

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO PESQUISA E EXTENSÃO – DIREITO
DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO – T 6**

O AVISO-PRÉVIO E A LEI Nº 12.506/2011

Mônica Moreno de Amorim

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO PESQUISA E EXTENSÃO – DIREITO
DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO – T 6**

O AVISO-PRÉVIO E A LEI Nº 12.506/2011

Mônica Moreno de Amorim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob a orientação do Prof. Hélio Augusto Pedroso Cavalcanti.

Presidente Prudente/SP
2015

O AVISO-PRÉVIO E A LEI Nº 12.506/2011

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho

Hélio Augusto Pedroso Cavalcanti
Orientador

Fernando Batistuzo Gurgel Martins
Examinador

Guilherme Prado Bohac de Haro
Examinador

Presidente Prudente, 10 de fevereiro de 2015

A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf Von Ihering

AGRADECIMENTOS

Deixo registrado meus sinceros agradecimentos a todos que participaram da elaboração deste trabalho.

Sobretudo, agradeço a Deus, que se faz presente em minha vida a todo o momento, direcionando meus passos e dando-me o suporte necessário para seguir em frente.

Ao meu esposo e meus pais, que tanto me compreendem, se ocupam com meu futuro e se alegram com minhas conquistas.

Ao Dr. Helio, ilustre orientador, pelo apoio, instrução e ajuda sem a qual não seria possível concluir este trabalho com êxito.

RESUMO

A legislação trabalhista está em constante evolução a fim de dar maior respaldo a empregados e empregadores, buscando aprimorar o direito para que esta relação seja cada vez mais equilibrada. O trabalho em tela teve como objetivo a análise das mudanças no ordenamento jurídico após o advento da Lei nº 12.506/2011, que previu a regulamentação do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, trazendo a figura do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Para este estudo, foi necessário primeiramente tecer uma prévia abordagem do período histórico que antecedeu a criação deste instituto, objetivando a compreensão do contexto em que foi criado para que então, seja possível compreender sob quais circunstâncias a nova lei foi criada. No transcurso do Trabalho, foram abordadas as mudanças na aplicação do aviso-prévio, em consonância com a legislação trabalhista vigente, expondo ainda conceitos de diversos institutos que englobam a matéria, com a finalidade de melhor compreendê-los. A base do desenvolvimento deste trabalho é o estudo das mudanças ocasionadas pela nova lei, e a melhor maneira de aplicá-las, tendo como ponto central a correta contagem do tempo para a aplicação da proporcionalidade do pré-aviso. A pesquisa está focada na importância de conhecer a nova legislação, e qual a correta maneira de se aplicar as novas disposições legais, para que um posicionamento seja firmado frente às dúvidas deixadas quanto a utilização do novo preceito legal.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Aviso-Prévio. Lei 12.506/2011. Prazos. Irretroatividade.

ABSTRACT

Labor law is constantly evolving in order to give greater support to employees and employers, seeking to improve the law so that the relationship is becoming more balanced. This study aimed to analyze the changes in the law after the enactment of Law No. 12.506/2011, which provided for the regulation of Article 7, paragraph XXI of the Federal Constitution, bringing the figure of the notice proportional to length of service. For this study, it was first necessary to make an approach of the historical period that preceded the creation of this institute, aiming to understand the context in which it was created so that then you can understand under what circumstances the new law was created. In the course of work, were addressed changes in the application of notice, in line with the current labor laws, still debating concepts of various institutes that comprise the matter, in order to better understand them. The basis of the development of this work is the study of changes brought about by the new law, and the best way to apply them, the central point is the correct count of time for the application of proportionality of the notice. The research is focused on the importance of knowing the new legislation, and what is the correct way to apply the new laws, for a position to be formed against the remaining questions on the use of this new legal provision.

Keywords: Labor Law. Notice. Law 12.506/2011. Deadlines. Retroactivity.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| | |
| 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO AVISO-PRÉVIO | 10 |
| 2.1 Origens..... | 10 |
| 2.2 Etimologia e Denominação..... | 14 |
| | |
| 3 DO AVISO-PRÉVIO E A LEI Nº 12.506/2011 | 16 |
| 3.1 Conceito e Natureza Jurídica | 16 |
| 3.2 Do Cabimento do Aviso-Prévio | 20 |
| 3.2.1 Formalidades..... | 21 |
| 3.2.2 Categoria de Trabalhadores Abrangida | 23 |
| 3.2.3 Aviso-Prévio e as Espécies de Contrato de Trabalho | 24 |
| 3.3 As Partes do Contrato de Trabalho e o Aviso-Prévio | 25 |
| 3.3.1 Reciprocidade | 25 |
| 3.3.2 Aviso-Prévio do Empregador..... | 28 |
| 3.3.3 Aviso-Prévio na Cessação da Atividade da Empresa e na Falência | 31 |
| 3.3.4 Aviso-Prévio do Empregado..... | 30 |
| 3.4 Contagem dos Prazos | 36 |
| 3.5 A Irretroatividade da Lei 12.506/2011 | 43 |
| | |
| 4 EFEITOS E PECULIARIDADES DO AVISO-PRÉVIO | 46 |
| 4.1 A Integração do Tempo de Serviço Para Todos os Efeitos..... | 46 |
| 4.2 Base Para o Pagamento do Aviso-Prévio | 49 |
| 4.3 Aviso-Prévio e o Reajuste Salarial Anual | 51 |
| 4.4 Redução da Jornada | 52 |
| 4.6 Aviso-Prévio Cumprido em Casa | 56 |
| 4.7 Retratação do Aviso-Prévio..... | 58 |
| 4.8 Suspensão ou Interrupção do Contrato de Trabalho..... | 60 |
| | |
| 5 CONCLUSÃO | 62 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 64 |

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, este trabalho aborda a evolução história do instituto do aviso-prévio, tendo em vista que o direito do trabalho está em constante evolução e, por isso, desde os primórdios das relações de trabalho já havia a necessidade de regulamentar situações ainda não previstas em lei, a fim de que houvesse um melhor planejamento das partes envolvidas.

A legislação sempre buscou aperfeiçoar a interação entre trabalhador e empregador, surgindo institutos inovadores, a exemplo do aviso-prévio, que trouxe segurança e estabilidade para ambos, pois, a partir de então, tornou-se possível encerrar um contrato sem surpresas e contratempos.

A partir do ano de 1988 com a promulgação da nova Constituição Federal, o pré-aviso passa a ser uma garantia Constitucional.

Mesmo sendo amplamente utilizado e contando com um prazo mínimo de trinta dias, ainda carecia de regulamentação para que a proporcionalidade prevista pela Carta Magna fosse aplicada.

Neste contexto, surge a Lei 12.506 de 11 de outubro de 2011, que regulamentou as lacunas deixadas pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, que dispunha sobre a necessidade de lei regulamentadora para a aplicação do aviso-prévio proporcional.

Ocorre que, com as mudanças na aplicação deste instituto tão utilizado, nascem dúvidas nos operadores do direito quanto a sua aplicabilidade.

O trabalho foi desenvolvido valendo-se dos métodos histórico e dedutivo, onde, primordialmente, se buscou analisar as características do aviso-prévio, a fim de chegar a uma posição quanto à correta aplicação das novas disposições legais.

Uma das principais questões a ser analisada diz respeito à contagem dos prazos, visto que, de acordo com a nova legislação, serão acrescidos três dias a cada ano de trabalho, somando sessenta dias de acréscimo pela proporcionalidade, podendo atingir no máximo noventa dias no total.

Importante também destacar a irretroatividade desta lei que, via de regra, não poderá atingir as dispensas ocorridas antes da sua vigência, pois, no

Brasil o efeito jurídico das leis é estritamente imediato, todavia, neste caso, serão explanadas possíveis exceções.

Por fim, é feita uma análise de todas as peculiaridades que envolvem este instituto, tais como a correta contagem para datar a efetiva rescisão do contrato, a redução da jornada durante o período, a possibilidade de haver a reconsideração do pré-aviso, dentre outros, possibilitando uma maior compreensão sobre o tema.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO AVISO-PRÉVIO

Para melhor compreensão do tema, se faz necessário uma breve análise do período histórico que antecedeu a inserção do aviso-prévio na legislação trabalhista.

2.1 Origens

A cristalina necessidade das partes tomarem conhecimento prévio de que o contrato de trabalho não mais seria mantido é, sem sombra de dúvidas, o que ensejou o nascimento deste instituto.

Todavia, fica esclarecido na que, “as origens da instituição do aviso-prévio são encontradas no direito comum” (NASCIMENTO, 2012a, p.1189). Desta feita, resta a análise histórica deste instituto restrita ao estudo das primeiras legislações que abordavam o tema.

Apesar de não ter início no Direito do Trabalho, toda a legislação que precedeu o aviso-prévio trabalhista serviu como parâmetro para que posteriormente esta evolução refletisse neste ramo.

Por isso “o aviso-prévio, ao contrário do que se possa aparentar aos menos advertidos, não tem origem Trabalhista, embora se haja adaptado de modo muito perfeito a relação individual do trabalho” (RIBEIRO, 1995, p.109).

A primeira legislação acerca do assunto foi encontrada no Código Comercial de 1850, em seu artigo 81, que ensinava:

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

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

Desta feita, observa-se que requisitos tais como a necessidade de notificação da parte contrária, bem como prazo já estipulado e a reciprocidade no

aviso-prévio, sendo aplicável tanto ao empregado como ao empregador, já estavam presentes.

No ano de 1916 surge o Código Civil e, com ele, novas disposições sobre o aviso-prévio. A legislação trazia em seu artigo 1221 a seguinte premissa:

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

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso:

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

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

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

Do texto legal extrai-se que apesar da previsão de prazos diferenciados para a comunicação, o aviso-prévio ainda carecia de melhorias, tendo em vista que não se falava em pagamento neste período.

A legislação cível também continuou a evoluir e em 2002 nasce o novo Código Civil, que trouxe em seu artigo 599 os mesmos preceitos do artigo 1.221 do código de 1916, tratando-se agora não mais de locação de serviços, e sim de uma forma de resolução de contrato de prestação de serviços, visto que estava inserido em capítulo próprio.

No ano de 1923, nasce a necessidade de regulamentação da chamada “locação dos serviços domésticos” que foi feita através do Decreto nº 16.107 de 30 de julho do citado ano.

Já adentrando ao âmbito trabalhista, o artigo 22 do decreto afirmava que qualquer das partes do contrato poderia rescindi-lo mediante a utilização dos prazos legais do aviso-prévio.

Finalmente o ramo do Direito do Trabalho foi contemplado com a previsão deste instituto quando da elaboração da Lei nº 62 de 5 de julho de 1935, cujo texto legal do artigo 6º afirmava:

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

Neste período, o aviso-prévio era devido apenas ao empregador, e trazia o prazo mínimo de trinta dias, estipulando ainda um desconto do salário caso a regra não fosse cumprida.

Com a vigência da Consolidação das leis do Trabalho, aprovada através do Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, o aviso-prévio passou a ser regulamentado em capítulo próprio, dos artigos 487 a 491, gozando de uma regulamentação mais extensa.

Mesmo com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, a legislação infraconstitucional continuou a trazer melhorias ao instituto, a exemplo da Lei nº 1.530, de 26 de dezembro de 1951, que retirou da legislação a previsão do aviso-prévio com prazo de apenas três dias, fazendo com que o tempo de serviço do trabalhador passasse a ser considerado e assim o prazo pudesse chegar a trinta dias.

Tem se também o exemplo da Lei nº 4.886/65, que trouxe melhorias em seu artigo 34 dispondo “que o aviso-prévio no contrato de representação comercial só é devido nos contratos de prazo indeterminado após seis meses” (MARTINS, 2013, p.430).

Com a promulgação do novo texto constitucional de 1988, o aviso-prévio passa a ser uma garantia constitucional, visto que está inserido na Carta Magna em seu artigo 7º, inciso XXI, prevendo o “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Desta feita, o legislador constituinte deixa nítida sua pretensão de zelar pela liberdade de contratar, bem como a liberdade de trabalho, inserindo o aviso-prévio como um direito social.

Contudo, a norma constitucional deixou que o aviso-prévio proporcional carecesse de regulamentação infraconstitucional por lei ordinária, pois se trata de uma norma de eficácia limitada.

Sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, ensina Pedro Lenza (2013, p.236):

São aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional, ou até mesmo de integração por meio de emenda

constitucional [...]. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Assim, durante anos esta disposição constitucional careceu de uma regulamentação para que tivesse plena eficácia e aplicabilidade, e mesmo diante deste cenário o legislador ordinário ficou-se omissa por um longo período.

Já nos anos subsequentes a promulgação do texto Constitucional foram apresentados diversos projetos legislativos que visavam tratar da matéria da proporcionalidade, dentre eles, o do Senador Carlos Chiarelli.

Explica João Augusto da Palma (2011, p. 29):

O projeto de Lei n. 3.941/1989, de Chiarelli, foi aprovado no Senado (1989) chegando a Câmara dos Deputados, e após pareceres das comissões técnicas (até com alguns votos contrários) ficou aguardando inclusão na ordem do dia para votação pelo Plenário por cerca de 15 anos e 10 meses (de 14.9.1995 a 5.7.2011) quando, então, voltou a ter tramitação a pedido dos Deputados Paes Landim e Duarte Nogueira, este último forçando a votação com “urgência – urgentíssima”, em turno único, obtendo finalmente, aprovação após acordo com os empresários e centrais sindicais.

