

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

VICTOR BEZERRA DANTAS FABRÍCIO

**AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL: da previsão constitucional à regulamentação
dada pela Lei n. 12.506/2011**

**NATAL
2014**

VICTOR BEZERRA DANTAS FABRÍCIO

AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL: da previsão constitucional à regulamentação
dada pela Lei n. 12.506/2011

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte – UERN – como
requisito obrigatório para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestra Patrícia
Moreira de Menezes.

NATAL
2014

VICTOR BEZERRA DANTAS FABRÍCIO

**AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL: da previsão constitucional à regulamentação
dada pela Lei n. 12.506/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte como requisito
obrigatório para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 30 de julho de 2014.

Banca Examinadora

Prof.^a Ma. Patrícia Moreira de Menezes
UERN

Prof. Me. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior
Membro da Banca
UERN

Prof. Me. Marcelo Roberto Silva dos Santos
Membro da Banca
UERN

Aos meus pais, Adalberto e Teresa, que, acima de tudo, sempre me deram muito amor e estímulo para vencer todas as batalhas da vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por toda a força, saúde, determinação e sorte durante estes cinco anos de graduação. É com muita felicidade e emoção que concluo uma importantíssima etapa da minha vida.

Encontro mais razões para tanta gratidão, por conseguir realizar o maior dos desejos de um acadêmico de Direito: a aprovação no Exame de Ordem da OAB, na primeira tentativa e ainda cursando o nono período do curso.

Agradeço imensamente aos meus pais, Adalberto e Teresa, e a minha querida irmã Carol, que sempre foram os meus maiores porto seguros. Através deles manifesto o meu agradecimento a toda nossa família.

A minha namorada Larissa Saraiva, dona do meu coração.

Obrigado à Professora Ma. Patrícia Moreira por sua valiosa orientação. Sempre guardarei com carinho as maravilhosas aulas ministradas em minha turma.

Agradeço, ainda, aos demais professores da UERN, em especial à Professora Esp. Déborah Leite, por conseguir transmitir aos alunos o grande diferencial de se estudar em uma universidade pública brasileira.

Por fim, e não menos importantes, agradeço aos meus grandes companheiros de curso, Jaqueline Spíndola e Adierson Medeiros, amigos/irmãos que ganhei ao longo dessa longa jornada, além de Renata Matos, minha inseparável dupla da Prática Jurídica.

Eu desaprovo o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.

Evelyn Beatrice Hall (1906)

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetivou mostrar o instituto do aviso-prévio e a sua proporcionalidade ao tempo de serviço, direito constitucionalmente assegurado a todos os trabalhadores urbanos, rurais e domésticos a partir do advento da Constituição Federal de 1988, e regulamentado por meio da Lei n. 12.506/11, cuja singela redação tem ocasionado uma série de dúvidas quanto a sua interpretação, além de muitas divergências quanto de sua aplicação nos Tribunais Trabalhistas de todo o país. A pesquisa se desenvolveu, principalmente, em observância a doutrina e a jurisprudência pátria, bem como através da análise de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre o tema (método hipotético-dedutivo). Esta Monografia foi dividida em quatro capítulos: no primeiro discorreu-se acerca do Direito do Trabalho enquanto ramo especializado do Direito, e de seus princípios, norteadores de todos os institutos justralhistas; no segundo capítulo tratou-se do contrato de trabalho e das suas formas de extinção, tendo em vista que o tipo de contrato e a modalidade de extinção influenciam diretamente no cabimento ou não do aviso-prévio; no penúltimo capítulo estudou-se o instituto do aviso-prévio e todas as suas peculiaridades; e no quarto e último capítulo estudou-se a proporcionalidade do aviso-prévio, após a regulamentação conferida pela Lei n. 12.506/2011. Por fim, concluiu-se que: a proporcionalidade do aviso-prévio é aplicada a todos os empregados urbanos, rurais e domésticos; a partir de um ano trabalhado para o mesmo empregador, o empregado faz jus a trinta e três dias de aviso-prévio; as disposições celetistas são compatíveis com o aviso-prévio proporcional; o aviso-prévio proporcional não é uma garantia do empregador, mas tão somente do empregado; a proporcionalidade se aplica aos contratos extintos após a publicação da lei e aos contratos com aviso-prévio em curso; a parcela proporcional do aviso deve ser indenizada.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Aviso-prévio proporcional. Lei n. 12.506/2011.

ABSTRACT

The present Term Paper aimed to show the previous notice institute proportional to its time as a worker, guarded by the Constitution for all urban, rural and domestic workers since the institution of the 1988 Federal Constitution, and regulated by the Law number 12.506/2011, whose simple composition has done lots of interpretation doubts and different judgments around all Brazilian Employment Appeals Tribunals. The research was developed, mainly, in observance to our paternal doctrine and jurisprudence besides investigation of constitutional and under constitutional rules about the subject (hypothetical-deductive method). This Monograph was divided in four chapters: the first one studied the Labor Law, as a specialized area of Law, and its fundamental doctrine that influences all labor institutes. The second chapter dealt by the employment contract and its types of termination, cause the type of employment contract and the way that its terminate is directly connected to the pertinence or not of the previous notice; the third chapter studied the previous notice institute and its characteristics; and the last chapter studied the proportionality of the previous notice institute after the Law number 12.506/2011 edition. Finally, realized that: the previous notice proportionality is applied for all urban, rural and domestic workers; after a year working in the same job, the worker has thirty three days of previous notice; the proportional previous notice is compatible to the CLT; only the workers have the proportionality of the previous notice institute; the proportional previous notice is just applied to employment contracts which have finished after the Law number 12.506/2011 edition and to previous notice that was in course, as well; the proportional previous notice must be indemnified.

Key-words: Labor Law. Proportional previous notice. Law number 12.506/2011.

LISTA DE SIGLAS

CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
SDI	Seção de Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
TRCT	Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR	13
2.1. BREVE RELATO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	16
3. O AVISO-PRÉVIO NA ANÁLISE DOS TIPOS DE CONTRATO E DAS FORMAS DE RESCISÃO.....	23
3.1. CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E MORFOLOGIA DO CONTRATO DE TRABALHO	23
3.2. CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO E A TERMO	27
3.3. FORMAS DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS	31
4. O INSTITUTO JURÍDICO DO AVISO-PRÉVIO.....	40
4.1. RELATO HISTÓRICO DO INSTITUTO.....	40
4.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	42
4.3. CABIMENTO E CARACTERÍSTICAS	44
4.4. AVISO-PRÉVIO TRABALHADO E INDENIZADO	51
4.5. EFEITOS DO AVISO-PRÉVIO	57
5. AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL	61
5.1. A REGULAMENTAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELA LEI N. 12.506/2011	61
5.2. APLICAÇÃO DA LEI N. 12.506/2011 NO TEMPO	69
5.3. APLICAÇÃO DO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL PARA O EMPREGADOR	70
6. CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	75

1. INTRODUÇÃO

Os sujeitos que compõem a relação empregatícia não se encontram em uma situação isonômica, seja sob a perspectiva econômica, seja sob o prisma social. Por essa razão, o uso de mecanismos que assegurem a proteção do empregado é de suma importância para o estabelecimento de uma relação contratual equilibrada, o que atribui caráter essencial aos princípios protecionistas do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, o instituto do aviso-prévio, que antes era considerado apenas uma garantia contratual recíproca, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, passou, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ser um direito fundamental assegurado a todos os trabalhadores urbanos e rurais, visando a melhoria de sua condição social. A partir da Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013, o aludido instituto jurídico também passou a integrar os direitos sociais dos empregados domésticos.

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 7º, inciso XXI, estabelece que todos os trabalhadores têm direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo trinta dias, nos termos da lei. Isto é, a Lei Maior instituiu o pré-aviso mínimo de trinta dias como norma autoaplicável, ficando a proporcionalidade carecendo de regulamentação por meio de lei ordinária, por opção do legislador constituinte.

De fato, a aplicação da proporcionalidade ao tempo de serviço nos casos de dispensa do empregado representa um maior obstáculo ao direito potestativo do empregador em dispensar imotivadamente os seus empregados, uma vez que embora não impeça a despedida, lhe impõe uma maior cautela do ponto de vista econômico, com base no princípio da alteridade.

Passados mais de vinte anos em estado de inércia, em 11 de outubro de 2011, o Poder Legislativo, pressionado pela Suprema Corte, editou a Lei n. 12.506, que finalmente regulamentou o aviso-prévio proporcional, tendo entrado em vigor na data de sua publicação em 13 de outubro de 2014. Ocorre que o diploma legal, composto por dois artigos e um parágrafo único, gerou muitas dúvidas e controvérsias quanto à aplicação do direito dos empregados e empregadores, dada a sua lacunosa redação.

No decorrer desta Monografia, procurar-se-á demonstrar a necessidade de aplicação da Lei n. 12.506/2011 da forma mais benéfica possível ao trabalhador, a

fim de não se esquivar do objetivo do constituinte, que consiste em possibilitar ao obreiro um prazo razoável para reinserção no mercado de trabalho.

A escolha do tema deste Trabalho de Conclusão de Curso seu deu em razão da relevância do instituto do aviso-prévio nas relações trabalhistas, ademais da atualidade da matéria e grande controvérsia existente em torno da redação conferida à Lei n. 12.506/2011, que regulamentou a proporcionalidade do aviso-prévio ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, CF/88).

Para a elaboração da presente Monografia será utilizado o método de pesquisa hipotético-dedutivo, através de consultas bibliográficas e jurisprudenciais acerca da temática abordada. Para uma melhor compreensão do instituto jurídico do aviso-prévio, bem como da lei que regulamentou a sua proporcionalidade, o estudo terá início na origem histórica do Direito do Trabalho e de seus princípios balizadores, passando-se, em seguida, para os contratos de trabalho, os quais estabelecem a relação de emprego entre os sujeitos alvo desse ramo especializado do Direito. Ato contínuo, é primordial o aprofundamento no instituto jurídico do aviso-prévio, para que seja possível analisar e dirimir as lacunas deixadas pela Lei n. 12.506/2011.

Este trabalho se dividirá em quatro capítulos:

No primeiro, analisar-se-á o esboço histórico do Direito do Trabalho, bem como se discorrerá sobre os princípios que norteiam as relações trabalhistas, com o intuito de apontar a importância da proteção ao trabalhador diante da situação de desigualdade no pacto laboral, até mesmo para fins de hermenêutica quando da concessão do aviso-prévio.

O segundo capítulo versará sobre o contrato de trabalho, pacto este que estabelece e caracteriza o vínculo empregatício. Narrar-se-á acerca do conceito, características, aspectos morfológicos e espécies do contrato de emprego, chegando-se aos tipos de rescisão contratual, momento em que surge a necessidade de se conceder o aviso-prévio à parte adversa, dependendo da modalidade de extinção.

No terceiro capítulo, a pesquisa se concentrará no instituto do aviso-prévio, ao verificar seus aspectos gerais, seu conceito, sua duração e seus efeitos. Observar-se-á, ademais, a evolução histórica do instituto no Brasil, desde a sua origem até o momento em que passou à condição de garantia constitucional.

No quarto e último capítulo, abordar-se-á o longo lapso temporal existente entre a promulgação da Constituição de 1988 até a edição da Lei n. 12.506/2011, que garantiu a efetividade plena do dispositivo constitucional. Far-se-á, também, uma análise da supramencionada lei, que ao regulamentar o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, deixou de tratar sobre pontos importantes, o que acarretou grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto a sua aplicação.

2. O DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O primeiro capítulo discorrerá, de forma breve, acerca da origem do termo trabalho e do surgimento do Direito do Trabalho, ramo especializado do Direito responsável por regulamentar as relações de trabalho e atenuar o desequilíbrio presente na relação entre empregado e empregador. Também serão trazidos à discussão, os mais importantes princípios que embasam o Direito do Trabalho e lhe atribuem caráter protecionista, os quais são essenciais para a compreensão de todos os institutos trabalhistas, sendo o aviso-prévio um deles.

2.1. BREVE RELATO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Hodiernamente, considera-se trabalho toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva. Pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado¹. No entanto, o labor nem sempre foi visto dessa maneira ao longo da história.

Etimologicamente, a palavra trabalho decorre de algo desagradável, sinônimo de dor, castigo, sofrimento e tortura². Para Barros³, a palavra deriva do latim vulgar *tripaliare*, que significa “martirizar o *tripallium*”, espécie de instrumento de tortura composto por três paus.

O povo hebraico acreditava que o trabalho seria o modo pelo qual os pecadores se redimiriam dos pecados cometidos e resgatariam a dignidade perdida para Deus.

Nesse sentido, discorre Barros⁴:

O homem está, pois, condenado a trabalhar para remir o pecado original e resgatar a dignidade que perdera diante de Deus. O trabalho tem um sentido reconstrutivo, É, sem dúvida, na visão hebraica de trabalho que ele adquire uma valorização como atividade humana.

¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 03.

² Idem, Ibidem.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 43.

⁴ Idem, Ibidem.

No período Clássico (greco-romano), o trabalho era reduzido a coisa, tornando-se possível a escravidão. Isso porque, ao escravo era confiado o trabalho braçal, enquanto os homens livres se dedicavam ao desenvolvimento de trabalhos intelectuais, para os quais os escravos eram incapazes⁵.

Durante longos anos da história, o trabalho encerra valores ora penosos, ora desprezíveis. Apenas com a chegada do movimento Renascentista, o trabalho passou a ser enxergado como a verdadeira essência humana⁶.

No entendimento de Delgado⁷, a existência de trabalho juridicamente livre é o pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado e, conseqüentemente, da relação empregatícia. Explica:

Pressuposto histórico porque o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social. Pressuposto material (e lógico) porque o elemento subordinação não constrói de modo distintivo senão em relações em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços (como ocorre na servidão e escravatura, por exemplo). Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, percebe-se que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a *sujeição pessoal* do trabalhador e não a sua *subordinação* (grifo do autor).

O Direito do Trabalho nasce no contexto histórico da Revolução Industrial, como reação ao cenário da crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. Para Cassar⁸, “é produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano”.

No mesmo sentido, ensina Delgado⁹:

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe as distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 44.

⁶ Idem, *Ibidem*.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 86.

⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 12.

⁹ DELGADO, op. Cit., p. 83.

A existência desse ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente tomaram grandes dimensões com o advento e evolução capitalistas¹⁰.

O Direito Civil já não era mais suficiente para regular os anseios da classe operária, extremamente explorada e oprimida em razão da explosão do mercado de trabalho, que se deu diante da imperiosa necessidade de mão de obra. Mão de obra barata, ressalte-se. Com a mecanização do trabalho, já não mais se exigia o aprendizado em um ofício ou profissão¹¹.

Portanto, o Direito do Trabalho surge com a função de tutelar, proteger os trabalhadores de atividades consideradas abusivas, além de harmonizar os naturais conflitos entre capital e trabalho, visando à melhoria da condição social do trabalhador e da sociedade como um todo.

Ramo do direito privado, o Direito do Trabalho regula as relações ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado. Corroborando com tal definição, insta transcrever o entendimento de Cassar¹²:

[...] o conceito de Direito do Trabalho é **um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados** (grifo da autora).

A maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, parte mais fraca da relação de emprego. O caráter protetivo se solidifica através da regulamentação legal das condições mínimas exigíveis para o labor, ademais de medidas de cunho social implantadas pelo governo.

Barros¹³ lista outras características dessa disciplina jurídica:

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 83.

¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 12.

¹² CASSAR, op. Cit., p. 05.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 87.

a) a tendência *in fiere*, isto é, a ampliação crescente; b) o fato de ser um direito “tuitivo”, de reivindicação de classe; c) o cunho intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas normas intervencionistas; e) o fato de os seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição. A essas características a doutrina estrangeira acrescenta a circunstância de ser limitativo da autonomia de vontade individual no contrato, ter como propósito principal a tutela do trabalhador e do economicamente mais fraco e ordenar o mundo do trabalho de acordo com os princípios da dignidade humana, tendo em vista a paz social (grifo da autora).

Tendo o Direito do Trabalho como diretriz básica a proteção do trabalhador, além da harmonização dos naturais conflitos existentes entre capital e trabalho, visando promover a melhoria da condição social do trabalhador e da sociedade como um todo, faz-se imperioso discorrer acerca dos princípios que lhe são aplicados e lhe norteiam.

