

ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Guilherme Guimarães Ludwig¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica na legislação infraconstitucional. 3. Constitucionalização da proteção ao emprego. 4. Aviso prévio constitucional. 4.1. Prazo mínimo de trinta dias. 4.2. Proporcionalidade do prazo. 5. Questões práticas envolvendo a aplicação da Lei 12.506/2001. 5.1. Inconstitucionalidade do patamar temporal máximo. 5.2. Extensão da proporcionalidade em favor do empregador. 5.3. Aviso prévio em curso no início da vigência da lei. 5.4. Extensão ao empregado doméstico. 5.5. Frações iguais ou superiores a seis meses de tempo de serviço. 5.6. Ausência por sete dias corridos. 6. Conclusões. 7. Referências.

Palavras-chave: constitucionalismo social – interpretação constitucional – eficácia normativa - aviso prévio proporcional.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, dispõe sobre o aviso prévio proporcional previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal. A enxuta redação do novel texto legislativo regulamentar, porém, permite vislumbrar, já numa primeira apreciação, possíveis dúvidas e perplexidades quanto ao tratamento das incompatibilidades e omissões em relação ao ordenamento jurídico, em âmbito constitucional e infraconstitucional, o que justifica o estudo a ser aqui realizado.

Considerando a dimensão de concisão da análise pretendida neste trabalho, o corte metodológico restringirá a abordagem apenas ao direito brasileiro. Inicialmente será analisada a evolução histórica do instituto na legislação infraconstitucional, para, em seguida, ser apreciada a sua inserção no fenômeno da constitucionalização da proteção ao emprego. Adiante, será avaliada a disciplina constitucional do aviso prévio, com destaque para os aspectos do prazo mínimo de trinta dias e da proporcionalidade da concessão. Por fim, haverá o exame algumas questões envolvendo a aplicação da Lei

¹ Juiz do Trabalho no TRT da 5ª Região/BA, Ex-membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (2005-2011), Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

12.506/2001 no que tange à sua validade e à sua eficácia, sendo propostas, a guisa de conclusões, algumas soluções iniciais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

O aviso prévio foi introduzido expressamente no direito brasileiro no Código Comercial de 1850, ao prever, em seu art. 81, que “não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação”.

Mais adiante, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.221, ao tratar da locação de serviços, estabeleceu que “não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato”².

No âmbito trabalhista, o Decreto 16.107, de 30 de julho de 1923, ao regulamentar a então denominada “locação dos serviços domésticos”, fixava, em seu art. 22, que qualquer das partes, mediante prévio aviso, poderia rescindir o contrato. O prazo do aviso seria variável: com antecedência de oito dias, no caso de locador (empregado) mensalista; com antecipação de quatro dias, no caso de salário ajustado por semana ou quinzena; e de véspera, quando o contrato fosse inferior a sete dias.

A Lei 62, de 5 de junho de 1935, assegurava ao empregado da indústria ou do comércio uma indenização quando não existisse prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho e quando fosse despedido sem justa causa. Em seu art. 6º, em contrapartida, este diploma legal disciplinava que o empregado é que deveria dar aviso prévio ao empregador, com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejasse retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeitar-lhe-ia ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço. Tratava-se, portanto, de um dever unilateral do empregado de pré-avisar a rescisão contratual.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, previu o aviso prévio como um dever bilateral, sendo que a Lei 1.530, de 26 de dezembro de 1951, fixou os prazos:

² O Código Civil de 2002 repete o dispositivo, nos mesmos termos, em seu art. 599. Há também, no art. 720, previsão de aviso prévio de 90 dias para a rescisão do contrato por tempo indeterminado de agência e distribuição, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

de oito dias, se o pagamento fosse efetuado por semana ou tempo inferior, e trinta dias, aos que percebessem por quinzena ou mês, ou que tivesse mais de doze meses de serviço na empresa.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AO EMPREGO.

Com a reabertura democrática, a Constituição Federal de 1988 incorporou, enfaticamente, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, um capítulo próprio destinado aos direitos sociais (art. 6º e seguintes), além de um título próprio reservado à ordem social (art. 193 e seguintes).

O fenômeno de *constitucionalização* de tais direitos é informado, por José Joaquim Gomes Canotilho, como o que promove a incorporação destes em normas formalmente básicas e subtrai, dessa forma, o seu reconhecimento e a sua garantia do âmbito de livre disponibilidade do legislador ordinário, protegendo-os mediante o controle de constitucionalidade de seus atos reguladores³.

