princípio da igualdade. Este argumento é fraco e falho, pois o conceito material do princípio da igualdade determina que os iguais sejam tratados de forma igual e os diferentes de

forma diferente, na medida de suas diferenças. Assim, a diversidade de tratamento serve, justamente, para reequilibrar as partes no plano material.

Nessa esteira, é de fácil percepção que é muito mais difícil para o empregado encontrar um novo emprego do que, para o empregador, encontrar nova mão de obra disponível. Ora, esta realidade fortalece ainda mais o entendimento segundo o qual o aviso prévio ao empregador é de trinta dias e o aviso prévio ao empregado é de trinta dias, mais o tempo referente aos anos já trabalhados na empresa. Trata-se de uma valorização da relação de trabalho duradoura e de um desestímulo à dispensa de empregados mais antigos.

Outro argumento de suma importância, nesse sentido, é a dificuldade que o empregado que recebesse uma proposta de emprego melhor teria para conseguir conciliar tal oportunidade com o cumprimento de um aviso prévio mais longo, que poderia chegar a noventa dias. Dificilmente o novo empregador aguardaria esse tempo, em virtude de o mercado ser muito dinâmico, e o empregado perderia tal oportunidade.

Insta salientar que, mesmo que o aviso prévio proporcional fosse dever do empregado, se este não o cumprisse, o desconto - método coibidor - referente ao período não cumprido limitar-se-ia ao valor de um mês de remuneração do empregado, como dispõe o art. 477, § 5º, da CLT, ou seja, o desconto limitar-se-ia ao tempo correspondente ao aviso prévio sem o acréscimo de dias referentes ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

**Art. 477.** *É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.*

**§5º.** *Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.*

O Relator do projeto na Câmara dos Deputados, Arnaldo Faria de Sá, afirmou, de forma incisiva, que:

Está explícito que o benefício só existe para o empregado demitido sem justa causa, e não para o empregador. O texto da lei é claro,

fala de aviso prévio aos empregados, fala de prestação de serviço. Quem presta serviço é o trabalhador, não a empresa.<sup>11</sup>

Nessa esteira dispôs a Memorando Circulado n° 10, de 2011, do Ministério do Trabalho e Emprego, que discorre sobre a possibilidade da aplicação do conteúdo da Lei 12.506/11 em benefício do empregador: “Nessa seara, salvo melhor juízo, não é possível a aplicação da proporcionalidade também em prol do empregador”.<sup>12</sup>

Ressalta-se que o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço está previsto no dispositivo constitucional que elenca direitos somente dos empregados, não dos empregadores. Ademais, a lei infraconstitucional regulamentadora seguiu esse mesmo sentido, beneficiando o empregado com o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e nada dispondo sobre o empregador, diferentemente do que fez a CLT.

Posto isto, conclui-se que o acréscimo do período de trinta dias do aviso prévio, em virtude do tempo de serviço trabalhado, trata-se de um direito exclusivo do trabalhador.

### 2.3. Extensão da nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

O aviso prévio é devido nos casos de dispensa sem justa causa nos contratos de trabalho de prazo indeterminado e nos pedidos de demissão, podendo, também, ser devido nos contratos de trabalho por prazo determinado, desde que estes contenham cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada.

Os contratos de trabalho dos empregados domésticos, dos avulsos e dos trabalhadores rurais são regidos de forma singular. Por se tratarem de relações diferenciadas, esses trabalhadores possuem leis próprias, sendo excluídos da regulamentação da CLT.

Por terem características distintas dos demais trabalhadores, há doutrinadores que defendem que a Lei 12.506/11 não deve ser aplicada aos

---

<sup>11</sup>SIQUEIRA, Carol. **Relator minimiza polemica sobre aviso prévio e diz que a lei é clara.** <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/203889-RELATOR-MINIMIZA-POLEMICA-SOBRE-AVISO-PREVIO-E-DIZ-QUE-A-LEI-E-CLARA.html>>. Acesso em 07 agosto em 2012.

