

1. A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O aviso prévio é instituto originário das Corporações de Ofício e, no âmbito legal, constou do vetusto Código Comercial de 1850 (art. 81), do Código Civil de 1916 (art. 1.221) e de legislação trabalhista extravagante (Lei nº 62, de 1935), que previa o dever unilateral de o empregado pré-avisar ao empregador, encontrando regência atual na CLT, Arts. 487 a 491².

Com o advento da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, inseriu-se no rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, assegurando-se o mínimo de 30 dias, “nos termos da lei” (Art. 7º, Inciso XXI), no que o Inciso I, do Art. 487, da CLT, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional ao prever tempo de aviso de apenas oito dias.

Embora apresentado pouco tempo depois da promulgação da nova Carta Política, o projeto de lei do Senado nº 3941/89, somente foi aprovado no âmbito da Câmara dos Deputados recentemente, redundando na sanção da Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, com o fito de regulamentar o disposto no Art. 7º, Inciso XXI, da CF/88.

A citada norma dispõe em seu art. 1º:

“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 acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

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

A lei em destaque foi publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 2011.

Ao que se nota, depois de mais de duas décadas o Parlamento entregou a regulamentação de direito social previsto na Carta de 1988, concedendo eficácia plena ao aviso prévio proporcional.

Doravante, então, tem-se o aviso prévio de trinta (30) dias para os contratos com até um ano de vigência e o acréscimo de outros três (3) dias para cada novo ano do pacto laboral, até o limite total de 90 dias. Em outras palavras, além dos 30 dias mínimos até então assegurados pela regra expressa da norma constitucional, o trabalhador fará jus a outros 3 dias por cada ano a mais trabalhado, isto é: 2 anos equivalem a 33 dias de aviso; 3 anos geram o direito a 36 dias de aviso; e assim sucessivamente, até que, com 21 anos de atividade no mesmo emprego, o trabalhador terá direito a 90 dias a título de aviso prévio.

E para por aí o consenso sobre o regramento legal da proporcionalidade

1. Juiz do Trabalho em Goiás; Professor; ex-Procurador do Estado de Goiás; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo (UNICAMP); Vice-Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho da 18ª Região.

2. Alice Monteiro de Barros. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 2011, 7. ed., p. 754.

deste instituto do Direito do Trabalho.

Proliferam-se as divergências interpretativas, lançando-se dúvidas desde a intertemporalidade da norma (a quais contratos se aplica?) até a quem se dirige (se apenas em benefício do empregado ou também do empregador), inquietações estas, dentre outras, quanto às quais este breve estudo se ocupará.

2. DIREITO INTERTEMPORAL

Dispõe a CF, Art. 7º, Inciso XXI:

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

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

O dispositivo constitucional supra reflete, segundo lição clássica³, norma de eficácia limitada (ou reduzida), pois o constituinte originário estabeleceu o mínimo de trinta dias de aviso prévio com aplicabilidade imediata e remeteu “aos termos da lei” a regulamentação da proporcionalidade do instituto em relação ao tempo de serviço, no que não é autoaplicável⁴

A propósito, confira-se a redação da Orientação Jurisprudencial nº 84, da SDI-1, do TST:

“84. Aviso prévio. Proporcional. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende de legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/88 não é autoaplicável”.

Nessa seara e à vista da manifesta omissão legislativa que imperava sobre o tema, o Excelso STF foi chamado a manifestar-se, em sede recursal e de mandado de injunção, sobre a pretensão de ex-empregados cujos contratos vigoraram por muitos anos, concluindo-se pela ocorrência de mora legislativa⁵, tendo a Corte sinalizado, recentemente, que avançaria no regramento da proporcionalidade do aviso prévio ante a inércia legiferante. Somente nesta quadra circunstancial a Câmara dos Deputados acelerou a apreciação e a aprovação da matéria que redundou na lei sob comento.