No âmbito desta tutela constitucional, entre os direitos sociais, foi trazido ao texto da Constituição, especialmente em seu art. 7º, um *patamar mínimo* de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Foram apresentados direitos e garantias fundamentais do trabalhador, os quais apenas podem ser aditados em hipóteses ou ampliados em efeitos pela legislação infraconstitucional, embora sempre em sentido da melhoria da condição social dos beneficiários da norma⁴.

Dessa forma, quando a Constituição estabelece, por exemplo, em favor do trabalhador credor, no inciso XXIX do art. 7º, um prazo prescricional retroativo mínimo de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, isso não impede que se reconheça, para os créditos relacionados ao não recolhimento do FGTS, a aplicação da norma prescricional retroativa mais favorável prevista na Lei. 8.036, de 11 de maio de 1990. Neste sentido, o entendimento pacífico no Tribunal Superior do

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.reimp.da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378. Em sentido similar, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360-363; CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 597-599.

⁴ No julgamento da ADI 639-8/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do art. 118 da Lei 8.213/91, que prevê hipótese de estabilidade não abrangida pelo art. 7º, I do texto constitucional, considerando como um dos fundamentos justamente o de que “o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 639-8/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 02.06.2005. DJ 21.05.2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

Trabalho, segundo o qual “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”⁵. Como dito, o art. 7º do texto constitucional trata de um núcleo básico fundamental de direitos dos trabalhadores.

Considerando os diversos fins objetivados pela Constituição Federal quanto à tutela do trabalhador, um dos que apresentam maior relevo diz respeito à proteção ao próprio emprego em si, como uma compensação pelo término da estabilidade em regra geral. Tal proteção foi disciplinada em um sistema que compõe a indenização compensatória diante da despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I), o fundo de garantia pelo tempo de serviço (inciso III) e o aviso prévio (inciso XXI).

Segundo Arnaldo Süssekind, embora lamentavelmente a matéria não tenha sido tratada de forma sistemática em sequência, os três institutos se completam, protegendo o empregado mais antigo ao tornar mais onerosa sua despedida, tal como ocorre em diversos países⁶. A presente análise não prescinde desta premissa teórica, como será visto a seguir.

4. AVISO PRÉVIO CONSTITUCIONAL.

No inciso XXI do art. 7º do texto constitucional foi estabelecido que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Existem, dessa maneira, em tal enunciado, duas normas distintas: uma disposição de eficácia imediata e outra que depende de lei regulamentadora⁷.

4.1. PRAZO MÍNIMO DE TRINTA DIAS.

Quanto ao estabelecimento, *em favor do trabalhador* (conforme expressamente consigna o *caput* do dispositivo), de um direito mínimo a trinta dias de aviso prévio, tal norma constitucional possui *eficácia plena*, com aplicabilidade direta,

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 362. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 132-133.

⁷ *Ibidem*, p. 132; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997, p. 89; CATHARINO, José Martins. *Direito constitucional e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 110;

SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 21.ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 610.

imediate e integral. Ou seja, desde a entrada em vigor da Constituição, já produz o efeito essencial ali visado⁸. E qual seria tal efeito? Uma vez inserido no sistema constitucional de proteção ao próprio emprego em si, garantindo o empregado mais antigo ao tornar mais onerosa sua despedida, o dispositivo impede que a legislação infraconstitucional estabeleça, *em prejuízo do empregado*, um prazo de aviso prévio inferior a trinta dias.

Tratando-se de um sistema previsto no próprio seio constitucional de tutela ao hipossuficiente na relação de direito material, não é possível sequer cogitar em violação ao direito fundamental à isonomia. Aqui, por evidente, a diversidade de tratamento se presta exatamente a reequilibrar a desigualdade concreta entre as partes contratantes no plano material. Não é por outro motivo que Orlando Gomes e Elson Gottschalk, ao identificarem que o fim do aviso prévio é evitar ou minorar os efeitos do término brusco do contrato – o que pode interessar tanto ao empregado quanto ao empregador –, constatarem que “o aviso prévio é mais importante, porém, para o empregado”⁹.

Em última análise, a questão em exame envolve a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, esta respaldada na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos. Isso implica, por seu turno, para o Poder Judiciário, numa postura de deferência quanto à interpretação levada a efeito pelos outros Poderes da República, em nome da independência e da harmonia recíprocas¹⁰.