2.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁴ determina que na falta de disposições legais e contratuais, a Justiça do Trabalho decidirá, consoante o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, pelo Direito Comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Barros¹⁵, afirma que o legislador considerou como se princípios e normas fossem a mesma coisa no referido artigo 8º. Realça, ainda, que, embora princípios e normas “contenham um preceito e até um comando, separa-os a inexistência de forma no princípio e a sua assistemática, como diversamente ocorre com a norma, que se reveste de forma e, em geral, incrusta-se em um sistema”.

¹⁴ A Consolidação das Leis do Trabalho foi instituída através do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, no governo do então Presidente Getúlio Vargas. Vargas foi o maior expoente dos direitos trabalhistas no Brasil. Em 1934 promulgou a primeira Constituição (Constituição da República Velha) que elevou os direitos trabalhistas ao *status* constitucional previsto nos artigos 120 e 121, tais como salário mínimo, jornada de oito horas, férias, repouso semanal (ainda que não remunerado à época), pluralidade sindical, indenização por dispensa imotivada, além da Justiça do Trabalho, que ainda não integrava o Poder Judiciário.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 138.

Para Delgado¹⁶:

“[...] princípios traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certas realidades, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação da realidade (grifo do autor).”

Sob o enfoque do Direito do Trabalho, os princípios podem ser caracterizados como normas que inspiram o ordenamento jurídico-trabalhista, de acordo com critérios não encontrados em outros ramos do Direito. Têm como funções informar o legislador, orientar o Juiz na sua atividade hermenêutica e, por fim, integrar o direito – sua função normativa¹⁷.

Tendo por finalidade alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes, os princípios de Direito do Trabalho visam proteger a parte mais frágil desta relação, que é o empregado.

Diante do desequilíbrio existente entre patrão e empregado, por ser o trabalhador hipossuficiente, isto é, economicamente mais fraco em relação ao empregador, consagrou-se o princípio da Proteção ao Trabalhador. Dessa feita, o Direito do trabalho tende a proteger os menos favorecidos, destinando-lhes mais proteção jurídica, com o intuito de atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Delgado¹⁸ assevera que “o princípio tutelar influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito”. Aduz ainda:

Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 184.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 141.

¹⁸ DELGADO, op. Cit., p. 196.

Para Plá Rodríguez¹⁹, o princípio da Proteção ao Trabalhador divide-se em: princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; princípio da condição mais benéfica ao trabalhador e princípio da interpretação *in dubio pro misero*.

Entretanto, sustenta Delgado²⁰ que a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, não se desdobra apenas nas citadas três dimensões, mas sim em todos os princípios essenciais do Direito Individual do Trabalho.

A corroborar com o exposto acima, insta transcrever os questionamentos do Ministro Delgado²¹:

Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica da despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente.

Desse modo, é razoável concluir que o Princípio da Proteção inspira amplamente todo o complexo de regras, princípios e institutos que norteiam esse ramo especializado do direito.

Entretanto, assevera Barros²² que o Princípio da Proteção vem sendo mitigado pela própria lei, “com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais”.

Um segundo princípio norteador do Direito do Trabalho é o Princípio da Norma mais Favorável. Este princípio dispõe que o aplicador do direito deve optar pela regra mais favorável ao obreiro. Delgado²³ aponta três situações ou dimensões distintas em que o aludido princípio deve ser observado:

[...] *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do

¹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 36.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 197.

²¹ Idem, *Ibidem*.

²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 141.

²³ DELGADO, op. Cit., p. 197.

sentido da regra trabalhista). A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante (grifo do autor).

Barros²⁴ entende que esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável ao beneficiário do direito, independentemente de sua hierarquia.

Outro princípio balizador dos direitos trabalhistas é o da Condição mais Benéfica. Tal princípio garante ao trabalhador a preservação, ao longo do contrato de trabalho, da cláusula que lhe é mais vantajosa, revestindo-se de caráter de direito adquirido, nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)²⁵.

Nesse sentido, leciona Cassar²⁶:

Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula tacitamente ajustada – art. 468 da CLT. Se concedido expressamente, o requisito da habitualidade é desnecessário, pois a benesse é cláusula contratual ajustada pelas partes, não podendo o empregador descumprir o pacto.

Quanto ao Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas, vislumbra-se a restrição à autonomia da vontade das partes no contrato de trabalho, isto é, “prevalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas”²⁷. É notória a intenção de efetivamente assegurar as garantias fundamentais do trabalhador, ante a falta de equilíbrio de poderes inerentes ao contrato de emprego.

O princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas segue o mesmo raciocínio do Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas. Isso porque, ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, através da sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que o nosso ordenamento jurídico e o contrato de trabalho lhe asseguram.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 142.

²⁵ A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, XXXVI, determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No mesmo sentido o artigo 6º das Leis de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB).

²⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 171.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 199.

Outro importante princípio na esfera trabalhista é o da Inalterabilidade Contratual Lesiva. O referido princípio inspira-se no princípio civilista da inalterabilidade dos contratos, conhecido pelo aforismo *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos). No entanto, para esse ramo jurídico especializado, as alterações contratuais são permitidas, desde que favoráveis ao empregado, como se verifica no artigo 468 da CLT²⁸.

A intangibilidade dos salários é outro princípio justrabalhista de extrema relevância. Com efeito, este merecimento se dá em razão do caráter alimentar atribuído ao salário, pois este atende as necessidades básicas do ser humano.

Nesse diapasão, leciona Delgado²⁹:

A força desse princípio não está, contudo, somente estribada no Direito do Trabalho, porém nas relações que mantém com o plano externo (e mais alto) do universo jurídico. De fato, o presente princípio laborativo especial ata-se até mesmo a um princípio jurídico geral de grande relevo, com sede na Constituição: o *princípio da dignidade da pessoa humana* (grifo do autor).

Vale ainda mencionar o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que, para Delgado³⁰ é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Por isso, a regra geral quanto ao prazo do contrato de emprego é de que este seja indeterminado, a exceção do contrato a termo³¹.

O princípio da continuidade se encontra no artigo 7º, I, da CF/88, dispositivo constitucional que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa por parte do empregador³².

O Princípio da Primazia da Realidade é, sem dúvidas, um dos mais importantes princípios norteadores da hermenêutica justrabalhista. Também chamado de princípio do contrato realidade, tem por finalidade a pesquisa da prática habitual de labor prestado pelo obreiro, uma vez que a real forma de prestação de

²⁸ O artigo 468, *caput*, da CLT dispõe que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 204.

³⁰ DELGADO, op. Cit., p. 206.

³¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 101.

³² Idem, *Ibidem*.

serviços altera o contrato pactuado, gerando direitos e deveres novos às partes contratantes, obviamente que respeitada a inalterabilidade contratual lesiva.

Por fim, e não menos importante, passa-se a abordar o Princípio *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero*. Delgado³³ classifica o mencionado princípio como especial e controvertido, por apresentar dois problemas:

[...] o primeiro, menos grave, essencialmente prático, consistente no fato de que ele abrange dimensão temática já acobertada por outro princípio trabalhista específico (o *da norma favorável*). O segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática, ele entra em choque com princípio jurídico geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do *juiz natural* (grifo do autor).

Apesar de se tratar de um princípio de direito material, existe controvérsia acerca da sua aplicação ao Processo do Trabalho. Delgado³⁴ e Barros³⁵ perfilham do entendimento de que o princípio do *in dubio pro operario* não é aplicado para o exame de fatos e provas no campo processual, pois em casos de dúvidas a respeito do direito autoral, não se pode decidir preliminarmente em favor do empregado, é preciso verificar quem tem o ônus probatório, consoante o artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC)³⁶.

A *contrario sensu* entende Cassar³⁷, ao defender que o princípio em estudo só poderá ser aplicado quando preenchidos dois requisitos cumulativos, quais sejam: existência de dúvida razoável sobre o alcance da norma legal; e consonância expressa com a vontade do legislador. Exemplifica através do artigo 59 da CLT, o qual limita o labor extra em duas horas diárias. Apesar de ter sido expressa a limitação do legislador, se o empregado executar mais de duas horas extraordinárias diariamente, independentemente de haverem sido contratadas formalmente, todas elas deverão ser remuneradas como extras.

Discorrido acerca da origem do trabalho e da função do Direito do Trabalho como ramo especializado do Direito, juntamente a seu embasamento principiológico protetivo à parte mais fraca da relação trabalhista, faz-se necessário analisar as

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 210.

³⁴ DELGADO, op. Cit., p. 213.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 173.

³⁶ O artigo 333, I e II, do CPC dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 184-185.

espécies de contrato individual de trabalho e, conseqüentemente, suas formas de extinção antes de adentrar no ponto principal deste estudo: o aviso-prévio e a sua proporcionalidade, a fim de possibilitar a compreensão das situações em que o aludido instituto jurídico em análise é cabível ou não.

3. O AVISO-PRÉVIO NA ANÁLISE DOS TIPOS DE CONTRATO E DAS FORMAS DE RESCISÃO

O segundo capítulo trará o tema contrato de trabalho à discussão, uma vez que o cabimento do instituto do aviso-prévio está diretamente relacionado ao tipo de contrato firmado entre o empregador e o empregado e a sua modalidade de rescisão. Nele será abordada a definição de contrato de trabalho, suas espécies, bem como suas formas de extinção, apontando-se quais são as obrigações trabalhistas decorrentes de cada modalidade de cessação contratual e em qual delas existe a obrigação de se conceder o aviso-prévio à parte adversa.

3.1. CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E MORFOLOGIA DO CONTRATO DE TRABALHO

Contrato é o “acordo de vontades entre as partes, com o fim de adquirir, resguardar, transferir, modificar, conservar ou extinguir direitos”³⁸.

O *caput* do artigo 442 da CLT dispõe que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expesso, correspondente à relação de emprego. No entanto, grande parte da doutrina considera incompleto tal conceito legal.

No entendimento de Delgado³⁹, o texto da CLT não observa a melhor técnica de construção de definições, pois não se refere aos elementos integrantes do contrato empregatício. Ademais, estabelece uma relação incorreta entre os seus termos, uma vez que, na verdade, o contrato não corresponde à relação de emprego, mas sim propicia o surgimento dessa relação, devendo, no entendimento do aludido Ministro, ser o contrato de trabalho definido nos seguintes termos:

[...] define-se o contrato de trabalho como o *negócio jurídico expesso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços*. Também pode ser definido o contrato empregatício como o *acordo de vontades, tácito ou expesso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao*

³⁸ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 540.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 522.

tomador. A definição, portanto, constrói-se a partir dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia, deflagrada pelo ajuste tácito ou expresso entre as partes (grifo do autor).

No mesmo sentido conceitua Cassar⁴⁰, ao afirmar que o contrato de trabalho resulta da soma dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, isto é, se firma por meio da convenção (expressa ou tácita) em que uma pessoa física presta serviços a outra (pessoa física ou jurídica), de forma subordinada e não eventual, mediante salário e sem correr os riscos do negócio, de forma continuada.

O contrato de trabalho é considerado contrato do âmbito privado do Direito, muito embora já tenha sido objeto de controvérsia no ramo justralhista. Esse posicionamento deriva da natureza essencialmente privada não só dos sujeitos pactuantes, mas também dos interesses envolvidos. Para Delgado⁴¹, até mesmo o Estado quando contrata empregados via CLT, age como particular, sem prerrogativas especiais em face da legislação trabalhista.

É também sinalagmático ou bilateral, pois cria direitos e obrigações recíprocas. Há, portanto, reciprocidade entre as obrigações contratuais, de modo a ensejar o equilíbrio formal entre as prestações onerosas.

Tem caráter consensual, haja vista a não sujeição das partes a formalidades imperativas, isto é, nasce da livre vontade e concordância das partes.

Celebrado *intuito personae*, o contrato de trabalho tem caráter pessoal quanto ao empregado, sendo essa característica estranha ao empregador, uma vez que, “no que tange ao empregador predomina, como se sabe, a impessoalidade, isto é, a despersonalização de sua figura contratante”⁴². Percebe-se que o empregado é figura infungível do contrato de trabalho, não podendo sua prestação laboral ser cumprida por outrem que desonere o empregado contratado⁴³.

O contrato de trabalho não se exaure com a prática de apenas um ato, pois a regra é de que se dê por prazo indeterminado. Por isso, considera-se como de trato sucessivo.

Delgado⁴⁴ aduz também que o contrato de trabalho tem como característica a onerosidade. Afirma tal característica pelo fato de que cada parte contribui com uma

⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 520.

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 524.

⁴² DELGADO, op. Cit., p. 525.

⁴³ Para a melhor doutrina, é considerado empregado o trabalhador pessoa física, que presta serviços de forma habitual, pessoal, mediante recebimento de salário e subordinação jurídica ao empregador.

⁴⁴ DELGADO, op. Cit., p. 526.

ou mais obrigações economicamente mensuráveis, havendo transferência recíproca, ainda que de forma desigual, de riquezas entre as partes.

Para que um contrato de trabalho seja firmado é necessário o preenchimento de requisitos jurídico-formais enunciados pelo Direito Civil e amoldados ao Direito do Trabalho, quais sejam: capacidade das partes, licitude do objeto, forma não prescrita ou não vedada por lei e higidez de manifestação da vontade.

A capacidade “é a aptidão para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”⁴⁵. Para o Direito do Trabalho, a capacidade trabalhista consiste na aptidão para os exercícios da vida laborativa, que se alcança, em plenitude, aos dezoito anos. O adolescente que possui entre dezesseis e dezoito anos possui incapacidade relativa para os atos da vida trabalhista, devendo estar assistido por seu responsável legal em caso de requerimento de expedição de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), conforme artigo 17, § 1º, da CLT, e celebração contratual e assinatura de termo de rescisão do contrato de trabalho (artigo 439 da CLT)⁴⁶.

No que tange ao âmbito processual, a propositura de qualquer demanda trabalhista supõe a regular assistência pelo responsável legal (artigo 793 da CLT).

A CF/88 veda certos atos ao trabalhador menor de dezoito anos. Nos termos do artigo 7º, XXXIII, é proibida ao menor a prestação laboral em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou insalubres.

É válido esclarecer que a emancipação civil pela existência de relação empregatícia que assegure ao menor (a partir dos dezesseis anos) economia própria, não tem implicação no âmbito trabalhista. Nesse sentido esclarece Delgado⁴⁷:

Esclareça-se que a cessação da incapacidade *civil* pela existência de relação empregatícia que assegure economia própria ao menos com 16 anos completos (art. 5º, parágrafo único, V, CCB/2002) é dispositivo que não repercute no plano dos preceitos justralhistas examinados. Afinal, *a diretriz civilista não invade o Direito do*

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. V. I.** São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57-58.

⁴⁶ O artigo 439 da CLT autoriza o menor de idade a firmar recibo pelo pagamento de salários e o veda de dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador Pelo recebimento da indenização que lhe for devida. O diploma celetista não produziu referência taxativa, isto é, sendo o salário a mais importante verba paga ao trabalhador em virtude do contrato, a autorização para o seu pagamento indubitavelmente estende-se a outras parcelas menos essenciais pagas ao longo da contratualidade. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 530.

⁴⁷ DELGADO, op. Cit., p. 531.

Trabalho na seara em que este estabeleça regras imperativas específicas, em decorrência de fundamentos e objetivos próprios (grifo do autor).

Quanto ao elemento essencial da licitude do objeto, leciona Delgado⁴⁸:

Enquadrando-se a atividade prestada em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não será válido, pois, contrato laborativo que tenha por objeto atividade ilícita (grifo do autor).

Percebe-se que o Direito do Trabalho não destoa do critério normativo geral de que o contrato somente será válido caso tenha objeto lícito⁴⁹ (art. 166, II, Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/2002).

Um terceiro elemento jurídico-formal do contrato de trabalho é a forma regular ou não proibida. Forma, no Direito, é a instrumentalização mediante a qual um ato jurídico transparece. No Direito do Trabalho, não há, em princípio, qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. “O contrato de trabalho é pacto não solene; é, portanto, contrato do tipo informal, consensual, podendo ser licitamente ajustado até mesmo de modo apenas tácito (*caput* dos artigos 442 e 443 da CLT)”⁵⁰.

Por ter um caráter eminentemente consensual, a existência do contrato de trabalho pode ser comprovada através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções, observando-se a primazia da realidade contratual. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), inclusive, já sumulou o entendimento de que evidenciada (ou incontroversa) a simples prestação de trabalho, tem-se como presumida a existência entre as partes de um contrato empregatício (Súmula 212 do TST).