<sup>12</sup>BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Memorando Circular 10/2011 de 27 de outubro de 2011.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/71147944/Memo-Circular-Aviso-Previo>>. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

empregados rurais, aos avulsos e aos domésticos, também porque a referida lei faz menção à CLT, mas nada fala sobre a Lei 5.889/73 (Lei dos Empregados Rurais), sobre o Decreto n° 90.927/85 (regula a atividade dos trabalhadores avulsos) e sobre a Lei 5.859/72 (Lei dos Trabalhadores Domésticos), como se pode verificar:

**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.*

Além disso, a Lei 12.506 determina expressamente que “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”. Fator que, para a mencionada corrente doutrinária, exclui, definitivamente, as vantagens trazidas pela nova lei ao empregado doméstico, visto que um dos requisitos para formação da relação empregatícia respectiva é a prestação de serviço, sem fins lucrativos, a uma pessoa ou família, em ambiente domiciliar.

Por derradeiro, os contrários à aplicação da nova lei aos empregados domésticos consideram impraticável um aviso prévio elástico neste caso, por se tratar de uma relação íntima e de muita confiança.

Apesar dos fortes argumentos supra apresentados, a Constituição Federal é bem clara ao elencar os direitos dos trabalhadores. Segundo a Carta Magna, todos os direitos elencados em seu art. 7º são extensivos aos trabalhadores rurais. Além disso, determina que os trabalhadores avulsos devem ser tratados de maneira isonômica em relação aos demais trabalhadores. E, por fim, estabelece que os direitos citados no parágrafo único do mesmo dispositivo serão estendidos aos empregados domésticos. Sendo assim, como o aviso prévio encontra-se entre os direitos que foram enumerados, será este de direito destes empregados.

Logo, torna-se inquestionável o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço também por parte desses trabalhadores. Senão, veja-se:

**Art.7º.** *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*  
**XXI** – *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;*



**XXXIV** – *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.*

**Parágrafo único.** *São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.*

O Memorando Circular n° 10/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego reafirmou esse posicionamento ao dispor que “*o dispositivo citado (art. 7º, XXI, da Constituição Federal) é voltado estritamente em benefício de todos os trabalhadores urbanos, rurais, avulsos e domésticos*”.<sup>13</sup>

Para finalizar, a Convenção n. 189 da OIT, editada em 16 de junho de 2011, buscou exatamente equiparar as condições de trabalho decente dos empregados domésticos às dos demais empregados, de sorte que seria uma retroação negar que esse novo direito tenha sido estendido a essa classe.

Dessa forma, enaltecendo o princípio da proteção no Direito do Trabalho e aplicando a supremacia da Constituição Federal, defende-se a aplicação da nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço aos trabalhadores domésticos, avulsos e rurais.

#### 2.4. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e reajuste salarial coletivo

Para evitar as dispensas nos períodos que antecedem os reajustamentos salariais coletivos, o art. 487, em seu § 6º, estabeleceu o seguinte:

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

**§6º.** *O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período de aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.*

No entanto, com a publicação da Lei 12.506/11, questiona-se se esse benefício adicional será devido também nos dias acrescidos ao aviso prévio, em decorrência da proporcionalidade ao tempo de serviço.

---

<sup>13</sup>BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. op. cit.

Não se vislumbra outra hipótese que não seja a aplicação dos reajustes salariais coletivos a todos os contratos, inclusive aos que desfrutarão de um acréscimo proporcional ao tempo trabalhado na empresa, podendo chegar a um aviso prévio de noventa dias.

Como bem sintetiza João Augusto da Palma:

Durante o período de aviso prévio todas as obrigações contratuais subsistem, sejam aquelas a cargo do empregado, sejam as do empregador, mesmo porque o vínculo continua íntegro, em vigor, apenas anunciado o seu término aproximadamente. (...) As mesmas obrigações e os mesmos direitos dos contratantes previstos para os 30 (trinta) dias iniciais do aviso prévio se conservam durante o período da proporcionalidade, que é mero prolongamento daqueles (parte nuclear do aviso prévio). Assim, ocorrerá com o salário e com todas as verbas incorporadas por ele, bem como todos os deveres de ambos que, quando violados, podem caracterizar as chamadas justas causas (art. 482 e 483 da CLT)<sup>14</sup>