Aplica-se assim o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, que implica, entre outras dimensões, no princípio da conservação de normas. Por este último, uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins a que ela se destina, seja possível a interpretação ajustada à Constituição, adotando-se um juízo de compatibilidade¹¹. Na apreciação da

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82-83.

⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16.ed. Rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 356.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174-188; CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 229.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.reimp.da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 958-959, 1226-1227. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 517-519; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188-189; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 117-

constitucionalidade do inciso I do art. 487 da CLT a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, não há dúvida que caiba a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*: excluir a hipótese de aplicação da norma que aparentemente levaria a uma inconstitucionalidade¹², o que encontra previsão expressa no ordenamento jurídico na lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade¹³ e vem sendo expressamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados¹⁴.

Logo, aplicando-se esta técnica hermenêutica, torna-se claro que o que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 foi, em verdade e somente, a *interpretação* do inciso I do art. 487 da CLT que acolhia, *em prejuízo do trabalhador*, o aviso prévio de apenas oito dias, se o pagamento fosse efetuado por semana ou tempo inferior, em caso de contrato por tempo indeterminado com duração concreta igual ou inferior a doze meses.

No mais, em que pese o respeitável entendimento de parte da doutrina em sentido contrário – que não tangencia no particular a abordagem do art. 7º da Constituição Federal como um patamar mínimo de direitos –¹⁵, parece-nos que o dispositivo legal permanece em perfeita consonância com o texto constitucional. Tanto assim que João de Lima Teixeira Filho observa, com precisão, que, com o art. 7º, XXI da Constituição de 1988:

operou-se a derrogação do art. 487 da CLT na parte em que fixava o prazo

119; CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 229-230, 370.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 370-372; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 119.

¹³ Conforme o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

¹⁴ No julgamento da ADI 2.652/DF, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, sem redução de texto, para conferir interpretação conforme ao parágrafo único do art. 14 do CPC, declarando que a ressalva contida na parte inicial desse parágrafo alcançava a todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos, excluindo assim aplicação que conduzisse à discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.652/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 8.5.2003. DJ 14.11.2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

¹⁵ Neste sentido, por todos, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1082; PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo, LTR, 2007, p. 592; SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 132; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 165.

mínimo de oito dias para o aviso prévio (inciso I) em relação ao empregado com menos de um ano de serviço (inciso II, in fine). A partir de 5.10.88, todo empregado demitido, ainda que horista, diarista ou semanalista, tem direito ao aviso prévio de trinta dias, qualquer que seja o seu tempo de serviço na empresa¹⁶.

Em outras palavras, caso o empregado, cujo pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior, deseje rescindir o contrato por prazo indeterminado, apenas se encontra legalmente obrigado a conceder o aviso com antecedência mínima de oito dias.

4.2. PROPORCIONALIDADE DO PRAZO.

A outra garantia fixada no inciso XXI do art. 7º do texto constitucional diz respeito à exigência de proporcionalidade no dimensionamento do aviso prévio.

Conforme o dicionário Houaiss, a expressão “proporcional”, para além do significado de “harmônico” ou de “agradável”, representa, em termos matemáticos, o atributo “da variável cuja razão com outra é uma constante”¹⁷. Tal concepção está perfeitamente ajustada ao quanto disciplinado pela Constituição, que trata simplesmente de duas variáveis temporais: o prazo do aviso e o tempo de serviço do empregado.

Dessa forma, se a variável “Pa” (prazo de aviso) é proporcional à variável “Ts” (tempo de serviço do empregado), então a razão “Pa/Ts” será igual à constante “C”.

$$C = \frac{Pa}{Ts}$$

A fixação desta constante foi remetida à legislação infraconstitucional. Trata-se, portanto, de norma constitucional de *eficácia limitada*. Dito de outro modo, é aquela constante do rol daquelas com aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, apenas incidindo, conforme José Afonso da Silva, “após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes”¹⁸.

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 21.ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 610.

¹⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2313

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 83.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo pacificamente que “a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é autoaplicável”¹⁹.