O caráter de urgência deste projeto de lei foi motivado por ações que já estavam em tramite no Supremo Tribunal Federal, cujos autores eram ex-funcionários da Vale do Rio Doce que, após prestarem serviços por longos anos foram dispensados e tinham, com as demandas judiciais, o intuito de forçar o legislativo a trazer as disposições necessárias para que lhes fosse aplicada a proporcionalidade do aviso-prévio.

Já no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, “[...] no curso do julgamento de vários Mandados de Injunção reunidos (MI n. 943, 1011, 1074 e 1090) sinalizou na direção de que iria reconhecer a grave e demorada omissão legislativa (art. 102, I, “q”, CF/88) e regular imediatamente a proporcionalidade”. (DELGADO, 2014, p.1248).

Desta feita, após 23 anos da promulgação da Carta Magna, o arcabouço jurídico do direito do trabalho finalmente viu a norma do artigo 7º, inciso XXI, ser regulamentada com a edição da Lei 12.506 de 11 de outubro do referido ano.

A promulgação da lei se deu após o julgamento coletivo das ações em tramite, em julho de 2011, que reforçou o direito dos trabalhadores ao aviso-prévio

proporcional, declarando que a sua não regulamentação era reflexo da omissão do Congresso Nacional frente ao tema.

Não obstante sua regulamentação tenha acontecido, grande celeuma ainda há quanto à correta aplicação deste instituto em razão das lacunas deixadas por sua regulamentação legal.

Explica Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1241):

O aviso-prévio é um instituto provindo do campo civil e comercial do Direito, inerente aos contratos de duração indeterminada que permitam sua terminação pelo simples exercício da vontade unilateral das partes; o pré-aviso desponta, nesses casos, como mecanismo atenuador do impacto da rescisão, conferindo ao contratante surpreendido certo prazo para se ajustar ao término do vínculo.

O instituto foi incorporado pelo Direito do Trabalho, em especial para as situações de rescisão do contrato empregatício por iniciativa do empregador ou do empregado; posteriormente, teve sua abrangência ampliada em face de certa avaliação de equidade, atingindo, deste modo, a situação de resolução culposa do contrato em decorrência de infração do empregador.

Por fim, é possível constatar que o direito sempre evoluiu em conjunto com a sociedade e suas necessidades, e um dos reflexos desta evolução pode ser auferido quando da análise do aviso-prévio, criado para que haja igualdade entre as partes quando da rescisão do contrato.

2.2 Etimologia e Denominação

A análise etimológica da palavra consiste em trazer a origem de uma palavra em consonância com seu processo evolutivo.

Sobre o tema, ensina Sérgio Pinto Martins (2013, p. 431):

A palavra *aviso* é derivada de *avisar*. *Aviso* vem do latim *video, vide, videre, vidi, visum*, que é originário de *ver*. Posteriormente, foi estendido para averiguar, perceber, conhecer. Quem vê, conhece o eu foi visto. Em francês há a palavra *aviser*, com o significado de advertir, informar alguém de algo, aperceber-se. *Aviso* é aquilo que está ao alcance dos olhos.

Desta feita, o aviso é uma advertência, uma notificação. Já a expressão prévia indica algo anterior, já que o aviso é dado com antecedência, ou seja, de forma antecipada a dispensa.

Sobre a denominação, erro muito comum, porém inaceitável, é a troca da palavra “prévio” por “breve”.

Como já explanado, ser dado de forma prévia, antecedente, não significa que o pré-aviso seja breve, de maneira a tornar-se, curto, pequeno.

3 DO AVISO-PRÉVIO E A LEI Nº 12.506/2011

A fim de que haja uma análise mais profunda do instituto estudado no presente trabalho, é necessário tecer considerações a seu respeito, destacando suas principais características e examinando a sua aplicação.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

A princípio, é imperativo trazer conceitos de doutrinadores renomados visando a melhor compreensão do tema. Ensina Sérgio Pinto Martins (2013, p. 431):

Aviso-prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer a outra de quem pretende rescindir o referido pacto sem justa causa de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar a indenização substitutiva.

Pelo conceito explanado, extrai-se que sua natureza jurídica compreende a comunicação das partes na ausência de interesse em dar continuidade ao contrato de trabalho.

Entende-se que “é na busca da essência da norma jurídica que se vai mostrar o que o instituto é, e a que se destinará no direito positivo” (RIBEIRO, 1995, p.84). Por isso, é preciso conhecer e explicar a figura estudada da maneira mais clara possível.

Neste contexto, de acordo com Carla Tereza Martins Romar (2013, p. 446):

Aviso-prévio é a notificação dada por uma das partes do contrato de trabalho à outra parte, comunicando sua intenção de rescindir o contrato, sem justa causa.

Trata-se de instituto típico dos contratos por prazo indeterminado e tem por finalidade evitar a surpresa da ruptura abrupta do contrato de trabalho.

A questão do prazo previsto em lei, trazido pelo conceito, também remete a uma análise da natureza jurídica, porém sob a ótica da necessidade de um

período mínimo que possibilite as partes organizar-se, de modo a procurar um novo emprego, ou no caso do empregador, buscar de um novo funcionário para exercer suas funções.

Já na visão de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1241):

Aviso-prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso. (grifo nosso)

Por fim, afirma-se que o pagamento correspondente será efetuado como forma de remunerar o último mês do contrato de trabalho, ou a título de indenização pelo período que não foi trabalhado.

Sobre a forma como o pagamento deve ser efetuado caso haja uma ruptura abrupta do contrato, com escopo no artigo 487, parágrafo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho é possível afirmar que, será “paga a quantia substitutiva e dispensado o empregado de cumprir o tempo que corresponderia ao aviso-prévio se tivesse de prestá-lo no serviço, esse tempo é, da mesma forma, mesmo sem a prestação do serviço, contado como efetivo tempo de trabalho” (NASCIMENTO, 2012b, p.434).

Desta forma, é possível concluir que a natureza multidimensional a que se refere o texto alhures compreende todos os elementos já explanados, quais sejam: a combinação da comunicação, com o prazo devido e o pagamento.

Amauri Mascaro Nascimento, em Curso do Direito do Trabalho (2012, p.1189), enriquece o estudo do tema trazendo um amplo conceito que permite ressaltar todas as suas características:

É a denúncia do contrato por prazo indeterminado, objetivando fixar o seu termo final [...].

Assim, aviso-prévio é ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação deste propósito, mas também é denominado aviso-prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término de sua duração, como, ainda, aviso-prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos a falta de cumprimento em tempo deste prazo.

Assim, vê-se um instituto bastante amplo, marcado por sua bilateralidade, ou seja, é um direito recíproco, onde parte interessada em finalizar o contrato de trabalho tem liberdade para assim fazer, desde que manifeste esta vontade com antecedência, e respeite seu cabimento, forma, e prazos que serão oportunamente detalhados.

Não é necessário que haja a anuência da outra parte uma vez que, a livre manifestação da vontade esta abarcada por este direito.

Contudo, o objetivo do instituto é trazer ao conhecimento da parte contrária o termino do contrato com a antecedência necessária, de modo a não causar prejuízos.

Ensina Arnaldo Süssekind (2010, p.365):

O aviso prévio tem, portanto, natureza jurídica potestativa e receptiva, gerando seus efeitos ao final do prazo decorrido a partir da formalização da comunicação, com a correspondente ciência da parte a quem se dirige. Daí por que o prazo fluído integra sempre o tempo de serviço do empregado, ainda que a despedida verifica-se sem o aviso prévio ou o empregador pague antecipadamente os correspondentes salários e dispense a prestação de serviço (art. 487, § 1º, da CLT).

Destarte, é possível destacar que, por não admitir contestações, trata-se de um direito potestativo, devendo a parte contrária, recebê-lo, sem que seja possível opor-se, excepcionados os casos previstos em lei.

A única exceção à faculdade de manifestar-se livremente sobre o interesse no fim do contrato são os casos em que o trabalhador possui estabilidade provisória no emprego, como por exemplo, gestantes, empregado acidentado, membro da CIPA, ou ainda empregado em vias de aposentadoria que possuem estabilidade prevista em norma coletiva, dentre outros.

Isto porque, a estabilidade garante ao empregado que seu contrato será mantido pelo empregador durante este período, sendo, portanto, incabível o aviso-prévio, que é um instituto tipicamente utilizando quando há demissão sem justa causa.

Nestas hipóteses, não poderá haver a dispensa do empregado, exceto se for cometida falta grave. Dispõe Sérgio Pinto Martins (2013, p.444):

Durante a garantia de emprego, o trabalhador não pode receber o aviso-prévio, pois este visa justamente concretizar a rescisão do pacto laboral. Quando da dação do aviso-prévio, o empregador não tem o direito

potestativo de despedir o empregado de forma imotivada, visto que o trabalhador detém a proteção da garantia de emprego.

Este entendimento é reforçado pela súmula 348 do Tribunal Superior do Trabalho cuja redação afirma que “é inválida a concessão do aviso-prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos”.

Isto porque “[...] no ultimo dia da garantia de emprego o contrato ainda está em vigor e o empregador somente poderá dar o aviso-prévio no dia seguinte” (MARTINS, 2013, p.444).

Neste sentido, nos casos em que houver a notificação do aviso-prévio durante o período de estabilidade provisória, ele será considerado nulo.

Encerrado o período estável, poderá haver a notificação, e o obreiro gozará de mais trinta dias referentes ao pré-aviso.

Importante destacar que, se o empregado com garantia provisória pede demissão, é devido o aviso-prévio ao seu empregador, também na “[...] hipótese de rescisão indireta, ou seja, configurada falta grave do empregador, o empregado receberá a totalidade das verbas rescisórias, incluindo o período de estabilidade e o aviso-prévio indenizado” (SANTOS e CORREIA, 2012, p. 490).

Ainda, se o empregado estável for demitido em razão do cometimento de falta grave, não caberá o aviso.

De grande valia são as lições de João Augusto da Palma (2011, p. 10):

Portanto, o aviso-prévio é uma obrigação recíproca entre empregado e empregador e que antecipa a realidade, fazendo-se necessária uma relação de extrema boa-fé, respeito, que deve haver entre dois parceiros contratuais, haja vista que as relações jurídicas precisam caracteriza-se por sua absoluta lealdade, do contrário, haverá pratica fraudulenta, abusiva, desonesta, ilícita e imoral.

O contrato de trabalho, desde a sua elaboração, até o seu termino deve sempre ser cercado pela boa-fé das partes envolvidas, pois uma boa relação jurídica apenas terá todas as disposições legais cumpridas, a bem dos contratantes, se ambos agirem de maneira leal.

Finalize-se o tema com a explanação de Lelia Guimarães Carvalho Ribeiro, na obra Natureza Jurídica do Aviso-Prévio (1995, p.27):

[...] cada contratante deve cumprir uma determinação legal de não romper a relação de emprego sem o devido conhecimento prévio do outro. É uma limitação a liberdade de resilir, o que confere certa estabilidade à relação. A lei quer justamente que a rescisão por um dos contratantes seja levada ao conhecimento do outro; o ato jurídico se perfaz com o exercício da vontade livre de um dos contratantes, sem carecer da aquiescência do outro.

O equilíbrio e a estabilidade da relação contratual de trabalho é o objetivo do aviso-prévio, visto que, apesar de haver a liberdade de desconstituir o vínculo, também há a imposição de limitações.

3.2 Do Cabimento do Aviso-Prévio

É imprescindível que, a aplicação do pré-aviso seja precedida do entendimento das formalidades legais, bem como a categoria de trabalhadores abrangida e as espécies de contrato de trabalho em que o instituto poderá ser utilizado.

3.2.1 Formalidades

A legislação não impõe formalidades na concessão do aviso-prévio, desta forma, ainda que feito verbalmente, poderá ser considerado plenamente válido.

A grande dificuldade é que sua concessão deve restar comprovada a fim de que as partes não incorram no artigo 487, parágrafos 1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 487 [...]

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

Por este motivo, é apropriado que o aviso-prévio seja dado de maneira escrita, para que reste concretamente provado que a parte que pretendia rescindir o contrato o fez de maneira correta, uma vez que a comunicação deve ser inequívoca.

No caso do aviso-prévio do empregador, ele descreverá em qual data o empregado estará eximido da responsabilidade do labor. Em sendo dado pelo empregado, deverá constar a previsão de quando deixará o trabalho.

É ainda conveniente que sempre haja duas vias do documento, a fim de que uma esteja de posse do empregado, e outra do empregador.

Quem dá a comunicação deve assinar, devendo ainda haver ciência da parte que o recebeu.

Ensina Adelmo de Almeida Cabral na obra *Aviso-Prévio* (1998, p.50):

A lei não esclarece o modo de se fazer a comunicação do aviso prévio, razão pela qual muitos autores entendem que ela pode ser feita por escrito ou verbalmente. No caso da comunicação verbal, sugere-se que deva fazer a comunicação sempre ao lado de uma testemunha. Apesar de não haver exigência legal, recomenda-se, no entanto, que se faça a comunicação do aviso prévio sempre por escrito. E, no aviso prévio dado pelo empregador deve-se obter o ciente do empregado, deixando bem claro no documento, o horário de trabalho durante o período do aviso prévio.