Não vislumbro, assim, possibilidade de retroação da lei a contratos já extintos sob a égide do aviso prévio mínimo de trinta dias, cujas rescisões já estão sob o

3.A propósito, o escólio de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem este grupo de normas de eficácia limitada ou reduzida somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa. Curso de Direito Constitucional, São Paulo : Saraiva, 2011, 6. ed., pp. 80/81.

4.Alice Monteiro de Barros. Op. cit., p. 755.

5.“Dissídio coletivo. Recursos extraordinários providos, para excluir as cláusulas 2ª (piso correspondente ao salário-mínimo acrescido de percentual) e 24ª (estabilidade temporária), por contrariarem, respectivamente, o inciso IV (parte final) e I do art. 7º da Constituição, este último juntamente com o art. 10 do ADCT, bem como a cláusula 29ª (aviso prévio de sessenta dias), por ser considerada invasiva da reserva legal específica, instituída no art. 7º, XXI, da Constituição.” (RE 197.911, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24-9-1996, Primeira Turma, DJ de 7-11-1997).

“Mandado de injunção. Art. 7º, XXI da Constituição. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no art. 7º, XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época – circunstância impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor do impetrante. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional.” (MI 369, Rel. p/ o ac. Min. Francisco Rezek, julgamento em 19-8-1992, Plenário, DJ de 26-2-1993)

pálio do ato jurídico perfeito (CF, Art. 5º, Inciso XXXVI)⁶ e, por corolário lógico, não seria razoável impor aos empregadores conduta diversa daquela expressamente prevista na única norma até então vigente e dotada de eficácia e efeitos práticos, qual seja, a CLT, Art. 487. Vale dizer: a lei vigente ao tempo em que se efetuaram as rescisões contratuais dos pactos extintos precedentemente à publicação da nova norma legal previa aviso de apenas 30 dias⁷. A regra geral de que os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração, merece temperamento na seara laboral por tratar-se de pactuação continuada, com sujeição típica a alterações negociais e legislativas que veiculem, principalmente, parcelas irrenunciáveis, como é o caso do aviso prévio⁸.

Observe-se que não se trata, o aviso prévio, de direito diferido no tempo, mas, ao contrário, cuida-se de verba cuja gênese coincide com o anúncio da ruptura contratual, seja ele trabalhado ou indenizado, de modo que também não há elementos interpretativos subsistentes para se sustentar a aplicabilidade da nova regra apenas aos contratos iniciados a partir da sua vigência.

Os contratos de trabalho, por serem de trato sucessivo e norteados por diversas regras de ordem pública que veiculam parcelas irrenunciáveis pelos trabalhadores, sujeitam-se às mutações legislativas, estando salvaguardados tão-somente de efeitos retroativos sobre direitos quitados segundo a lei vigente. Na hipótese do aviso prévio, este será modulado pela lei vigente ao tempo da sua concessão, de modo que todo o período laboral repercutirá na respectiva aferição do tempo devido e não apenas o lapso verificado entre a vigência da lei e o aviso de dispensa. Em outras palavras, a norma federal sob análise, por ter aplicação imediata, alcança os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima)⁹.

A propósito, dispõe a CLT, Art. 912, que os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação, regra de transição esta que, por corolário lógico, também deve ser observada quanto às modificações e acréscimos realizados no texto consolidado.

Nessa linha de raciocínio, os contratos extintos, mesmo quanto aos quais a pretensão ainda não esteja fulminada pela prescrição bialenal prevista na CF, Art. 7º, Inc. XXIX, não são alcançados pela lei do aviso prévio proporcional, de sorte que esta alcança apenas as novas relações de emprego e os vínculos empregatícios em curso quando da sua entrada em vigor em 13 de outubro de 2011.

E por contratos vigentes quando da publicação da Lei nº 12.506/11 entendam-se, também, aqueles cujo aviso prévio ainda estava em curso naquela

6. "Código de Defesa do Consumidor: contrato firmado entre instituição financeira e seus clientes referente à caderneta de poupança: não obstante as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor alcancem as instituições financeiras (cf. ADI 2.591, 7-6-2006, Pleno, Eros Grau), não é possível a sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da CF. Precedente (RE 205.999, 16-11-1999, Moreira, RTJ 173/263)." (RE 395.384-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-4-2007, Primeira Turma, DJ de 22-6-2007)."

7. Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

8. Súmula 276 do TST.

9. "As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas." (AI 258.337-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 6-6-2000, Primeira Turma, DJ de 4-8-2000)

ocasião, eis que o tempo deste, como decorre da exegese da CLT, Arts. 487, § 1º, parte final, e 489¹⁰, deve ser incluído na duração do contrato de labor para obtenção das vantagens legais, inclusive para definir o direito aplicável, mesmo na hipótese de indenização¹¹. Note-se, neste caso, que raciocínio contrário permitiria, por exemplo, que os empregadores que anteviram a sanção da lei sob exame pudessem dispensar seus empregados com muitos anos de serviço apenas para furtarem-se do aviso prévio majorado e dos seus reflexos de direito.

A jurisprudência, aliás, se encarrega de dar efeitos semelhantes em hipóteses fundadas também na inclusão do tempo do aviso prévio no contrato de trabalho, como é o caso da Súmula 371, in fine, do TST, segundo a qual a concessão de auxílio-doença durante o pré-aviso posterga os efeitos da dispensa para depois da expiração do benefício previdenciário, e a OJ nº 83 da SDI-1, do Colendo TST, que aponta como termo inicial da contagem do prazo prescricional o término do aviso prévio, inclusive na projeção daquele pago de forma indenizada.

Pelos mesmos fundamentos, aliás, pontua-se que a nova duração do aviso prévio continuará integrando o tempo de serviço do empregado dispensado, na exata proporção que lhe seja devida.

É importante esclarecer que os casos judicializados perante o STF poderão até receber decisão favorável mesmo estando pautados em contratos rescindidos antes da edição da nova lei, mas certamente não o serão de lege lata (da lei criada), mas sim no bojo da controvérsia constitucional já estabelecida ainda sob a circunstância de o Poder Público encontrar-se em reconhecido estado de mora legislativa, de sorte a levar a Suprema Corte a modular os efeitos de eventual decisão favorável. Não seria de se surpreender, porém, quanto a mandados de injunção em curso, que o Supremo Tribunal seguisse precedentes no sentido da perda de objeto pelo advento da regra legal reclamada¹².

Em suma, aplica-se a lei nova aos vínculos de emprego firmados após a sua entrada em vigor e aos contratos de trabalho em curso quando da sua publicação, aí incluídos os pactos laborais com aviso prévio em andamento ou indenizados, cuja projeção alcance o dia 13 de outubro de 2011.

3. TRABALHADORES BENEFICIADOS

Como acentuado, o aviso prévio tem assento constitucional e consta do rol de direitos sociais do art. 7º, cujo caput reporta-se aos “trabalhadores urbanos e rurais”, estendendo-lhes, por conseguinte, a nova regra de proporcionalidade do pré-aviso ao tempo de serviço junto ao empregador.

Já o parágrafo único do citado dispositivo da Carta Magna inscreve no rol de direitos dos trabalhadores domésticos o inciso XXI, no que atrai o novel normativo legal.

Saliente-se, ainda, quanto aos trabalhadores domésticos, que a recém aprovada Convenção nº 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e sua respectiva Recomendação nº 201, preconizam a equivalência de tratamento legal entre esta classe trabalhadora e os demais empregados, estando esta norma internacional

10.No mesmo sentido: Arts. 15 e 16 da IN SRT/MTE nº 15, de 14 de julho de 2010.

11.Súmula 471, primeira parte, do TST e OJs nº 82 e 83 da SDI-1, do TST.

12. “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. (...) O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma.” (MI 575-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-1998, Plenário, DJ de 26-2-1999.) No mesmo sentido: MI 742-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-3-2008, Plenário, DJE de 30-5-2008.

na dependência de ratificação pelo Governo brasileiro.