#### 2.4.1. Indenização devida em virtude do art. 9º da Lei 7.238/84 e o novo aviso prévio

O art. 9º da Lei 7.238/84 prevê uma indenização devida ao trabalhador nos casos em que sua dispensa ocorrer nos trinta dias antecedentes à data de correção salarial. Assim dispõe:

**Art. 9º.** *O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.*

Insta salientar que, utilizando a mesma linha de raciocínio adotada para a aplicação do reajuste salarial, supra apresentados, a indenização prevista no art. 9º da Lei 7.238/84 também será devida nos casos em que ocorrer o aumento do período do aviso prévio em virtude do tempo de serviço do empregado e este período de aviso estiver compreendido no prazo de trinta dias anteriores à correção salarial.

Corroborando este posicionamento, manifestou-se o Ministério do Trabalho e Emprego, através da Nota Técnica nº 184/2012: “recaindo o término do aviso prévio

---

<sup>14</sup>PALMA, João Augusto da. **Como praticar os novos avisos prévios**. São Paulo: Editora LTr, 2011, p. 37/38.

proporcional nos trinta dias que antecedem a data base, faz jus o empregado despedido à indenização prevista na lei 7.238/84".<sup>15</sup>

## 2.5. Aplicação ou não das normas coletivas que já previam o aviso prévio de forma proporcional

As normas coletivas são fontes autônomas de direito que se caracterizam pela imediata participação dos destinatários principais (empregados e empregadores) das regras a serem produzidas, traduzindo um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade. Este tipo de norma, que compreende os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho, cria direitos, deveres e obrigações para toda uma categoria.

Com a demora do legislador em editar lei infraconstitucional que regulasse o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço previsto constitucionalmente, várias categorias valeram-se das negociações coletivas (art. 611 da CLT) para estabelecer acordos de vontades que permitiram a aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço às categorias beneficiárias dessas normas coletivas.

Porém, com a publicação da Lei 12.506/11, surgiu a seguinte questão: as empresas que já haviam firmado normas coletivas que elasteciam os avisos prévios poderiam compensar este direito, diante da nova lei?

Alguns doutrinadores são totalmente avessos a essa compensação, como explicita João Augusto da Palma:

Há trabalhadores que gozam do direito conquistado nas negociações coletivas, que lhes assegura mais tempo na duração do aviso prévio, que agora passa ser a parte fixa do aviso (parte nuclear). Certamente surgirá o argumento da possibilidade de compensação do excedente da parte nuclear, fixa, com acréscimo da proporcionalidade. Entretanto, consideramos prejudicial aos trabalhadores a prática da compensação com algo nem conhecido até então (que nem existia), salvo tenha havido expressa ressalva no momento da negociação. Na falta desta, a compensação não pode ser feita.<sup>16</sup>

Apesar de alguns entenderem não ser possível a compensação, em razão do princípio da proteção ao trabalhador, a maioria dos doutrinadores defende ser

---

<sup>15</sup>BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Nota Técnica n° 184/2012**. op.cit.

<sup>16</sup>PALMA, João Augusto da. Op. cit. p. 38.

possível essa compensação, pois seria inaceitável prejudicar empresas/sindicatos de empregadores que anteciparam um direito previsto constitucionalmente, beneficiando seus empregados.

Situações análogas a esta já ocorreram. O primeiro exemplo corresponde ao terço constitucional (art. 7º, XVII, da CF), que, ao ser instituído, já era pago por algumas empresas, apesar de ser nomeado de forma distinta. Nesse caso, foi estabelecida a OJ da SDI-1 – Transitória n. 50, para solucionar as controvérsias a respeito. Veja-se:

***Férias. Abono instituído por instrumento normativo e terço constitucional. Simultaneidade inviável (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 231 da SDI-1) – DJ 20.4.2005. O abono de férias decorrente de instrumento normativo e o abono de 1/3 (um terço) previsto no art. 7º, XVII, da CF/1988 têm idêntica natureza jurídica, destinação e finalidade, constituindo-se bis in idem seu pagamento simultâneo, sendo legítimo o direito do empregador de obter compensação de valores porventura pagos (ex-OJ n.231 da SBDI-1 – inserida em 20.6.01).***