Nesse sentido aduz Delgado⁵¹:

Se a forma é a instrumentalização de transparência de um ato jurídico, obviamente que ela surge como uma das modalidades

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 533.

⁴⁹ “Há uma distinção fundamental a ser observada em relação à ilicitude e irregularidade do trabalho. Ilícito é o trabalho que compõe um tipo penal ou concorre diretamente para ele; irregular ou proibido é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados”. Idem, *Ibidem*.

⁵⁰ DELGADO, op. Cit., p. 534.

⁵¹ DELGADO, op. Cit., p. 535.

centrais de comprovação da existência desse ato e de seu conteúdo obrigacional. Desse modo, o instrumento escrito tende a ser meio privilegiado de prova do contrato de trabalho e suas cláusulas. Não obstante, à medida que se sabe que o contrato empregatício é essencialmente consensual (isto é, não formal), é inquestionável que também poderá ser provado por quaisquer meios probatórios lícitos existentes, mesmo que distintos da instrumentalização escrita (arts. 442, *caput*, e 456, *caput*, da CLT; art. 332 do CPC).

O quarto e último elemento morfológico do contrato de trabalho é a higidez de manifestação de vontade. Em outras palavras, a ordem jurídica exige a livre e regular manifestação de vontade por ambas as partes contratuais, para que o pacto seja válido. Contudo, a aferição da presença deste elemento na seara trabalhista é menos relevante do que percebido nas situações elencadas pelo Direito Civil.

Delgado⁵² aponta três circunstâncias que demonstram essa menor importância deferida à higidez da manifestação de vontade das partes. Em primeiro lugar, enfatiza a circunstância de ser o contrato de trabalho um contrato de adesão, pois a livre manifestação de vontade se dá mais no tocante ao momento da adesão ao pacto do que no de definição de suas cláusulas.

Em segundo lugar aponta que no Direito do Trabalho já existe certo contingenciamento da vontade obreira no estabelecimento do contrato, prevendo, em contrapartida, regras imperativas que visam reequilibrar a relação entre as partes.

Em terceiro lugar, cita a circunstância de ter o Direito do Trabalho solução mais prática e ágil do que a busca da anulação do contrato em situações de alegado vício de consentimento. É a rescisão contratual por ato de qualquer das partes, independentemente da prova de irregularidade em sua formação.

Feitas as considerações acerca das características e morfologia dos contratos empregatícios, passar-se-á a discutir sobre os contratos de trabalho por prazo determinado e indeterminado.

3.2. CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO E A TERMO

O contrato de emprego, em regra, tem duração indeterminada, podendo ter sua duração limitada no tempo, caso assim pactuem as partes. Todavia, é de

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 536.

interesse do Direito do Trabalho (princípio da continuidade da relação de emprego) a permanência do vínculo empregatício e a consequente integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Por isso, a regra geral quanto ao prazo do contrato de trabalho é de que este seja indeterminado.

Nessa linha preleciona Cassar⁵³:

Em decorrência do princípio da continuidade da relação de emprego e de sua **natureza sucessiva**, pois o contrato de trabalho não se exaure em um único ato, isto é, é uma relação de débito permanente, assim, a **regra geral** é o prazo indeterminado, salvo ajuste expresso em contrário (grifo da autora).

O contrato a termo é tido como prejudicial ao obreiro, uma vez que impede sua inserção em caráter permanente na empresa, refletindo diretamente no seu não comprometimento total com aquele emprego, e lhe implica muitas vezes tratamento diferenciado pelo empregador se comparado aos efetivos. O empregado não se dedica efetivamente ao emprego, pois sabe que sua permanência não é interina. Por isso, tal espécie de contrato constitui uma exceção ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Portanto, não havendo prova ou cláusula que expresse o prazo de duração do contrato empregatício, este se presume como de vigência indeterminada (chamado pela CLT de contrato por prazo indeterminado), sem limite para a sua duração.

O contrato a termo deve ser expresso, podendo ser escrito ou verbal, uma vez que deve ser comunicado ao empregado o tempo de duração, pois a finalidade é que as partes contratantes tenham ciência.

Barros⁵⁴ compartilha do mesmo entendimento *supra*, entendendo que somente será exigida a forma escrita quando o legislador assim determinar.

Diferentemente se posiciona Carrion⁵⁵, que defende que o ajuste deve ser expresso sob a forma escrita, não admitindo a forma oral. Isso porque, de acordo com o artigo 29 da CLT⁵⁶, qualquer cláusula especial do contrato de trabalho deve ser anotada na CTPS do trabalhador.

⁵³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 569.

⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 456-458.

⁵⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93.

⁵⁶ O artigo 29, *caput*, da CLT estabelece que “a Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual

Sobre o tema, aduz Cassar⁵⁷:

[...] o que importa é o conhecimento inequívoco pelo empregado de que aquele contrato foi firmado por prazo certo e se tem possibilidade (ou não) de prorrogação, pois a finalidade da lei foi a de preparar as partes para a terminação do contrato. A comunicação por escrito é a ideal, mas não essencial. Ideal, pois o empregador terá o documento necessário para comprovar que comunicou o empregado. Mas, se não o fizer por escrito e o empregado confessar (ou conseguir outro meio de prova) que tinha ciência da duração limitada do contrato, a cláusula oral de prazo determinada será válida. O direito pugna pelo princípio da lealdade e da transparência nas tratativas. Além disso, segundo o Código Civil (art. 112), nas declarações de vontade prevalece a intenção real das partes ao sentido literal da linguagem, isto é, à formalidade. Isto significa que o Código valorou a intenção das partes no momento do ajuste.

O que não se admite é o contrato por prazo determinado tácito. Com efeito, entende-se prejudicial ao empregado que, desconhecendo o termo tácito, não se prepara para o desemprego.

O artigo 443, § 1º, da CLT estabelece três hipóteses de contrato a termo, *in verbis*:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como se prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência depende de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada (grifo nosso).

Para Saad⁵⁸, o aludido artigo, em sua redação original, não condicionava o contrato de trabalho a termo à existência de pressupostos, bastando apenas que as partes transigissem quanto ao prazo de vigência do contrato. A partir da redação dada pelo Decreto-Lei n. 229, o referido contrato passou a ter duração máxima de dois anos e depende da existência de circunstâncias para ter legitimidade.

terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho” (grifo nosso).

⁵⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 570-571.

⁵⁸ SAAD, Eduardo Gabriel; BRANCO, Ana Maria Castello; SAAD, José Eduardo Duarte. **CLT – Comentada**. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 517.

Na hipótese da alínea “a”, § 2º, do art. 443 da CLT, explana Saad⁵⁹:

A validade do contrato por prazo determinado só se configura quando existir uma das situações indicadas no § 2º, do artigo sob comentário. Na sua alínea “a”, faz-se alusão a serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo. Dois exemplos esclarecem melhor o preceito. Uma empresa adquiriu equipamento altamente sofisticado, cuja implantação leva algum tempo e exige o treinamento de seus operadores. Para tanto é contratado um técnico por 17 meses, a fim de cuidar do funcionamento da máquina a orientar aqueles que irão, de maneira permanente, movimentá-la. Temos, aí, um serviço que, por sua natureza, justifica a prefixação do prazo de duração do contrato. Uma empresa recebe de seus clientes inesperado pedido que, por suas proporções, exige a admissão de novos empregados durante 18 meses. É evidente que, neste caso, se compreende a necessidade de um contrato por prazo certo, pois, atendido o pedido, a empresa terá de funcionar com um número menor de empregado. Em qualquer caso, é claro que a empresa terá de provar a existência da circunstância ou fato que, por lei, dão validade ao contrato por prazo certo.

Na alínea “b” do mesmo artigo, autoriza-se o contrato por tempo determinado em atividades empresariais de caráter transitório. Barros⁶⁰ exemplifica como atividade de caráter provisório a confecção de ovos de chocolate no período que antecede à Páscoa. Apesar de se repetir todos os anos, a contratação de mão de obra não obedece a critério rígido, dependendo do consumo e da demanda do mercado.

Na alínea “c”, o legislador previu o contrato de experiência ou de prova. Modalidade de ajuste determinado celebrado pelo prazo máximo de noventa dias, o contrato de experiência tem por objetivo aferir o desempenho e entrosamento do empregado no local de trabalho, permitindo-lhe também ponderar as condições de serviços.

Barros⁶¹ esclarece:

Á luz do art. 445 da CLT, o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de dois anos. Já o contrato de experiência não poderá ultrapassar 90 dias, sob pena de passar a reger-se pelas normas do contrato indeterminado (parágrafo único do art. 445 da CLT). Caso esses contratos sejam prorrogados, somado o prazo do contrato inicial com a prorrogação, não poderá

⁵⁹ SAAD, op. Cit., p. 518.

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 382.

⁶¹ Idem, *Ibidem*.

exceder de dois anos ou 90 dias, respectivamente. É permitida somente uma prorrogação. Lembre-se que a prorrogação do contrato não poderá ocorrer após seu vencimento, tampouco precisa ser por prazo idêntico ao do contrato inicial.

O desrespeito aos prazos máximos de vigência dos contratos a termo, bem como as suas regras de prorrogação, faz com que tais contratos passem a reger-se pelas normas de contrato por prazo indeterminado.

Existem também outros contratos por tempo determinado que se encontram regulamentados por leis específicas, como o contrato de safra (Lei n. 5.889/73); contrato de obra certa (Lei n. 2.959/56); contrato temporário (Lei n. 6.019/74); e contrato provisório (Lei n. 9.601/98), entre outros⁶².

3.3. FORMAS DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O contrato de trabalho, assim como os negócios jurídicos em geral, nasce em determinado momento, cumpre-se de forma parcial ou integralmente, e sofre, quase que inevitavelmente alterações ao longo de sua vigência; por fim, ele se extingue⁶³.

A extinção ocorre com a recepção, pelo notificado, da comunicação da dispensa, sendo que a resolução só se efetiva, de fato, após o término do aviso-prévio⁶⁴.

Cassar⁶⁵ classifica as causas de extinção do contrato de trabalho como normais e anormais. São consideradas normais as extinções que coincidirem com o implemento do termo final do contrato ou de condição resolutiva; e anormais as que abrangem as terminações do contrato por tempo indeterminado.

O trabalhador que labora por prazo determinado não adquire estabilidade no emprego. A extinção do contrato a termo pode ocorrer quando do adimplemento do termo final ou de forma antecipada.

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 596-605.

⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1162.

⁶⁴ CASSAR, op. Cit., p. 1022.

⁶⁵ CASSAR, op. Cit., p. 986.

Se ocorrer em seu termo final, não enseja o pagamento do aviso-prévio e da indenização de quarenta por cento sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), exceto exista cláusula assecuratória de rescisão antecipada⁶⁶.

Caso haja a extinção antecipada do contrato a termo, sem justa causa, e por iniciativa do empregador, dá ao empregado o direito de receber metade da remuneração a que teria direito se rompido na data ajustada (artigo 479 da CLT), além das parcelas resilitórias calculadas sobre o período trabalhado (saldo de salário, décimo terceiro salário proporcional, férias proporcionais mais o terço constitucional⁶⁷, levantamento do FGTS mais quarenta por cento, além do seguro-desemprego, se preenchidos os requisitos legais). Ainda assim o empregado não tem direito ao aviso-prévio, em razão da indenização prevista no artigo *supra*.

Se a extinção antecipada se der, sem justa causa, por ato de iniciativa do empregado, este deve pagar ao empregador o valor correspondente aos danos que lhe causar, limitado à metade dos salários do período que faltava (artigo 480 da CLT).

Por fim, cumpre ressaltar que a extinção do contrato a termo independe da comunicação prévia do empregador, já que o empregado, desde sua admissão, já tinha ciência do período de prestação dos seus serviços. “No entanto, a notificação seria importante apenas para evitar a continuidade dos serviços por parte do empregado, o que acarretaria a indeterminação do prazo do contrato de trabalho”⁶⁸.

Como dito alhures, a regra é que os contratos empregatícios se deem por tempo indeterminado, sendo o contrato a termo exceção, em homenagem ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Nesse sentido, aduz Delgado⁶⁹:

Por isso, tradicionalmente, no Direito do Trabalho sempre vigorou o princípio da conservação do contrato, da *continuidade da relação de emprego*: preserva-se o vínculo juslaborativo, desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante. Mesmo em ordens

⁶⁶ O artigo 481 da CLT autoriza a inclusão de cláusula assecuratória de rescisão antecipada recíproca, a qual assegura aos contratantes o direito de rescisão unilateral antecipada nos contratos a termo. Se esta cláusula for utilizada não será devida a indenização do artigo 479 da CLT, e sim os direitos decorrentes das rescisões dos contratos indeterminados, inclusive o aviso-prévio (grifo nosso).

⁶⁷ A Carta Magna de 1988 assegura aos trabalhadores o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (artigo 7º, XVII, CF/88).

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 608.

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1162.

jurídicas que não concretizam esse princípio em todas as suas potencialidades, autorizando, por exemplo, a dispensa do empregado como mera prerrogativa potestativa do empregador – como a brasileira, a propósito –, não se pode negar a importância sociojurídica do fato da extinção do contrato, com restrições ainda significativas que o Direito do Trabalho procura a ele antepor (grifo do autor).

Delgado⁷⁰ classifica as modalidades de extinção dos contratos por tempo indeterminado em: dispensa arbitrária (ou despedida sem justa causa ou, ainda, dispensa desmotivada); pedido de demissão pelo obreiro; distrato; dispensa por justa causa operária; ruptura por infração empresarial (rescisão indireta); ruptura por culpa recíproca; extinção da empresa ou do estabelecimento; e morte do empregado ou do empregador-pessoa natural.

A dispensa ou despedida imotivada “é a declaração unilateral constitutiva (negativa) e receptícia de vontade, feita pelo empregador ao empregado, no sentido de romper o contrato sem justa causa”⁷¹. Receptícia, uma vez que se tem destinatário certo: o empregado que se pretende demitir; constitutiva, por ter a finalidade de desconstituir o contrato de trabalho; declaração unilateral de vontade, porque o empregador expressa sua vontade por meio deste ato, independentemente da aceitação ou não do trabalhador notificado.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, dispõe como um dos direitos garantidos aos trabalhadores urbanos, rurais, avulsos e domésticos, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Tal modalidade de ruptura não atinge os empregados que gozam de estabilidade e incorpora o maior número de verbas rescisórias trabalhistas. Compreende o pagamento de aviso-prévio (inclusive a proporcionalidade da Lei n. 12.506/2011, se for o caso), que se integra ao contrato de trabalho para todos os fins; décimo terceiro salário proporcional; férias proporcionais, acrescidas de um terço; liberação do FGTS de todo o período contratual, com o acréscimo de quarenta por cento (ressalvados os dez por cento de contribuição social que o empregador

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1162.

⁷¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1007.

tem de recolher em favor do fundo social do FGTS, em vista do disposto no artigo 1º, *caput*, da Lei Complementar n. 110, de 2011)⁷².

Além da baixa na CTPS do empregado, da emissão de Termo de Rescisão Contratual (TRCT)⁷³, com o código de saque do FGTS mais quarenta por cento, o empregador tem de emitir também, no caso em tela, as guias de comunicação de dispensa e seguro-desemprego.

Nesse caso de ruptura contratual também pode induzir ao pagamento da indenização adicional, regulamentada pela Lei n. 7. 238/84 (Súmula 314, TST), se a dispensa ocorrer no trintídio anterior à data-base⁷⁴, computada a projeção do aviso-prévio (Súmula 182, TST), como se verá no capítulo subsequente.

O pedido de demissão pelo obreiro consiste na terminação unilateral do contrato de trabalho indeterminado por iniciativa do empregado, sem justa causa praticada pelo empregador. Para Cassar⁷⁵, constitui um direito potestativo, isto é, uma faculdade jurídica que depende exclusivamente da vontade do denunciante.

Na verdade, não se trata de um pedido, mas sim de uma comunicação de afastamento do empregado ao empregador, uma vez que a concordância do empregador é indiferente ao caso.

Segundo corrente doutrinária majoritária, não existe forma especial para fazê-la, desde que expressa, podendo ser oral ou escrita. Cassar⁷⁶ defende que o ideal é que seja feita de forma escrita para que haja prova da intenção de não abandonar, e sim de se desligar da empresa.

O pedido de demissão deve ser homologado nos termos do artigo 477 da CLT, muito embora possa ser considerado válido desde que haja provas de que o ato foi praticado sem vício de consentimento.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1197.