Portanto, ainda que dado de forma verbal, que é perfeitamente possível, o correto é que a parte tenha uma testemunha, para que haja algum meio de prova, caso necessário.

O instituto terá ainda sua contagem iniciada do dia em que houver a efetiva notificação.

Desta forma, torna-se ainda mais importante que, embora sem formalidades legalmente descritas, seja observada a melhor maneira de fazê-lo a fim de evitar que não haja provas de sua concessão.

3.2.2 Categoria de Trabalhadores Abrangida

Quando ao cabimento, com base no artigo 7º, incisos XXI, e parágrafo único, da Constituição Federal, é possível constatar “evidentemente que o pré-aviso,

inclusive quanto à proporcionalidade, aplica-se a todo e qualquer empregado, em principio, seja urbano, rural ou doméstico” (DELGADO, 2014, p. 1249).

Essas três categorias são abrangidas pelo instituto do aviso-prévio, bem como a sua nova regra que disciplina a proporcionalidade serão a eles aplicada, pois o próprio texto constitucional traz este direito a estes trabalhadores, incluindo-os nesta esfera de abrangência.

Em especial o parágrafo único do artigo 7º é uma grande inovação trazida pelo legislador, que com a Emenda Constitucional número 72, de 2013 trouxe aos trabalhadores domésticos uma vasta gama de direitos trabalhistas antes não previstos.

No que tange aos trabalhadores avulsos, é possível afirmar que o aviso-prévio também é um direito constitucionalmente previsto, pois, apesar de não possuírem contrato de trabalho, o artigo 7º, inciso XXXIV, da Carta Magna prevê “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.

O instituto é abrangente, conforme afirma de João Augusto da Palma (2011, p.24):

[...] atinge também os trabalhadores urbanos e rurais, bem como os domésticos, considerando as limitações da legislação específica desta categorial profissional.

Alcança todos os empregados que observam qualquer regime de trabalho (tempo integral, tempo parcial), função (interna, externa, essencialmente mecânica, ou predominantemente intelectual, artística ou técnica) e horário (turno diurno, misto ou de revezamento),

Portanto, é um dos institutos trabalhistas de grande valor e intensa aplicação nas relações individuais.

Na realidade, todos os trabalhadores assalariados possuem este direito assegurado pela legislação brasileira, bem como todos aqueles que possuem um vínculo empregatício e são contratados pelo regime celetista.

Nesta linha de raciocínio, os servidores públicos que gozam do regime celetista também são abrangidos pela proporcionalidade do aviso-prévio.

Já para aqueles que se utilizam do regime estatutário, as disposições são diferentes. Observando o principio da legalidade no Direito Público, é necessário aguardar a edição de lei local para que as disposições passem a ser aplicáveis também a eles.

3.2.3 Aviso-Prévio e as Espécies de Contrato de Trabalho

Trata-se o aviso-prévio de instituto tipicamente utilizado nos contratos por prazo indeterminado. De acordo com os ensinamentos de Adelmo de Almeida Cabral (1998, p.19):

O aviso-prévio é instituto próprio dos contratos de trabalho com prazo indeterminado, assim mesmo, quando não houver justa causa. E, em caso especialíssimo, no contrato por prazo determinado quando constar cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado. Exercido tal direito é cabível aviso-prévio. Dessa forma, fica esclarecido que, como regra, não existe aviso-prévio nos contratos de trabalho por prazo determinado.

Desta forma, tem-se o aviso-prévio tem o intuito de não deixar que o contrato seja encerrado sem uma notificação prévia que possibilite as partes de terem conhecimento do fim da relação contratual.

Os contratos que possuem prazo determinado já possuem a previsão para seu término estipulada e por isso não há motivo para que haja aviso-prévio.

Assim, “o aviso-prévio não se justifica quando os contratos tem prazo, eis que nestes, é sabido pelas partes o momento em que cessarão” (PALMA, 2011, p. 11).

Contudo, o artigo 481 Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que quando houver no contrato cláusula que possibilite seu término antes do prazo previsto, serão aplicadas as regras utilizadas no contrato por prazo indeterminado, o que indica que neste caso o aviso-prévio será cabível.

A rescisão antecipada neste caso acarretará o cabimento do instituto para trabalhadores que possuem contrato por prazo determinado, onde, via de regra, não incidiria o aviso-prévio.

Dispõe Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1242), que:

Apenas em contrato a termo que tenham em seu interior *cláusula assecuratória de direito recíproco de antecipação do término contratual*, é que pode ganhar relevância o aviso-prévio. De fato, se acionada essa cláusula especial e expressa, a terminação contratual passará a reger-se pelas regras próprias aos contratos por tempo indeterminado, com dação de aviso-prévio e suas consequências jurídicas (art. 481, CLT).

Sendo assim, o instituto próprio dos contratos por prazo indeterminado passa a ser utilizado também nos contratos a termo quando houver a previsão de cláusula assecuratória de rescisão antecipada.

Contudo, se não houver a previsão desta cláusula, o aviso-prévio não será devido, sendo aplicados, neste caso, os artigos 479 e 480 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Até mesmo no contrato de experiência, conforme pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 163, poderá haver a incidência do aviso-prévio quando tiver escopo no do artigo 481, Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto porque, a regra é que o instituto em estudo incida apenas no contrato por prazo indeterminado, sendo o contrato de experiência uma espécie que já possui um termo final ajustado.

Porém, pela redação da súmula supracitada há a autorização para que os efeitos do contrato por prazo indeterminado recaiam sobre ele.

Importante ressaltar que o contrato de experiência e o trabalho temporário são modalidades distintas. Sendo assim, a súmula não abrange o instituto trazido pela Lei nº 6.019/1974, restando inaplicável o aviso-prévio quando tratar-se de trabalho temporário, pois ele tem duração de apenas três meses, e as partes tem pleno conhecimento de sua duração.

Os trabalhadores que possuem contrato de safra ou de obra certa não poderão se valer do aviso-prévio.

Isto ocorre porque, nestes contratos há apenas uma previsão aproximada do termino do contrato, contudo, estes trabalhadores também são abrangidos pela cláusula assecuratória do direito de rescisão antes do prazo.

Conclui-se que, se para toda regra há uma exceção, estas são as hipóteses que o legislador trouxe de aplicar o aviso-prévio em contratos por prazo determinado.

3.3 As Partes do Contrato de Trabalho e o Aviso-Prévio

É cediço que, o aviso-prévio é cabível tanto ao empregado quanto ao empregador. Contudo, apesar de ser um direito recíproco, a cada uma das partes

cabe observar peculiaridades na aplicação deste direito, a fim de que haja um tratamento distinto a cada um deles, visando, justamente, a igualdade.

3.3.1 Reciprocidade

O princípio da reciprocidade do aviso-prévio está consagrado no Artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê obrigações a ambas as partes da relação contratual, bem como consequências a parte inadimplente.

Ensina Sérgio Pinto Martins (2013, p.433):

Reflete o aviso-prévio o direito recíproco do empregado e do empregador de avisarem a parte contrária que não tem mais interesse na continuação do contrato de trabalho. Assim, tanto o empregado que pede demissão quanto o empregador que dispensa o empregado deverão ofertar aviso-prévio a outa parte.

Deste modo, tanto o empregado quanto o empregador devem efetuar a notificação demonstrando seu interesse em por fim ao pacto laboral para que, seja então possível afastar consequências negativas de um rompimento inesperado.

O instituto objetiva uma boa relação entre as partes, sem que o fim da relação empregatícia seja desorganizado e, conseqüentemente, prejudicial a todos, restando, ainda mais destacada a bilateralidade do instituto.

3.3.2 Aviso-Prévio do Empregador

Este instituto é tipicamente utilizado na dispensa sem justa causa, também conhecida como dispensa direta, uma vez que há o rompimento da relação contratual por iniciativa do empregador.

Também é cabível na despedida indireta, onde não há comunicação do empregador, mas, é criada uma situação de tamanha gravidade que faz o empregado considerar-se como dispensado.

Nos casos em que há demissão por justa causa, o contrato de trabalho resta imediatamente finalizado, e por este motivo, não há de se falar em aviso-prévio, uma vez que o instituto apenas é cabível quando a dispensa for imotivada ou no pedido de demissão.

A culpa recíproca, qual seja, a prática de falta grave do empregado e do empregador concomitantemente, poderá ser o fator que desencadeador do encerramento do pacto laboral.

Caso isto ocorra, o empregado terá direito a 50% do valor do aviso-prévio indenizado, bem como 13º salário e férias proporcionais, de acordo a súmula 14 do Tribunal Superior do Trabalho, além de 20% da indenização sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em razão do disposto no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.036/1990.

Neste caso, se o empregado faltar durante o cumprimento do aviso-prévio, as faltas deste período serão descontadas no termo de rescisão do contrato de trabalho.

Importante ressaltar que o aviso-prévio é irrenunciável quando é concedido pelo empregador ao empregado, assim, “tratando-se de dispensa sem justa causa, a concessão do aviso é imperativa, não podendo ser afastada por eventual pedido de liberação de cumprimento feito pelo obreiro” (DELGADO, 2014, p. 1247).

Neste contexto, cite-se a Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho:

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.

Nesta hipótese, ainda que o empregado requeira a dispensa de seu cumprimento, o empregador possui a responsabilidade de pagá-lo, eximindo-se da responsabilidade de indenizar o aviso-prévio apenas no caso de o empregado já possuir um novo emprego.

A impossibilidade da renúncia se dá em razão de “a jurisprudência, como a doutrina, considera ser uma questão de ordem pública; é irrenunciável para protegê-lo das pressões (coações) patronais” (PALMA, 2011, p.22).

Dispõe o artigo 487, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho que “a falta do aviso-prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço”.

Deste modo, quando o empregador não desejar que o empregado continue laborando, e não lhe der o prazo para cumprimento do aviso, haverá o chamado aviso-prévio indenizado.

Ana Paula Mesquita Maia Santos (2011, p.41) ensina:

[...] Este tipo de aviso ocorrerá somente quando a iniciativa do desligamento partir do empregador. Neste tipo de aviso, o empregador irá determinar o imediato afastamento do empregado de suas atividades habituais, indenizando-lhe monetariamente o valor referente ao aviso.

Assim, esta modalidade de aviso consiste na indenização pela falta de sua concessão, visando a reparação dos prejuízos decorrentes de sua ausência.

Ressalte-se que não se trata de uma escolha, não caracterizando uma obrigação alternativa, pois, o empregador não poderá livremente escolher entre dar o aviso ou indenizá-lo.

O aviso-prévio indenizado traz em seu bojo a ideia de sanção, assim, apenas o não cumprimento de sua obrigação de notificar, faz com que haja a conversão em indenização.

É cediço que a não concessão do instituto culmina na indenização do período a que corresponderia, e “essa indenização equivale ao salário (com as incorporações que forem devidas, em cada caso inclusive, as horas extras habituais; adicionais), no período correspondente ao aviso-prévio” (PALMA, 2011, p.17).

Já a despedida indireta, prevista pelo artigo 487, parágrafo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, caracteriza-se por ser um instituto onde não há a dispensa propriamente dita, mas a continuidade da prestação de serviços torna-se inviável e razão das atitudes do empregador, que acaba impossibilitando que contrato de trabalho tenha continuidade.

O empregado poderá considerar rescindido o contrato de maneira indireta, quando restar presente alguma das situações previstas pelo artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, nestes casos, será devido o aviso-prévio do

empregador, que será indenizado, pois a prestação de serviços durante o prazo do aviso-prévio restaria impossível.

Prevê o artigo 490 da Consolidação das Leis do Trabalho que durante o aviso-prévio pode haver a rescisão imediata do pacto laboral caso o empregador cometa ato que explique tal necessidade, é a chamada justa causa praticada pelo empregador.

Desta feita, “se o empregador durante o aviso-prévio dado ao 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” (MARTINS, 2013, p.443).

Neste contexto, o empregado terá pleno direito de receber a remuneração que lhe seria cabível durante o período do aviso-prévio.

O pré-aviso do empregador possui um conteúdo de extrema relevância, sendo necessário também o estudo da aplicação deste instituto quando o empregador é analisado sob a ótica da empresa como um todo, a fim de que se considere a finalização das atividades empresariais.

3.3.3 Aviso-Prévio na Cessação da Atividade da Empresa e na Falência

É comum que, na cessação das atividades de uma empresa o aviso-prévio seja ignorado diante da necessidade de que o contrato de trabalho seja imediatamente encerrado.

A súmula 44 do Tribunal Superior do Trabalho cuja redação dispõe que “a cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio” tem extrema relevância quando da análise do cabimento do instituto estudado.

O fim do vínculo empregatício, nestes casos, equipara-se a rescisão sem justa causa, e por isso o empregado não deve sofrer as consequências negativas da extinção da empresa, sendo, portanto, plenamente cabível o aviso-prévio.

Ainda, o artigo 449 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que “os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa”.

Sobre este dispositivo legal, Sérgio Pinto Martins, na obra *Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho* (2013, p.408), ensina:

Todos os direitos que o empregado tiver adquirido na empresa subsistirão em caso falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa. Os riscos da atividade econômica são do empregador (art. 2º da CLT) e não podem ser transferidos ao empregado. Assim, terá direito o empregado a aviso-prévio, férias vencidas e proporcionais, 13º salário, levantamento do FGTS e indenização de 40% sobre os depósitos fundiários, etc.

