

SETOR DE REVISTA DO TRT DA 11ª REGIÃO

Organização, composição e revisão

Auricely Pedraça de Araújo Lima
Luçana Marilda Loureiro Jacob Zaidan
Almerio Botelho Junior

Impressão e Acabamento

GEAL - Gráfica e Editora do Amazonas Ltda

PUBLICAÇÃO ANUAL

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 11ª Região / Tribunal
Regional do Trabalho da 11ª Região. v.1, n.1 (jan./dez. 1992).
Manaus: TRT 11ª Região, 1992 - .
v. 19
Anual.

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Jurisprudência Trabalhista - Brasil.

CDU 34:331(811.3/4) (05)

Ficha Catalográfica: Setor de Biblioteca e Jurisprudência do TRT 11ª Região

ARTIGO

A RECIPROCIDADE NO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL*

Henrique França Ribeiro**

RESUMO

Em razão da aprovação da Lei nº 12.506/2011, muito se tem discutido a respeito da existência de reciprocidade na concessão do aviso prévio proporcional. Noutra dizer, discute-se se, em caso de pedido de demissão, o empregado estaria obrigado a assegurar ao empregador o cumprimento integral do aviso prévio proporcional. Trata-se de discussão que perpassa pela análise do papel do Estado Democrático de Direito na valorização do trabalho humano, bem como dos motivos que fazem com que o aviso prévio proporcional possa ser considerado um instrumento de proteção ao emprego. A necessidade de proteção social destinada ao trabalhador constitui-se na raiz sociológica do Direito do Trabalho e é inerente a todo o seu sistema jurídico baseado no primado do princípio protetor. Nesse sentido, é oportuno verificar até que ponto há reciprocidade quanto à concessão do aviso prévio proporcional? Concluiu-se que o empregado, pedindo demissão, não está obrigado a cumprir a parcela referente à proporcionalidade do aviso prévio previsto na Lei 12.506/2011, bem como não estará sujeito a desconto em valor superior ao equivalente a um mês de salário, em razão do disposto no artigo 477, § 5º, da CLT, caso não cumpra o aviso prévio, uma vez que o aviso prévio proporcional foi concebido pelo constituinte originário e pelo legislador infraconstitucional como direitos destinados a proteger os trabalhadores, compensando-os pela extinção da estabilidade geral anteriormente existente.

PALAVRAS-CHAVE: Aviso Prévio; reciprocidade; proteção; trabalhadores.

INTRODUÇÃO

O aviso prévio, instituto jurídico próprio dos contratos de trabalho a prazo indeterminado, pressupõe o rompimento do contrato de trabalho pela vontade unilateral de um dos contratantes, mediante notificação prévia à outra parte. Trata-se

* Texto adaptado de artigo originalmente apresentado ao Centro Universitário CIESA como requisito parcial ao título de Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, em Manaus, em junho de 2012.

** Advogado; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM; Pós-Graduado em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo CIESA; Pós-Graduando em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo CIESA.

de mecanismo atenuador dos efeitos da extinção do vínculo empregatício, conferindo ao contratante surpreendido algum prazo para se adequar ao término do vínculo então existente.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, previu o aviso prévio como um direito bilateral, sendo que a Lei nº 1.530 de 1951 fixou os prazos de oito dias, se o pagamento fosse efetuado por semana ou tempo inferior, e trinta dias, caso o pagamento fosse realizado por quinzena ou mês, ou se o trabalhador contasse com mais de um ano de serviço na empresa.

Com a reabertura democrática, a Carta Maior constitucionalizou a proteção ao trabalhador, passando a prever, especialmente, em seu artigo 7º, um patamar mínimo de direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais. Foram previstos direitos e garantias fundamentais que apenas podem ser aditados ou ampliados pelo legislador infraconstitucional, buscando sempre a melhoria da condição social do trabalhador. Trata-se de um núcleo básico e fundamental de direitos assegurados aos trabalhadores.