Quanto às normas de eficácia limitada, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de mandado de injunção, vinha historicamente adotando uma postura mais tímida, apenas reconhecendo a mora legislativa e comunicando a decisão ao Congresso Nacional para que a suprisse²⁰. Recentemente, porém, dentro de uma nova perspectiva de ativismo judiciário na concepção teórica neoconstitucionalista, a partir do julgamento dos mandados de injunção 721/DF (contagem diferenciada do tempo de serviço em atividade insalubre; CF, art. 40, §4º)²¹ e 708/DF (greve no serviço público; CF, art. 37, VII)²², a Corte reviu seu posicionamento, decidindo por estabelecer regras para vigerem enquanto não houvesse regulamentação da Constituição. Assim, em sessão plenária de 22 de junho de 2011, em razão dos debates em torno dos mandados de injunção 943/DF, 1010/DF, 1074/DF e 1090/DF – que trouxeram de volta a discussão acerca da regulamentação do aviso prévio proporcional –, o julgamento foi suspenso, visando a um melhor estudo, para elaboração de uma regra regulamentar²³.

Considerando este risco do Poder Judiciário ocupar novamente o espaço do Poder Legislativo, o Congresso Nacional reagiu e votou de forma acelerada o Projeto de Lei 3.941/1989, de autoria do ex-senador Carlos Chiarelli, que terminou por originar a recente Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, suprimindo a mora legislativa no particular. Foi disciplinado que:

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

¹⁹ BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Orientação Jurisprudencial 153. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010

²⁰ Quanto ao tema do aviso prévio proporcional, por exemplo, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 695/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1.3.2007. DJ 20.4.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

²¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 721/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30.08.2007. DJ 14.09.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

²² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 708/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25.10.2007. DJE 6.11.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*. Notícia disponibilizada em 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 out. 2011.

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.

A extrema concisão deste texto legislativo gerou dúvidas e perplexidades quanto ao tratamento das incompatibilidades e omissões em relação ao ordenamento jurídico, em âmbito constitucional e infraconstitucional. Passa-se à apreciação de algumas questões que possam ser suscitadas em torno da validade e da eficácia desta Lei.

5. QUESTÕES PRÁTICAS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DA LEI 12.506/2001.

5.1. INCONSTITUCIONALIDADE DO PATAMAR TEMPORAL MÁXIMO.

Ao regulamentar o inciso XXI do art. 7º da Constituição quanto à fixação da constante de proporcionalidade ali tratada, na razão de três dias para cada ano de serviço prestado na empresa, a Lei 12.506/2011 foi mais além e fixou um patamar máximo de prazo de aviso prévio em noventa dias.

Dessa forma, a partir dos referidos noventa dias de prazo, a lei faz deixar de existir a razão constante entre o prazo do aviso e o tempo de serviço do empregado, cuja única restrição constitucionalmente permitida ao legislador infraconstitucional no exercício da regulamentação é a de garantia, *em favor do empregado*, do mínimo de trinta dias de aviso prévio.

Na prática, o inciso XXI do art. 7º foi tratado como se o chamado ao legislador infraconstitucional autorizasse alguma restrição da eficácia daquele, tal como se observa, diferentemente, por exemplo, no inciso XIII do art. 5º, que remete à legislação a fixação de determinadas qualificações profissionais que limitem o livre exercício de qualquer trabalho²⁴. Neste último dispositivo, a situação é outra, pois o direito fundamental possui eficácia plena, mas há autorização constitucional para a posterior restrição da integralidade de seus efeitos por lei regulamentar. É exatamente a hipótese de uma norma constitucional de eficácia contida²⁵. Naquele primeiro, ao revés,

²⁴ “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF, art. 5º, XIII)”.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82

o caso corresponde, como já visto, a uma norma constitucional de eficácia limitada, com aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

No caso da Lei 12.506, ao delimitar o prazo máximo de noventa dias, o legislador infraconstitucional produziu uma contenção indevida do direito fundamental (de eficácia meramente limitada), já que sem a correspondente autorização constitucional. Diante de tais fundamentos, por violação do inciso XXI do art. 7º da Constituição, parece-nos inequívoca a inconstitucionalidade da expressão “até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias” disposta no art. 1º, *caput*, da referida Lei. Em consequência, não deve ser reconhecido nenhum limite temporal máximo para a plena eficácia do direito fundamental à proporcionalidade do aviso prévio.

5.2. EXTENSÃO DA PROPORCIONALIDADE EM FAVOR DO EMPREGADOR.

O art. 1º da Lei 12.506/2011, estabelece que o aviso prévio será concedido de forma proporcional “aos empregados”, silenciando quanto a direito recíproco dos empregadores.

Ao assim ser produzida, a legislação infraconstitucional guardou consonância estrita com a norma constitucional de eficácia limitada que visa a regulamentar. O inciso XXI do art. 7º da Constituição, como já visto²⁶, 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.