Desta forma, resta claro que, nos casos de falência também subsistirá o direito ao aviso-prévio, pois, pelo princípio da alteridade, o risco da atividade econômica é do empregador, não podendo arcar o empregado com nenhum prejuízo resultante da má administração da empresa.

Tanto o aviso-prévio, como a sua proporcionalidade são aplicáveis “[...] 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” (DELGADO, 2014, p.1243).

A falência quando determina o término das atividades empresariais é considerada uma situação alheia a vontade do empregador, que põe fim ao contrato, “sem exceção alguma, são hipóteses que se apresentam no conceito de risco do empregador (art. 2º, da CLT), e, desta forma, deve haver concessão do aviso-prévio ao empregado ou, no mínimo, pagar-lhe a indenização” (PALMA, 2011, p. 19)

Poderão ocorrer situações não provocadas e inevitáveis, tais como uma inundação ou incêndio do local de trabalho.

Essas são ocasiões consideradas como motivo de força maior, e possuem definição no artigo 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, que reza “entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Nestes casos, doutrina e jurisprudência dividem posicionamentos. Parte dos estudiosos afirma que “ocorrendo força maior, pode-se entender que o

aviso-prévio é indevido, porque houve justo motivo para o contrato de trabalho” (MARTINS, 2013, p. 433).

Desta maneira, ainda que não tenha havido justa causa, houve um motivo justo para o fim do contrato de trabalho, e neste contexto, por não se tratar da manifestação da vontade do empregador em encerrar o pacto laboral, não é devido o pagamento do pré-aviso.

Na mesma linha, frisa-se que “caso a dissolução no contrato esteja fundada na força maior, o aviso-prévio será indevido. A hipótese é de extinção do contrato verificada por motivo inevitável, para o qual o empregado não concorreu direta ou indiretamente” (BARROS, 2012, p.757).

Esta parte da doutrina entende ser indevido o aviso-prévio nas hipóteses de força maior.

Em outra linha, seguem aqueles que entendam que estas “são situações que se abrigam no âmbito do risco do empregador (Art. 2º, CLT) e a dispensa deve ser mediante a concessão do aviso-prévio do empregado, ou indeniza-lo” (PALMA, 2011, p.18).

Neste sentido, ainda que a ruptura contratual não tenha sido provocada intencionalmente, a responsabilidade utilizar-se do instituto do aviso-prévio permanece.

Os tribunais bem como a legislação trabalhista caminham sempre visando ampliar direitos do trabalhador, a fim de que não haja retrocessos.

Ensina Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia na obra *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho* (2012, p. 494):

Por fim, na hipótese de força maior, prevista no artigo 502 da CLT, o aviso prévio deverá também ser concedido, porque os riscos do empreendimento são exclusivos do empregado (art. 2º da CLT) e não há previsão em lei que exclua esse direito do empregado. Aliás, se configurada extinção contratual por força de *factum principis* (art. 486 da CLT), o aviso-prévio será pago pelo ente estatal, ou seja, pela pessoa jurídica de direito público (município, estado ou união) que deu causa ao término.

Assim, não havendo no arcabouço jurídico norma que retire do trabalhador o direito ao aviso-prévio nestes casos, não há razão evidente para que seja suprimido.

Cabe ainda, analisar as disposições trazidas pelo artigo 502 da Consolidação das Leis do Trabalho:

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

Deste modo, resta evidente que a posição mais acertada é que cabe aviso-prévio nas situações de força maior, assim como encerramento das atividades da empresa e na sua falência, nos termos da norma acima.

3.3.4 Aviso-Prévio do Empregado

O empregado pode pedir demissão do seu emprego, neste caso, ele deverá conceder ao empregador o aviso-prévio de trinta dias, no mínimo, período este em que continuará havendo a prestação de serviços.

Ensina João Augusto da Palma, (2011, p. 34):

Desta maneira, o aviso-prévio dado pelo empregado deve durar os 30 dias corridos, ou seja, contando-se domingos e feriados e demais dias sem trabalho na empresa, porque o texto da Constituição Federal estabelece “no mínimo” essa quantidade de dias; para o empregado conceder o prazo é, ao mesmo tempo, mínimo e máximo (único, pois).

O período de trinta dias será contado de forma a considerar dias corridos, sendo impossível que o pré-aviso tenha tempo inferior ao previsto pelo texto constitucional.

A regra da proporcionalidade que será analisada no presente trabalho não se aplica ao aviso-prévio dado ao empregador, isto porque esta é uma disposição que veio beneficiar o empregado, levando em conta o tempo que permaneceu em seu labor quando do cálculo do aviso-prévio.

Conforme preceitua Sérgio Pinto Martins (2013, p. 438):

Empregado não é igual ao empregador. Ele está sujeito a determinações do empregador, ao poder de direção do empregador. Por isso deve haver tratamento diferenciado em relação ao empregado, que esta contido na própria Lei maior, visando melhorar as suas condições sociais, como se

verifica na parte final do *caput* do art. 7º da Constituição. Pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente, visando obter a igualdade. (grifo nosso)

Portanto, a proporcionalidade é um direito do empregado, e não fere o princípio da igualdade, visto que a intenção do legislador é a melhoria da condição social do empregado, diante de sua hipossuficiência.

Reforça Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1250):

A escolha jurídica feita pela Lei n. 12.506/2011, mantendo os 30 dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas o trabalhador é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídico da Constituição e de todo o Direito do Trabalho.

Nota-se que, não há qualquer discrepância em razão do favorecimento do empregado no que tange ao prazo único de trinta dias, visto que a diferenciação é ponderada levando-se em conta todo o arcabouço jurídico.

Sendo o empregado tutelado pelos princípios do direito do trabalho, em especial por ver em seu labor o seu sustento e, muitas vezes, também o de sua família, “a proteção do empregado se justifica, mais que nunca, no momento da perda do emprego, ampliando o tempo de permanência na atividade laborativa” (PALMA, 2011, p. 34).

Sob a ótica da nova legislação acerca do tema, “o aviso trabalhado restringe-se aos 30 dias, não abrangendo a proporcionalidade fixada pela recente Lei n. 12.506/2011. A parcela proporcional, se devida pelo empregador, tem de ser paga em pecúnia” (DELGADO, 2014, p. 1245).

A obrigatoriedade da concessão do aviso-prévio não sofreu quaisquer alterações, continuando a ser tratada como um direito recíproco, contudo, a diferenciação encontra-se no prazo, observada a proporcionalidade.

Reza artigo 487, parágrafo 2º que “a falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo”.

Portanto, o empregado que foi notificado pelo empregador sobre seu dever de cumprir o aviso-prévio trabalhado, ou se o obreiro pede demissão, deve cumprir o período, caso contrário ficará o empregador autorizado retirar de sua remuneração a quantia que equivale ao período não cumprido.

Esta disposição legal é uma sanção jurídica em razão da não observância da obrigatoriedade de valer-se do aviso-prévio, sendo que, o desconto dos salários correspondentes caracteriza uma indenização.

Existe ainda grande celeuma acerca dos tipos de parcelas que poderão ser alvo deste desconto.

Assim, há quem entenda que “o empregador só poderá descontar do empregado os salários do período mencionado e não outro tipo de verba, como férias, por exemplo.” (MARTINS, 2013, p.441)

Neste sentido, defende-se que a interpretação é restritiva a favor dos empregados em razão do próprio texto legal, que usa o termo “salários” e não “valores” ou qualquer outra expressão mais abrangente, portanto, o desconto deve ocorrer apenas sobre os salários.

Se a empresa já efetuou o pagamento dos salários, não poderá descontar esse valor de outras parcelas, como, por exemplo, férias ou 13º salário, desta forma, tem-se que o valor já pago não poderá ser reavido.

Contudo, existe posicionamento divergente, conforme demonstra João Augusto da Palma (2011, p.17):

“[...] se é o empregado quem não concede suportará os descontos nos seus créditos (férias e 13º), obviamente desde que tenha créditos; se não existirem o empregador não tem como receber: regra que resulta do princípio da proteção ao trabalhador (considerado hipossuficiente; economicamente fraco, a quem se dirige a tutela jurídica que o faz, nessa relação contratual, superior ao empregador para estabelecer o equilíbrio entre ambos).”

Mesmo diante da possibilidade de os descontos incidirem sobre férias e décimo terceiro salário, ainda resta em evidência o princípio da proteção ao trabalhador, pois, apenas poderá haver tais descontos, se o empregado ainda possuir créditos.

Sobre a renúncia, no caso do aviso-prévio concedido pelo empregado, é razoável pensar que o empregador pode renunciar este direito, visto que tem liberdade para permitir que ele não mais trabalhe.

Dispõe Ana Paula Mesquita Maia dos Santos (2011, p.52):

“[...] empregado demitido sem justa causa, com aviso prévio trabalhado, que se recusa a cumprir o aviso, sem justificativa de novo emprego. Nesse caso, como o aviso-prévio é direito irrenunciável, o empregador só tem duas

saídas: ou converte em indenizado, ou deixa o aviso transcorrer apurando as faltas e descontando-as na rescisão.

Assim, se o empregado pede demissão e requer a dispensa do cumprimento do aviso-prévio, o empregador pode concedê-la e eximir o empregado de cumprir, sem que haja o pagamento deste período, “[...] portanto, o pedido de liberação de cumprimento de aviso pelo empregado, sendo atendido, constitui ajuste mais benéfico ao obreiro, isentando-lhe de obrigação legal e contratual, razão porque possui plena validade jurídica” (DELGADO, 2014, p.1247).

Destarte, a restrição imposta pela súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho não terá aplicabilidade quando houver pedido de demissão do empregado, sendo válida somente quando tratar-se de despedida por parte do empregador.

Mas, se o empregador não concede a liberação do empregado durante o período e, mesmo assim, o empregado não comparece ao trabalho, poderá haver o desconto destes dias.

Isto, pois, “quando o trabalhador decide romper o contrato e concede o aviso-prévio ao empregador, cumprir o aviso-prévio é dever do empregado, e não direito” (PALMA, 2011, p.21).

No caso da demissão sem justa causa, o empregado só pode renunciar o aviso-prévio se possuir novo emprego, conforme já explanado. Se houver a recusa em cumpri-lo, o empregador deverá descontar as faltas deste período, ou convertê-lo em aviso-prévio indenizado.

Caso durante o período do aviso-prévio o empregado cometa falta grave ensejando a demissão por justa causa, dispõe o artigo 491 da Consolidação das Leis do Trabalho que ele perderá o direito ao restante do respectivo prazo.

Sobre o tema ensina Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1246):

[...] é possível, do ponto de vista jurídico, a ocorrência de infração trabalhista, por qualquer das partes, ao longo do aviso, apta a transmutar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa causa de uma das partes.

Esclarece a súmula 73 do Tribunal Superior do Trabalho que “a ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória”.

Assim, se o empregado que comete falta grave, converte o restante do período de aviso-prévio em dispensa por justa causa, e perderá ainda o direito a qualquer verba rescisória de natureza indenizatória, quais sejam: as férias e 13º salário proporcionais, o levantamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e ainda a multa fundiária, que corresponde a quarenta por cento do FGTS.

Sobre o abandono do emprego no curso do pré-aviso, ensina Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia na obra *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho* (2012, p. 501):

O TST, entretanto, não considera falta grave o abandono de emprego no curso do aviso-prévio, pois o abandono somente é configurado após a ausência de 30 dias consecutivos. Ademais o objetivo do aviso é exatamente propiciar condições de o trabalhador buscar outra colocação no mercado de trabalho. No caso de o empregado deixar o trabalho durante o aviso, perderá apenas o direito de receber o salário dos dias que não trabalhou.

Portanto, caso o empregado deixe o labor, não restará configurado abandono de emprego, pois não se considera falta grave que enseje a justa causa, assim, não se aplicará a penalidade prevista pela Súmula 73 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nestes casos, restará o empregador apenas autorizado a efetuar o desconto do salário relativo aos dias que não trabalhou, ou ainda, considerar o empregado desincumbido de cumprir este período.

Já o cometimento de falta grave pelo empregador enseja a conversão em despedida indireta, em consonância com o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, e implica no direito do trabalhador em afastar-se de imediato, recebendo o salário correspondente ao restante do período, bem como as verbas rescisórias cabíveis na dispensa sem justa causa.

De grande valia são os ensinamentos de João Augusto da Palma, (2011, p. 16):

Portanto, a concessão do aviso-prévio não frustra a dispensa com culpa antes da conclusão da sua duração respectiva. Seria ilógico que a concessão do aviso-prévio por qualquer dos parceiros contratuais desse a este verdadeira imunidade, liberando-os dos compromissos inerentes aquele contrato e aos das relações jurídicas em geral.

Desta forma, é possível afirmar que ainda que durante a fluência do prazo do pré-aviso os atos faltosos cometidos por quaisquer das partes da relação empregatícia serão sancionados, e não haverá isenção da responsabilidade pelas faltas cometidas.

Em suma, o aviso-prévio, a partir da Lei nº 12.506/11 passa a ser proporcional quando concedido pelo empregador, mas não gozará da proporcionalidade o pré-aviso dado ao empregado para o empregador. Igualmente, não fará jus a proporcionalidade os empregados com menos de um ano de tempo de serviço, quando dispensados.