4. POLO CONTRATANTE BENEFICIADO PELA LEI Nº 12.506/11

O caput do artigo 7º da Constituição da República estabelece rol de direitos aos trabalhadores sem caráter de taxatividade, expressando a possibilidade de que outros advenham, mas desde que “visem à melhoria de sua condição social”.

Referido normativo veicula cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social, traduzindo, no processo de sua implementação, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais, impedindo, por conseguinte, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias venham a ser adotadas pelas instâncias governamentais¹³.

Este contexto protetivo vincula ao legislador infraconstitucional seja na criação de novos direitos, seja na modulação dos já arrolados na Constituição, pois não seria lógico exigir-se a qualificadora de melhoria da condição social do trabalhador em relação a novos institutos e não faze-lo com respeito à regulamentação daqueles já previstos pelo constituinte originário.

A fixação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser vista sob esta ótica teleológica, resultando claro que a sua finalidade é acrescer melhoria à condição social dos empregados, sob pena de vulnerar o mandamento constitucional de origem e também a norma de sobre-direito prevista no Art. 5º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Inversamente, se a norma também se dirigisse ao tempo de aviso prévio devido pelo empregado ao empregador, seria nítida a prejudicialidade sócio-jurídica da medida. A finalidade precípua deste instituto é possibilitar ao empregado dispensado que encontre novo emprego e, sob o ponto de vista do empregador, que selecione novo trabalhador para a vaga surgida com eventual pedido de demissão.

13. Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3), conforme Informativo Semanal do STF nº 582: “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatutárias que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”.

É o mesmo que dizer: a cada novo ano de trabalho o ordenamento jurídico concede ao trabalhador mais 3 dias de vigência do seu contrato (ou de respectiva indenização) para que alcance nova colocação no mercado de trabalho. Essa progressão é proporcional ao tempo de serviço, mas infelizmente as chances de novo emprego são inversamente proporcionais à idade do trabalhador, de modo que, regra geral, o empregado que contar com 21 anos de serviço junto ao mesmo empregador contará com 90 dias de aviso prévio (trabalhado ou indenizado) e muito provavelmente com mais de 40 anos de idade, fator etário que o lança em situação de maior dificuldade de uma nova contratação profissional.

Impor ao empregado que vise a rescisão injustificada do vínculo o dever de permanecer em estado de pré-aviso por até 90 dias pode ensejar, na prática, a impossibilidade de vincular-se a novo empregador, que certamente não aguardará por tanto tempo o desenlace do pacto rescindendo. Sob outro prisma, também de ordem prática, é notoriamente desinteressante para o empregador a manutenção de um empregado por longo período em seus quadros se este já tiver demonstrado o desinteresse na continuidade da relação empregatícia.

A própria literalidade normativa estabelece que o aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, "será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados" e não aos empregadores.

A nova lei, assim como a redação do caput do artigo 487 da CLT, deve, pois, ser interpretada com vistas à cláusula de não retrocesso prevista no caput do Art. 7º da Constituição Federal, a fim de concluir-se que o aviso prévio, na versão proporcional ora regulamentada, é direito do empregado, cumprindo-lhe, na hipótese de dar causa injustificada à ruptura do contrato, prestar aviso prévio de apenas 30 dias, independentemente do tempo de serviço junto ao empregador.

5. AFERIÇÃO DO PRAZO PROPORCIONAL DO AVISO PRÉVIO

Infere-se literalmente da Lei nº 12.506/11 que para os contratos com duração de até 1 ano são devidos 30 dias de aviso prévio, aumentando-se outros 3 dias para cada novo ano de vigência do pacto, até o limite de 90 dias, o que corresponderia, a partir de mero cálculo aritmético, a um vínculo de emprego de 21 anos.

Como a norma vincula o acréscimo de 3 dias ao lapso temporal de "1 ano", indaga-se como proceder nas hipóteses de rescisões contratuais não coincidentes com números inteiros de anos (2 anos, 3 anos, etc), verificando-se que o pacto vigeu por 1 ou 2 anos e algum(ns) mês(es).