Nesse contexto, o Texto Constitucional de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXI, fixou como direito dos trabalhadores o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

O aviso prévio proporcional não era autoaplicável e exigiu a edição de lei ordinária indicando em que termos se daria a proporcionalidade. A falta de regulamentação estatal impedia que os trabalhadores usufríssem do novel instituto jurídico.

Inúmeras vezes provocados, os Tribunais firmaram posicionamento no sentido de que a proporcionalidade prevista no artigo 7º, inciso XXI, necessitava ser regulamentada por intermédio do legislador ordinário.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já havia declarado a mora do Congresso Nacional em legislar sobre o aviso prévio proporcional, por intermédio do Mandado de Injunção nº 369, cuja redação do acórdão coube ao Ministro Francisco Rezek, com julgamento realizado em 19 de agosto de 1992, bem como mediante o Mandado de Injunção nº 695, cuja relatoria coube ao Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento realizado em 1º de março de 2007.

No julgamento dos Mandados de Injunção nº 943, 1.010, 1074 e 1090, o Supremo Tribunal Federal determinou que o Congresso Nacional cumprisse o disposto na Constituição Federal de 1988 e, permanecendo a omissão legislativa, seria estabelecida norma pertinente ao aviso prévio proporcional pelo próprio Supremo.

Sanando a omissão que perdurava por décadas, o legislador infraconstitucional regulamentou a matéria por intermédio da Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011 (publicada no DOU de 13.10.2011), a qual estabeleceu que o aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Mais: Ao aviso prévio previsto no *caput* do artigo 1º da referida lei 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.

Com o advento da Lei nº 12.506, de 11.10.2011, muito se tem discutido a respeito da existência de reciprocidade no que diz respeito ao aviso prévio proporcional. Por outras palavras, discute-se se o trabalhador estaria obrigado a assegurar ao empregador o cumprimento do aviso prévio proporcional. Assim, a partir da leitura da referida Lei, surge o seguinte questionamento: *Até que ponto há reciprocidade quanto à concessão do aviso prévio proporcional?*

O presente estudo terá, portanto, como objetivo verificar se o Constituinte Originário e o Legislador Infraconstitucional previram a reciprocidade quanto à concessão do aviso prévio proporcional.

Nesse contexto, mostra-se de extrema importância o aprofundamento da pesquisa acerca do dever de o empregado assegurar ao empregador o cumprimento do aviso prévio proporcional, em virtude das relevantes consequências jurídicas e financeiras a serem suportadas pelo próprio empregado, o qual, em caso de descumprimento do suposto dever legal, poderá ser submetido a descontos compensatórios de considerável monta, o que poderia representar uma redução de direitos.

1 – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 – Os direitos trabalhistas sob a ótica constitucional

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania, a soberania e o pluralismo político. Trata-se de Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, estabelecida na harmonia social.

Nos termos do artigo 6º da Carta Maior, o ser humano apresenta-se como destinatário dos direitos sociais, os quais foram estabelecidos como sendo a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais, aí incluídos os de índole trabalhista, são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como liberdades positivas, as quais são de observância obrigatória pelo Estado. Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à materialização da igualdade social. Nas palavras de José Afonso da Silva, “*são direitos que se ligam ao direito de igualdade*”¹.

Por outras palavras, são direitos destinados à proteção das necessidades básicas do ser humano, para que viva com o mínimo de dignidade e com acesso aos bens materiais e morais condicionadores da sua realização enquanto cidadão.

Sob a ótica da pessoa que vive do trabalho, em especial do trabalho empregatício, os direitos sociais são o principal instrumento de concretização dos princípios e regras constitucionais referentes à prevalência da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho e do emprego, da submissão da

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 286 – 287.

propriedade privada a sua função social, da efetividade da justiça social e da democratização da sociedade civil².