Quando ocorrer a morte do empregado, ou restar comprovada sua incapacidade, motivos estes que farão com que não haja mais comparecimento ao trabalho, não será necessário que haja o aviso-prévio, pois caracterizam, evidentemente, situações alheias a vontade do empregado, não sendo seu desejo o encerramento do pacto laboral.

3.4 Contagem dos Prazos

Atualmente o aviso-prévio possui previsão constitucional no artigo 7º, inciso XXI, bem como nos artigos 487 a 491 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O prazo mínimo para o aviso-prévio, trazido pela Carta Magna, é de trinta dias, “assim, a partir da Constituição Federal de 1988, restou revogado o inciso I do art. 487 da CLT, que previa o aviso-prévio de 8 (oito) dias aos que recebessem salário por dia ou por semana” (ROMAR, 2013, p.447).

Sobre a divisão dos prazos do aviso-prévio, que era trazido pela Consolidação das Leis do Trabalho, ensina João Augusto da Palma (2011, p. 32):

Essa diferenciação que existia no aviso-prévio deixava de observar o mínimo de 30 dias, depois garantido pela Constituição em 1988 e, assim, a partir daí, restou superada pelo texto da nova ordem constitucional (hierarquicamente superior) e também porque mais benéfico aos empregados brasileiros.

Desta forma, por ser norma mais favorável e, observada a hierarquia Constitucional, o prazo mínimo do aviso-prévio passa a ser de trinta dias, em qualquer hipótese.

Contudo, o texto constitucional também traz a premissa de que sua duração será proporcional ao tempo de serviço, disposição esta que foi recentemente regulamentada pela Lei nº 12.506 de 13 de outubro 2011.

Esta legislação não alterou a garantia de, no mínimo, trinta dias de aviso-prévio. Explica ainda Maurício Godinho Delgado (2014, p.1249):

Algumas conclusões podem-se extrair, de imediato, do singelo diploma legal: o instituto do aviso-prévio não inferior a 30 dias, continua regulado pelos arts. 487 a 491 da CLT, com as alterações trazidas pelo art. 7º, XXI, da Constituição, e pela Lei n. 12.506/11. Apenas a proporcionalidade é que foi efetiva inovação trazida pelo recente diploma legal.

Importante ressaltar que a Lei nº 12.506/11 não alterou a redação legal da Consolidação das Leis do Trabalho, desta feita, não há de se falar que o antigo modelo do aviso-prévio sofreu grandes alterações, sendo necessário, portanto, que sejam observadas as disposições que subsistem às mudanças legislativas.

A partir da vigência da legislação infraconstitucional acerca do tema, é sabido que o tempo do aviso-prévio para os empregados sofrerá variações de acordo com o lapso temporal que este permaneceu laborando. Dispõe o texto legal:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

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

Como o período mínimo é de trinta dias, a legislação manteve este prazo como base para que a contagem seja iniciada.

Assim, os empregados que possuem até um ano de serviço na mesma empresa terão o aviso-prévio de trinta dias. Este “é um período mínimo de aviso-prévio, que independe do número de anos de trabalho do empregado para o empregador, para os empregados que contêm até um ano de serviço na mesma empresa” (MARTINS, 2013, p.435).

Os empregados que estão no seu primeiro ano não gozarão da proporcionalidade constitucional, exceto em caso de acréscimos previstos em negociações coletivas.

Trata-se de uma regra base, onde o prazo mínimo deve ser observado, não importando se o contrato teve duração de alguns meses ou de anos.

Posteriormente adiciona-se três dias para cada ano de serviço que o empregado prestou, observando o máximo de sessenta dias. Por fim, a legislação estabelece que o prazo total possa ser de até noventa dias.

A grande discussão gerada a partir da publicação da Lei nº 12.506/2011, surge com a omissão do legislador a respeito de quando, exatamente, começam a serem acrescidos três dias de aviso prévio a cada ano de contrato.

Desta feita, o questionamento consiste em compreender se, desde o primeiro ano completo estes três dias já serão acrescidos ao período mínimo de trinta dias, ou se apenas a cada ano adicional ao primeiro ano é que serão somados três dias.

Não há um consenso doutrinário sobre como esta regra deve ser aplicada, desta feita, é necessário valer-se de entendimentos jurisprudenciais.

Cite-se a decisão do Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema:

RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. DIFERENÇAS. PRIMEIRO ANO COMPLETO DE SERVIÇO. LEI 12.506/11. A Lei n. 12.506, reportando-se à figura jurídica regida pelo Capítulo VI do Título IV da CLT (arts. 487 a 491), determina 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- (art. 1º). Estipula o parágrafo único da mesma lei que: - 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-. O prazo mínimo de trinta dias do aviso prévio atinge os trabalhadores que tenham até um ano de serviço na mesma entidade empregadora, mantendo-se, naturalmente, esse piso temporal do aviso para os períodos contratuais maiores (art. 7º, XXI, CF/88, combinado com art. 1º, caput, Lei n. 12.506/11). A proporcionalidade inovadora é regulada pelo parágrafo único da Lei n. 12.506: por ano de serviço prestado à mesma entidade empregadora serão acrescidos três dias, até o máximo de 60 dias de acréscimo em face da proporcionalidade (mais os trinta dias originais, aplicáveis independentemente do tempo contratual). Quer isso dizer que o trabalhador que complete um ano de serviço na entidade empregadora terá direito ao aviso de 30 dias, mais três dias em face da proporcionalidade. A cada ano subsequente, desponta o acréscimo de mais três dias. Desse modo, completado o segundo ano de serviço na empresa, terá 30 dias de aviso prévio mais seis dias, a título de proporcionalidade da figura jurídica, e assim sucessivamente. Na hipótese dos autos, considerando que o Reclamante foi admitido em 01/11/2011, tendo recebido o aviso prévio indenizado em 04/12/2012, contava ele com 1 ano, 1 mês e 3 dias de

serviços prestados, razão pela qual faz jus a 33 dias de aviso prévio. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 5448120135030144, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/09/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/09/2014). (grifo nosso)

Hodiernamente os tribunais caminham tomando decisões semelhantes a respeito do tema, afirmando que a decisão mais acertada é aquela que acresce três dias ao primeiro ano completo trabalhado.

Da mesma corte, colacione-se outro acórdão relevante:

[...]

2. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. DIFERENÇAS. PRIMEIRO ANO COMPLETO DE SERVIÇO. A Lei nº 12.506/2011 em destaque é clara ao estabelecer que terá direito ao aviso prévio de 30 dias os empregados que contem com até 1 ano de serviço. Completo o primeiro ano, o lapso não pode ser ignorado para fins de contagem do aviso prévio proporcional. Assim, é devido ao autor o acréscimo de 3 dias, relativo ao primeiro ano de serviço, ao aviso prévio mínimo, resguardado o limite de 60 dias. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 4723520135030002 , Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 04/06/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014). (grifo nosso)

Desta feita, observa-se grande homogeneidade na jurisprudência acerca do tema, sendo, cada vez mais pacificada a decisão pela aplicação do acréscimo da proporcionalidade logo no primeiro ano de serviço prestado.

O motivo de tal entendimento é a busca pela aplicação da Nota Técnica número 184 de 2012, lançada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego com o fim de dirimir os conflitos que a nova legislação trouxe.

De grande valia são as premissas trazidas pela Nota Técnica em razão da falta de normatização a respeito do tema e, embora haja grande discussão acerca da competência do Ministério do Trabalho e do Emprego para dispor sobre a aplicação de normas trabalhistas, é nítido que o órgão apenas visou cooperar com a correta utilização deste direito, informando quais disposições entende ser aplicáveis, não tendo a intenção de legislar sobre o tema.

O documento traz em seu bojo, dentre outras disposições sobre a proporcionalidade do pré-aviso, um quadro demonstrativo para a adequada aplicação da proporcionalidade do aviso-prévio.

Esta prévia é feita levando em consideração o tempo de trabalho, contado em anos, e qual seria o número de dias proporcional ao tempo de serviço prestado. Vejamos:

TABELA 1 – Relação entre Tempo de Serviço e a Proporcionalidade do Aviso-Prévio

| Tempo de Serviço (anos completos) | Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço (nº 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 |

Fonte: Nota Técnica nº 186/2012, p.03

Fica evidente quando da análise da tabela que, ao primeiro ano completo são somados três dias, observado o limite de sessenta dias de acréscimo, totalizando no máximo noventa dias de aviso-prévio.

A nota traz disposições relevantes não apenas acerca do prazo, mas também sobre aspectos diversos da Lei nº 12.506/2011. Um deles é a aplicabilidade do instituto somente ao trabalhador, sendo esta premissa destacada pelo texto legal quando do uso da expressão “aos empregados”.

É, portanto, viável que a norma seja interpretada em favor do empregado, visto que a proporcionalidade foi criada para o aviso-prévio concedido pelo empregador, aplicando-se em favor dos trabalhadores.

Desta feita, sempre que o empregado pedir a dispensa e der o aviso-prévio ao empregador, o prazo a ser observado será de trinta dias.

Fica estabelecido o entendimento de que o aviso-prévio jamais poderá sofrer um acréscimo inferior a três dias, conforme disposição legal do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.506/2011. Contudo, as condições de proporcionalidade previstas em acordos ou convenções coletivas de trabalho que sejam mais benéficas ao empregado devem prevalecer.

Serão ainda computados “[...] os períodos de trabalho em todas as unidades (filiais), do empregador, desde que do mesmo período do contrato que esta cessando, mesmo que tenha trabalhado em outras funções e horários” (PALMA, 2011, p.36).

Portanto, aplica-se aqui a teoria do empregador único, não havendo necessidade que o empregado tenha prestado serviços a apenas um empregador para que seja aplicada a proporcionalidade do aviso-prévio.

A dispensa pelo empregador não é impedida pela lei, mas, o pacto laboral, pelo princípio da continuidade da relação de emprego, tem o intuito de assegurar maior permanência do obreiro em seu emprego, pois é dele que provem seu sustento, sendo o salário uma verba de natureza alimentar.

Deste modo, o intuito da proporcionalidade no aviso-prévio é uma maior onerosidade na dispensa, para que ela seja postergada, e quando inevitável, seja reparada economicamente de maneira proporcional.

Destarte, “o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço visa dificultar a dispensa sem justa causa do empregado, tornando-a mais onerosa para o empregador” (MARTINS, 2012, p. 435).

O tempo do aviso-prévio não é computado a fim de obter o tempo de serviço, que será utilizado para o cálculo da proporcionalidade.

Neste sentido, de grande valia são os ensinamentos de João Augusto da Palma (2011, p. 35):

A contagem do tempo de serviço para fins de proporcionalidade é o período de trabalho havido, na data da sua concessão, sem considerar os 30 (trinta) dias mínimos de aviso-prévio,

Não há sentido computar o aviso-prévio para definir a duração final do próprio aviso-prévio, tipificando *bis in idem*, uma enganosa ficção jurídica.

Não se pode contar o tempo do pré-aviso, de acordo com o tempo de serviço e as regras da proporcionalidade, com a finalidade de ampliar o seu próprio prazo, pois desta forma, pois desta forma, restaria computado duas vezes o mesmo período.

Sobre o início da contagem do prazo do aviso-prévio, dispõe Sérgio Pinto Martins (2013, p. 438):

A contagem do prazo do aviso-prévio não é pacífica, ou seja: a partir de que dia o aviso-prévio deve começar a ser contado. A CLT não trata do assunto, apenas menciona que deve haver uma antecedência mínima de 30 dias. Poder-se-ia entender, entretanto, que a contagem se daria a partir do momento da comunicação da dispensa, incluindo-se assim, o próprio dia da comunicação.

Mesmo diante da omissão da Consolidação das Leis do Trabalho, a súmula 380 Tribunal Superior do Trabalho orientou que “aplica-se a regra prevista no *caput* do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso-prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento”.

Fica, portanto, afastada a hipótese da inclusão do próprio dia da comunicação na contagem do prazo.

Por fim, a instrução normativa número 15/2010 da Secretaria de relações do Trabalho, em seu artigo 20º, pacificou que para determinar o prazo final do aviso-prévio trabalhado, ou sua projeção, no caso do aviso-prévio indenizado, a contagem se inicia no dia subsequente ao da notificação.

Ensina ainda Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1244):

O critério de contagem de prazo do aviso-prévio trabalhista não possui qualquer peculiaridade: faz-se com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia do seu término, conforme critério padrão a ser seguido no Direito brasileiro (ex-OJ 122, SDI-I/TST; Súmula 380, TST)

Deste modo, deve se contar os dias devidos excluindo a data em que a parte foi notificada e a partir de então conta-se os dias devidos, sempre respeitado o mínimo de trinta dias.

Já no que diz respeito à contagem dos dias incluídos em razão da proporcionalidade, na obra “Como praticar os novos avisos-prévios”, explica João Augusto da Palma (2011, p. 39):

[...] os dias do período variável (proporcionalidade) do aviso-prévio são considerados como dias corridos, úteis ou não, computando-se além de domingos e feriados civis e religiosos, também aqueles sem expediente na empresa empregadora, por deliberação da mesma, atendendo a interesses próprios (falta de matéria-prima, conveniências de câmbio comercial etc.).