Não parece razoável, a princípio, inclusive por se tratar de instituto de característica formal e materialmente proporcional, desprezar peremptoriamente todo e qualquer tipo de fração para fins de apuração do prazo do aviso, sob pena de novamente dar margem a dispensas obstativas do direito a mais 3 dias de aviso.

Embora sustentável o argumento segundo o qual o legislador adotou o critério anual para a aferição da proporcionalidade do aviso prévio com vistas à estabilidade do contrato, de modo que ao empregado não fosse dado adquirir 1 ou 2 dias a mais de aviso, mas apenas 3 dias e somente após completado mais um ano (inteiro) de serviço, cumpre advertir que todas as normas, em certo sentido, são incompletas, até por serem, por definição, gerais e abstratas, necessitando, por isso mesmo, do trabalho do intérprete para serem aplicadas aos casos da vida social¹⁴.

A propósito, o ordenamento posto oferece o emprego da analogia para

14. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. Op. cit., p. 80.

suprir eventuais lacunas no ordenamento legal¹⁵, invocando-se, na espécie, o disposto no caput do Art. 478 da CLT, o qual dispõe que será considerada para contagem anual também fração igual ou superior a seis meses¹⁶, trilha, aliás, seguida no contexto da Súmula 291, do TST¹⁷.

Poder-se-ia, também, invocar a regra do 13º salário, devido à razão de 1/12 avos por cada mês trabalhado no ano calendário, equivalendo a um mês a fração superior a 14 dias, isto é, igual ou superior a 15 dias. E, ainda, dado o fato de o ano contar com 12 meses, número divisível por 3, defender-se-ia que seria devido 1 dia a cada quadrimestre laborado pelo empregado, ou seja, se o pacto for extinto antes de completado número inteiro de anos, observar-se-ia a quantidade de meses igual ou superior a 4 a fim de conceder mais 1 ou 2 dias de aviso prévio.

Não se pode perder de vista, contudo, que a lei vincula a parcela em questão à quantidade de anos de serviço, de modo que não é dado ao intérprete, ao menos sob o ângulo da necessária razoabilidade, criar um critério novo de proporcionalidade baseado em meras coincidências numéricas, como é o caso de se adotar o quadrimestre ou a fração de meses como fator de adição de mais um dia ao aviso prévio em contratos com mais de um ano de duração.

É preciso, então, que se busque para a aferição do tempo de pré-aviso regra consentânea com o lapso anual de contagem, do que são referências analógicas mais expressivas a CLT, Art. 478, caput, c/c a Súmula 291, do Colendo TST, a fim de se considerar apenas o número inteiro de anos de serviço ou a fração igual ou superior a seis meses, sem se admitir outros arredondamentos.

6. PROJEÇÃO DO PRÉ-AVISO PARA DEFINIÇÃO DO NÚMERO PROPORCIONAL DE DIAS

Outra casuística que poderá advir do aviso prévio proporcional é a pretensa inclusão / projeção dele próprio no contrato de trabalho para finalidade de definir a dimensão temporal do direito, isto é, a projeção do pré-aviso para cálculo dele próprio.

Nesse particular, contudo, a projeção preconizada na CLT, Art. 487, § 1º, refere-se à integração do próprio período do aviso prévio trabalhado ou mesmo indenizado no contrato de trabalho segundo o lapso temporal identificável quando da sua concessão, vale dizer, o número de dias do aviso prévio será definido por ocasião do seu anúncio pelo empregador (ressalvada a hipótese de direito intertemporal já tratada oportunamente) e não mediante a sua projeção sobre o pacto, sob pena de se fazer gerar duas consequências sobre o mesmo fato, em manifesto bis in idem.

Registre-se que mesmo quando considerada a projeção do aviso prévio para atrair a aplicação da lei nova, não terá o respectivo tempo o condão de repercutir

15. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

16. Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

17. Súmula Nº 291 do TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

sobre si próprio, de maneira que o seu quantum será determinado de acordo com o lapso temporal já transcorrido até a data da sua concessão.