Além do terço constitucional, há o precedente da gratificação de natal, que, apesar de já ser concedida por algumas empresas, só foi regulamentada pela Lei 4.090, de 1962. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal manteve a mesma postura, possibilitando a compensação:

***Súmula n. 145 (cancelada pela Res. N. 121, do TST – DJ 19.11.03, pelo seu desuso já que a lei é muito antiga) É compensável a gratificação de natal com a Lei n. 4.090, de 1962.***

Assim sendo, a mesma linha adotada pela Suprema Corte deve ser seguida em relação ao aviso prévio. Deve-se analisar o caso concreto, para que a situação mais benéfica seja aplicada ao empregado, mas é impossível cumular a norma coletiva com a nova lei do aviso prévio, em virtude de o ordenamento jurídico brasileiro adotar a Teoria do Conglobamento, segundo a qual deve-se analisar a norma de forma global.

2.6. Adaptação do art. 488 da CLT às novas normas do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

O art. 488 da CLT estabelece:

**Art. 488.** *O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral.*

**Parágrafo único.** *É facultado ao empregado trabalhar sem redução das duas horas diárias prevista neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo ao salário integral, por um dia, na hipótese do inciso I, e por sete dias corridos, na hipótese do inciso II do artigo 487 dessa Consolidação.*

No mesmo sentido, dispõe o art. 25 da Lei 5889/73, que regula o trabalho rural:

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

Diante da possibilidade de aumento do prazo do aviso prévio, trazida pela Lei 12.506/11, a redução da carga horária foi objeto de dúvidas, visto que a nova lei nada dispôs sobre o assunto.

A AGU publicou sua posição através do Parecer nº 570/2011/CONJUR-TEM/CGU/AGU, defendendo a revogação da aplicação do art. 488 para empregados com direito a aviso prévio superior a trinta dias. Já a Secretaria de Inspeção do Trabalho, através da Nota Técnica nº 35/2012/DMSC/GAB/SIT, defendeu que o trabalhador poderá fazer a opção que considerar mais favorável entre as oferecidas pelo parágrafo único do art. 488 da CLT, quando da hipótese do aviso prévio proporcional.

Porém, esses posicionamentos são isolados. A doutrina dividiu-se, de forma majoritária, em duas posições.

Uma parte dos doutrinadores defende que deve ser considerada a redução de duas horas por todo o período do aviso (podendo este chegar a noventa dias), pois a nova lei, em seu art. 1º, dispõe que estava regulando o Capítulo IV da CLT, no qual se encontra a norma que regulamenta tal liberação. Veja-se:

**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.*

Além disso, segundo esta corrente, o art. 488 deve ser aplicado ao período acrescido ao aviso proporcional ao tempo de serviço, ante a perfeita compatibilidade desta norma com a nova regra. Nesta linha, o dispositivo celetário não teria sido revogado e continuaria sendo aplicado em sua plenitude, mesmo com o acréscimo de tempo ao aviso prévio, proporcionado pela nova lei.

Seguindo esse raciocínio, nos casos de trabalhadores rurais será devido um dia de folga a cada semana a mais a que esses trabalhadores fizerem jus.

Entretanto, surge um problema ainda maior, segundo essa corrente que defende ser totalmente aplicável o art. 488, conjuntamente com a nova lei: como seria possível a aplicação da proporcionalidade, na hipótese de o empregado optar por ausentar-se do trabalho por dias corridos (parágrafo único do dispositivo supracitado), ao invés da liberação das horas diárias?

A saída encontrada por essa corrente foi a famosa regra de três, isto porque os sete dias mencionados representam a soma das duas horas diárias, em um mês de trabalho. Dessa forma, se o aviso prévio aumentar, conforme o tempo de casa do empregado, na mesma proporção aumentar-se-ão os dias em que poderá faltar. Assim:

30 dias ---- 7dias

90 dias ---- X

X = 21 dias

Uma segunda corrente defende que a redução da jornada ou o não comparecimento do empregado tem o escopo de permitir que este procure um novo emprego. E igual objetivo teve a nova lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. No entanto, não seria razoável a aplicação da norma contida no art. 488 de forma elastecida, pois tratar-se-ia de um ônus excessivo ao empregador. Nesse sentido dispõe o Sistema FIRJAN, ao afirmar que “permitir ao empregado se ausentar por 2 horas durante todo o aviso prévio, que pode chegar a 90 dias, representa um ônus manifestamente excessivo ao setor produtivo”.<sup>17</sup>

<sup>17</sup>RIO DE JANEIRO. Sistema FIRJAN. op.cit.