⁷³ O artigo 477, § 8º, da CLT garante ao empregado indenização no valor da maior remuneração que este tiver auferido durante a contratualidade, independentemente do tipo de extinção do contrato, caso o TRCT não tiver sido homologado pelo sindicato da categoria ou pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE (§ 1º), bem como se o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação não se der até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência de aviso-prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento (§ 6º), dentre outros.

⁷⁴ Data-base é o período do ano em que patrões e empregados se reúnem para repactuar os termos dos seus contratos coletivos de trabalho.

⁷⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1012.

⁷⁶ Idem, *Ibidem*.

Esta modalidade implica o pagamento de somente duas verbas estritamente rescisórias, quais sejam: décimo terceiro proporcional e férias proporcionais, acrescidas de um terço.

No caso de pedido de demissão pelo empregado, este deve conceder aviso-prévio, de trinta dias, ao empregador. Cumprindo o aviso-prévio, o trabalhador faz jus também a remuneração referente ao período de pré-aviso laborado.

Acrescenta Delgado⁷⁷:

O demissionário não receberá aviso-prévio, caso não o tenha trabalhado efetivamente; não terá liberado FGTS, nem receberá os 40% de acréscimo sobre o Fundo; perde as proteções das garantias de emprego, se existentes; não recebe guias para saque de seguro-desemprego.

Uma terceira forma de extinção do contrato de trabalho é o distrato. O distrato ocorre quando a rescisão contratual se dá por ato bilateral, isto é, quando as partes ajustam o fim do contrato.

Embora a lei não preveja tal modalidade, a doutrina é quase unânime em afirmar o cabimento do distrato no Direito do Trabalho, a exemplo de Cassar⁷⁸ e Delgado⁷⁹, muito embora este último acredite que essa forma de rescisão não tenha muita aplicabilidade do ponto de vista técnico-jurídico, vez que, “em harmonia aos princípios basilares do Direito do Trabalho, não pode o empregado fazer transação supressiva de parcelas juslaborativas, muito menos podendo efetivar renúncia no contexto da extinção do pacto empregatício” (princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas).

Com efeito, havendo pacto informal para rompimento do contrato de trabalho, todas as verbas rescisórias devidas ao trabalhador quando da dispensa sem justa, em princípio, mantêm-se devidas ao empregado na rescisão bilateral. Devido a essa circunstância jurídica, o distrato é evidentemente desinteressante para o empregador.

A dispensa por justa causa é a penalidade máxima aplicada pelo empregador ao trabalhador. Somente deve ser aplicada se o empregado cometer falta muito

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1198.

⁷⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1003.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1240.

grave, descumprir grosseiramente o contrato, ou quando a lei autorizar a extinção por este motivo. O prosseguimento da relação de emprego torna-se inviável, porque a fidúcia inerente à manutenção do ajuste foi comprometida⁸⁰.

Barros⁸¹ aponta outros requisitos necessários para caracterização da justa causa:

[...] a) **a previsão legal**. As justas causas estão arroladas nos art. 482 e 483 da CLT, conforme sejam cometidas, respectivamente, pelo empregado ou pelo empregador. Além dessas faltas, consideradas genéricas, existem outras que são consideradas específicas, como o art. 240, parágrafo único da CLT; [...] b) o **caráter determinante da falta**. Para os adeptos da corrente subjetivista, como Barassi, deverá existir um vínculo causal subjetivo na mente de quem rompe o contrato e o fato responsável pela resolução. Isso significa que, invocada determinada falta na defesa, ela não mais poderá ser substituída no curso do processo, salvo se o empregado ocultou maliciosamente o fato; c) **a atualidade ou imediatidade da falta** é outro requisito para a caracterização da justa causa invocada. É mister que haja a atualidade entre a falta e a penalidade máxima aplicada. [...] Configura-se a renúncia ou o perdão tácito quando o empregador toma ciência do comportamento faltoso do empregado e mesmo assim permite que ele trabalhe por um lapso de tempo relativamente longo, não comprovando estivesse neste período aguardando investigação contínua, cautelosa e criteriosa, a fim de, depois, romper o ajuste. O prazo para aferição da atualidade ficará ao prudente arbítrio do Juiz; [...] d) outro requisito é a **proporcionalidade** que deverá existir entre a prática da falta e a natureza da punição. Quando a hipótese versar sobre o comportamento doloso, não se exige seja aplicada a proporcionalidade. [...] Quando a falta é leve ou levíssima, devem ser aplicadas sanções mais brandas (advertência ou suspensão), com o objetivo de recuperar o trabalhador para o caminho da exaçação funcional. É o princípio da proporcionalidade da falta (grifo da autora).

As punições no Direito do Trabalho, como nos outros ramos jurídicos, devem ser compatíveis com a natureza da falta, com os limites do poder disciplinar exercido pelo empregador. A gradação pedagógica tem a finalidade de resguardar a boa ordem no organismo empresarial⁸².

A resolução do contrato de trabalho por justa causa obreira se opera *ope iuris*, bastando a declaração de vontade do empregador e ciência do empregado da despedida por justo motivo para produzir os seus efeitos.

⁸⁰ CASSAR, op. Cit., p. 1047.

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 701-702.

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 702.

Esta modalidade suprime ao trabalhador o direito ao recebimento de qualquer parcela rescisória. Cabe, unicamente, a baixa na CTPS (sem qualquer anotação desabonadora, nos termos do artigo 29, § 4º, CLT) e entrega do TRCT, com referência ao tipo de dispensa. Se houver verbas vencidas, que não sofrem influência pelo modo de resolução (férias simples, saldo de salário, entre outras), deverão ser pagas na mesma oportunidade⁸³. É incabível o aviso-prévio.

A rescisão indireta é uma causa de cessação dos contratos em face de atos faltosos praticados pelo empregador, conforme elenco constante no artigo 483 da CLT. À luz desse dispositivo legal, o obreiro poderá considerar rescindido o contrato e pleitear as verbas rescisórias alusivas à dispensa sem justa causa do contrato⁸⁴.

São hipóteses que ensejam rescisão indireta pelo empregado: exigência de serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; tratamento pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; perigo manifesto de mal considerável; não cumprimento pelo empregador das obrigações do contrato; prática pelo empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Em síntese, são pertinentes ao empregado quando da rescisão indireta: aviso-prévio, com sua projeção contratual, inclusive quanto à proporcionalidade; décimo terceiro proporcional; férias proporcionais mais um terço, liberação do FGTS mais quarenta por cento de indenização; e outras indenizações decorrentes, por exemplo, de garantias de emprego frustradas. Também faz jus à baixa na CTPS e guias do seguro-desemprego.

A culpa recíproca dificilmente é reconhecida pelas partes, uma vez que ambas se julgam com razão. Devido a isso, a culpa recíproca, na maioria das vezes, só é reconhecida pelo Poder Judiciário.

Sobre a culpa recíproca, discorre Cassar⁸⁵:

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1200.

⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 720.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1107-1108.

Para caracterização da culpa recíproca é necessário que o empregado pratique uma falta gravíssima, a ponto de, por si só, justificar o rompimento do contrato e que o empregador também tenha praticado outra falta gravíssima capaz de tornar insuportável a continuidade do contrato. Logo, são duas faltas graves praticada por cada um. As faltas precisam ser proporcionais, pois uma falta leve praticada pelo patrão e outra grave perpetrada pelo trabalhador como reação afasta o tipo. A reação deve ser contemporânea à ação, sob pena da primeira falta estar perdoada por ausência de punição tempestiva [...] É necessário que haja uma relação de causa e efeito ou de ação e reação, isto é, umnexo causal entre a falta praticada pelas partes.

Havendo ruptura contratual por culpa recíproca, o empregado fará jus às verbas rescisórias pela metade, quais sejam: aviso-prévio indenizado, décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais mais um terço. Ademais, fará jus ao FGTS do período contratado com apenas vinte por cento a título de indenização (artigo 18, § 2º, Lei n. 8.036/90).

A penúltima hipótese de término do contrato de trabalho se dá com a extinção da empresa ou do estabelecimento. A extinção regular ou irregular da empresa acarreta a rescisão do contrato diante da impossibilidade de sua execução, sendo, portanto, considerado que ela se deu por iniciativa do empregador, em função do princípio da alteridade.

Logo, o término do contrato em razão do fechamento da empresa ou do estabelecimento provoca o pagamento de todas as verbas rescisórias devidas na dispensa imotivada pelo empregador.

Com efeito, o Egrégio TST já se manifestou nesse sentido por meio da Súmula 44:

AVISO-PRÉVIO

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.

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Por fim, havendo morte do empregado, necessariamente ocorrerá o fim do contrato de trabalho. Isso porque, o contrato empregatício é pessoal, sendo infungível a pessoa do trabalhador.

Nesse caso, o empregador deverá ao espólio tão somente o décimo terceiro proporcional e as férias proporcionais acrescidas de um terço. Caberá, ainda, o

pagamento de saldo de salários e demais parcelas vencidas com o fim do contrato de trabalho (férias vencidas simples ou em dobro, por exemplo).

Já em caso de morte do empregador-pessoal natural que implique a efetiva terminação do empreendimento, será devido ao empregado as seguintes parcelas: aviso-prévio, inclusive proporcional, se for o caso; décimo terceiro salário proporcional; férias proporcionais mais um terço; liberação de FGTS mais quarenta por cento (caso se considere que a extinção do empreendimento se deu por força maior, o percentual será de apenas vinte por cento)⁸⁶.

Se os herdeiros mantiverem o empreendimento socioeconômico, haverá a sucessão trabalhista. Se não for de interesse do empregado a continuidade da prestação de serviços, este deverá pedir demissão, sem as vantagens rescisórias da dispensa injusta ou rescisão indireta.

Para que não ocorram surpresas a ambas as partes que figuram o contrato de trabalho no momento de sua dissolução, a legislação trabalhista disciplinou o instituto jurídico do aviso-prévio, cuja principal função é assegurar aos empregados e empregadores a possibilidade de preparação para o fim do contrato, conforme se estudará nos dois próximos capítulos.

⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1204.

4. O INSTITUTO JURÍDICO DO AVISO-PRÉVIO

Analisar-se-á neste capítulo o instituto jurídico do aviso-prévio. A partir do escorço histórico do aludido instituto, será trazido a estudo a definição do aviso-prévio, o seu cabimento, assim como as especificidades relativas às formas de concessão, isto é, se trabalhado ou se indenizado e os seus efeitos.

4.1. RELATO HISTÓRICO DO INSTITUTO

O aviso-prévio teve sua origem nas Corporações de Ofício⁸⁷, associações em que não era permitido que o companheiro se desligasse do trabalho sem antes conceder o aviso-prévio ao mestre, muito embora não houvesse a mesma reciprocidade do mestre em relação ao companheiro. Foi consagrado pelos usos e costumes, passando a ser aplicado no Direito Civil e no Direito Comercial quando da extinção unilateral do contrato.

No Brasil, o instituto em questão surge, inicialmente, no Código Comercial de 1950, sendo previsto em seu artigo 81 que: “não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e o seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação”.

Ainda no mesmo artigo, há previsão do pagamento de salário durante o referido aviso-prévio: “os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço”.

Nesse sentido, complementa Martins⁸⁸:

Já se verificava que o aviso só caberia em relação a contratos por prazo indeterminado, possuindo certas características, como a necessidade de notificação da parte contrária, o prazo da comunicação e o pagamento de salário durante esse período.

O Código Civil de 1916, referindo-se à locação de serviço, também tratou do aviso-prévio no artigo 1.221, só sendo cabível o aviso em razão dos contratos por

⁸⁷ As Corporações de Ofício eram associações, existentes no final da Idade Média, que reuniam trabalhadores (artesãos) de uma mesma profissão. Essas associações serviam para defender os interesses trabalhistas e econômicos dos trabalhadores. Cada profissional contribuía com uma taxa para manter a associação em funcionamento.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 436.

prazo indeterminado. Havia, ainda, os elementos de comunicação e prazo para a consecução do prévio aviso proporcional ao tempo de pagamento do salário. Contudo, o elemento pagamento de remuneração durante o período de aviso-prévio não era previsto.

O Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923, que regulava a locação de serviços domésticos, foi o primeiro ordenamento jurídico trabalhista a conceder aviso-prévio⁸⁹. Qualquer das partes poderia, mediante prévia comunicação, rescindir o contrato (artigo 22). O prazo seria de oito dias no caso de empregado mensalista; quatro dias em caso de salário ajustado por semana ou quinzena; e de véspera quando o contrato fosse inferior a sete dias.

A Lei n. 62, de 1935, previu o dever unilateral de o empregado pré-avisar o empregador. O empregado deveria dar aviso de no mínimo trinta dias ao empregador, caso desejasse sair do emprego. A ausência de aviso-prévio permitiria o desconto de um mês de salário ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses⁹⁰.

O aviso-prévio é disciplinado na CLT do artigo 487 ao 491. Os preceitos são imperativos e irrenunciáveis pelas partes, conforme entendimento já cristalizado pelo TST através da Súmula 276:

AVISO-PRÉVIO – PEDIDO DE DISPENSA DE CUMPRIMENTO – PAGAMENTO

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

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

A expressão “pedido de dispensa do cumprimento” contida na supramencionada Súmula refere-se ao aviso-prévio concedido pelo empregador. Sendo assim, o empregado não pode renunciar ao aviso-prévio, salvo restando provado a obtenção de um novo emprego (que é a finalidade desse instituto jurídico), ficando o empregador obrigado a pagar-lhe o valor correspondente ao período laborado. Caso o aviso-prévio tenha sido concedido pelo empregado ao empregador e este renuncie ao direito ao aviso-prévio, inexistente direito ao pagamento do período do aviso, pois não haveria prestação de serviços pelo obreiro. Contudo,

⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1019.

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 437.

se o empregado deixar de cumprir o aviso-prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo.

O artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 versou pela primeira vez acerca do aviso-prévio, tendo a seguinte redação: “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

A leitura do dispositivo constitucional *supra* aponta duas situações: o aviso-prévio de trinta dias é autoaplicável desde 05 de outubro de 1988, não sendo necessária regulamentação; já o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço depende da previsão de lei ordinária para regulamentá-lo. Trata-se, nessa última situação, de norma incompleta, isto é, de eficácia contida.

Com efeito, a proporcionalidade do aviso-prévio, prevista constitucionalmente, somente passou a vigorar após a promulgação da Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, que dispõe sobre “aviso-prévio e dá outras providências”. A referida lei regulamentou o inciso XXI do artigo 7º da CF/88 em relação ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

4.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A palavra aviso é substantivo masculino que significa notícia, advertência. É a ação ou efeito de avisar. Prévio, do latim *praeivus*, vem a dizer o que é anterior, preliminar, indica antecipação⁹¹.

O nome correto do instituto em estudo é aviso-prévio, e não “aviso breve”, como é comumente empregado principalmente entre os trabalhadores de baixa escolaridade.

Barros⁹² define aviso-prévio como “a comunicação que uma parte faz a outra, avisando-lhe que pretende proceder à dissolução do contrato de trabalho por prazo indeterminado”.

Martins⁹³ segue o mesmo entendimento, conceituando o aviso-prévio como “a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva”.

⁹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 438.

⁹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 754.

⁹³ MARTINS, op. Cit., p. 438.

Vale, ainda, complementar a definição do instituto através das palavras conclusivas de Nascimento⁹⁴:

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 desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo.

Consiste o aviso-prévio numa limitação econômica ao poder de despedir do empregador, que deve concedê-lo, sob pena de pagar indenização correspondente. É possível vê-lo, ainda, como uma limitação para que o empregado não venha a abandonar inesperadamente a empresa, deixando o empregador, de imediato, com um desfalque em seu quadro de empregados. A concessão do aviso-prévio do empregado ao empregador tem a finalidade de que este consiga assegurar normalmente o funcionamento da empresa.

Trata-se, portanto, de um instituto jurídico bilateral, podendo ser concedido tanto pelo empregado como pelo empregador, dependendo de quem toma a iniciativa da ruptura do contrato de trabalho. Serve para dar equilíbrio à relação contratual.

A parte que recebeu o aviso-prévio goza da presunção relativa de não ter incorrido na prática de justa causa⁹⁵.