Desta forma, os dias acrescidos ao prazo mínimo serão computados de maneira corrida, logo após o término dos trinta dias, independentemente de serem dias úteis ou não.

3.5 A Irretroatividade da Lei 12.506/2011

A partir da publicação da lei, os empregados dispensados podem requerer o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, de acordo com o que prevê a redação da súmula 441 do Tribunal Superior do Trabalho:

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.

Com escopo nesta premissa, entende-se que os trabalhadores que foram dispensados antes de 13 de outubro de 2011, ou seja, antes da data da publicação da lei, não terão direito a proporcionalidade.

Isto porque, deve se zelar pelo princípio da eficácia imediata das normas trabalhistas, sendo “[...] certo que é impossível aplicar-se sua retroatividade, porque o texto constitucional não é autoaplicável, dependeu de disciplinação [...]” (PALMA, 2011, p.31).

Sobre a aplicação da nova lei que trata da proporcionalidade, ensina Maurício Godinho Delgado:

[...] ela tem, naturalmente, efeito estritamente imediato, a contar de 13 de outubro de 2011, em respeito ao princípio e regra do efeito jurídico

meramente imediato das leis no Brasil, segundo direito fundamental estabelecido na própria Constituição (art. 5º XXXVI, CF/88). O efeito imediato captura as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos dados depois da publicação da lei) e também situações em andamento, não inteiramente concluídas (ou seja, avisos prévios em fluência no dia 13.10.2011); porém, a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados na data de publicação da lei nova, pois não há efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no país (art. 5º, XXXVI, CF/88).

Os efeitos jurídicos do recebimento do aviso-prévio serão estabelecidos considerando a data da concessão do aviso-prévio, ou seja, o recebimento de fato da comunicação do início do período.

Isto porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é taxativa quando afirma em seu artigo 6º que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Assim, as leis apenas possuem efeito futuro, não podendo retroagir.

Para aqueles que gozavam do aviso-prévio, estando este período em curso quando da publicação da lei, há discussões sobre a incidência ou não da proporcionalidade.

Por ora, o mais sensato é que se pugne pela aplicação do entendimento trazido pela Nota Técnica nº 184/2012 do Ministério do Trabalho e do Emprego, que equipara a situação dos trabalhadores com o aviso-prévio em curso aos que foram dispensados antes da aplicação da lei, sendo, portando, também incabível a proporcionalidade.

Como já dito, antes da promulgação da Lei 12.506/11 estavam em tramite no Supremo Tribunal Federal ações de trabalhadores que visavam questionar a inercia do Congresso Nacional no que tange a regulamentação da disposição Constitucional sobre o aviso-prévio.

Excepcionalmente para os trabalhadores que ajuizaram a ação antes da aprovação da lei, e fizeram parte do julgamento coletivo das ações, em julho de 2011, portanto, antes da promulgação e vigência da lei regulamentadora, poderá haver a retroatividade da lei.

Cite-se a notícia publicada no portal do Senado Federal em fevereiro de 2014:

Quem foi demitido antes de 13 de outubro de 2011 — quando foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.506/11, que regulamenta o aviso prévio proporcional — também poderá receber esse direito, desde que tenha

entrado com ação no Supremo Tribunal Federal (STF) até aquela data e antes de a demissão ter completado dois anos (prazo normal para dar entrada em ações de direitos trabalhistas). Essa decisão foi tomada pela Corte há duas semanas, pouco antes do Carnaval, por unanimidade dos ministros. Atinge 39 ações em andamento no STF.

Assim, é cediço que o direito a proporcionalidade no pré-aviso não será retroativo, exceto para aqueles que já contavam com ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

Importante salientar que a irretroatividade se dá em relação à reinvidicação do aviso-prévio proporcional aqueles trabalhadores que foram dispensados antes da vigência da lei. Mas, em relação à contagem do tempo na empresa, há retroatividade.

Explicando, “o tempo trabalhado na empresa pelo empregado que for anterior a vigência da Lei nº 12.506/11 será contado para o cálculo do aviso-prévio proporcional” (MARTINS, 2013, p. 439).

Desta forma, os anos de trabalho não serão contados apenas após a vigência da lei, pois neste caso, não haveria efetividade da norma.

O tempo que o trabalhador tem na empresa, será observado para que se compute o tempo proporcional do pré-aviso, desde que, a dispensa tenha ocorrido após a vigência da lei.

4 EFEITOS E PECULIARIDADES DO AVISO-PRÉVIO

A incidência do pré-aviso para qualquer das partes gera, de forma ampla, uma série de consequências que podem ser tidas como efeitos da utilização deste direito.

Na mesma linha, é possível afirmar ainda que, o instituto possui certas peculiaridades que devem ser analisadas a fim de que o estudo desta garantia constitucional seja completa.

4.1 A Integração do Tempo de Serviço para Todos os Efeitos

O período de aviso-prévio integra o tempo de serviço, ou seja, enquanto estiver em curso, o contrato de trabalho continua gerando todos os seus efeitos.

João Augusto da Palma traz explicações sobre o assunto (2011, p. 12):

Durante o aviso-prévio, conserva-se o contrato de trabalho (permanecem as prestações de serviços) que se mantém íntegro, em todos os seus termos, apenas procedendo-se uma alteração em suas condições, a qual é prevista em lei.

O pacto laboral, em sua totalidade, permanece intacto, tendo em vista que as cláusulas contratuais estão vigentes durante o período do pré-aviso.

Pouco importa se houve trabalho de fato durante o período que antecedeu a rescisão contratual, ou se houve a indenização do aviso-prévio, seu curso sempre integrará o tempo de duração do contrato para todos os efeitos.

Apenas depois de encerrado o prazo do aviso-prévio é que a rescisão do pacto laboral torna-se efetiva.

O artigo 489 da Consolidação das Leis do Trabalho ensina que “dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração”.

Sobre o tema, dispõe Sérgio Pinto Martins (2013, p.440):

O pacto laboral não termina de imediato, mas apenas após expirado o prazo do aviso-prévio, com o que há a integração do tempo de serviço no contrato de trabalho. Mesmo no aviso-prévio indenizado ocorre a sua integração no tempo de serviço do empregado, para todos os efeitos. Assim, a baixa na CTPS do empregado deve ser a do término do cumprimento do aviso prévio caso o referido aviso houvesse sido cumprido, ou da projeção do aviso-prévio indenizado.

Desta forma, o contrato de trabalho apenas restará extinto, quando se encerra o aviso-prévio, devendo ser anotado o exato momento do seu término na carteira de trabalho e previdência social do empregado.

O aviso-prévio trabalhado de fato, ou indenizado são igualmente considerados para que seja computado no tempo de serviço e gere todos os seus efeitos, por isso, “concedido o aviso-prévio, por qualquer das partes, o contrato não termina (continua a prestação de serviços); é uma formalidade que precede a sua terminação, projetando-se para o momento da extinção do contrato” (PALMA, 2011, p. 14).

Esta disposição existe com o fim de que o ato arbitrário do empregador não resulte em prejuízo ao empregado e, em sendo o aviso-prévio indenizado incorporado ao tempo de serviço, visou-se que esta prática não se tornasse corriqueira.

As fraudes patronais poderiam ocorrer caso não fosse considerado este período, a exemplo do empregador preferir pagar a indenização a deixar que o empregado trabalhe tempo suficiente para que complete um período aquisitivo de férias.

Assim, o período indenizado é apenas um ressarcimento dos danos ocasionados pela falta da obrigatoriedade do aviso-prévio.

A última consequência lógica da consideração do aviso-prévio como tempo de serviço é que, a prescrição de dois anos para o ajuizamento de reclamações trabalhistas apenas começa a ser contada a partir do fim do período do pré-aviso.

Deste modo, da data em que se projetaria o final do aviso é que se inicia a prescrição bienal, pois “da orientação Jurisprudencial nº 83 da SBDI-1 do TST depreende-se que se deve observar a projeção do aviso-prévio, contando-se o

prazo prescricional do termino da projeção do aviso-prévio indenizado” (MARTINS, 2013, p.443).

Além disso, “em razão da nova Lei n.12.506/2011, caso a duração do aviso-prévio seja superior a 30 dias, somente se inicia a contagem após esse período” (SANTOS e CORREIA, 2012, p. 498).

Desta feita, na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado deve ser lançada a data do final do aviso-prévio, independente de sua duração, podendo ainda, informar nas anotações gerais, qual foi o último dia em que houve labor.

Sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pode-se dizer que sua incidência no aviso-prévio é devida, seja ele trabalhado ou indenizado, possuindo escopo na súmula 305 do Tribunal Superior do Trabalho, visto que, mesmo quando indenizado, possui natureza salarial integrando o tempo de serviço para todos os fins.

Conclui-se afirmando que, de acordo com a nova lei, se o pré-aviso ganha período maior que trinta dias em razão da proporcionalidade, também haverá a sua projeção respeitando o prazo total, caso seja indenizado ou trabalhado e, este prazo integral será ainda considerado para todos os fins legais relativos ao pacto laboral.

Isto porque a Orientação Jurisprudencial nº 367 já previa que, nos casos em que o período do aviso-prévio fosse ampliado por meio de norma coletiva, sempre haveria de ser respeitado o parágrafo 1º do artigo 487, da Consolidação das Leis do Trabalho, que enfatiza que o aviso-prévio sempre integrará o contrato.

Resume Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia em sua obra Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho (2012, p. 496):

[...] o aviso-prévio trabalhado ou indenizado projeta para todos os fins no contrato. Logo, seja de 30, 60 ou 90 dias o período será computado, por exemplo, para o reajuste salarial, as férias, o décimo terceiro, os depósitos do FGTS, a anotação da CTPS e o início da prescrição.

Não restam duvidas, portanto, de que o melhor entendimento a ser aplicado é aquele que entende ser devida a projeção do pré-aviso, para que gere

todos os efeitos desejados, tanto aos casos que se utiliza do período mínimo de trinta dias, quanto àqueles que atinjam o máximo de noventa dias.

4.2 Base para o Pagamento do Aviso-Prévio

Como se sabe, o salário compõe a remuneração. A remuneração compreende, conforme artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, “[...] para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Logo, o salário é aquilo que o empregado recebe em razão dos serviços prestados e, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo supracitado “integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador”.

A conclusão é, portanto, que o salário é composto por tudo aquilo que o empregado recebe de maneira direta do empregador, exceto as diárias e as ajudas de custo que não excedam cinquenta por cento do salário recebido.

Enquanto isso, a remuneração engloba o salário acrescido das gorjetas que são cobradas pelo próprio estabelecimento na conta, ou aquelas auferidas pelo empregado diretamente dos clientes.

Nesse contexto, nasce a discussão acerca de qual seria a base para o pagamento do aviso-prévio. Vejamos o que ensina Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia na obra *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho* (2012, p. 485):

No tocante ao cálculo do aviso-prévio, importante destacar que será calculado com base no salário. Diante disso, as horas extras prestadas habitualmente, por exemplo, integram o valor do aviso (art. 487, § 5º, da CLT). As gorjetas, como já visto, não integram o valor do aviso-prévio (Súmula nº 354, TST). Ademais, sendo o salário variável (comissões, percentagens, etc.) será feita uma média dos últimos 12 meses de serviço (art. 487, § 3º, da CLT). Se durante o período de aviso ocorrer reajustamento salarial coletivo, o empregado pré-avisado da despedida será beneficiado pelo reajuste, inclusive se recebeu aviso-prévio indenizado, conforme previsto no artigo. 487, § 6º, da CLT.

Fica estabelecido que, o aviso-prévio corresponde ao salário do empregado, sendo que, horas extras habituais, e demais adicionais tais como insalubridade, periculosidade, e adicional noturno integram o valor do pré-aviso, de acordo com o artigo 487, parágrafo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Reza ainda o artigo 437, parágrafo 3º que, caso o salário seja variável, o valor do aviso-prévio será pago com base no salário dos últimos doze meses de serviço.

Importante ressaltar que, “se o aviso-prévio é trabalhado, vem a se constituir em salário; se o aviso-prévio não é trabalhado, mas indenizado, não tem natureza de salário, pois não há salário sem trabalho, consistindo no pagamento de uma indenização pela sua não concessão” (MARTINS, 2013, p. 446).

Tanto no aviso-prévio indenizado quanto no trabalhado, há incidência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pois este é o entendimento da lei número 8.036/90 e súmula 305 Tribunal Superior do Trabalho, afirmando que “o pagamento relativo ao período de aviso-prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS”.

A base de cálculo é, portanto, o salário, considerando também as verbas que são pagas com habitualidade, como adicionais e horas extraordinárias, conforme artigo 487, parágrafo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Fica esclarecido que “não se previu tomar o valor da remuneração para apurar o *quantum* do aviso-prévio, razão, por exemplo, de serem excluídas as gratificações semestrais” (PALMA, 2011, p.22).

Destarte, a gratificação semestral não repercute no cálculo do aviso-prévio, de acordo com a súmula 253 Tribunal Superior do Trabalho.

No mesmo sentido, estabelece a súmula 354 que, embora as gorjetas integrem a remuneração do empregado, elas não são usadas como base de cálculo para as parcelas do aviso-prévio.