Por outro lado, não há, como também retro analisado²⁷, nenhuma violação ao direito fundamental à isonomia. A diversidade de tratamento entre as partes na relação de emprego, em favor do hipossuficiente econômico, se presta exatamente a reequilibrar a desigualdade concreta existente no plano material. Some-se a isso que, nos termos do art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, são do empregador os riscos da atividade econômica, inclusive quanto ao desfalque da mão-de-obra,

²⁶ Seção 3.

²⁷ Seção 4.

estando ambos os prazos garantidos nos incisos do art. 487 deste diploma dentro de limites de razoabilidade necessários à nova contratação.

Dessa forma, parece-nos que, tal qual a norma principal no plano constitucional, o direito infraconstitucional à proporcionalidade, previsto no art. 1º da Lei 12.506/2011, é inaplicável em favor do empregador.

5.3. AVISO PRÉVIO EM CURSO NO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI.

A Lei 12.506/2011, nos termos de seu art. 2º, entrou em vigor em 11 de outubro de 2011. A questão que se coloca é a de saber se esta lei é aplicável na hipótese em que, ao início de sua vigência, o aviso prévio já se encontrava em curso.

De acordo com Pedro Paulo Teixeira Manus, “praticado um ato, ou consumada uma relação jurídica sob a égide de determinada lei, a posterior modificação da lei nada altera a certeza da relação jurídica já concluída”²⁸.

O inciso XXXVI do art. 5º da Constituição consagra a regra da irretroatividade da lei, pelo qual esta “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Tal dispositivo normativo, por seu turno, é informado pelos princípios, também constitucionais, da segurança jurídica e da confiança jurídica. Ao tratar da proibição constitucional de normas retroativas, José Joaquim Gomes Canotilho explica que:

o princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança jurídica e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas²⁹.

Por outro lado, consoante o §1º do art. 6º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. É necessário, portanto, identificar em que momento ocorre o ato jurídico perfeito em relação à concessão do aviso prévio, ou seja, quando este último se consuma.

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk,

a denúncia partida do empregador denomina-se despedida. Demissão intitulase, comumente, a denúncia feita pelo empregado. Recebida esta, por qualquer das partes, visto como se trata de um direito potestativo, converte-se desde

²⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.reimp.da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 259.

logo em ato jurídico perfeito e acabado. Independe, pois, da aceitação das partes. Diz-se, por isso, que é um ato receptício. É, ademais, um ato constitutivo, cujo efeito se produz para o futuro, ex nunc, e não retroativamente³⁰.

Logo, concluímos que, sob pena de violação do ato jurídico perfeito, o novo regramento apenas poderá se aplicar às hipóteses em que o aviso prévio tenha sido concedido ao empregado a partir da vigência da Lei 12.506/2011.

5.4. EXTENSÃO AO EMPREGADO DOMÉSTICO.

O parágrafo único do art. 7º da Constituição assegura à categoria do empregado doméstico o direito ao aviso prévio proporcional previsto no inciso XXI do mesmo dispositivo.

A Lei 12.506/2011, porém, fixa que o aviso prévio proporcional será concedido aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço “na mesma empresa”, o que excluiria o empregado doméstico, na medida em que o correspondente contrato de emprego se caracteriza, nos termos do art. 1º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, justamente pela prestação de serviços “à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”.

De acordo, todavia, com o que ressalva Virgílio Afonso da Silva,

se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação³¹.

Logo, se a norma constitucional correspondente ao inciso XXI do art. 7º continua carecendo de regulamentação no que tange ao empregado doméstico, o que restringe de forma não-fundamentada sua eficácia em prejuízo daquele, é evidentemente cabível a aplicação da Lei 12.506/2011 a esta categoria, por analogia, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Norberto Bobbio explica o preenchimento das aparentes lacunas do Direito, sustentando que:

³⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16.ed. Rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 356-357; No mesmo sentido de uma declaração receptícia de vontade, PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo, LTR, 2007, p. 587-589; SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 21.ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 610.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250.

para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências³².

A necessidade de tutela do empregado doméstico não é menor do que aquela correspondente aos trabalhadores regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho, inexistindo razão aparente que legitime um tratamento legislativo diferenciado entre estes trabalhadores. A este respeito é de destacar a aprovação da Convenção 189 da OIT, em 16 de junho de 2011, que busca exatamente equiparar as condições de trabalho decente dos empregados domésticos aos demais empregados.