Insta salientar que o prazo do aviso prévio é diferente do prazo de liberação para procura de novo emprego, apesar de ambos terem a mesma função. Dessa forma, solução encontrada pelos defensores da não aplicação do art. 488 ao período adicional do aviso prévio proporcional foi a aplicação desse dispositivo aos últimos trinta dias do instituto, sendo facultado ao trabalhador faltar ao serviço por sete dias, assim como a um dia por semana, em se tratando de trabalhador rural.

Logo, conclui-se que a corrente acima é a mais plausível de ser aplicada, de sorte que a nova lei em nada alterou a aplicabilidade dos dispositivos que versam sobre a redução da jornada no período do aviso prévio, o que prestigia o princípio da razoabilidade.

## 2.7. Princípio da proporcionalidade e possibilidade de fracionamento do aviso prévio proporcional

O texto infraconstitucional não deixa claro se é necessário que o trabalhador complete o segundo ano de casa para ter o acréscimo de três dias ou se o acréscimo é devido a partir de completado o primeiro ano.

O MTE, através do Memorando Circular de 2011, havia afirmado que o acréscimo de que trata o parágrafo único da lei, somente será computado a partir do momento em que se configure uma relação contratual de dois anos ao mesmo empregador. Porém, em virtude do princípio da proteção, no desdobramento da norma mais favorável, mudou de posicionamento e, agora, defende, através da Nota Técnica n. 184/2012CGRT/SRT/TEM, que “o acréscimo de que trata o parágrafo único da lei, somente será computado a partir do momento em que se configure uma relação contratual que supere um ano de empresa”<sup>18</sup>.

Sendo assim, segue um quadro demonstrativo que demonstra quais são os prazos do aviso prévio proporcional ao tempo trabalhado em uma mesma empresa:

---

<sup>18</sup>BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. op. cit.

Tempo de Serviço (anos completos)	Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço (n° de dias)
0	30
1	33
2	36
3	39
4	42
5	45
6	48
7	51
8	54
9	57
10	60
11	63
12	66
13	69
14	72
15	75
16	78
17	81
18	84
19	87
20	90

É de suma importância lembrar que o período do aviso prévio faz parte do contrato de trabalho e deve ser computado para efeito de concessão de dias acrescidos ao aviso prévio proporcional, não configurando isto um *bis in idem*.

Apesar de o momento certo de início do acréscimo dos três dias correspondentes ao aviso prévio proporcional estar, de certa forma, pacificado na doutrina, ainda é nebulosa a questão que envolve o tempo do aviso prévio quando o contrato de trabalho tenha anos e meses, visto que a lei trabalhou apenas com a questão anual, desprezando o tempo inferior a um ano.



Apesar de a lei não ter considerado os períodos incompletos, há quem defenda que se faça uma interpretação analógica a institutos como férias e décimo terceiro salário, pois seria a interpretação mais benéfica ao trabalhador.

De acordo com o art. 478 da CLT, que estabelece a indenização que deixou de existir com o regime do FGTS:

**Art. 478.** *A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses.*

Apesar de essa indenização ter deixado de existir com o regime do FGTS, é possível verificar o raciocínio lógico e ponderado do legislador, ao considerar a fração igual ou superior a seis meses como ano para efeito de cálculo.

Na mesma toada, o instituto das férias, conforme reza o parágrafo único do art. 146 da CLT:

**Art. 146.** *Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja sua causa, será devido ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.*

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

Assim sendo, para os que sustentam que a interpretação não deve se ater à gramática, mas, sim, ser feita de modo teleológico, articulando-se um raciocínio analógico, o período igual ou maior que seis meses trabalhados daria ao trabalhador o direito aos dias referentes a mais um ano completo, pois seria irrazoável não conceder um acréscimo ao empregado que trabalhou, por exemplo, dois anos e onze meses.