Nascimento⁹⁶ afirma que o aviso-prévio tem tríplice natureza, em outras palavras, é tridimensional. A primeira é de comunicar à parte adversa do contrato empregatício que não há mais interesse na continuação do pacto laboral. Em segundo lugar, o aviso-prévio também pode ser visualizado como o período mínimo que a lei determina para que seja notificada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa buscar novo emprego. Num terceiro plano, refere-se ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao

⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1189.

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 755.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 447.

empregado pelo labor durante o restante da contratualidade, ou à indenização substitutiva pela falta de cumprimento do aviso-prévio por qualquer das partes. Há, dessa forma, a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento.

Desse mesmo entendimento coaduna Delgado⁹⁷:

Efetivamente, a natureza jurídica do pré-aviso, no ramo trabalhista, é tridimensional, uma vez que ele cumpre as três citadas funções: declaração da vontade resiliatória, com sua comunicação à parte contrária; prazo para a efetiva terminação do vínculo, que se integra ao contrato para todos os fins legais; pagamento do respectivo período de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização.

O aviso-prévio poderá ser trabalhado ou pago em dinheiro o período correspondente (indenizado). Na primeira hipótese terá natureza jurídica de salário (verba salarial) e na segunda situação terá a natureza indenizatória (verba indenizatória).

Barros⁹⁸ acrescenta ainda que o aviso-prévio tem também natureza legal, pois visa evitar surpresas na dissolução do contrato; e convencional, como se infere de algumas negociações coletivas, que o alongam em determinadas situações.

4.3. CABIMENTO E CARACTERÍSTICAS

Aviso-prévio, de forma geral, é um instituto inerente a contratos que têm duração indeterminada, seja para o Direito Comercial e Civil, seja para o Direito do Trabalho (artigo 487 da CLT). Com efeito, ele não aparece nos contratos a termo, uma vez que estes já têm sua extinção prefixada no tempo⁹⁹.

Como já visto no capítulo anterior, em caso de antecipação da ruptura contratual por qualquer das partes nesse último tipo de contrato, haverá indenização correspondente, calculada nos termos dos artigos 479 e 480 da CLT, dependendo de quem partiu a iniciativa de antecipar o rompimento. Contudo, vale frisar que a aludida indenização nada tem a ver com o instituto do aviso-prévio.

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1242-1243.

⁹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 755.

⁹⁹ DELGADO, op. Cit., p. 1242.

Os contratos a termo, que tenham em seu interior cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, passam a reger-se pelas regras inerentes aos contratos por prazo indeterminado, havendo dação do prévio-aviso e suas consequências jurídicas (artigo 481 da CLT).

Ressalte-se que há situações concretas em que o contrato, apesar de ser a termo, é prorrogado por conveniência do empregador; em outras os serviços especificados por serem complexos, não têm um momento preciso e verdadeiramente previsível; isso tudo leva certos julgados a exigirem aviso-prévio, para atenuar às incertezas correspondentes do empregado¹⁰⁰.

Sobre o assunto, o Colendo TST já se manifestou através da Súmula 163:

AVISO-PRÉVIO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA
Cabe aviso-prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT.
(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003)

Realmente, o aviso-prévio só se justifica nas contratações a termo incerto se o obreiro não tem conhecimento, mesmo aproximado, do final do seu contrato de trabalho.

É, portanto, o aviso-prévio instituto característico de contratos de duração indeterminada, que reflete o direito recíproco de patrão e empregado avisarem ao outro que não possuem mais interesse na continuação do contrato empregatício. Dessa forma, tanto o empregado que pede demissão como o empregador que dispensa imotivadamente o empregado, deverão ofertar o aviso-prévio à outra parte.

Por conseguinte, o instituto jurídico tema desta pesquisa tem cabimento na rescisão do contrato de trabalho sem justo motivo. Em havendo dispensa por justa causa, o contrato de trabalho se extingue de imediato, não havendo direito a aviso-prévio. Caso haja dispensa por justa causa e o empregador conceda aviso-prévio ao empregado, presume-se que a dispensa se deu sem justa causa, uma vez que na justa causa não há necessidade de pré-aviso, cabendo ao empregador provar a falta grave, em consonância com o princípio trabalhista do *in dubio pro operario*.

Nesse sentido, leciona Barros¹⁰¹ que “a parte que recebeu o aviso-prévio goza de presunção relativa de não ter incorrido na prática de justa causa”.

¹⁰⁰ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 477.

¹⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 755.

Havendo extinção da empresa, esta pode ser equiparada à rescisão do contrato sem justa causa, uma vez que é lógico que o empregado não dá nenhum motivo para o término do contrato de emprego, sendo, pois, devido o aviso-prévio.

Martins¹⁰² acrescenta:

A Súmula nº 44 do TST esclarece 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”. Se a empresa vier a falir, o aviso-prévio será devido, pois o risco do empreendimento é do empregador (art. 2º da CLT) e não pode ser transferido ao empregado, não se enquadrando tal hipótese como justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho.

Antigamente, muito se discutia se o aviso-prévio era cabível na despedida indireta. O TST entendia, por meio da Súmula 31 (cancelada desde 1994), que tal instituto era incabível na rescisão indireta, tendo em vista que a lei era omissa quanto ao aviso nessa modalidade de despedida. Como o aviso-prévio decorre do fato de uma parte querer rescindir o contrato de trabalho sem justa causa, não seria devido o referido aviso, tendo em vista que na rescisão indireta há justa causa cometida pelo empregador¹⁰³.

Todavia, não há por que não ser devido aviso-prévio ao empregado em caso de rescisão indireta do contrato de trabalho. A conduta ilícita do empregador não pode de nenhuma forma prejudicar o trabalhador, haja vista que o prejuízo causado ao trabalhador vai de encontro com todo o embasamento principiológico do Direito do Trabalho, em que deve prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador.

A corroborar com o exposto acima, insta transcrever o ensinamentos de Delgado¹⁰⁴:

A aplicação do pré-aviso à rescisão indireta resultou de inquestionável exercício de *reflexão de equidade*, ainda que afrontando, em certa medida, a natureza do instituto: é que, sendo esta parcela rescisória extremamente favorável ao obreiro, em situações de despedida meramente arbitrária, seria injusto não deferi-la, com todos os seus efeitos, para os casos de terminação do contrato por infração do empregador (afinal, o ilícito não pode merecer tratamento mais benigno do que o ilícito). Assim bem refletindo, o legislador fez inserir, em 1983, dispositivo na CLT,

¹⁰² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 440.

¹⁰³ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1243.

determinando a incidência do instituto também nas situações de resolução culposa do contrato, em face de infração do empregador (art. 487, § 4º, CLT) (grifo do autor).

Na existência de culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho, este se extingue de imediato, uma vez que foi dado justo motivo por ambas as partes. Fica, por isso, prejudicado o aviso-prévio, entendendo o TST (Súmula 14) que, nessa situação, o empregado tem direito apenas a cinquenta por cento do valor devido a título de aviso-prévio:

CULPA RECÍPROCA

Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso-prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais. (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Em sentido contrário ao sumulado pela Corte trabalhista, aduz Martins¹⁰⁵ que o aviso-prévio em caso de culpa recíproca é indevido, pois o artigo 487 da CLT dispõe que o aviso-prévio é devido apenas em caso de não haver justo motivo para a dispensa. Logo, não deveria ser pago à razão de cinquenta por cento do seu valor. Contudo, tal posicionamento não beneficia o trabalhador.

No que tange à forma do aviso-prévio, a lei não estabelece como o aviso-prévio deve ser concedido. Admite-se que o aviso-prévio possa ser concedido verbalmente, tendo em vista que até mesmo o contrato de trabalho pode ser firmado dessa forma (artigo 443 da CLT). Se a parte reconhece que o aviso-prévio foi concedido, ainda que verbalmente, será plenamente válido.

A fim de que não paire dúvidas, recomenda-se que o aviso-prévio seja sempre dado por escrito, em duas vias, pelo menos, com intuito de representar, assim, uma prova concreta em relação à parte que pretendeu rescindir o contrato de trabalho, cabendo à outra parte fazer prova em sentido contrário.

No que atine ao prazo para que uma das partes comunique à outra de que deseja rescindir o contrato de trabalho, o artigo 487, incisos I e II, da CLT prevê que será de oito dias, se o pagamento do obreiro for efetuado por semana ou tempo inferior; e de trinta dias aos que perceberem quinzenalmente ou mensalmente, ou que tivessem mais de doze meses na empresa.

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 440.

Todavia, estabeleceu o inciso XXI do artigo 7º da Constituição o aviso-prévio proporcional (norma de eficácia contida), nunca inferior a trinta dias (norma autoaplicável).

A doutrina majoritária entende que o supramencionado dispositivo constitucional não recepcionou o curto lapso de oito dias previsto no artigo 487, I, do diploma celetista, o qual acabou sendo revogado de forma tácita. Compartilham desse entendimento Barros¹⁰⁶, Cassar¹⁰⁷ e Delgado¹⁰⁸.

Em sentido contrário e minoritário leciona Martins¹⁰⁹, que obtempera:

O inciso XXI do art. 7º da Constituição determina que o aviso-prévio será de no mínimo 30 dias, norma essa autoaplicável. A Lei Maior não dispõe que o aviso-prévio é dado pelo empregador ao empregado, mas que se trata de um direito do trabalhador. Assim, na hipótese do aviso-prévio dado pelo empregado ao empregador, o prazo poderá ser de oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior. Se o aviso-prévio for dado pelo empregador ao empregado, terá de ser de pelo menos 30 dias, mesmo que o trabalhador ganhe por semana ou tempo inferior.

Importante destacar que nada obsta as partes ou norma coletiva de fixarem prazo de aviso-prévio superior a trinta dias, pois a Constituição não estabelece prazo máximo, só mínimo.

Concedido o aviso-prévio, a retratação pelo notificante antes de expirado o prazo só será válida se a outra parte concordar expressamente. Findo o prazo de aviso a dispensa se considera efetivada para todos os fins, exceto se fraudulento (artigo 489 da CLT).

Tanto a retratação como a concordância devem ser expressas. No entanto, se as partes continuarem a trabalhar após o período do aviso-prévio, conclui-se que foram feitas tacitamente. Ocorrendo tal situação, o contrato de trabalho prossegue como se nunca tivesse ocorrido o pré-aviso (artigo 489, parágrafo único, da CLT), em razão do princípio da continuidade da relação de emprego.

Comunicada a dispensa, independentemente da hora em que ocorra, o prazo do aviso-prévio começa a fluir no dia seguinte, caso seja dia de trabalho,

¹⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 755.

¹⁰⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1026.

¹⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1243.

¹⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 442.

observando-se a forma prevista no artigo 132, *caput*, do Código Civil e da Súmula 380 do TST:

AVISO-PRÉVIO. INÍCIO DA CONTAGEM. ART. 132 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

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.
(Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005).

Frise-se que o direito ao aviso-prévio é garantido a todos os trabalhadores urbanos e rurais¹¹⁰, nos termos do artigo 7º, *caput* e inciso XXI da Constituição Federal de 1988.

O inciso XXXIV do mesmo artigo constitucional assegura aos trabalhadores avulsos a igualdade de direitos entre estes e os trabalhadores com vínculo permanente. Martins¹¹¹ faz a valiosa consideração no sentido de que, embora exista tal previsão na constituição, o aviso-prévio é notadamente indevido ao trabalhador avulso, como é possível se extrair do trecho constante em sua obra:

O inciso XXXIV do art. 7º da Constituição dispõe que os avulsos têm os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente. Entretanto, os avulsos não trabalham por prazo indeterminado, mas eventualmente para o mesmo tomador ou por curto período de tempo, para um determinado evento. O avulso não tem contrato de trabalho, mas relação de trabalho. Sua contratação não é feita por prazo indeterminado. Logo, não tem direito a aviso-prévio.

Com efeito, embora a Constituição atribua igualdade de direitos entre os trabalhadores com vínculo permanente e os avulsos, estes últimos não devem fazer jus ao aviso-prévio, por se tratar de forma de trabalho que carece de habitualidade e até mesmo de pessoalidade.

¹¹⁰ A Lei n. 5.889, de 08 de junho de 1973, estatuiu normas reguladoras do trabalho rural. Empregado rural é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário, em propriedade rural ou prédio rústico (artigo 2º). Já o empregador rural, é a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (artigo 3º).

¹¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 443.

Quanto aos empregados domésticos¹¹², a Emenda Constitucional (EC) n. 72, de 02 de abril de 2013, alterou a redação do parágrafo único do artigo 7º da CF/88, passando a estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Dessa feita, o direito a aviso-prévio mínimo de trinta dias passou também a ser assegurado aos empregados domésticos, uma vez que essa parte do dispositivo constitucional *retro* constitui norma de aplicação imediata (autoaplicável).

Caso o empregado esteja em gozo de estabilidade provisória, o empregador deverá esperar decorrer esse prazo para só então conceder o aviso-prévio. É o que restou sumulado pelo TST (Súmula 348)¹¹³.

Contudo, se o fato gerador da estabilidade provisória ocorrer no curso do aviso-prévio trabalhado ou indenizado, Barros¹¹⁴ aduz que a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho denega a garantia de emprego, ao argumento de que o aviso-prévio já se encontra sujeito a um termo. Nesse sentido de consolidou a jurisprudência, por meio da Súmula 369, item V, do TST.

Ainda vale a pena mencionar o problema entre doença ou acidente de trabalho e o instituto ora estudado. Se o trabalhador sofre um acidente de trabalho ou fica doente, não há que se falar em aviso-prévio pelo empregador durante o afastamento, uma vez que o trabalhador fica impossibilitado de procurar novo emprego e ser reinserido no mercado de trabalho. O aviso somente poderá ser concedido quando do retorno do obreiro.

Na hipótese de doença do empregado durante o aviso-prévio, suspende-se a fluência do respectivo prazo, de modo que, a teor da Súmula 371 do TST, os efeitos da dispensa só se concretizarão depois de expirado o benefício previdenciário. A doença ocorrida no curso do aviso-prévio, portanto, suspende o seu curso, e o cumprimento do restante do aviso deverá ocorrer após o término do auxílio-doença¹¹⁵.

¹¹² A Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. De acordo com o artigo 1º da aludida legislação, considera-se empregado doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família no âmbito residencial destas.

¹¹³ AVISO-PRÉVIO. CONCESSÃO NA FLUÊNCIA DA GARANTIA DE EMPREGO. INVALIDADE É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos.

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

¹¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 758.

¹¹⁵ BARROS, op. Cit., p. 759.

O Tribunal Superior do Trabalho também se preocupou com a questão dos professores, que, de acordo com o artigo 322 da CLT, têm direito a receber salários no período de férias escolares (que não se confundem com as férias do professor). Dessa forma, a mais alta Corte Trabalhista cristalizou o entendimento, por meio da Súmula 10, de que, havendo despedida imotivada nesses períodos, é devido o pagamento dos salários até o fim das férias escolares (§ 3º do artigo 322 da CLT) ou período letivo, além do aviso-prévio, que não se confunde com o salário.

4.4. AVISO-PRÉVIO TRABALHADO E INDENIZADO

A CLT prevê dois tipos de aviso-prévio, classificados em consonância com a modalidade de cumprimento de seu prazo, isto é, mediante labor ou não, situação esta em que o respectivo período se torna indenizado.

O aviso trabalhado pode ser cumprido de duas formas quando da dispensa promovida pelo empregador, de acordo com o artigo 488, *caput*, da CLT. A primeira, mediante prestação de serviços pelo trabalhador na jornada e trabalhos habituais, durante trinta dias, com redução de duas horas no horário diário, sem prejuízo da integralidade do salário. Verifica-se que o artigo 488 da CLT fez referência a horário, e não a jornada, razão pela qual o horário de trabalho de qualquer trabalhador, inclusive do que tem jornada especial, deve ser reduzido em duas horas¹¹⁶.

Diferentemente leciona Cassar¹¹⁷, aduzindo que esta regra só se aplica aos empregados que trabalham oito horas por dia. Caso o empregado labore menos, deverá ter redução proporcional, pois quem trabalha apenas quatro horas, normalmente tem mais tempo para procurar emprego que aquele que trabalha oito horas. Da mesma forma Carrion¹¹⁸.

O TST sumulou o entendimento, por meio da Súmula 230, de que “é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondentes”. Tal prática é frustrada pela jurisprudência, ainda que as duas horas sejam pagas com o acréscimo de cinquenta por cento previsto no artigo 7º, inciso XVI, da CF/88 (horas extras), uma vez que impede o mais importante objetivo do aviso-prévio, que é possibilitar à parte surpreendida pela

¹¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 448-449.