Do exposto, é possível extrair o especial destaque dado pelo Constituinte Originário ao primado do trabalho humano (art. 193, CF/1988), o qual foi reconhecido como condição de efetiva existência digna.

Segundo as lições de Jorge Luiz Souto Maior “o trabalho é da essência humana, no sentido de dever de valorização pessoal e de integração social, e será ao mesmo tempo um dever e um direito, na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado”.³

A esse respeito, Luciano Martinez⁴ destaca que indicar que o trabalho é um valor de caráter social significa dizer que é um direito social fundamental (art. 6, CF/1988), “sem o qual não se movimentam as estruturas do Estado, sem o qual não se admitem o crescimento econômico e a saúde política de uma sociedade”.

O trabalho é valorizado a tal ponto que teve a essencialidade da conduta laborativa reconhecida pela Constituição Federal como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, seja no contexto da própria individualidade, seja no contexto de sua inclusão familiar e social. Constitui-se em um especial veículo de afirmação comunitária da grande maioria das pessoas que compõem a contemporânea sociedade capitalista.

Trata-se de um direito e de um honroso dever do ser humano.

1.2 - O aviso prévio proporcional como instrumento de proteção ao emprego

A estabilidade do trabalhador no emprego foi um dos temas que maior controvérsia gerou na Assembleia Nacional

² DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho in Revista LTR Legislação do Trabalho. Ano 75, Vol. 10. Outubro de 2011. São Paulo, p. 1168.

³ MAIOR, Jorge Luiz Souto apud DELGADO, Gabriela Neves. A Centralidade do Trabalho Digno na Vida Pós-Moderna. DVD Magister: Conteúdo Jurídico Brasileiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2010, vol. 34 (out./nov. 2010)

⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p.443.

Constituinte que resultou na promulgação do atual Texto Maior. Significativas organizações sindicais e Partidos Políticos lograram êxito, ainda no seio da Comissão da Ordem Social, na aprovação de disposições assegurando a estabilidade no emprego com restrições significativas à administração empresarial.⁵

Posteriormente, na Comissão de Sistematização, devido a pressões exercidas por empresários e alguns setores governamentais, a estabilidade anteriormente prevista foi substituída pela garantia de uma indenização compensatória, além de outros mecanismos, dentre os quais se inclui o aviso prévio proporcional.

Em razão da substituição da estabilidade no emprego, foi estabelecida regra no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 10, inciso I) fixando o valor da indenização até que a lei prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, seja aprovada. Da mesma forma, foi estabelecida regra tornando inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, bem como da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, ADCT).

Merece destaque, ainda, como clara demonstração de superação do então vigente sistema de garantias celetistas, a universalização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, operada pelo artigo 7º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Assim, em razão da universalização do FGTS, a indenização prevista no *caput* do artigo 477 celetista, assim como a estabilidade decenal prevista no artigo 492 da CLT não foram recepcionadas pelo novo Texto Constitucional.

Apesar de ter operado a universalização do FGTS e revogado o antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de

⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 126.

serviço previstos na CLT, a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer forte indução jurídica para o fim de estabelecer restrições à ruptura contratual por ato potestativo do empregador.

Consoante exposto linhas acima, o constituinte estabeleceu regra no sentido de que é direito dos trabalhadores a garantia de relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Estabeleceu, ainda, a disposição prevista no artigo 7º, inciso XXI, o qual criou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, cuja regulamentação foi operada pela Lei nº 12.506, de 11.10.2011.

Segundo as lições de Arnaldo Sussekind, a proteção de que cogita a Lei Fundamental corresponde a um conjunto de normas, destinadas a coibir da dispensa de empregados mais antigos, aplicáveis à despedida arbitrária ou sem justa causa, o qual é composto pela indenização compensatória (inciso I do art. 7º), seguro desemprego (inciso II, do art. 7º), levantamento dos depósitos do FGTS (inciso III, do art. 7º) e, por fim, do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI, do art. 7º)⁶.