7. JORNADA ESPECIAL NO CURSO DO AVISO

A teor do disposto na CLT, Art. 488, caput, o horário normal de trabalho do empregado durante o aviso prévio, se a rescisão houver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral, facultando-se ao trabalhador optar pela não redução da jornada a fim de não laborar por sete dias corridos (parágrafo único).

Na nova hipótese do aviso proporcional tal prerrogativa operária não sofre nenhuma alteração prejudicial.

A Lei nº 12.506/11 reporta-se ao regramento do Capítulo VI da CLT, que cuida do aviso prévio, atraindo, por conseguinte, o normativo consolidado acima referido, com as adequações proporcionais que o tema requer.

Assim, o trabalhador continua tendo à sua disposição a redução da duração diária do seu trabalho em 2 horas por todo o período do pré-aviso, seja ele de 30, 60, 70, ou mesmo de 90 dias.

Caso o empregado prefira ausentar-se do trabalho por alguns dias, como lhe faculta o parágrafo único do Art. 478, da CLT, não há dúvida de que terá direito a 7 faltas nos contratos de até 1 ano de duração, ou seja, o aviso prévio mínimo (30 dias) assegura ao obreiro a prerrogativa de ausentar-se por 7 dias.

Fixa-se, a partir daí, uma regra de três simples (proporção), de modo que cada novo ano de labor (ou fração igual ou superior a seis meses), multiplicado pelo fator 0,7 (sete décimos), corresponderá ao número de dias excedentes de faltas a que fará jus o empregado, arredondando-se o resultado para mais ou para menos de acordo com critério equânime de aproximação. Confira-se algumas hipóteses:

Caso 1. O empregado que laborou por 4 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 2 dias relativos aos 3 anos subsequentes de vigência do contrato ($3 \times 0,7 = 2,1$, arredondando-se para 2).

Caso 2. O empregado que laborou por 9 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 6 dias relativos aos 8 anos subsequentes de vigência do contrato ($8 \times 0,7 = 5,6$, arredondando-se para 6).

Caso 3. O empregado que laborou por 13 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 8 dias relativos aos 12 anos subsequentes de vigência do contrato ($12 \times 0,7 = 8,4$, arredondando-se para 8).

Caso 4. O empregado que laborou por 17 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 11 dias relativos aos 16 anos subsequentes de vigência do contrato ($16 \times 0,7 = 11,2$, arredondando-se para 11).

Caso 5. O empregado que laborou por 19 anos e 7 meses terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 13 dias relativos aos 18 anos e 7 meses subsequentes de vigência do contrato ($19 \times 0,7 = 13,3$, arredondando-se para 13). Note-se que nesta hipótese empírica considerou-se como 1 ano a fração de 7 meses (CLT, Art. 478, caput).

Caso 6. O empregado que laborou por 21 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 14 dias relativos aos 20 anos subsequentes de vigência do contrato ($20 \times 0,7 = 14$).

A redução do horário ou o não comparecimento ao trabalho tem por escopo permitir ao trabalhador que busque efetivamente nova colocação laboral, de

sorte que tal finalidade restaria frustrada caso o empregado não dispusesse dessa faculdade. Note-se, aliás, que não é dado ao empregador sequer optar por exigir trabalho do empregado sob o pretexto de pagamento de horas extras, tamanha a importância do tempo livre para buscar novo emprego. Exegese da Súmula 230, do Colendo TST.

Quanto ao trabalhador rural, é importante observar que a Lei nº 5.889/73, por seu Art. 15, estabelece que durante o prazo do aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho, daí porque parte da doutrina sustenta a inaplicabilidade da regra do Art. 488 da CLT.

Destaca-se, aliás, recente precedente do Colendo TST:

“RECURSO DE REVISTA – RITO SUMARÍSSIMO – AVISO PRÉVIO – TRABALHADOR RURAL. A exigência legal do cumprimento de jornada reduzida no período do aviso prévio é de ordem pública. Assim, a Lei nº 5.889/73, que regula o trabalho rural, prevê em seu artigo 15 a aplicação deste instituto ao rurícola. Com efeito, a decisão recorrida não viola o princípio da legalidade, pois o Tribunal Regional aplicou explicitamente o artigo 15 da citada norma ao caso. Recurso não conhecido” (Processo: RR – 97400-92.2009.5.15.0054. Data de Julgamento: 11/10/2011. Relator Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/10/2011).