¹¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1028.

¹¹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 482.

ruptura contratual a se ajustar à nova situação e, no caso do obreiro, procurar outro emprego e ser reinserido no mercado de trabalho. Havendo inobservância da jornada reduzida, o empregador deve pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado, pagamento que tem caráter eminentemente indenizatório¹¹⁹.

Nesse sentido, importante colacionar jurisprudências de Tribunais Regionais do Trabalho que corroboram tal entendimento:

AVISO-PRÉVIO TRABALHADO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 488 E PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT. NULIDADE. Ao se observar o termo de aviso-prévio concedido à Autora, pode-se notar que este deveria ser trabalhado. Porém, não foi dada a oportunidade à Reclamante de optar em reduzir sua jornada de labor em duas horas diárias ou faltar ao serviço por 7 (sete) dias corridos, conforme determina o art. 488 da CLT e seu parágrafo único. Com efeito, não tendo sido oportunizada a redução da jornada ou de dias de trabalho no decorrer do período de trinta dias, há nulidade do aviso-prévio concedido. Recurso ordinário do segundo Réu a que se nega provimento, no particular.

(TRT-9 – RO 6043200918904 PR 6043-2009-18-9-0-4, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, 1A. TURMA, Data de Publicação: 27/07/2010).

AVISO-PRÉVIO - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - INOBSERVÂNCIA DA JORNADA REDUZIDA - EFEITOS. A inobservância da jornada de trabalho reduzida no período do aviso-prévio implica a nulidade deste, obrigando o empregador não só ao pagamento do trintídio correspondente, como, também, de 1/12 de 13º salário e 1/12 de férias + 1/3. Recurso Ordinário obreiro conhecido e provido, no particular.

(TRT-2 - RO: 249200406002000 SP 00249-2004-060-02-00-0, Relator: ANELIA LI CHUM, Data de Julgamento: 04/12/2007, 5ª TURMA, Data de Publicação: 18/01/2008).

Este novo pagamento não significa novo aviso-prévio, com todas as suas repercussões específicas. O que se traduz é apenas um novo pagamento do valor correspondente aos trinta dias, a título indenizatório; é o ressarcimento do aviso que foi comprometido. Entretanto, as demais finalidades do aviso-prévio já foram anteriormente efetivadas: a comunicação da iniciativa resilitória, a integração contratual do período e o pagamento do respectivo prazo. Não se pode visualizar a

¹¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1244.

indenização devida em face do prejuízo verificado como ressurgimento de todo o instituto, em toda a sua complexidade¹²⁰.

A segunda maneira de se cumprir o aviso-prévio laborado, nos casos de dispensa promovida pelo empregador, foi instituída pela Lei n. 7.093, de 25 de abril de 1983, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 488 da CLT. É possível ao empregado trabalhar sem a redução de duas horas diárias no seu horário normal de trabalho, podendo, no entanto, faltar ao trabalho por sete dias corridos, sem prejuízo de seu salário. Isto é, com a supressão de trabalho nos últimos sete dias de aviso-prévio, o empregado desvencilha-se mais cedo do contrato em extinção, permitindo-lhe a busca por um novo emprego. Tal alternativa de cumprimento do aviso é posta como uma faculdade do empregado, não podendo ser imposta pelo empregador.

Delgado¹²¹ acrescenta que o aviso trabalhado restringe-se aos trinta dias, não abrangendo a proporcionalidade regulamentada pela recente Lei n. 12.506/2011, lecionando ainda que “a parcela proporcional, se devida pelo empregador, tem de ser paga em pecúnia”.

No que tange ao trabalhador rural, o artigo 15 da Lei n. 5.889/1973 estabelece que, durante o aviso-prévio, se a rescisão do contrato for promovida pelo empregador, o trabalhador rural terá direito a um dia por semana para procurar novo emprego, sem prejuízo de seu salário (inclusive quanto à proporcionalidade prevista na Lei n. 12.506/2011). Como a alínea “b” do artigo 7º da CLT determina que as normas consolidadas não se aplicam aos rurais, deve-se utilizar a disposição especial contida na Lei n. 5.889/1973. A finalidade da norma em dar um dia inteiro ao empregado rural, e não apenas duas horas diárias para procurar novo emprego, é facilitar a busca de novo emprego pelo trabalhador, diante da existência de grandes distâncias na área rural, o que dificulta tal objetivo.

Quanto aos empregados domésticos, enquanto não houver regulamentação especial para essa classe de trabalhadores, que informe aos juristas quais os efeitos e as consequências do aviso-prévio, devem ser aplicadas as regras gerais do instituto contidas na CLT, para dar exequibilidade ao instituto jurídico, naquilo que for compatível¹²² e beneficiar esta classe de trabalhadores. Em outras linhas, deve o empregador doméstico reduzir em duas horas o horário normal de labor do

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1245.

¹²¹ Idem, *Ibidem*.

¹²² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1031.

empregado doméstico, já que a partir da Emenda Constitucional n. 72/2013 estes passaram a ter jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo-lhe facultado optar pela supressão dos sete últimos dias corridos de labor.

Por fim, Cassar¹²³ sintetiza que, além de ser um direito, o aviso-prévio trabalhado possui outras naturezas jurídicas, tais como, salário, porque o empregado recebe o pagamento pelos serviços prestados no período; e prazo, tendo em vista que corresponde ao interregno legal que flui entre a denúncia do contrato e a sua efetiva terminação. Esse prazo suspende a declaração de vontade da extinção contratual manifestada pelo denunciante, fazendo com que a extinção se opere com o implemento do prazo (lapso temporal mínimo de trinta dias).

Por outro lado, o aviso-prévio indenizado corresponde àquele que não é cumprido por meio de trabalho pelo empregado, sendo-lhe pago em pecúnia pelo empregador. Em vez de se valer do labor do empregado pelas semanas contratuais remanescentes, o empregador opta por suprimir imediatamente a prestação laborativa, indenizando o respectivo lapso mínimo de trinta dias, consoante o § 1º do artigo 487 da CLT. Trata-se do meio mais usual de dação de aviso-prévio, uma vez que evita os desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação por parte da empresa sobre a ruptura contratual.

Importante ainda destacar que, caso haja parcela proporcional do aviso (Lei n. 12.506/2011), esta também será paga em dinheiro ao obreiro, conforme será defendido no último capítulo desta Monografia.

O caráter indenizatório dado ao pagamento do aviso-prévio não trabalhado, que a lei denomina equivocadamente de salário, não lhe retira o seu caráter eminentemente alimentar, o que não ocorre com as demais verbas tipicamente indenizatórias. O caráter alimentar do pagamento poderia permitir sua inclusão na falência da empresa como crédito privilegiado, o que já restou superado nos termos do artigo 449 da CLT¹²⁴, e o seu caráter indenizatório o excluiria da incidência das contribuições previdenciárias e fundiárias.

¹²³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1023.

¹²⁴ O artigo 449 da CLT determina que os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa, assegurando, ainda, que, em caso de falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende tal parcela como de caráter indenizatório, negando-lhe incidência de FGTS, como se verifica na ementa do Recurso Extraordinário, *in verbis*:

A CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO NÃO INCIDE SOBRE O QUANTUM PAGO A TÍTULO DE AVISO-PREVIO, POR SEU CARÁTER INDENIZATORIO. PRECEDENTES: RE 76700, 75289, 73720 E 72092. IV, C, DO REGIMENTO INTERNO, POIS A MATÉRIA PERTINENTE A INCIDENCIA OU NÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO FGTS, NÃO É O OBJETO DA LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL OU DE SEU REGULAMENTO. RE CONHECIDO E PROVIDO. (STF - RE: 89328 SP, Relator: Min. CORDEIRO GUERRA, Data de Julgamento: 09/05/1978, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 09-06-1978).

A jurisprudência, no entanto, enveredou pela incidência do FGTS sobre o aviso-prévio, trabalhado ou não, sendo tal assunto objeto da Súmula 305 do TST:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO-PRÉVIO
O pagamento relativo ao período de aviso-prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS. (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Cassar¹²⁵ defende que a própria lei tratou o aviso-prévio indenizado como verba salarial, uma vez que determinou o pagamento de “salário” (artigo 487, § 1º, da CLT) durante o período e a integração deste no cômputo do tempo de serviço. Logo, quando não for trabalhado, considera-se interrompido o contrato até o termo final do aviso prévio.

O TST, por meio do item II da Orientação Jurisprudencial (OJ) 42 da Seção de Dissídios Individuais - 1 (SDI-1), entende que o cálculo da multa de quarenta por cento do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderando-se a projeção do aviso-prévio indenizado, por ausência de previsão legal.

Em suma, se o aviso-prévio é trabalhado, vem a se constituir salário. Se o aviso não é laborado, mas indenizado, não tem natureza de salário, consistindo no pagamento de uma indenização compensatória a sua não concessão. O fato de os §§ 1º e 2º do artigo 487 da CLT usarem a palavra salário não modifica a natureza da

¹²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1023.

verba, uma vez que o que se pretende dizer é que a indenização pelo aviso-prévio não concedido corresponderia ao salário do trabalhador¹²⁶.

No caso de aviso-prévio devido pelo empregado ao empregador, a lei faculta ao empregado substituir o cumprimento do aviso pelo pagamento equivalente. Tal pagamento tem natureza jurídica de indenização compensatória ao dano causado ao empregador, uma vez que o obreiro não lhe concedeu tempo suficiente para procurar outro empregado para substituí-lo. Não é possível ser considerado salário, pois o empregado não paga jamais salário ao empregador.

O artigo 487, § 2º, da CLT possibilita ao empregador descontar dos salários do empregado a respectiva indenização devida pelo empregado. O desconto pode ser efetuado sobre qualquer outra parcela (crédito trabalhista), e não apenas sobre o saldo de salários, como se extrai do julgado abaixo:

AVISO PRÉVIO. DESCONTOS. Autoriza-se o desconto do valor correspondente ao aviso prévio nos direitos rescisórios, nos casos em que o empregado pede demissão e ato contínuo pede dispensa do cumprimento do aviso prévio.
(TRT/RJ – RO: 11.705/90 – Rel. Designado: Juiz Narciso Gonçalves dos Santos, Data de Publicação: 17/07/1992).

Com efeito, o empregador pode fazer a compensação ou propor ação de cobrança perante a Justiça do Trabalho, mesmo que não haja saldo de salário a pagar no termo de rescisão ou que o empregador não tenha, no momento da rescisão, efetuado o desconto¹²⁷.

É preciso observar que no cômputo dessa verba inadimplida há significativa distinção, haja vista que a obrigação do trabalhador a ser ressarcida restringe-se a trinta dias; já a obrigação do empregador pode ser maior, caso incida a proporcionalidade da Lei n. 12.506/2011, que será abordada de forma detalhada no próximo capítulo deste estudo.

Inexiste uma terceira modalidade de concessão de aviso-prévio regulado pela CLT. Contudo, a prática empresarial cotidiana tentou implantar uma forma de cumprimento alternativa do aludido instituto, com o intuito de aumentar o prazo para pagamento rescisório regulado pelo artigo 477, §§ 6º e 8º, da CLT: consistia no suposto aviso-prévio cumprido em casa. Em outras palavras, o aviso-prévio não era

¹²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 454.

¹²⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1026.

trabalhado, nem sequer indenizado, ficando o empregado em sua residência à disposição da empresa.

Sobre o aviso-prévio cumprido em casa, Delgado¹²⁸ aduz que essa prática consistia em nítido abuso do direito, pois frustram, ainda que em parte, os objetivos sociais que respondiam por sua existência.

Martins¹²⁹ se posiciona contrário aos supramencionados ensinamentos de Delgado¹³⁰, alegando que o aviso-prévio cumprido em casa possibilita o pagamento do salário durante o interregno de tempo; importa considerar o tempo de serviço para todos os efeitos em seu contrato de trabalho, projetando este por mais trinta dias (§ 1º do art. 487 da CLT); e implica na possibilidade de o trabalhador procurar novo emprego em período integral, situação mais benéfica para o obreiro.

A jurisprudência notou a distorção jurídica, passando a enquadrar a censurável prática no tipo legal do aviso indenizado, segundo a OJ n. 14, da SDI-1 do TST:

AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS.
PRAZO PARA PAGAMENTO.
Em caso de aviso-prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.
(DJ 20.04.2005)

Isso contribuiu, perceptivelmente, para o seu quase completo desaparecimento, tendo em vista que o empregador não mais poderá pagar as verbas rescisórias devidas ao obreiro em até um dia útil após o término do aviso e consequente término do contrato de trabalho (artigo 477, § 6º, “a”, da CLT), sob pena de incorrer em multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT.

4.5. EFEITOS DO AVISO-PRÉVIO

O primeiro efeito do instituto do aviso-prévio é que ele determina a data da denúncia do contrato de trabalho pela parte que concede o aviso. Essa data corresponde à do recebimento do aviso pela parte contrária, obviamente, uma vez

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1245.

¹²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 453.

¹³⁰ DELGADO, op. Cit., p. 1245.

que a rescisão é declaração receptícia de vontade com efeitos constitutivos. Dessa feita, a partir do recebimento da comunicação deflagram-se os efeitos jurídicos do aludido instituto, respeitando-se o critério de contagem adotado pela Súmula 380 do Colendo TST¹³¹.

O segundo efeito está relacionado ao prazo inerente ao aviso-prévio. No Direito brasileiro, atualmente, o prazo padrão (e mínimo) oriundo da Carta Magna de 1988 é de 30 dias (artigo 7º, XXI). A partir da Lei n. 12.506/2011, surgiu o prazo proporcional do aviso, que se resume a três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de sessenta dias de proporcionalidade (artigo 1º, *caput* e parágrafo único da Lei n. 12.506/2011), totalizando o máximo de noventa dias de aviso-prévio. A contar da nova legislação, o prazo de trinta dias incide para os trabalhadores que contem até um ano de serviço na mesma empresa, ao passo que, completado um ano de tempo de labor, o empregado passar a fazer jus a três novos dias por ano de serviço prestado na mesma empresa.

Portanto, o prazo do aviso-prévio, seja o mínimo de trinta dias, seja o proporcional (até mais sessenta dias), integra-se ao contrato empregatício para todos os fins, consoante artigo 487, § 1º, CLT.

A OJ n. 82 da SDI-1 do TST dispõe que a data de saída a ser anotada na CTPS do trabalhador deve corresponder ao prazo de término do aviso-prévio, ainda que indenizado.

Delgado¹³² ainda acrescenta que o eventual reajuste normativo concedido no período de fluência do aviso-prévio, incorpora-se ao patrimônio trabalhista do obreiro, conforme clássico na jurisprudência, decidindo o legislador reiterar a regra clássica no bojo da CLT, por meio do § 6º do artigo 487 daquele diploma (Lei n. 10.218/2001), muito embora ela já fosse inerente à natureza e características do instituto do aviso-prévio.

Ademais, no período de aviso-prévio há a manutenção de algumas importantes obrigações das partes, tal como a lealdade contratual. Isso quer dizer que é possível, do ponto de vista jurídico, a ocorrência de infração trabalhista, por ambas as partes, no interregno do aviso, apta a transmutar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto laboral, isto é, o pedido de demissão ou a dispensa

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1245.

¹³² DELGADO, op. Cit., p. 1246.

imotivada por parte do empregador por justa causa de qualquer das partes¹³³. Neste raciocínio, “o empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato se sujeita ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização que for devida” (artigo 490, CLT), ou seja, pode ocorrer a conversão em despedida indireta; sendo a infração grave cometida pelo obreiro, pode ser efetuada a conversão, quanto ao restante do período, em dispensa por justa causa (artigo 491, CLT), já tendo o TST se manifestado quando da ocorrência dessa hipótese por meio da Súmula 73, *in verbis*:

DESPEDIDA. JUSTA CAUSA

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.

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

O terceiro efeito jurídico refere-se ao pagamento correspondente ao período do aviso, laborado ou indenizado. O aviso-prévio deve corresponder ao salário do obreiro na ocasião da despedida. Se o empregado auferir salário pago à base de tarefa, o cálculo do aviso deve ser feito de acordo com a média dos últimos doze meses de serviço (§ 3º do artigo 487 da CLT), multiplicado pelo valor da última tarefa. Os adicionais que forem pagos com habitualidade deverão integrar o aviso-prévio indenizado, como os de insalubridade, periculosidade, adicional noturno, horas extras (§ 5º do artigo 487 da CLT). Se, contudo, o aviso-prévio for trabalhado, os adicionais serão pagos à parte, não integrando o aviso, tendo em vista se tratar de salário, e não de indenização. A gratificação semestral não repercute, todavia, no cálculo do aviso-prévio, ainda que indenizado, de acordo com a Súmula 253 do TST¹³⁴. As gorjetas habituais deixaram de integrar o aviso-prévio indenizado, segundo interpretação restritiva da Súmula 354 do TST¹³⁵:

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1246.