Sergio Pinto Martins, nesse contexto, leciona que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é destinado a dificultar a dispensa sem justa causa do empregado, tornando-a mais onerosa para o empregador⁷.

Destarte, para compensar a abolição, como regra, da estabilidade no emprego, visando proteger o empregado mais antigo, tornando mais onerosa sua dispensa, o constituinte originário estabeleceu que o aviso prévio será proporcional ao tempo de serviço. Trata-se de um importante reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura meramente arbitrária do contrato empregatício.

⁶ Idem, p. 129.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço in Revista LTR Legislação do Trabalho. Ano 76, Vol. 01. Janeiro de 2012. São Paulo, p. 58.

2 – DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

2.1 - O aviso prévio comum

O aviso prévio, no Direito do Trabalho, corresponde à comunicação que um contratante faz ao outro de que resolveu denunciar o contrato que os vincula. Tem por pressuposto existência de um contrato de trabalho por prazo indeterminado e a possibilidade de ele ser rescindido por simples denúncia de uma das partes. A concessão do aviso prévio é dever tanto do empregador, como do empregado.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, aviso prévio é instituto que comporta três acepções, quais sejam: *comunicação* que a parte que quiser imotivadamente rescindir o contrato deve à outra; *tempo* que vai desde a comunicação até o efetivo desligamento do empregado e *pagamento* que deve ser efetuado em função desse tempo⁸.

Destaque-se que tanto o trabalhador tem direito de receber a denúncia antecipada do contrato de trabalho por parte de seu empregador, como o próprio empregador tem o direito de ser pré-avisado pelo empregado quanto à denúncia antecipada do contrato.

Tem cabimento, em regra, somente no contrato de trabalho por tempo indeterminado, que se quer rescindir sem justa causa. Não se justifica no contrato por tempo determinado, nem na rescisão com justa causa. Apenas nos contratos a termo que tenham cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, é que pode ganhar relevância o instituto do aviso prévio. É que nessa hipótese, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

O escopo do aviso prévio é evitar ou minorar os efeitos de uma cessação contratual repentina. Tanto o empregado, como o empregador pode sofrê-los, em maior ou menor extensão, a

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O aviso Prévio Proporcional in Revista LTR Legislação do Trabalho. Ano 76, Vol. 01. Janeiro de 2012. São Paulo, p. 07.

depender da categoria do empregado, ou as necessidades do empregador.

A natureza potestativa e receptícia do direito exercido exige o aviso e um lapso temporal entre este e o efeito extintivo da declaração de vontade. Somente ao término do prazo referente ao aviso prévio é que o contrato de trabalho se considera rescindido. Por tal motivo, permanecem inalterados todos os efeitos do contrato de trabalho até o advento do tempo final do aviso. Os direitos e deveres inerentes ao contrato de trabalho continuam inalterados. Tais características persistem ainda que o aviso prévio tenha sido concedido pelo empregador na modalidade indenizada.

Se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, a jornada diária de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso prévio, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. Porém, é facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias, hipótese na qual poderá faltar ao serviço nos últimos 7 (sete) dias do prazo do aviso prévio, sem prejuízo da correspondente remuneração.

Destaque-se que, tratando-se de dispensa sem justa causa, a concessão de aviso prévio é imperativa, não podendo ser afastada por eventual pedido de liberação de cumprimento feito pelo obreiro. Havendo este pedido e com ele concordando o empregador, permanecem obrigatórios, em regra, os correspondentes pagamento e projeção contratual do aviso, salvo se o empregador comprovar que o obreiro alcançou novo emprego.⁹

No entanto, tratando-se de pedido de demissão pelo empregado, a concessão do aviso prévio será ônus deste, sendo que o não cumprimento dará ensejo ao compatível desconto salarial pelo empregador, nos termos do disposto no artigo 487, §2º, da CLT. Nessa situação, sendo atendido o pedido de liberação do cumprimento do aviso prévio formulado pelo empregado, por se tratar de ajuste mais benéfico ao obreiro, isenta-o da obrigação legal e contratual, razão pela qual possui plena validade jurídica.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012, p. 1200.