Uma corrente mais ponderada defende a aplicação da regra de três, para que não se despreze a fração trabalhada inferior a um ano. A cada quatro meses trabalhados, seria devido mais um dia de acréscimo ao aviso prévio, visto que a cada ano (doze meses) são devidos três dias. Outra alternativa seria a realização do fracionamento em porções menores, como dias. Exemplificando:

365 dias ---- 3 dias

205 dias ----X

X = 1,68. Logo, acresce-se mais 2 dias.

Entretanto, a corrente majoritária defende ser impossível esse arredondamento ou fracionamento. Nesse diapasão posiciona-se a FIESP, defendendo que os três dias de acréscimo só devem ser contabilizados no aviso prévio a cada ano completo de trabalho.

Para essa corrente, nos casos de férias e décimo terceiro, a proporcionalidade é prevista nas leis (art. 146, parágrafo único, da CLT, Lei n. 4090/62, art. 1º, § 2º, e art. 478 da CLT), diferentemente do que se passa com o aviso prévio.

Os defensores da vedação da proporcionalidade defendem que a analogia deve ser usada para suprir omissões, mas não pode ser usada quando há disposição expressa na lei, como no caso. Se assim não fosse, todos os institutos poderiam ser flexibilizados pela analogia, o que ameaçaria a segurança jurídica.

Insta salientar a oportuna contribuição de Guilherme Guimarães Ludwig:

A presunção da legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos e responsáveis pela produção da norma não autoriza concluir, *prima facie*, pela existência de omissão a justificar a aplicação, por analogia, do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, alterando-se, pela via interpretativa, o próprio teor e o conteúdo normativo.<sup>19</sup>

No mesmo sentido, o entendimento da FIRJAN:

A nova lei usa claramente a expressão 'por ano de serviço'. Aquele que trabalhou por dois anos e dez meses, por exemplo, terá direito a apenas mais três dias adicionais, correspondentes ao ano adicional efetivamente completo em serviço. Os meses excedentes devem ser desconsiderados.<sup>20</sup>

Dito isso, é inegável que o benefício do fracionamento ou arredondamento dos meses de trabalho deve ser desconsiderado para fins do aviso prévio proporcional, nada impedindo, contudo, que a matéria venha a ser disciplinada de forma diversa (mais benéfica) por normas coletivas.

<sup>19</sup>LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Revista LTr**. vol. 76. n. 01. São Paulo: Editora LTr, jan.2012, p.71

<sup>20</sup>RIO DE JANEIRO. Sistema FIRJAN. op.cit.

## 2.8. O impasse do novo emprego e a anotação da CTPS

Dispõe a OJ 82 da SDI-1 do TST:

**OJ n. 82 da SDI-1 do TST. Aviso Prévio. Baixa na CTPS.** A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

De acordo com a Orientação Jurisprudencial sobredita, mesmo nos casos de aviso prévio indenizado, a projeção do aviso repercute no termo final do contrato laboral.

O intuito do Tribunal Superior do Trabalho, como de costume, foi proteger o empregado. Porém, essa situação já trazia impasses, os quais foram agravados com o elástico do tempo do aviso prévio.

Nos casos de aviso prévio indenizado, ou seja, aquele em que o empregado tem o desligamento imediato, com o recebimento do valor referente ao aviso, poderá o trabalhador vir a ser prejudicado, pois, caso consiga um novo emprego durante o período correspondente à projeção ficta do aviso prévio indenizado, haverá um conflito entre a data da dispensa anotada na CTPS e a data da admissão no novo emprego.

Outro aspecto que poderá trazer resultados negativos para o trabalhador diz respeito ao adiamento do requerimento do seguro-desemprego, pois o empregado tem que aguardar a data do término da projeção fictícia do aviso prévio indenizado para preencher os requisitos necessários à concessão do seguro-desemprego.

A Instrução Normativa SRT 15/2010, em seu art. 17, incisos I e II, recomendou que o último dia da data projetada do aviso prévio indenizado seja anotado na página relativa ao contrato de trabalho e que o último dia efetivamente trabalhado seja anotado nas anotações gerais da CTPS. Porém, tais recomendações não solucionaram o impasse, que foi maximizado com o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Esse ponto, que já era considerado crítico antes da Lei 12.505/2011, deve ser objeto de estudo e controle pelo Poder Judiciário, para que a melhor solução seja estabelecida, visando, sempre, a favorecer ao empregado, que busca um novo emprego e o benefício do salário-desemprego, assim como ao empregador, que

pode economizar, no tocante às verbas rescisórias, caso o empregado consiga uma nova colocação no mercado.