¹³⁴ A Súmula 253 do TST expressa o entendimento de que a gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso-prévio, ainda que indenizados (grifo nosso).

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1247.

As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Quanto à proporcionalidade do aviso, é calculada, indubitavelmente, segundo o mesmo critério técnico-jurídico acima explicitado.

Por fim, insta esclarecer que o aviso-prévio não extingue o contrato, apenas estabelecendo termo para a sua finalização (art. 489, CLT). Por conseguinte, a parte concedente pode reconsiderar sua decisão resilitória anterior, cancelando o aviso-prévio, se a parte denunciada anuir. Havendo a anuência, preserva-se a continuidade do pacto, como se nada tivesse acontecido; sendo recusada a reconsideração do aviso-prévio, o contrato se extingue ao final do lapso temporal do aviso concedido.

Feitas as considerações gerais acerca do aviso-prévio, passar-se-á agora a tratar da proporcionalidade do mencionado instituto jurídico, instituída pela Lei n. 12.506, vigente desde 13 de outubro de 2011.

5. AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL

Depois de estudado o instituto do aviso-prévio, seus aspectos gerais, seu conceito, tipos, duração e efeitos, é mister analisar a Lei n. 12.506/2011, que garantiu a efetividade plena ao artigo 7º, XXI, da Constituição Federal de 1988, muito embora tenha deixado de tratar sobre pontos relevantes, o que acarretou diversas dúvidas e controvérsias por parte da doutrina e da jurisprudência quanto a sua interpretação.

5.1. A REGULAMENTAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELA LEI N. 12.506/2011

O legislador constituinte, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, já dispunha, em seu artigo 7º, inciso XXI, que, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estava o de ser avisado, de forma prévia, do seu desligamento com a antecedência mínima de trinta dias. O aludido texto constitucional deixava claro, também, que esse aviso-prévio deveria ser “proporcional ao tempo de serviço” do obreiro, nos termos da lei ordinária.

Embora o projeto de lei para regulamentar a referida proporcionalidade tenha sido elaborado desde 1989, o Congresso Nacional manteve-se injustificadamente em inércia, neste particular. Tal comportamento omissivo (mora) chegou a ser questionado por Mandado de Injunção¹³⁶ - MI, mas em razão do entendimento que vigia à época, o STF, em atuação tímida, não fez mais do que instigar o Poder Legislativo a cumprir a sua essencial função legiferante, como se visualiza na ementa do MI 369 abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 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 ARTIGO 7º - XXI DA CONSTITUIÇÃO. FALTA DE

¹³⁶ O Mandado de Injunção consiste em um remédio constitucional que visa à regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não a fizeram. O pedido é feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão. O processo e julgamento do Mandado de Injunção competem ao STF quando a omissão na elaboração da norma regulamentadora for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal. O STF comunica ao responsável pela elaboração da lei que ele está “em mora legislativa”, isto é, deixou de cumprir sua obrigação.

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.

(STF - MI: 369 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 19/08/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-02-1993 PP-02354 EMENT VOL-01693-01 PP-00015).

Diante dessa realidade, a SDI-1 do TST, à época, chegou a editar, em 28 de abril de 1997, a OJ n. 84, hoje cancelada, para esclarecer que a proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, dependia de legislação regulamentadora, visto que o artigo 7º, XXI, da CF/88 não seria autoaplicável.

Martinez¹³⁷ afirma que no decurso dos anos sobrevieram novas perspectivas em torno do tratamento que se poderia oferecer aos Mandados de Injunção. A Suprema Corte se deu conta de que o Poder Judiciário poderia adotar medidas normativas, em caráter provisório, “como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais por parte do Poder Legislativo sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais configurasse ofensa ao modelo de separação de poderes”.

Com efeito, o STF passou a eliminar as lacunas legislativas mediante sentenças aditivas e assim passou a atuar em relação a outras tantas omissões inconstitucionais¹³⁸.

Em junho de 2011, a mais alta Corte iniciou o julgamento dos Mandados de Injunção impetrados por ex-empregados da Companhia Vale do Rio Doce. No curso dos julgamentos, não apenas sinalizou na direção de que iria reconhecer a grave e demorada omissão legislativa (art. 102, I, “q”, CF/88) no que tange à proporcionalidade do aviso-prévio em relação ao tempo de serviço dos empregados, como também ameaçou regular imediatamente a proporcionalidade. Com a ameaça de o Excelso Tribunal assumir, mais uma vez, função legiferante anômala e temporária, os parlamentares resolveram reagir, promulgando em 11 de outubro de

¹³⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

¹³⁸ Idem, *Ibidem*.

2011, a Lei n. 12.506, que entrou em vigor na data de sua publicação (Diário Oficial de 13 de outubro de 2011). Nesse sentido, Delgado¹³⁹, Cassar¹⁴⁰ e Martinez¹⁴¹.

O diploma legal é bastante singelo, contendo apenas dois artigos e um parágrafo único, *in verbis*:

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

Algumas conclusões podem ser extraídas prontamente da leitura do supramencionado diploma de lei: o instituto do aviso-prévio, não inferior a trinta dias, continua regulado pelos artigos 487 a 491 da Consolidação das Leis do Trabalho, com as alterações decorrentes do artigo 7º, XXI, da Constituição e da Lei n. 12.506/2011. A recente lei trouxe efetiva inovação apenas no que tange à proporcionalidade do pré-aviso.

O aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço visa dificultar a dispensa imotivada (sem justa causa) do empregado (artigo 7º, I, CF/88), uma vez que a torna mais onerosa para o empregador. A despedida promovida pelo empregador não consiste em ato ilícito, tanto que não tem natureza cível, mas sim em reparação econômica trabalhista. O patrão continua com o direito potestativo de dispensar o trabalhador, salvo nas hipóteses em que este goze de garantia de emprego. O que se pretende é tornar a dispensa imotivada mais onerosa ao empregador, protegendo a parte mais fraca da relação contratual, que é o trabalhador (princípio da proteção ao trabalhador).

Muito embora a Lei n. 12.506/2011 faça referência a “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” (artigo 1º, *caput*), e a

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1248.

¹⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1032.

¹⁴¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

CLT não se aplicar aos empregados domésticos (artigo 7º, “a”, da CLT), tampouco aos trabalhadores rurais (artigo 7º, “b”, da CLT), é evidente que o aviso-prévio, inclusive quanto à proporcionalidade, aplica-se a todo e qualquer empregado, em princípio, seja urbano, rural ou doméstico (artigo 7º, *caput*, XXI e parágrafo único, CF/88). No entanto, trata-se de instituto típico dos contratos de duração indeterminada, razão pela qual não se aplica aos trabalhadores avulsos (artigo 7º, XXXIV, CF/88), aplicando-se aos contratos a termo somente em restritas hipóteses legais, como já discutido previamente (antecipação rescisória em contratos a termo com cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada, por exemplo – artigo. 488, CLT)¹⁴². Nesse mesmo sentido leciona Cassar¹⁴³, exceto quanto aos avulsos, que afirma fazerem jus, e Martinez¹⁴⁴.

Martins¹⁴⁵, embora concorde com a aplicação do aviso-prévio proporcional aos trabalhadores rurais, defende a não aplicação do aviso-prévio proporcional ao empregado doméstico, como se observa no fragmento abaixo:

Com redação estabelecida ao art. 1º da Lei nº 12.506/11 não é possível estender o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço ao empregado doméstico, pois o inciso XXI do art. 7º da Constituição dispõe que o referido aviso-prévio será concedido “nos termos da lei”. A nova lei não prevê o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço para o doméstico. Logo, o aviso-prévio dado pelo empregador doméstico ao empregado doméstico é de apenas 30 dias. O aviso-prévio de 30 dias previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição é autoaplicável e, portanto, se observa também ao doméstico. Os empregados domésticos têm características diferentes de outros empregados, pois trabalham na residência do empregador e a relação de confiança é muito maior. A confiança que deve existir nesse tipo de relação é muito maior e especial. Não terá sentido o empregador dispensar o empregado doméstico e ficar com ele na sua residência por 90 dias. Não se pode aplicar por analogia (art. 4º da LINDB) a regra do aviso-prévio proporcional ao doméstico. Não usou o legislador a palavra empregador e sim empresa. Logo, o aviso-prévio dado pelo empregador doméstico ao empregado doméstico é de apenas 30 dias.

Entretanto, esse posicionamento não parece ser o mais convincente, pois em caso de dúvida, o aplicador do direito deve optar pela regra mais favorável ao

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1249.

¹⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1033-1034.

¹⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 524.

¹⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 443.

obreiro. Delgado¹⁴⁶ assevera que o aviso-prévio trabalhado restringe-se aos trinta 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, o que parece mais lógico. Dessa forma, parte dos argumentos retrotranscritos de Martins¹⁴⁷ não prosperariam.

Cassar¹⁴⁸ entende que o empregador não pode conceder parte do aviso-prévio trabalhado e parte indenizada, pois a lei não facultou este direito aos contratantes. Aparentemente, a visão de Delgado¹⁴⁹ sobre o tema é a que se mostra mais benéfica ao trabalhador.

Da leitura do novo texto legal, percebe-se que a lei limita o prazo mínimo de trinta dias do aviso-prévio aos 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 (artigo 7º, XXI, CF/88, combinado com o artigo 1º, *caput*, Lei n. 12.506/2011)¹⁵⁰. A partir daí, a cada ano completo o empregado terá mais três dias, até o limite de sessenta dias, que, somados aos trinta primeiros, resultam ao limite máximo de noventa dias (artigo 1º, parágrafo único, Lei 12.506/2011).

Isso significa que o trabalhador que completar um ano de serviço na entidade empregadora terá direito ao aviso-prévio de trinta dias, mais três dias em face da proporcionalidade, ou seja, trinta e três dias. A cada ano subsequente, faz jus o empregado a mais três dias. Nessa linha, completado o segundo ano de serviço na mesma empregadora, terá trinta dias de aviso-prévio, mais seis dias, a título de proporcionalidade da figura jurídica, e assim sucessivamente. No vigésimo ano de serviço na mesma empresa, terá direito a trinta dias de aviso-prévio constitucional, mais sessenta dias a título de proporcionalidade do instituto. Compartilham desse entendimento majoritário Delgado¹⁵¹ e Cassar¹⁵².

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1245.

¹⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 443.

¹⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1035.

¹⁴⁹ DELGADO, op. Cit., p. 1245.

¹⁵⁰ DELGADO, op. Cit., p. 1249.

¹⁵¹ Idem, *Ibidem*.

¹⁵² CASSAR, op. Cit., p. 1034.

A *contrario sensu*, Martinez¹⁵³ e Martins¹⁵⁴, que se posicionam no sentido de que o ano só é contado depois dos primeiros doze meses, porque com doze meses não faz jus a trinta e três dias de aviso-prévio, mas sim ao período mínimo de trinta dias. Seguindo essa corrente, apenas completados dois anos de labor para a mesma entidade empregadora é que o obreiro teria direito a trinta e três dias de aviso-prévio. Dessa forma, apenas no vigésimo primeiro ano de serviço, o empregado faria jus a noventa dias de aviso-prévio. Insta esclarecer que essa corrente é minoritária, uma vez que deve sempre prevalecer em caso de dúvidas de interpretação a condição que for mais benéfica ao trabalhador.

A fim de atenuar a grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do aviso-prévio proporcional, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) editou a Nota Técnica n. 184/2012, que esclareceu diversos aspectos importantes da proporcionalidade do instituto que ficaram controvertidos após a publicação da Lei n. 12.506/2011, dentre eles o acréscimo de três dias ao aviso-prévio. De acordo com o quadro demonstrativo apresentado pelo MTE, o cálculo para concessão do aviso-prévio proporcional deve ser feito incluindo mais três dias de aviso a partir do primeiro ano completo trabalhado pelo empregado para a mesma empregadora, e não somente a partir do segundo ano como defende a corrente minoritária.

No que tange à projeção do aviso-prévio proporcional no contrato de trabalho, de acordo com a Nota Técnica *supra*, este deve ser contabilizado no tempo de serviço do trabalhador para todos os efeitos legais, em conformidade com o artigo 487, § 1º, da CLT, bem como por analogia à OJ n. 367 da SDI-1 do TST, *in verbis*:

AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS.

O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, **computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias** (grifo nosso).

(DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008).

¹⁵³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 522.

¹⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 443-444.

Acerca da projeção do aviso-prévio proporcional, insta transcrever o inteligente posicionamento de Delgado¹⁵⁵ quanto ao tema:

A lei não prevê modulação na contagem da proporcionalidade, razão pela qual não cabe agregar mais essa vantagem, mediante simples esforço interpretativo. Nessa linha, se o empregado tiver 1 ano e 9 meses de serviço perante seu empregador, terá direito a 30 dias mais três (33 dias, no total) por aviso-prévio. Contudo, à medida que o pré-aviso integra-se ao tempo contratual para os efeitos jurídicos pertinentes (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT), o empregado com 1 ano e 11 meses de serviço terá, sim, direito à segunda cota da proporcionalidade, caso dispensado sem justa causa (isto é, 30 dias mais 6 dias de proporcionalidade), uma vez que, com a projeção do próprio aviso-prévio, seu tempo contratual de serviço atingirá 2 anos (na verdade um pouco mais).

Parece bastante confusa, mas esta seria a forma mais adequada de se calcular o prazo do aviso-prévio, já que este, de fato, integra o contrato de trabalho para todos os fins.

A Nota Técnica n. 184/2012 do MTE também se preocupou em dirimir outra dúvida que se apresentou acerca da aplicação da proporcionalidade ao disposto no artigo 488 da CLT. O dispositivo celetista trata do cumprimento da jornada reduzida ou faculdade de ausência no trabalho durante o aviso-prévio. Todavia, a nota ministerial esclarece que a Lei n. 12.506/2011 em nada alterou a sua aplicabilidade, posto que nenhum critério de proporcionalidade foi expressamente regulado pelo legislador. Assim, continuam em vigência a redução de duas horas diárias, bem como a falta do obreiro nos sete últimos dias corridos do aviso-prévio (o que lhe for mais favorável).

Outro ponto que gera controvérsia é se o patamar temporal máximo estabelecido na Lei n. 12.506/2011 (noventa dias) é constitucional ou não. Martinez¹⁵⁶ assevera que o referido diploma legal produziu uma restrição não autorizada pelo texto constitucional, haja vista que a Constituição Federal garante para os trabalhadores uma base mínima a título de aviso-prévio, jamais um teto máximo. Aduz ainda:

¹⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1250.

¹⁵⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 522.

A limitação do aviso prévio proporcional a 90 (noventa) dias, ademais, produziu uma injustificável e não desejada igualdade de tratamento em relação aos empregados com mais anos de 21 anos de serviço na mesma empresa. A partir desse marco temporal, e caso fosse válida a limitação em discussão, todos teriam o mesmo tempo de aviso prévio, o que, evidentemente, não condiz com o desejo do legislador constitucional.

No entanto, estabelecer o limite de noventa dias não pode ser considerado inconstitucional, haja vista que a norma constitucional precisava ser regulamentada por meio de lei ordinária (eficácia contida). O inciso XXI do artigo 7º da CF/88 é claro no sentido de que o “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço” é estabelecido “nos termos da lei”. Logo, a lei regulamentadora pode limitar o máximo do aviso-prévio proporcional, pois existe expressa autorização constitucional para tanto. Nesse sentido Martins¹⁵⁷.

Notadamente, os períodos de interrupção contratual (descanso semanal remunerado; descanso em feriados; férias anuais remuneradas; licença médico-previdenciária até quinze dias, por exemplo), ou seja, aqueles em que há a interrupção da prestação de serviços pelo obreiro, compõem o cálculo do módulo temporal pertinente para aquisição do aviso-prévio proporcional. O mesmo não ocorre nos períodos de suspensão do contrato de trabalho, os quais não se computam no cálculo do módulo temporal relevante para a aquisição da proporcionalidade.