Assim, o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego (Súmula 276 do TST).

Por fim, a modalidade de concessão do aviso prévio repercute no momento em que se dará o pagamento das verbas rescisórias. Se o aviso prévio foi concedido na modalidade *indenizado*, o pagamento deve ser realizado até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão; se o aviso foi concedido na modalidade *trabalhado*, o pagamento das verbas rescisórias deve ser realizado até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato.

2.2 - A Proporcionalidade do Aviso Prévio

O inciso XXI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 dispõe que é direito dos trabalhadores o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tendo como prazo mínimo trinta dias.

A lei nº 12.506 de 2011, ao regular referido dispositivo constitucional, dispõe que o aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa, sendo certo que ao aviso prévio mínimo de 30 (trinta) dias serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

A redação da lei acima citada gerou divergência quanto à contagem do aviso prévio proporcional. Para alguns, o acréscimo dos 3 (três) dias previstos no parágrafo único do artigo 1º, deve ser realizado quando o empregado completar 2 (dois) anos na empresa.¹⁰ Para outros, o acréscimo deve ser realizado já a partir do primeiro ano de serviço na empresa.¹¹

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso Prévio Proporcional ao tempo de serviço in Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 76, Janeiro de 2012. São Paulo, p. 59.

¹¹ FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiádes Rodrigues. Aviso Prévio Proporcional – Lei n. 12.506, de 11.10.2011 – Sua Aplicação in Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 75, Novembro de 2011. São Paulo, p. 1297.

Acredita-se que o acréscimo de três dias, referentes a proporcionalidade do aviso prévio, deve se dar desde o primeiro ano completo de trabalho (12 meses), haja vista que a lei nº 12.506/2011 fixou uma constante de proporcionalidade de 3 dias por cada ano de serviço, sem desprezar a proporcionalidade existente já no primeiro ano.

Além disso, tem-se que a lei do aviso prévio proporcional se aplica indistintamente ao aviso prévio indenizado e ao trabalhado. Nesse ponto, cabe notar que se o aviso prévio for trabalhado, o trabalhador perceberá normalmente sua remuneração, haja vista que esta está relacionada ao trabalho. No entanto, se o aviso prévio proporcional for indenizado, tem-se que a remuneração passa a ser aquela de 30 dias do aviso prévio acrescido de 3 dias para cada ano de serviço prestado ao mesmo empregador.

Cumprir destacar que o aviso prévio proporcional de mais de 30 dias também repercutirá sobre 13º salário e férias, à razão de 1/12 avos por mês de serviço, considerando-se como mês de serviço a fração igual ou superior a 15 dias. Trata-se de decorrência do disposto no artigo 487, §1º da CLT.

Da mesma forma, a lei nº 12.506/2011 fixou um critério objetivo para a aferição da proporcionalidade do aviso prévio, qual seja, a fração temporal igual a um ano (12 meses). Nesse sentido, verifica-se que o legislador estabeleceu a unidade temporal correspondente ao ano para a contagem da variável tempo de serviço do empregado. Não se tratou de frações, mas exclusivamente do ano completo. Assim, se o empregado prestou serviço ao empregador por período inferior a 12 (doze) meses, não terá direito ao acréscimo da proporcionalidade prevista na lei nº 12.506/2011.

3 – A RECIPROCIDADE NO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Com o advento da lei nº 12.506 de 2011, dúvidas surgiram quanto ao dever de o empregado, ao pedir demissão, assegurar ao empregador o cumprimento do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Por outras palavras, existe dúvida se o empregado deve assegurar ao empregador o

cumprimento da parcela referente à proporcionalidade do aviso prévio.