Não obstante, como o Art. 1º da Lei nº 5.889/73 estabelece que as relações de trabalho rural, naquilo que com ela não colidirem, serão regidas pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, os reflexos da nova proporcionalidade do aviso prévio devem repercutir também em proveito desta classe trabalhadora.

Nessa ordem de raciocínio, a cada nova semana de aviso prévio proporcional (assim considerado o período de 7 dias) o trabalhador rural poderá faltar mais um dia no curso do pré-aviso.

8. REFLEXOS PECUNIÁRIOS DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Como assentado em linhas volvidas, o aviso prévio projeta-se na duração do contrato de trabalho, especialmente para fins pecuniários (Súmula 371, primeira parte, do TST), de modo que parcelas como os depósitos para o FGTS + 40%, 13º salário, e férias + 1/3, são calculadas levando em consideração o período efetivamente trabalhado no pré-aviso ou mesmo o respectivo tempo indenizado.

A nova sistemática proporcional do aviso prévio não altera esta resultante jurídica.

Pelas mesmas razões axiológicas que surgem do Art. 478, § 1º, parte final, e da Súmula 371, do C. TST, os reflexos do aviso prévio incidirão sobre as parcelas de direito na exata proporção dos dias devidos a tal título, isto é, projeta-se a quantidade de dias sobre o contrato de trabalho, alargando o lapso temporal sobre o qual serão apuradas as parcelas a título de FGTS + 40% (Súmula 305/TST), 13º salário, férias + 1/3, reajustes salariais verificados no curso do aviso (CLT, Art. 487, § 6º) e, inclusive, indenização adicional do Art. 9º da Lei nº 6.708/79 (Súmula 182/TST), observadas as peculiaridades jurídico-contábeis de cada um destes direitos.

No tocante aos prazos para pagamento das verbas rescisórias, o aviso prévio proporcional não altera o regime vigente, de modo que na hipótese de seu

cumprimento o acerto deverá ocorrer, inclusive quanto à homologação¹⁸, até o primeiro dia útil subsequente, e sendo o pré-aviso indenizado o pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa, a teor da CLT, Art. 477, § 6º, Alíneas “a” e “b”, respectivamente, e § 8º.

Cumprido notar, por fim, que o aviso prévio “cumprido em casa” equivale a dispensa direta, atraindo o dever patronal de pagar o acerto rescisório em 10 dias a contar do anúncio da despedida, consoante entendimento sedimentado na OJ nº 14 da SDI-1, do Colendo TST.

9. CONCLUSÃO

Enfim, a par de eventual decreto do Executivo ou mesmo projeto de lei com o fito de regulamentar a Lei nº 12.506/11, como recentemente ventilado pelo Ministro do Trabalho em entrevista a diversos meios de imprensa, penso que a interpretação sistemática e teleológica deste normativo é suficiente para alicerçar a solução das divergências que naturalmente surgirão em torno do aviso prévio proporcional.

À guisa de conclusão:

O Art. 7º, Inciso XXI, da Constituição Federal, no que prevê o aviso prévio proporcional, veicula norma de eficácia limitada, somente regulamentada pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, cuja entrada em vigor ocorreu em 13 de outubro de 2011.

Doravante tem-se o aviso prévio de trinta (30) dias para os contratos com até um ano de vigência e o acréscimo de outros três (3) dias a cada novo ano do pacto laboral, até o limite total de 90 dias.

A lei nova não retroagirá para alcançar contratos já extintos sob a égide do aviso prévio de trinta dias, cujas rescisões já estão sob o pálio do ato jurídico perfeito (CF, Art. 5º, Inciso XXXVI).