Para rematar o assunto, cite-se Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1247):

O valor do aviso equivale ao salário mensal do obreiro, acrescido de todas as parcelas que eram habitualmente pagas ao empregado ao longo do contrato, ou, se for o caso, durante os últimos meses contratuais. É claro que certa parcela que fora habitual no passado, mas já não é recebida pelo obreiro a mais de doze meses, não será integrada no aviso-prévio (desde que válida a supressão, é óbvio). Mas as parcelas habituais recentes

compõem o valor do aviso, sem dúvida (horas extras e seu adicional, e demais adicionais legais), etc.

Por fim, cabe salientar que, embora as parcelas habituais que integrem o salário seja a base para o pagamento do aviso-prévio, é imprescindível que se observe com cautela se no período que corresponde ao último ano de trabalho essas parcelas continuaram sendo pagas, caso contrário, não se pode considerá-las habituais em razão de não serem recentes, ocasião em que não poderão integrar o aviso-prévio.

4.3 Aviso-Prévio e o Reajuste Salarial Anual

As Leis número 7.238/84 e 6.708/79 trazem disposições sobre a chamada data base, ambas em seu artigo 9º:

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.

A legislação prevê uma indenização adicional caso o empregado seja dispensado, sem justa causa, no período de trinta dias que antecede a data de sua correção salarial.

De acordo com a súmula número 182 do Tribunal Superior do Trabalho “o tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional prevista no art. 9º da Lei nº 6.708, de 30.10.1979”.

Assim, o período de pré-aviso será computado para que se verifique se houve a dispensa nos trinta dias antecedentes a data-base da categoria do trabalhador.

Dispõe a súmula número 242 do Tribunal Superior do Trabalho:

A indenização adicional, prevista no art. 9º da Lei nº 6.708, de 30.10.1979 e no art. 9º da Lei nº 7.238, de 28.10.1984, corresponde ao salário mensal, no valor devido na data da comunicação do despedimento, integrado pelos adicionais legais ou convencionados, ligados à unidade de tempo mês, não sendo computável a gratificação natalina.

Portanto, caso haja a dispensa nos moldes das leis supramencionadas, haverá uma indenização adicional, que será equivalente um salário mensal, acrescido dos adicionais legais, tais como horas extras, adicional noturno, periculosidade e insalubridade.

É imperativo ressaltar que, “deste modo, o prazo do aviso-prévio, inclusive da proporcionalidade, é computado para fins de incidência ou não dessa indenização adicional” (DELGADO, 2014, p.125).

Há ainda o entendimento pacificado em consonância com a súmula 314 do mesmo tribunal, que afirma ser devida a indenização adicional prevista nas leis nº 6.708/79 e 7.238/84 quando não observado o prazo, mesmo que o salário tenha sido corrigido quando do pagamento das verbas rescisórias.

O entendimento legal possui o objetivo de evitar que empregados sejam dispensados arbitrariamente quando se aproximar o período de reajuste dos salários.

No mais, de acordo com o artigo 487, parágrafo 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o aumento salarial que ocorrer enquanto o empregado estiver gozando do aviso-prévio beneficiará também ao trabalhador já notificado.

Isto porque, “enquanto flui o aviso-prévio, são garantidas ao trabalhador todas as vantagens decorrentes do contrato de trabalho” (PALMA, 2011, p. 14).

Conclui-se que, ainda que já tenha recebido os valores que correspondem ao aviso-prévio indenizado, será imperiosamente devido o valor do reajuste salarial.

4.4 Redução da Jornada

A fim de que seja possível ao empregado dispensado encontrar um novo emprego, a lei prevê a redução da jornada de trabalho durante o período do aviso-prévio, sem que haja prejuízo do salário integral.

Esta redução é possível apenas quando a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, sem justa causa.

Prevê o artigo 488 e parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, a redução de duas horas diárias na jornada de trabalho, sendo ainda facultado ao empregado não gozar da referida redução, mas faltar por sete dias corridos.

Ensina Sérgio Pinto Martins (2013, p.442)

É outra forma alternativa de que o empregado dispõe para procurar novo emprego. A possibilidade, entretanto de o empregado não trabalhar por sete dias é uma faculdade do obreiro, não podendo ser imposta pelo empregador. Deve haver a opção do empregado quando do recebimento do aviso-prévio, quando irá se manifestar se prefere trabalhar 30 dias, com redução do horário normal em duas horas, ou não prestar serviços por sete dias corridos. Os sete dias, como já se disse, serão corridos e não úteis.

Compete unicamente ao empregado decidir e comunicar seu empregador sobre como irá gozar sua redução de jornada, isto porque, apenas a redução diária da jornada pode ser considerada insuficiente para a finalidade que foi criada, sendo necessário um período mais longo para que se busque um novo emprego ou se dedique a outra atividade.

Considerem-se ainda os ensinamentos de Ana Paula Mesquita Maia dos Santos (2011, p.45):

Quando ocorrer rescisão sem justa causa, o empregado terá direito a redução do aviso-prévio de duas horas diárias ou de sete dias corridos. A opção pela forma de redução será do empregado, que deverá exercer esta opção no momento em que for notificado do aviso (art. 488 da CLT).

Neste sentido, não pode o empregador impor qual tipo de redução é mais viável, a escolha deve ser pessoal e livre de influências, devendo ser manifestada quando houver a notificação do pré-aviso.

O trabalhador rural tem suas relações trabalhistas regulamentadas pela Lei nº 5.889 de 1973.

Neste tipo de labor, a redução de jornada durante o aviso-prévio se dará de maneira diferenciada, qual seja, reduzindo um dia de trabalho por semana, em conformidade com o estabelecido no artigo 15, sem que haja prejuízo salarial.

No caso do rural, o artigo supramencionado dispõe ser devida a redução de um dia por semana “durante o prazo do aviso-prévio”.

Deste modo, se a proporcionalidade trazida pela Lei nº 12.506/11, resultar em um período superior a trinta dias, observa-se que “[...] há direito em todo

o aviso-prévio de até 90 dias a um dia por semana para procurar novo emprego” (MARTINS, 2013, p.443).

Na falta da redução de jornada, o aviso-prévio é considerado nulo, conforme súmula número 230 do Tribunal Superior do Trabalho, dispondo que “é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondente”.

Neste sentido, foi rechaçado o antigo entendimento de que o horário não reduzido poderia ser convertido no pagamento de horas extraordinárias, “logo, se a empresa pagar como extras as horas que deveriam corresponder a redução do horário de trabalho, deve pagar novamente o aviso-prévio [...]” (MARTINS, 2013, p.442).

Importante ressaltar que, em conformidade com o artigo 487, parágrafo 5º, as horas extraordinárias habituais, integrarão o aviso-prévio.

Cite-se o entendimento de Maurício Godinho Delgado (2014, p.1244):

Não é válida a substituição, pelo empregador, de duas horas de redução diária pelo correspondente pagamento de duas horas extras. Tal prática é censurada pela jurisprudência, por frustrar o principal objetivo do aviso-prévio, que é possibilitar a parte surpreendida com a ruptura ajustar-se a nova situação; no caso do trabalhador, procurar outro emprego. Sem a redução da jornada, torna-se mais difícil essa busca. Em consequência, verificando-se tal prática censurada, o empregador deve pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado, pagamento que tem evidente caráter indenizatório (Súmula 230, TST).

Ora, se isto se tornasse habitual a finalidade da redução de jornada, qual seja, a busca por um novo emprego, restaria desvirtuada.

É ainda de grande valia destacar que, como o aviso-prévio é devido na despedida indireta, quando a notificação é dada pelo empregado, ele não gozará da redução de jornada.

No que tange aos trabalhadores que possuem jornada de trabalho diferenciada, explana Sérgio Pinto Martins (2013, p.441):

Em casos de profissões que tem duração de jornada de trabalho inferior a oito horas, como a dos bancários, que é de seis horas, o horário de trabalho do empregado durante o aviso-prévio dado pelo empregador nada tem que ver com a duração da sua jornada de trabalho, devendo ser reduzido também em duas horas e não de maneira proporcional a extensão da jornada, pois o empregado deve ter a mesma facilidade, no tocante a horário, de procurar novo serviço.

Desta forma, pouco importa qual o horário cumprido pelo trabalhador, a redução sempre será a prevista pela legislação, qual seja, de duas horas diárias ou sete dias corridos.

Mesmo que a jornada seja inferior a oito horas diárias “[...] não é diminuído o salário, em nenhuma hipótese, percebendo o salário fixo normal, vigente naquele mês; se for tarefeiro, comissionista, com ganho variável, as duas horas serão calculadas conforme media das demais” (PALMA, 2011, p. 13).

Quando é adquirido o direito ao aviso-prévio proporcional, a redução de jornada deve observar o período integral deste instituto.

No entendimento de João Augusto da Palma (2011, p. 38):

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.

Entende-se, portanto, que a Lei nº 12.506/2011 não alterou o texto da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo observadas as disposições trazidas por ela no que tange ao período estendido do aviso-prévio.

As obrigações contratuais, sejam elas do empregado ou do empregador, devem subsistir durante o período do acréscimo, pois, assim como nos primeiros trinta dias, o vínculo empregatício continua a vigorar.

Desta feita, permanece durante o período estendido do aviso-prévio as disposições de redução de jornada prevista pelo artigo 488 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Reforça Carla Tereza Martins Romar (2013, p. 451):

Ressalte-se que a Lei n. 12.506/2011 em nada alterou a aplicabilidade do art. 488 da CLT, uma vez que não contem qualquer previsão específica sobre essa questão, A proporcionalidade foi fixada apenas em relação a duração do aviso-prévio [...]

Por isso, é imprescindível ter em mente que a proporcionalidade veio beneficiar o empregado, e neste contexto, não restringirá direitos, tendo em vista que não alterou artigos ainda vigentes e perfeitamente aplicáveis do arcabouço normativo trabalhista.

Frisa ainda Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia na obra *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho* (2012, p. 492):

Não é razoável que a duração do aviso-prévio seja, por exemplo, de 45 dias, e esse empregado tenha apenas nos 30 primeiros dias a redução de duas horas na sua jornada. Caso ele não obtenha outra colocação no mercado de trabalho, nos 30 primeiros dias, não terá, disponível, os outros 15 dias para buscar um emprego.

Pelos motivos explanados, todos os dias que forem acrescidos em razão da proporcionalidade contaram com a redução da jornada, sendo que, caso opte por sete dias corridos, este será o tempo devido para todo o período.

No mesmo sentido a nota técnica nº 184/2012 do Ministério do Trabalho e Emprego, que vem sendo utilizada para dirimir conflitos no que tange a aplicação da nova legislação que rege o aviso-prévio proporcional, dispõe que, nenhum critério de proporcionalidade foi fixado.

Sendo assim, quando a duração do período for superior a trinta dias, continua sendo válida a redução de duas horas diárias, ou sete dias durante todo o pré-aviso.

Dispõe ainda a nota técnica que, mesmo diante do aviso proporcional, o trabalhador pode escolher de qual maneira irá gozar a sua redução de jornada.

4.5 Aviso-Prévio Cumprido em Casa

O aviso-prévio cumprido em casa não possui previsão legal e, a princípio era uma prática nitidamente abusiva, conforme dispõe Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1245):

[...] a prática cotidiana empresarial tentou gestar uma modalidade de cumprimento alternativo do instituto jurídico, com o fim de dilatar o prazo para pagamento rescisório instituído pelo art. 487, §§ 6º e 8º da CLT: tratava-se de suposto *aviso-prévio cumprido em casa*. Ou seja, o pré-aviso não era laborado, nem sequer indenizado, ficando o trabalhador em sua própria residência a disposição empresarial.

Assim, o instituto nada mais era que uma forma de o empregador prolatar o pagamento das verbas rescisórias do empregado, sendo, portanto, ilegal e, considerado nulo.

É importante ressaltar que, o pagamento das verbas rescisórias é feito no primeiro dia útil após encerrado o pré-aviso, em consonância com o artigo 477, parágrafo 6º, “a” e “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Caso o empregador não deseje que haja a continuidade do trabalho durante este período, deverá indenizá-lo, sendo que, neste caso, o pagamento deve ser feito em até dez dias após realizada a notificação de encerramento do contrato de trabalho.

Com o advento da Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, estipulou-se que “em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida”.

Assim, após a premissa trazida pelo tribunal, e com sua ratificação pelo artigo 18 da instrução normativa nº 15/2010 da Secretaria de Relações do Trabalho, consolidou-se o entendimento que o chamado aviso-prévio cumprido em casa, na realidade, caracteriza-se como um aviso-prévio indenizado, visto que o empregado passa o período em casa.

Dispõe Elisson Messa dos Santos e Henrique Correia na obra *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho* (2012, p. 500):

Em resumo, o prazo para o pagamento das verbas rescisórias no aviso cumprido em casa é o mesmo do aviso-prévio indenizado, ou seja, até o 10º dia da comunicação da dispensa. Se não pagar neste prazo, o empregador terá de pagar a multa prevista no artigo 744, § 8º da CLT.

Há a necessidade de pagamento de salários no período correspondente ainda que não haja trabalho, e na rescisão, são obedecidas as regras inerentes ao aviso-prévio indenizado.

Na prática, o empregador não deseja que o empregado continue em sua empresa, pois pode lhe causar problemas, então o exime de comparecer ao trabalho, para que cumpra o aviso-prévio em casa.