Para alguns juristas, a lei nº 12.506/2011, por não ter revogado expressamente os parágrafos do artigo 487 da CLT, não afasta a reciprocidade quanto ao cumprimento aviso prévio proporcional.

No entanto, para outros juristas não há que se falar em reciprocidade no aviso prévio proporcional, por se tratar de um direito assegurado constitucionalmente somente aos trabalhadores, inaplicável, portanto, aos empregadores. A reciprocidade passaria a existir somente quanto ao aviso prévio mínimo de 30 (trinta) dias.

Para Nina Rosa Reis, a concessão do aviso prévio proporcional deve ser encarada como um direito recíproco, assegurado tanto ao empregado como ao empregador, haja vista que a nova lei não alterou os parágrafos do artigo 487 da CLT, ou seja, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser cumprido por ambos os titulares do contrato de trabalho. Tal conclusão decorreria do princípio da reciprocidade, constante do texto da CLT.¹²

Para Antônio Álvares da Silva, apesar de a Constituição ter previsto o aviso prévio proporcional somente para os trabalhadores, a CLT estabeleceu a obrigação de modo igual para ambas as partes, porque o instituto do aviso prévio é fundamental para manter o equilíbrio na terminação do vínculo empregatício¹³.

Cita-se, ainda, a Nota Técnica elaborada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp, no sentido de que Lei nº 12.506, de 11.10.2011, se aplica aos empregadores e aos empregados. Assim, se a iniciativa da demissão é do empregado, cabe a ele cumprir o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço conforme previsto na lei. Da

¹² REIS, Nina Rosa. O regulamento do aviso prévio proporcional - lei 12.506/11. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143261,21048-O+regulamento+do+aviso+previo+proporcional+lei+1250611> Acessado em 29.04.2012.

¹³ SILVA, Antônio Alves da. A nova lei do aviso prévio. Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 76, Janeiro de 2012. São Paulo, p. 31.

mesma forma, se a iniciativa for do empregador e sendo sem justa causa, a empresa deve aplicar ou indenizar o aviso prévio proporcional.¹⁴

Em sentido diverso, Guilherme Guimarães Ludwig leciona que o inciso XXI do art. 7º da Constituição não estende o direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao empregador, na medida em que o caput deste artigo trata apenas de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Ademais, a finalidade do dispositivo está associada à proteção ao emprego, enquanto compensação pelo término da estabilidade geral, direito que, por seu turno, assiste exclusivamente ao empregado.¹⁵

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins leciona que não há reciprocidade no aviso prévio proporcional, haja vista que a regra estabelecida pela Lei n. 12.506/11 diz respeito ao aviso prévio concedido pelo empregador ao empregado, isto é, quando o empregado é dispensado. Não trata a norma do aviso prévio concedido pelo empregado ao empregador, como no caso do pedido de demissão. O art. 1º da Lei n. 12.506 dispõe sobre o aviso prévio concedido na proporção de 30 dias aos empregados e não sobre o aviso prévio concedido pelo empregado ao empregador.¹⁶

Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins ensinam que a lei se direciona ao empregado, por estar o aviso prévio proporcional vinculado ao seu tempo de serviço prestado na mesma empresa, tanto que o relator do Projeto, deputado Arnaldo Faria de Sá, afirmou que o texto da lei é claro ao falar de aviso prévio aos empregados. A lei fala de prestação de serviço, sendo certo que quem presta serviço é o trabalhador e não a empresa.¹⁷

Por fim, Maurício Godinho Delgado leciona que o instituto do aviso prévio, não inferior a 30 (trinta) dias, continua

¹⁴ Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp. Nota Técnica. Disponível em http://www.fiesp.com.br/sindical/pdf/fiesp_aviso_previo.pdf. Acessado em: 29.04.2012.