A proporção regrada pelo legislador deverá ser observada nos novos contratos e nos contratos em curso, aí incluídos aqueles com aviso prévio em andamento ou cuja indenização projete-se para além da data da publicação da Lei nº 12.506/11. Exegese da CLT, Arts. 487, § 1º, parte final, e 489.

A nova duração do aviso continuará integrando o tempo de serviço do empregado dispensado, na exata proporção que lhe seja devida. Exegese da CLT, Arts. 487, § 1º, parte final, e 489, c/c Lei nº 12.506, Art. 1º.

A lei nova beneficia aos “trabalhadores urbanos e rurais” e também aos empregados domésticos. CF, Art. 7º, Inciso XXI e parágrafo único.

O contexto protetivo erigido no caput do Art. 7º da CF vincula ao legislador infraconstitucional seja na criação de novos direitos, seja na modulação dos já arrolados na Constituição.

A finalidade da fixação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é crescer melhora à condição social dos trabalhadores. A nova lei, assim como a redação do caput do artigo 487 da CLT, deve, pois, ser interpretada com vistas à cláusula de não retrocesso prevista no caput do artigo 7º da Constituição Federal.

18. TRT 18ª REGIÃO (GO). SÚMULA Nº 20 / MULTA DO ART. 477, §8º, DA CLT. PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DENTRO DO PRAZO LEGAL. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. INCIDÊNCIA. Na dispensa sem justa causa, o atraso na homologação do acerto rescisório, por culpa do empregador, atrai a incidência da multa prevista no §8º do art. 477 da CLT, ainda que o pagamento das verbas rescisórias tenha ocorrido dentro do prazo legal. (RA nº 77/2011, DJE - 26.08.2011, 29.08.2011 e 30.08.2011)

O aviso prévio, na versão proporcional recém regulamentada, é direito do empregado, cumprindo-lhe, na hipótese de dar causa injustificada à ruptura do contrato, prestar ao empregador aviso prévio de apenas 30 dias, independentemente do tempo de serviço.

Não é razoável desprezar todo e qualquer tipo de fração para fins de apuração do prazo do aviso proporcional. É preciso, no entanto, que se busque para a aferição do tempo de aviso regra consentânea com o lapso anual de contagem eleito pelo legislador, do que são as referências analógicas mais expressivas a CLT, Art. 478 e a Súmula 291, do TST, a fim de se considerar o número inteiro de anos ou fração igual ou superior a seis meses.

O número de dias do aviso prévio será definido quando da sua concessão e não mediante a sua projeção sobre o pacto, sob pena de se fazer gerar duas consequências sobre o mesmo fato, em manifesto bis in idem.

O trabalhador continua tendo à sua disposição a redução da duração diária do seu trabalho em 2 horas por todo o período do pré-aviso e, caso prefira ausentar-se do trabalho por alguns dias inteiros, terá direito a 7 dias nos contratos de até 1 ano e a um número de dias proporcional ao tempo superior a primeiro ano de contrato.

A cada nova semana de aviso prévio proporcional (assim considerado o período de 7 dias), o trabalhador rural poderá faltar mais um dia no curso do pré-aviso a fim de procurar outro emprego, ante a interpretação sistemática do Art. 15 da Lei nº 5.889/73.

Não é dado ao empregador optar por exigir trabalho do empregado sob o pretexto de pagamento de horas extras, como sumulado pelo TST (verbete nº 230).

Pelas mesmas razões axiológicas que surgem do Art. 478, § 1º, parte final, e da Súmula 371, do C. TST, os reflexos do aviso prévio proporcional incidirão sobre as parcelas de direito na exata dimensão dos dias devidos a tal título.

No tocante aos prazos para pagamento das verbas rescisórias, o aviso prévio proporcional não altera o regime vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

(1) Barros, Alice Monteiro de Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2011.

(2) Mendes, Gilmar Ferreira / Branco, Paulo Gustavo Gonet

Curso de Direito Constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

(3) Pinto, Raymundo Antonio Carneiro - Súmulas do TST Comentadas. 12. ed. – São Paulo: LTr, 2011.

(4) Carrion, Valentin - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.