## CONCLUSÃO

Uma nova lei sempre comporta interpretações distintas entre os operadores do Direito. A lei é um comando feito em abstrato, que, ao ser aplicado aos casos concretos, gera dúvidas e impasses. Dessa forma, discussões e opiniões diversas sobre o tema compõem um processo natural, que acontece quando uma nova lei, com novos posicionamentos e regras, é inserida num ordenamento jurídico já consolidado. Este processo é salutar para a consolidação de um entendimento sólido a respeito do direito posto.

Apesar da demora legislativa, a Lei 12.506 é dotada de incrível simplicidade, o que favorece ainda mais o surgimento de inúmeras questões, como as supradescritas, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência saná-las.

Este trabalho identificou alguns pontos que, após a publicação da lei, tornaram-se controversos. Porém, não será capaz de esgotar o assunto, servindo apenas como auxiliar na reflexão sobre essas diversas questões e objetivando a adoção de uma postura mais adequada e justa, de acordo com uma análise teleológica das normas brasileiras.

Há quem defenda que essas novas regras favorecerão os empregos informais, pois os novos encargos implementados aumentarão os custos com o empregado, o que gerará um ônus excessivo, que não será suportado pelas empresas ou pelos empregadores pessoas físicas.

Entretanto, o estudo empreendido conduziu à conclusão de que a nova lei consiste numa tentativa de equilíbrio entre a dispensa e a permanência no emprego, regulamentando o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Além disso, os custos decorrentes do aumento do aviso prévio podem ser suprimidos nos casos de aviso prévio trabalhado.

Nessa esteira, é razoável concluir que os trabalhadores que serão beneficiados pela nova lei serão aqueles que desempenharem suas atividades durante anos ininterruptos em uma mesma empresa. Portanto, os beneficiários serão os empregados mais antigos, que permanecerem no emprego por mais tempo, certamente por realizarem suas funções de forma adequada e satisfatória.

Enfim, as vantagens não serão adquiridas de forma instantânea. Serão conquistadas durante o tempo, com a continuidade do contrato de trabalho.

Outro pondo de fundamental importância é o raciocínio lógico de que um empregado com vinte anos de empresa possui, certamente, uma idade mais avançada e, conseqüentemente, maior dificuldade para o seu reposicionamento no mercado de trabalho. Sendo assim, precisa de um maior período para conseguir um novo emprego ou para se adaptar ao desemprego.

Existem países que utilizam os critérios conjugados de tempo de emprego e idade do trabalhador. A Alemanha, por exemplo, articula esses dois critérios, de modo que, quanto maior a antiguidade e a idade, maior será o aviso prévio, podendo atingir até três meses nos casos de empregados com cinquenta e cinco anos de idade ou mais e vinte anos ou mais de empresa. A República Tcheca segue essa mesma linha.

França, Argentina e Portugal, apesar de não conjugarem os critérios de idade do trabalhador e tempo de emprego, também estabelecem o aviso prévio de forma proporcional ao tempo de serviço numa mesma empresa.

Enfim, é de fácil percepção que a linha seguida pelo legislador brasileiro, ao regular o aviso proporcional ao tempo de serviço, é a mais acertada e está em consonância com as orientações da Organização Internacional do Trabalho.

Apesar de a Lei 12.506/11 ser alvo de muitas críticas, foi instrumento adequado segundo Paulo Renato Fernandes Silva:

Regime de freio e contrapesos adotados pela Carta Magna, buscando o equilíbrio de diversos segmentos da sociedade brasileira, como se pode depreender do art. 1º, IV, quando compila que constitui fundamento da República a valorização do trabalho e da livre iniciativa. Se por um lado a Constituição Federal, como regra, permite a livre denúncia (livre demissão do empregado, sem justa causa) do contrato de trabalho pela empresa, sem necessidade de justificar o ato, por outro ângulo, cria um mecanismo que garante ao trabalhador um tempo razoável para se preparar para o desemprego (ou conseguir novo emprego), que em muitos casos se apresenta como ato sumário e imediato.<sup>21</sup>

Em sintonia com o que foi exposto, a lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço não consiste em uma mera medida do legislador, mas resulta na efetivação de um direito constitucional. Cabe, agora, ao Poder Judiciário, findar com as controvérsias advindas dessa nova lei.