¹⁵ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Abordagem Constitucional do Aviso Prévio Proporcional in Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 76, Janeiro de 2012. São Paulo, p. 69.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. in Revista LTR Legislação do Trabalho. Ano 76, Vol. 01. Janeiro de 2012. São Paulo, p. 59.

¹⁷ FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso Prévio Proporcional – Lei n. 12.506, de 11.10.2011 – Sua Aplicação in Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 75, Novembro de 2011. São Paulo, p. 1296.

regulado pelos artigos 487 a 491 da CLT, sendo que a parcela referente à proporcionalidade do aviso prévio passou a ser regulada pela lei nº 12.506/2011, a qual é clara ao considerar a proporcionalidade uma vantagem estendida aos empregados, sem a bilateralidade característica do instituto original. Para o mesmo autor, a reciprocidade restringe-se ao aviso prévio de 30 (trinta) dias, o qual deve ser concedido também pelo empregado ao empregador.¹⁸

Os Tribunais Trabalhistas ainda não firmaram um posicionamento quanto ao tema.

CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho é um Direito especial que supõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades. O Direito Laboral desigual para, então, igualar as partes envolvidas na relação de trabalho.

A necessidade de proteção social destinada ao trabalhador, além de ser a raiz sociológica do Direito do Obreiro, é inerente a todo o seu sistema jurídico baseado no primado do princípio protetor. O conteúdo humano existente no Direito do Trabalho obriga o jurista a ir além das discussões formais e a ver, por detrás dos argumentos jurídicos, a luta dos homens. Como nessa luta o empregado ocupa a posição mais vulnerável, a valoração da norma que disciplina a matéria tende a ser mais favorável ao obreiro.

Assim, as normas devem ser interpretadas com base nos seus fins sociais e nas exigências do bem comum. Devem ser adaptadas à realidade e necessidade sociais, às razões sociais motivadoras de sua elaboração.

Além disso, não se pode olvidar que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas com base nas disposições encartadas na Constituição Federal, cujas

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012, p. 1203.

disposições devem nortear a aplicação e elaboração da legislação infraconstitucional. Quer-se dizer, com isso, que não se mostra possível estender uma garantia constitucional somente dos trabalhadores aos empregadores partindo-se da aplicação e interpretação de norma infraconstitucional.

No que concerne à reciprocidade do aviso prévio proporcional, não se mostra nem mesmo possível aplicar a máxima de que *onde existe a mesma razão, deve-se aplicar o mesmo direito (ubi eadem est ratio, ibi idem jus)*, haja vista que as razões que levaram o constituinte originário a prever o aviso prévio proporcional destinado aos trabalhadores, não se revelam existentes com relação aos empregadores.

O aviso prévio proporcional foi concebido, pelo constituinte originário, com o intuito de dificultar a dispensa sem justa causa do empregado, tornando-a mais onerosa para o empregador. Não é destinado a colocar o trabalhador em posição de desvantagem jurídica ou social em relação ao empregador. Por tais motivos, o aviso prévio proporcional foi concebido como um direito do trabalhador e não do empregador.

Consoante exposto linhas acima, a finalidade do aviso prévio está associada à proteção ao emprego, como uma espécie de compensação pelo término da estabilidade geral, sendo certo que tal direito (estabilidade) era conferido exclusivamente aos trabalhadores.

Trata-se de uma forma de evitar que a regulamentação do aviso prévio proporcional represente um prejuízo ao trabalhador, como seria impor a um trabalhador com vários anos de serviço a gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego.

Cumprido lembrar, nesse ponto, que o texto constitucional é categórico ao afirmar que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, inciso XXI da CF/1988).

Se fosse a intenção do legislador pátrio, inclusive o constitucional, de aplicar o aviso prévio proporcional de forma

recíproca, teria assinalado tal intento expressamente, no sentido de que para cada ano de serviço, o empregador teria o direito de exigir do trabalhador mais três dias de permanência no emprego.