Por fim, vale esclarecer que, à medida que o prazo do aviso-prévio, mesmo indenizado, integra-se ao contrato de trabalho para todos os efeitos, é de se convir que o faça também para os fins da incidência ou não da indenização adicional¹⁵⁸ por dispensa no trintídio anterior à data-base da respectiva categoria (art. 9º das Leis n. 6.708/79 e 7.238/84). Esse é o entendimento consolidado pelo TST na Súmula 182:

AVISO-PRÉVIO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. LEI Nº 6.708, DE 30.10.1979

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.

(Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

¹⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 442.

¹⁵⁸ A Súmula 242 do TST estabelece que o valor da indenização adicional 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.

Dessa feita, o prazo do aviso-prévio, inclusive da proporcionalidade, é computado para fins de incidência ou não da aludida indenização adicional (Súmula 314 do TST).

5.2. APLICAÇÃO DA LEI N. 12.506/2011 NO TEMPO

Caso a lei venha a ser aplicada a fatos passados, ela é retroativa. No entanto, se ela não se aplica a fatos já consumados, mas a fatos que ainda estão em curso, ela não é retroativa.

A proporcionalidade do pré-aviso tem efeito rigorosamente imediato, com fluência a partir de 13 de outubro de 2011, data da publicação da Lei n. 12.506 no Diário Oficial. Isso porque, em consonância com o direito fundamental estabelecido na própria constituição, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF/88), consubstanciado pelo princípio e regra do efeito jurídico meramente imediato das leis no Brasil (segurança jurídica).

Nesse sentido, preleciona Cassar¹⁵⁹

Só é devido o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço aos contratos extintos após a data de vigência da Lei nº 12.506/2011, pois as leis não têm efeito retroativo e não podem atingir situações já consumadas antes de sua existência e eficácia.

Segundo Delgado¹⁶⁰, o efeito imediato captura as situações posteriores a 13 de outubro de 2011, hipótese que contempla os avisos dados depois da publicação da lei, bem como avisos-prévios em fluência no dia 13 de outubro de 2011. A Nota Técnica n. 184/2012, embora reconheça a existência de entendimentos de que a nova lei pode ser aplicada aos avisos-prévios em curso quando da publicação do diploma legal, opta pelo posicionamento de que a proporcionalidade só deve ser aplicada aos contratos extintos após a data que entrou em vigor a regulamentação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, o que não beneficia o trabalhador, não devendo, portanto, prosperar, até mesmo porque, durante o interregno do aviso, o pacto laboral continua em vigor para todos os efeitos legais.

¹⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1032.

¹⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1250.

Notadamente, é uníssona a opinião de que a proporcionalidade jamais abrangerá avisos-prévios que já foram inteiramente consumados anteriormente à lei, porque não há efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no país (art. 6º, *caput*, das Normas de Introdução do Direito Brasileiro).

Nesse sentido, pacificou-se a jurisprudência através da Súmula 441 do TST:

AVISO-PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE

O direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011. (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).

Por fim, vale ressaltar que a Lei 12.506/2011 não está sendo retroativa quando observa o tempo de serviço do empregado na empresa na data de sua vigência, pois engloba situações que estão em curso. Não é possível aplicar a aludida lei de forma imediata, contando-se o tempo do empregado na empresa a partir da sua vigência. Do contrário, esta lei só seria aplicada aos empregados que fossem admitidos a partir da sua vigência, o que já foi superado¹⁶¹.

5.3. APLICAÇÃO DO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL PARA O EMPREGADOR

A Lei n. 12.506/2011 é bastante nítida quando considera a proporcionalidade uma vantagem estendida aos empregados, conforme o *caput* do art. 1º do diploma legal, sem a bilateralidade que caracteriza o instituto original, fixado pelo artigo 487, *caput*, da CLT. A reciprocidade limita-se ao aviso-prévio de trinta dias (art. 487, I, CLT combinado com art. 7º, XXI, CF/88), que tem de ser concedido também pelo empregado ao seu empregador, caso queira pedir demissão, sob pena de ter descontado de suas verbas rescisórias o valor correspondente ao prazo descumprido (art. 487, § 2º, CLT). Insta lembrar que a Constituição Federal de 1988 revogou tacitamente (ou não recepcionou) o aviso-prévio de oito dias (art. 487, I, CLT)¹⁶².

¹⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 446-447.

¹⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1250.

Diferentemente aduz Cassar¹⁶³, que defende o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço recíproco, sob a alegação de que o aviso-prévio tem o objetivo de preparar as partes para o término do contrato, concedendo à parte inocente o tempo necessário para procurar novo emprego (se o empregado for o notificado) ou um substituto para o demissionário (se o empregador for o notificado). Sendo assim, o direito ao prazo, seja ele de trinta dias ou mais, é recíproco.

Pois bem. O inciso XXI do artigo 7º da Constituição não trata de direitos do empregador, mas sim de direitos dos trabalhadores urbanos, rurais, avulsos e domésticos.

A regra que foi estabelecida pela Lei n. 12.506/2011 diz respeito ao aviso-prévio concedido pelo empregador ao empregado, ou seja, quando o empregado é despedido. Não trata a norma do aviso-prévio concedido pelo empregado ao empregador, como no caso de pedido de demissão. O artigo 1º do supramencionado diploma diz que o aviso-prévio será concedido na proporção de trinta dias aos “empregados”, e não aos empregadores.

A esse propósito, necessário se faz trazer a baila importantes considerações aduzidas por Martins¹⁶⁴:

Alguém poderá dizer que isso viola o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da Constituição). Entretanto, o inciso XXI do art. 7º da Constituição mostra um direito do trabalhador e não uma obrigação. O *caput* do referido artigo prevê [...] direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador e não do empregador. A constituição faz referência a aviso-prévio proporcional, à proporcionalidade e não à reciprocidade [...] Empregado também não é igual ao empregador. Está sujeito às determinações do empregador, do poder de direção do empregador. Por isso deve haver tratamento diferenciado em relação ao empregado, que está 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.

Ante o desequilíbrio existente entre patrão e empregado, por ser o trabalhador economicamente mais fraco em relação ao empregador, tende o Direito do Trabalho a proteger a parte menos favorecida da relação de emprego. A partir dessa compreensão, não há como se defender a bilateralidade do aviso-prévio

¹⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1032.

¹⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 445.

proporcional, tendo em vista que este ramo especializado do Direito destina aos empregados maior proteção jurídica, com o intuito de atenuar, juridicamente, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho, não sendo, evidentemente, a dação de um aviso-prévio superior a trinta dias pelo empregado ao empregador, em nenhuma hipótese, mais favorável ou benéfico àquele.

Portanto, o empregado que pede demissão não terá de cumprir o aviso-prévio nos termos da Lei n. 12.506/2011. Nesse mesmo sentido se manifestou o MTE através da Nota Técnica 184/2012.

Diante de todo o exposto, verifica-se que embora tardia, a regulamentação acerca da proporcionalidade do aviso-prévio ao tempo de serviço trouxe muitos benefícios aos trabalhadores brasileiros, uma vez que tornou ainda mais desvantajosa a dispensa imotivada do empregado, economicamente falando, para o empregador. Contudo, o aludido diploma legal foi omissivo em diversos aspectos, acarretando dúvidas por parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista, ocasionando, inclusive, interpretações prejudiciais ao trabalhador, que vão de encontro à intenção do legislador constituinte e da base principiológica do Direito do Trabalho.

6. CONCLUSÃO

O instituto do aviso-prévio foi, inicialmente, previsto na legislação ordinária, sendo posteriormente disciplinado no âmbito do Direito do Trabalho. Tal instituto tornou-se garantia constitucional dos trabalhadores urbanos e rurais a partir de 1988, nos termos do artigo 7º, XXI (e XXXIV), da CF/88, o qual determinou um pré-aviso proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei infraconstitucional. Com o advento da Emenda Constitucional n. 72/ 2013, o direito ao aviso-prévio proporcional se estendeu também aos empregados domésticos. Embora o inciso XXIV da Constituição atribua igualdade de direitos entre os trabalhadores avulsos e os com vínculo permanente, aqueles não devem fazer jus ao aviso-prévio, vez que tal instituto é típico dos contratos de trabalho por prazo indeterminado, o que não é o caso dos trabalhadores avulsos.

Diante da falta de legislação ordinária que regulamentasse o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (norma constitucional de eficácia contida), muitos trabalhadores brasileiros não foram beneficiados pela proporcionalidade do pré-aviso, o que, notadamente, não era a intenção do legislador constituinte.

Somente depois de decorridos mais de vinte anos de mora legislativa, o Poder Legislativo abandonou o estado de inércia quanto ao assunto e editou a Lei n. 12.506/2011, a qual finalmente regulamentou o direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, muito provavelmente a fim de evitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em alguns Mandados de Injunção impetrados,

No entanto, tal regulamentação não se deu de forma suficiente, restando muito controvertidas as interpretações e aplicação do singelo diploma legal nos Tribunais Trabalhistas de todo o país.

O instituto do aviso-prévio tem tríplice natureza, quais sejam: comunicar à parte adversa do contrato empregatício que não há mais interesse na continuação do pacto laboral; período mínimo que a lei determina para que seja notificada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa buscar novo emprego; e pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pelo labor durante o restante da contratualidade, ou à indenização substitutiva pela falta de cumprimento do aviso-prévio por qualquer das partes. Há, dessa forma, a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento.

No que tange à Lei n. 12.506/2011, conclui-se que:

Apesar de o novo diploma legal fazer menção tão somente à CLT, o direito ao aviso-prévio proporcional se estende aos empregados rurais e domésticos, por força das disposições constitucionais.

O direito ao aviso-prévio proporcional é uma garantia constitucional assegurada ao trabalhador, e não ao empregador. Dessa forma, não se aplica o aviso-prévio proporcional nos casos de pedido de demissão por parte do empregado, em consonância com o princípio da proteção ao trabalhador.

Conforme entendimento já sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o aviso-prévio proporcional somente é garantido aos empregados cujo contrato de trabalho se encerrou após a publicação da Lei n. 12.506/2011, devendo, também, gozar deste direito os empregados que estavam com aviso-prévio em curso na data da publicação (interpretação mais benéfica ao trabalhador).

A proporcionalidade do aviso-prévio deve ser indenizada pelo empregador. Dessa forma, apenas o lapso temporal mínimo de trinta dias pode ser trabalhado.

Continuam sendo aplicadas as regras de redução do horário de trabalho ou possibilidade de falta nos últimos sete dias corridos de labor aos empregados urbanos. Se rurais, continuam tendo direito a faltar um dia de trabalho por semana. Tudo isso em caso de não concessão da proporcionalidade do aviso-prévio de forma indenizada.

O critério de proporcionalidade adotado pela Lei n. 12.506/2011 deve ser aplicado aos empregados que têm doze meses de serviços prestados a mesma empresa. Portanto, um empregado com doze meses de trabalho no mesmo empregador tem direito a trinta e três dias de aviso-prévio.

Certamente muitos desdobramentos ainda surgirão para dirimir as divergências acerca do tema na doutrina e na jurisprudência. Todavia, é preciso ter em mente que todas as alterações que porventura venham a ser feitas no instituto não devem de forma alguma prejudicar os trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Código Civil. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código Comercial. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código de Processo Civil. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1988). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. _____. Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. **Decreto n. 16.107, de 30 de julho de 1923. Aprova o regulamento de locação dos serviços domésticos.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16107-30-julho-1923-526605-norma-pe.html>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

_____. **Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001. Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp110.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **Lei n. 62, de 05 de junho de 1935. Assegura ao empregado da indústria ou do comércio uma indenização quando não exista prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho e quando for despedido sem justa causa, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-62-5-junho-1935-557023-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. **Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956. Altera o Del n. 5.452, de 01/05/32 (CLT), e dispõe sobre os contratos por obra ou serviço certo. Dispõe sobre a profissão de empregado dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2959.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **Lei n. 3.071, 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. **Lei n. 5.889, de 25 de abril de 1983. Acrescenta parágrafo único ao art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, dispondendo sobre o horário no período de aviso-prévio, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7093.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 22 jun 2014

_____. **Lei n. 6.708, de 30 de outubro de 1979. Dispõe sobre a correção automática dos salários, modifica a política salarial e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1979/6708.htm>>. Acesso em: 15 jun 2014

_____. **Lei n. 7.093, de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm>. Acesso em: 15 jun 2014.

_____. **Lei n. 7.238, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a correção automática semestral dos salários, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, e revoga dispositivos do decreto-lei n. 2.065, de 26 de outubro de 1983.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7238.htm>. Acesso em: 15 jun 2014.

_____. **Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 15 jun 2014.

_____. **Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9601.htm>. Acesso em: 22 jun 2014.

_____. **Lei n. 10.218, de 11 de abril de 2001. Acrescenta dispositivos ao art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10218-11-abril-2001-358173-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 jun 2014.

_____. **Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011. Dispõe sobre o aviso-prévio e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 10 jun 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Relações de Trabalho. Coordenação-Geral de Relações de Trabalho. **Nota Técnica no. 184/2012/CGRT/SRT/MTE.** 7 maio 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20184_2012_CGRT.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 369.** Distrito Federal. Impetrante: Neisser Cardoso Minervino, Impetrados: Congresso Nacional e União Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 19 ago. 1992. DJ 26 fev. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81797>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Recurso Extraordinário n. 89328.** Distrito Federal. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília. DJ 09 jun. 1978. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/702089/recurso-extraordinario-re-89328-sp>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 249200406002000.** Relator: Anela Li Chum, São Paulo, 04 dez. 2007. DJ 18 jan. 2008. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15890377/recurso-ordinario-ro-249200406002000-sp-00249-2004-060-02-00-0/inteiro-teor-15890378>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário n. 6043200918904.** Relator: Ubirajara Carlos Mendes, Paraná. DJ 27 jul. 2010. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18897040/6043200918904-pr-6043-2009-18-9-0-4-trt-9>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 14.** Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida. DEJT divulgado em **20 abr.** 2012. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_001.htm#TEMA14>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. _____. **Orientação Jurisprudencial n. 42, II.** O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal. DEJT divulgado em 20 abr. 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_041.htm#TEMA42>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. _____. **Orientação Jurisprudencial n. 82.** A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado. DEJT divulgado em 20 abr. 1997. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_081.htm#TEMA82>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. _____. **Orientação Jurisprudencial n. 84.** A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º., inc. XXI, da CRFB/1988 não é auto-aplicável - Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_081.htm#TEMA84>. Acesso em: 12 mai. 2014.

_____. _____. **Orientação Jurisprudencial n. 367.** O prazo de aviso-prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º. do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias. DEJT divulgado em 3, 4 e 5 dez. 2008. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm#TEMA367>. Acesso em: 12 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 10.** O direito aos salários do período de férias escolares assegurado aos professores (art. 322, caput e § 3º, da CLT) não exclui o direito ao aviso prévio, na hipótese de dispensa sem justa causa ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-10>. Acesso em: 12 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 14.** Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso-prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-14>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 31.** É incabível o aviso prévio na despedida indireta - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Referência Lei nº 7.108/1983. Disponível em:<

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-31>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 44.** 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 - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-44>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 73.** 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 - Res. 121/2003, DJ divulgado em 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-73>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 163.** Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT (ex-Prejulgado nº 42). - Res. 121/2003, DJ divulgado em 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-163>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 182.** 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 Res. 121/2003, DJ divulgado em 19, 20 e 21.11.2003 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-182>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 212.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0212.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 230.** É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondentes. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-230>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 242.** 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 – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-242>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 253.** A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antigüidade e na gratificação natalina. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0253.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 276.** O direito ao aviso-prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego. Res. 9/1988, DJ 01 mar. 1988 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-276>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 305.** O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-305>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 314.** Se ocorrer a rescisão contratual no período de 30 (trinta) dias que antecede à data-base, observado a Súmula nº 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 28.10.1984 - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-314>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 348.** É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-348>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 354.** As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm#TST%20Enunciado%20n%C2%BA%20354>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 369, V.** O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-369>. Acesso em: 28 mai. 2014.

_____. _____. **Súmula n. 371.** 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) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-371>. Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. _____. **Súmula n. 380.** 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. (ex-OJ nº 122 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998) - **Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-380>. Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. _____. **Súmula n. 441.** 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. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-441>. Acesso em: 15 jun. 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. V. I.** São Paulo: Saraiva, 1977.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel; BRANCO, Ana Maria Castello; SAAD, José Eduardo Duarte. **CLT – Comentada**. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009.