Neste caso, não haverá nulidade, pois todas as finalidades do aviso-prévio foram cumpridas, inclusive o período para a busca de um novo emprego, sendo até mais benéfico ao empregador, pois ficará disponível em período integral.

Contudo, “algumas categorias tem estabelecido em convenção coletiva que a aviso-prévio cumprido em casa é nulo, ou que, nesta hipótese, as verbas rescisórias devem ser pagas no prazo de 10 dias a contar do recebimento do aviso” (MARTINS, 2013. p.446), isto para que, definitivamente, não haja fraudes em sua utilização.

4.6 Retratação do Aviso-Prévio

Como dito, durante o prazo do aviso-prévio o contrato de trabalho esta em plena vigência, e por este motivo, poderá, durante este período, haver a reconsideração do ato por parte daquele que fez a notificação.

A previsão legal da retratação encontra-se na parte final do artigo 489 da Consolidação das Leis do Trabalho, dizendo que “[...] se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração”.

Assim, o requisito para que a retratação tenha validade é o aceite da parte contrária, “daí, a revogação ser um ato complexo, pois sempre depende da concordância da parte oposta para ser válido e produzir os efeitos desejados. Isto é, para que se possa continuar o contrato normalmente, como se nada tivesse ocorrido” (PALMA, 2011, p. 15).

O aceite, portanto, poderá se dar de maneira expressa ou tácita, ou seja, a parte poderá de fato se manifestar a respeito da retratação, ou simplesmente continuar a prestação de serviços mesmo depois de expirado o prazo do aviso-prévio.

Destarte, pode não haver manifestação clara a respeito do aceite, mas ainda assim o empregado continuar a trabalhar, caso isso ocorra, subentende-se que houve aceitação da retratação do aviso-prévio dado ao empregado.

Nestes casos, será necessária a concessão de um novo aviso-prévio, caso o contrato tenha se estendido tacitamente e, depois de expirado o prazo da notificação, volte a nascer o interesse em por fim na relação contratual.

Sobre a retratação no aviso-prévio, ensina Lelia Guimarães Carvalho Ribeiro (1995, p. 80):

“Como se vê, a reconsideração do aviso só produzira efeito com o consentimento de quem recebeu o aviso. É, pois, um ato jurídico bilateral porque requer o pronunciamento do outro contratante para gerar efeitos jurídicos.

Uma vez aceita a reconsideração, o contrato subsiste plenamente haja vista não mais se verificar sua extinção, isso não significa que um novo contrato surgirá, apenas as partes amigavelmente resolvem manter a relação empregatícia desistindo de sua extinção. Nada impede, porém, que a parte notificada aceite a reconsideração, sujeitando-se a alteração de alguma cláusula do contrato, exemplo, melhoria salarial”.

Se a concessão do aviso não tem forma prevista em lei, muito menos a retratação. Não há formalidades legais, o que importa é a intenção em manter o contrato de trabalho.

Portanto, tem-se que a retratação pode ser expressa, sendo verbal ou escrita, ou ainda, tácita.

Ocorrendo a reconsideração ou continuando a prestação de serviço depois decorrido o prazo, o contrato de trabalho terá continuidade como se o aviso-prévio não tivesse sido dado, de acordo com o parágrafo único do artigo 489 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não haverá o início de um novo contrato, e sim a continuidade daquele que já existia, pois o aviso-prévio que fora concedido não gera efeitos quando há a continuação da relação empregatícia.

Finalizando, ensina João Augusto da Palma (2011, p. 15):

Se houver arrependimento de qualquer das partes quando o contrato já se achar rompido, as partes terão que construir um novo contrato, celebrando um novo vínculo, com outras condições ou com as mesmas se não existirem obstáculos legais ou restrições previstas nas convenções ou acordos coletivos da categoria.

Desta feita, se o contrato se findar, e apenas depois de encerrado houver o arrependimento, não haverá mais de se falar retratação, pois será

necessária a celebração de um novo pacto laboral, observando todos os preceitos legais.

4.7 Suspensão ou Interrupção do Contrato de Trabalho

Os artigos 471 a 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho trazem as causas de suspensão e interrupção do contrato de trabalho como, por exemplo, o acidente de trabalho.

Sobre o tema, ensina Maurício Godinho Delgado (2014, p.1250/1251):

Evidentemente, os períodos de interrupção da prestação de serviço (interrupção contratual) compõem o cálculo do módulo temporal relevante para a aquisição deste direito (ilustrativamente, descanso semanal remunerado; descanso em feriados; licença médico-previdenciária até 15 dias; férias anuais remuneradas). Entretanto, os períodos de suspensão do contrato de trabalho não se computam no cálculo do modo temporal pertinente para a aquisição da proporcionalidade.

Quando houver a interrupção contratual, o período será computado para o aviso-prévio, ou ainda para auferir se há o direito a proporcionalidade.

No período de férias do empregado, que é uma causa de interrupção do contrato de trabalho de acordo com o artigo 476 da Consolidação das Leis do Trabalho, não cabe aviso-prévio.

Caso o trabalhador tenha optado pela venda de um terço das suas férias, assim que retornar poderá haver a notificação do aviso-prévio.

Portanto, entende-se que “a suspensão e a interrupção não perturbam a função do aviso-prévio, mas inibem sua dação quando já verificada antes de o contratante pretender extinguir o contrato”. (RIBEIRO, 1995, p.110)

Deste modo, é cediço que há circunstâncias em que o contrato ficará suspenso, impedindo que o empregador dispense o empregado, salvo se houver justa causa.

Contudo, essas mesmas situações de suspensão serão consideradas para a contagem dos períodos relativos ao pré-aviso, não prejudicando seu prazo e função.

A notificação dada durante o período de suspensão ou interrupção será considerada nula. Dispõe ainda, Sérgio Pinto Martins (2013, p.444):

Se o empregado sofre um acidente de trabalho ou fica doente, não há que se falar na concessão do aviso-prévio pelo empregador na constância do afastamento, pois o trabalhador fica impossibilitado de procurar novo emprego. O aviso-prévio somente poderá ser concedido quando do retorno do obreiro.

Se houver auxílio doença durante o aviso-prévio, mesmo que o período seja indenizado e não trabalhado, todos os efeitos consequentes da dispensa sem justa causa só serão concretizados quando houver o término do benefício previdenciário, pois o curso do aviso-prévio fica suspenso e apenas quando do retorno do empregado, ele voltará a ser contado.

Importante lembrar que, a aposentadoria por invalidez suspende o contrato de trabalho, impossibilitando, deste modo, que haja aviso-prévio neste período.

Ensina ainda a Súmula 371 do Tribunal Superior do Trabalho:

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nºs 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28.11.1995 e 27.11.1998).

O fato de gerar apenas efeitos econômicos faz com que o período do aviso-prévio não seja considerado para a aquisição da estabilidade.

A súmula ainda trata de eventuais causas de suspensão que, conforme já visto, cancela os efeitos da dispensa, uma vez que apenas restará concretizada a rescisão do pacto laboral quando a causa que o suspendeu houver cessado.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo explanado no presente trabalho, tem se que mudanças são necessárias para que as leis trabalhistas continuem a evoluir e serem aprimoradas, sempre visando trazer melhorias aos trabalhadores, bem como aos empregadores.

A Lei nº 12.506/2011 que dispôs sobre a proporcionalidade do aviso-prévio trouxe situações em polêmicas, como o acréscimo de três dias a cada ano trabalhado, onde se considera, predominantemente, que esses dias serão acrescentados já ao primeiro ano do pacto laboral.

As disposições sobre os titulares do direito à proporcionalidade são outro ponto de grande relevância, visto que, o empregado que pedir demissão cumpre apenas trinta dias fixos de aviso-prévio.

Deste modo, sendo a proporcionalidade aplicada apenas aos empregadores em favor dos empregados que foram dispensados, é necessária uma reflexão acerca da onerosidade excessiva que esta disposição pode ocasionar.

Ora, o arcabouço jurídico evolui e se modifica de acordo com as necessidades de uma sociedade, devendo ser benéfico ao empregado, sem prejudicar aquele que lhe fornece o labor.

Neste contexto, tem se que pode haver um grande custo financeiro do pré-aviso para o empregador, incentivando que no futuro as contratações ocorram por períodos mais curtos, a fim de evitar esse encargo.

Não haverá estímulo para que haja dispensa sem justa causa, e sim uma incidência maior de dispensas com justa causa, a fim de esquivar-se do pagamento da proporcionalidade, repercutindo no sistema judiciário, que pode ficar abarrotado de ações que discutem a justa causa.

Há ainda discussões acerca da aplicação da lei no tempo que, via de regra, passa a ter vigência a partir de sua publicação em 13 de outubro de 2011, não abrangendo, portanto, aquele que foi dispensando antes da publicação da lei, ou que possuía aviso-prévio em curso quando da sua vigência.

A única exceção plausível neste caso são as ações já em curso, que já pleiteiam a proporcionalidade constitucionalmente prevista antes mesmo da publicação da lei regulamentadora.

O aviso-prévio proporcional repercute também em diversas peculiaridades que já estavam presente no instituto quando ainda não gozava da proporcionalidade, tais como a redução de jornada e projeção do aviso-prévio.

Caso o pré-aviso atinja o tempo máximo de noventa dias, a projeção também respeitará este prazo, e será também considerado como tempo de serviço para que gere todos os efeitos decorrentes do pacto laboral.

Sobre a redução da jornada durante este período, também não há ainda um consenso legal, pois a nova legislação omitiu-se no que diz respeito a esta disposição, fazendo com que haja posicionamento no sentido de que haverá redução durante todo o período.

Isto porque, na falta da fixação de um critério legal, a norma é interpretada em favor do empregador, sendo portando, o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego que a redução de jornada é válida enquanto durar o período de pré-aviso, havendo ou não a incidência de dias adicionais em razão da proporcionalidade.

Em suma, há ainda posicionamentos doutrinários divergentes a respeito de um mesmo assunto que envolva as omissões da nova disposição legal.

Desta forma, embora o Ministério do Trabalho e Emprego já possua a Nota Técnica nº 184 para auxiliar na solução de conflitos quanto a interpretação da norma, diversas questões polêmicas apenas serão esclarecidas através da análise do judiciário a cada situação concreta que envolva o tema deste trabalho, qual seja, o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e súmulas do TST comentadas**. 5. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2012. 1273 p. (Série Descomplicada Série Descomplicada) ISBN 978-85-339-2049-1

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: LTr, 2012. 1104 p. ISBN 9788536120515

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. **CLT Saraiva e constituição federal**. 40. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2013. 1048 p. ISBN: 9788502198869

BRASIL. Ministério Público do Trabalho e do Emprego. **Instrução Normativa - Secretaria de Relações do Trabalho - SRT Nº 15 DE 14.07.2010**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/instrucao-normativa-n-15-de-14-07-2010.htm>>. Acesso: 04 out. 2014.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho e do Emprego. **Nota Técnica N. 184/2012** de 7 de maio de 2012. Dispõe sobre a Lei N. 12.506 de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/nota-tecnica-n-184-de-2012.htm>>. Acesso: 11 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. RR 4723520135030002. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira: Brasília, 04.06.2014. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122789902/recurso-de-revista-rr-4723520135030002>>. Acesso em: 04 de out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. RR 5448120135030144. Mauricio Godinho Delgado: Brasília, 17.09.2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140543627/recurso-de-revista-rr-5448120135030144>>. Acesso em: 04 de out. 2014.

CABRAL, Adelmo de Almeida. **Aviso prévio: doutrina, legislação, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1998. 166p. ISBN 85-7322-508-4

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 36. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1592 p. ISBN 978-85-02-11146-2

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. 1536 p. ISBN 978-85-361-2817-7

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 6 ed. Presidente Prudente, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. - 8.reimp. São Paulo: Atlas, 2013. 225 p. ISBN 9788522448784

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. 1408 p. ISBN 978-85-02-20037-1

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1282 p. ISBN 978-85-224-7523-0

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 980 p. ISBN 9788522475391

MATURANO, Marcio. **Aviso prévio de até 90 dias vale para ações antes da lei. 19/02/2013**. Portal de Notícias Senado Federal. 19 fev. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/02/19/aviso-previo-de-ate-90-dias-vale-para-acoes-antes-da-lei>>. Acesso: 15 out 2014

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a. 1505 p. ISBN 9788502173873

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012b. 604 p. ISBN 9788536120379

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 987 p. ISBN 85-203-2898-9

PALMA, João Augusto da. **Como praticar os novos avisos-prévios**. São Paulo: LTr, 2011. 95 p. ISBN 9788536119618

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. 1110 p. ISBN 9788530941147

RIBEIRO, Lelia Guimarães Carvalho. **Natureza jurídica do aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1995. 127p.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013. 726 p. (Coleção esquematizados) ISBN 9788502170957

SANTOS, Ana Paula de Mesquita Maia. **Manual prático da rescisão e homologação do contrato de trabalho**. Sapucaia do Sul: NotaDez, 2011. 217 p. ISBN 978-85-99315-42-2

SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST**: comentadas e organizadas por assunto. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. 1526 p. ISBN 8577615464

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p. ISBN 9788539201044

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 651 p. ISBN 9788571477766

VADE mecum RT. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2176 p. (RT Códigos) ISBN 978-85-203-4599-3