Cabe salientar, ainda, que o empregador não poderá descontar das verbas rescisórias valor superior ao equivalente a um mês de remuneração do empregado, nos termos do disposto no art. 477, §5º, da CLT. Nessa ordem de ideias, não se mostra possível, por exemplo, descontar 42 (quarenta e dois) dias de aviso prévio proporcional, quando o empregado que pediu demissão não cumprir o aviso prévio.

Em face do exposto, tem-se que a reciprocidade do aviso prévio passa a existir tão somente em relação ao aviso prévio mínimo de 30 dias, haja vista que a legislação pertinente informa que o direito ao aviso prévio proporcional é direcionado somente ao trabalhador, e não ao empregador.

Assim, se o empregado pedir demissão, o empregador só poderá exigir o cumprimento do aviso prévio de trinta dias, pouco importa se o empregado tem um ano ou mais de serviço. Se o empregado não der o aviso prévio, a indenização devida ao empregador só poderá ser do valor correspondente aos 30 dias (prazo em que persiste a reciprocidade), a título de aviso prévio.

Cumpra assinalar que o exposto acima não implica na quebra de isonomia. A diversidade de tratamento entre os contratantes na relação empregatícia, em favor do empregado, se presta a reequilibrar a desigualdade concreta existente no plano material. Pessoas desiguais devem ter tratamento desigual, visando obter a igualdade.

Nesse diapasão, verifica-se que o Constituinte Originário e o legislador infraconstitucional não estabeleceram a reciprocidade quanto à concessão da parcela referente à proporcionalidade do aviso prévio pelo empregado, o qual continua obrigado a cumprir somente o aviso prévio mínimo de 30 (trinta dias).

REFERÊNCIAS

DELGADO, Gabriela Neves. *A Centralidade do Trabalho Digno na Vida Pós-Moderna*. DVD Magister: Conteúdo Jurídico Brasileiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2010, vol. 34 (out./nov. 2010).

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012.

_____, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho*. DVD Magister: Conteúdo Jurídico Brasileiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2010, vol. 34 (out./nov. 2010).

_____, Maurício Godinho. *Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho in Revista LTR Legislação do Trabalho*. Ano 75, Vol. 10. Outubro de 2011. São Paulo.

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp. *Nota Técnica*. Disponível em http://www.fiesp.com.br/sindical/pdf/fiesp_aviso_previo.pdf. Acessado em: 29.04.2012.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Aviso Prévio Proporcional – Lei n. 12.506, de 11.10.2011 – Sua Aplicação in Revista LTR – Legislação do Trabalho*. Ano 75, Novembro de 2011. São Paulo.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Abordagem Constitucional do Aviso Prévio Proporcional in Revista LTR – Legislação do Trabalho*. Ano 76, Janeiro de 2012. São Paulo.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17ª Edição, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço. in Revista LTR Legislação do Trabalho*. Ano 76, Vol. 01. Janeiro de 2012. São Paulo.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas de trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____, Amauri Mascaro. *O aviso Prévio Proporcional in Revista LTR Legislação do Trabalho*. Ano 76, Vol. 01. Janeiro de 2012. São Paulo.

RIBEIRO, Henrique França. *A Lei nº 12.506, de 11.10.2011 e sua incidência sobre os contratos de emprego*. Disponível em <http://www.fiscosoft.com.br/a/5pnh/a-lei-n-12506-de-11102011-e-sua-incidencia-sobre-os-contratos-de-emprego-henrique-franca-ribeiro>. Acessado em: 30.02.2012.

REIS, Nina Rosa. *O regulamento do aviso prévio proporcional - lei 12.506/11*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143261,21048+regulamento+do+aviso+previo+proporcional+lei+1250611> Acessado em 29.04.2012.

SILVA, Antônio Alves da. *A nova lei do aviso prévio*. Revista LTR – Legislação do Trabalho. Ano 76, Janeiro de 2012. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.