Na hipótese em tela, desse modo, parece-nos plenamente justificada a aplicação, por analogia, do novo regramento legal, em concretização do direito fundamental do empregado doméstico à proporcionalidade do aviso prévio.

5.5. FRAÇÕES IGUAIS OU SUPERIORES A SEIS MESES DE TEMPO DE SERVIÇO.

O art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao regular a indenização antigamente devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado, disciplina que esta deveria ser calculada à base de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses.

Por outro lado, a Lei 12.506/2011 fixa uma constante de proporcionalidade, na razão de três dias para cada ano de serviço prestado na empresa, silenciando quanto às frações de tempo de serviço inferiores a um ano.

Neste particular, entendemos que a nova lei regula suficiente e razoavelmente a proporcionalidade consignada no inciso XXI do art. 7º da Constituição, tendo o legislador claramente eleito 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.

Prepondera aqui a presunção da legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos e responsáveis pela produção da norma. Não há elementos robustos de argumentação que autorizem a concluir, *prima facie*, pela existência de alguma omissão

³² BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 153.

acidental a justificar a aplicação, por analogia, do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, alterando-se, pela via interpretativa, o próprio teor e o conteúdo normativo.

5.6. AUSÊNCIA POR SETE DIAS CORRIDOS.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 488, caso a rescisão tenha sido promovida pelo empregador, o horário normal de trabalho do trabalhador, durante o prazo do aviso, será reduzido de duas horas diárias. É, porém, facultado ao empregado trabalhar sem esta redução, podendo, em compensação, faltar ao serviço por sete dias corridos.

Por outro lado, a Lei 12.506/2011 novamente silenciou quanto à eventual modificação da regra celetista supra mencionada, em sentido da adequação proporcional da ausência consentida por sete dias corridos. Para nós, não havendo adequação da redação do parágrafo único do art. 488 celetista pela nova lei, não cabe ao intérprete alterar a natureza de uma constante correspondente ao número de dias corridos de folga ao caráter proporcional do prazo do aviso prévio.

Aqui parece prevalecer a presunção de constitucionalidade da regulamentação pela legislação infraconstitucional, no que se refere aos critérios para aferição da proporcionalidade, não sido incluídos neste conceito normativo os dias corridos de folga para que o empregado busque sua recolocação no mercado de trabalho.

6. CONCLUSÕES.

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

6.1. A Constituição Federal de 1988 não recepcionou a interpretação do inciso I do art. 487 da CLT que acolhia, em prejuízo do trabalhador, o aviso prévio de apenas oito dias, se o pagamento fosse efetuado por semana ou tempo inferior, em caso de contrato por tempo indeterminado com duração concreta igual ou inferior a doze meses. No mais, o dispositivo legal permanece em vigor, em perfeita consonância com o texto constitucional.

6.2. Por violação do inciso XXI do art. 7º da Constituição, há inconstitucionalidade da expressão “até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias” contida no art. 1º, caput, da referida Lei 12.506/2011. Em

consequência, não há nenhum limite temporal máximo para a plena eficácia do direito fundamental à proporcionalidade do aviso prévio.

6.3. Da mesma forma que a norma principal no plano constitucional, o direito à proporcionalidade, previsto no art. 1º da Lei 12.506/2011, é inaplicável em favor do empregador.

6.4. Sob pena de violação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito e dos princípios subjacentes da segurança e da confiança jurídicas, o novo regramento apenas poderá se aplicar às hipóteses em que o aviso prévio tenha sido concedido ao empregado a partir da vigência da Lei 12.506/2011.

6.5. É plenamente justificada a aplicação, por analogia, do novo regramento legal, para a concretização do direito fundamental do empregado doméstico à proporcionalidade do aviso prévio.

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

6.7. Não havendo adequação da redação do parágrafo único do art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho pela nova lei, não cabe ao intérprete alterar a natureza de uma constante correspondente ao número de dias corridos de folga ao caráter proporcional do prazo do aviso prévio.

7. REFERÊNCIAS.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 639-8/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 02.06.2005. DJ 21.05.2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.652/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 8.5.2003. DJ 14.11.2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 695/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1.3.2007. DJ 20.4.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 708/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25.10.2007. DJE 6.11.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MI 721/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30.08.2007. DJ 14.09.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*. Notícia disponibilizada em 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 out. 2011.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Orientação Jurisprudencial 153. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Súmula 362. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.reimp.da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATHARINO, José Martins. *Direito constitucional e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvum, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16.ed. rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo, LTR, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ et. al. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 21.ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.