---

<sup>21</sup>SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: Editora LTr, 2012, p.14.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Memorando Circular 10/2011 de 27 de outubro de 2011**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/71147944/Memorando-Circular-Aviso-Previo>>. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

BRASIL. Parecer n° 570/2011/CONJUR-TEM/CGU/AGU apud NAZARIO, Cesar. 07 de maio de 2012. **Aprovada nova técnica esclarecendo aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço**. Disponível em: <[http://www.acinh.com.br/jurid\\_2152012\\_18146.asp](http://www.acinh.com.br/jurid_2152012_18146.asp)>. Acesso em 03 julho de 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 37. ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2007.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Revista LTr**. vol. 76. n. 01. São Paulo: Editora LTr, jan.2012.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. **Nota Técnica n° 184/2012**. Disponível em:<[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184\\_2012\\_CGRT.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf)>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PALMA, João Augusto da. **Como praticar os novos avisos prévios**. São Paulo: Editora LTr, 2011.

RIO DE JANEIRO. Sistema FIRJAN. **Cartilha Aviso Prévio Proporcional**. Lei 12.506 de 13, outubro de 2011. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:b3SSX\\_kROTAJ:www.firjan.org.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D2C908CEC334707DE01334A4FE8B8792B+A+nova+lei+usa+claramente+a+express%C3%A3o+%E2%80%98por+ano+de+servi%C3%A7o%E2%80%99.+Aquele+que+trabalhou+por+dois+anos+e+dez+meses,+por+exemplo,+ter%C3%A1+direito+a+apenas+mais+tr%C3%AA+dias+adicionais,+correspondentes+ao+ano+adicional+efetivamente+completo+em+servi%C3%A7o.+Os+meses+excedentes+devem+ser+desconsiderados.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsgrc2Y3Ei4gQZSR933xvms3bm88gwM5c87mSl1DKYHmQa4bqLR8f71hOdMhw3Lv1yPzrDQhtU2x6f5QR15UbTxbdVLopKF8WErg-c3zQFX-\\_N6i3c7OS-WubQTqCQXZAfO06x8R&sig=AHIEtbQyEb3DMnprgDk1dao3s2YPLywPRg](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:b3SSX_kROTAJ:www.firjan.org.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D2C908CEC334707DE01334A4FE8B8792B+A+nova+lei+usa+claramente+a+express%C3%A3o+%E2%80%98por+ano+de+servi%C3%A7o%E2%80%99.+Aquele+que+trabalhou+por+dois+anos+e+dez+meses,+por+exemplo,+ter%C3%A1+direito+a+apenas+mais+tr%C3%AA+dias+adicionais,+correspondentes+ao+ano+adicional+efetivamente+completo+em+servi%C3%A7o.+Os+meses+excedentes+devem+ser+desconsiderados.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsgrc2Y3Ei4gQZSR933xvms3bm88gwM5c87mSl1DKYHmQa4bqLR8f71hOdMhw3Lv1yPzrDQhtU2x6f5QR15UbTxbdVLopKF8WErg-c3zQFX-_N6i3c7OS-WubQTqCQXZAfO06x8R&sig=AHIEtbQyEb3DMnprgDk1dao3s2YPLywPRg)>. Acesso em 03 de julho de 2012.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: Editora LTr, 2012.

SIQUEIRA, Carol. **Relator minimiza polemica sobre aviso prévio e diz que a lei é clara**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/203889-RELATOR-MINIMIZA-POLEMICA-SOBRE-AVISO-PREVIO-E-DIZ-QUE-A-LEI-E-CLARA.html>>. Acesso em 07 agosto em 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 396**. Relator Ministro Francisco Rezek. Órgão Julgador Pleno. Distrito Federal. Data de Julgamento 18 de agosto de 1992.