

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

Camila Milani

A APLICABILIDADE DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL NO
TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO POR INICIATIVA
DO EMPREGADO

PASSO FUNDO

2012

Camila Milani

A APLICABILIDADE DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL NO
TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO POR INICIATIVA
DO EMPREGADO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Ipojucan Demétrius Vecchi.

PASSO FUNDO

2012

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela proteção e força a mim direcionados.

À minha família, em especial, aos meus pais, Clelio e Celita,
pelo amor, carinho e cuidado durante toda minha vida.

Ao meu namorado Felipe, pela força e incentivo concedidos a cada
dia, sem os quais essa caminhada teria sido mais difícil.

Aos colegas do curso, com os quais pude dividir ótimas
experiências, compartilhando nosso conhecimento.

Ao professor Orientador Me. Ipojucan Demétrius Vecchi, pela
dedicação e orientação na realização da pesquisa.

A todos que de alguma forma contribuíram para a
realização do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho, através do método de pesquisa hermenêutico dedutivo e método de procedimento bibliográfico, visa o estudo da aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, inciso XXI da CF/1988, regulamentado recentemente pela lei 12.506/2012, possuindo agora aplicabilidade plena. Em que pese de importante teor, a nova Lei não foi clara em diversos aspectos, sendo um deles a possibilidade de aplicação do aviso prévio proporcional nos casos de pedido de demissão por parte do empregado. Nesse sentido, é de extrema importância delimitar essa aplicabilidade do aviso prévio proporcional, justificando-se o presente trabalho no silêncio da Lei 12.506/2011 sobre o assunto, o que gerou discussões a respeito do tema no âmbito trabalhista. Partindo de um estudo constitucional, doutrinário e jurisprudencial tem-se o entendimento de que não é possível a aplicação do aviso prévio proporcional no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, eis que é seu direito fundamental com guarda na Constituição Federal de 1988. Ainda, a nova lei afirma que é aplicável ao empregado o aviso prévio proporcional, não afirmando que é aplicável ao empregador. Sendo assim, tem-se que no pedido de demissão cabe ao empregado cumprir somente 30 dias de aviso prévio, não sendo devido o cumprimento do aviso prévio proporcional.

Palavras chave: Aplicação. Aviso prévio proporcional. Empregador. Possibilidade. Término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	8
1.1 O nascimento do direito do trabalho no plano internacional	8
1.2 O início da regulamentação do trabalho no Brasil;.....	14
1.3 Os direitos dos trabalhadores previstos como direitos fundamentais e as conseqüências desta previsão.....	17
2 DO CONTRATO DE TRABALHO.....	24
2.1 Noção	24
2.2 Natureza jurídica.....	26
2.3 Elementos para a formação do contrato de trabalho.....	27
2.4 Requisitos do contrato de trabalho.....	32
2.5 Do prazo do contrato de trabalho.....	35
2.6 Do término do contrato de trabalho	41
3 DO AVISO PRÉVIO	47
3.1 O aviso prévio como direito fundamental previsto na CF/1988.....	50
3.2 Cabimento, prazo e efeitos do aviso prévio	52
3.3 Da necessidade de regulamentação do aviso prévio	56
3.4 Do aviso prévio proporcional – Lei 12.506/2011	58
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O instituto do aviso prévio no direito do trabalho, previsto no artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, além de estabelecer o mínimo de 30 dias de prazo, prevê a proporcionalidade do aviso prévio. Porém, a proporcionalidade contida no mesmo inciso não possuía eficácia imediata à sua aplicação, dependendo de norma regulamentadora para tanto, qual seja, lei ordinária. Porém, nada impedia que convenções coletivas de trabalho fixassem o aviso prévio proporcional, eis que estaria se estabelecendo norma coletiva mais benéfica ao empregado.

Nesse sentido, um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovado pelo Senado o projeto de Lei 3.941/89, que visava à regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Em seguida, foi enviado à Câmara dos Deputados, porém, ali ficou praticamente paralisado, até o Supremo Tribunal Federal determinar que o Poder Legislativo cumprisse o determinado na CF/1988, sob pena de aquela corte estabelecer normas pertinentes ao aviso prévio proporcional.

Sendo assim, sob pressão do judiciário, o Poder Legislativo cumpriu seu papel em 11/10/2011, através da promulgação da Lei 12.506, a qual regulamenta o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo, ainda, 30 dias o prazo mínimo do aviso prévio, acrescentando-se três dias ao aviso a cada ano trabalhado por um empregado na mesma empresa, podendo perfazer um total de 90 dias, seu prazo máximo.

A referida lei regulamentadora do instituto possui somente dois artigos. Talvez por seu pequeno detalhamento, causou diversas discussões no âmbito trabalhista, quanto à sua aplicação. Diversas questões foram levantadas pelos operadores do direito, por empregadores e empregados, que ficaram em dúvida em determinados pontos não abordados na Lei 12.506/2011.

A vigência da nova lei, o início da contagem do acréscimo de três dias ao aviso prévio, a redução da jornada durante o aviso, bem como as categorias envolvidas na mudança legislativa foram alvo de questionamento após a promulgação da Lei 12.506/2011. Porém, a questão que mais gerou debate foi no tocante à aplicabilidade do aviso prévio proporcional no término de contrato de trabalho por iniciativa do empregado, devido à lei silenciar sobre o assunto.

Desse modo, o presente trabalho visa a análise da aplicabilidade do aviso prévio proporcional nos casos em que o empregado pede demissão do trabalho. O estudo se justifica pelo fato de a nova lei do aviso prévio não mencionar se o aviso prévio proporcional se aplica em benefício ao empregador, deixando margens a discussões relevantes sobre o assunto. Tais discussões são de grande importância, uma vez que o aviso prévio integra o contrato de trabalho, e, não cumprido por uma das partes, gera direito à outra de receber indenização substitutiva. Sendo assim, é de extrema necessidade saber o prazo do aviso prévio a se aplicar nos diferentes modos de término do contrato de trabalho, sendo um deles, o pedido de demissão pelo empregado, objeto desse estudo.

Para explanar sobre a temática proposta, utiliza-se do método de abordagem hermenêutico dedutivo. O método de procedimento a ser utilizado é o bibliográfico, utilizando materiais relacionados ao tema, livros, artigos científicos, artigos jurídicos eletrônicos, publicações em revistas jurídicas e conteúdos publicados em sites confiáveis.

Assim, o presente trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro apresenta o nascimento do trabalho bem como o desenvolvimento histórico do direito do trabalho no mundo e, especificamente, no Brasil. Aborda também, a previsão dos direitos trabalhistas na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, e a eficácia destes direitos nas relações privadas.

Essas relações privadas, no direito do trabalho, dizem respeito ao próprio contrato de trabalho, tema especialmente estudado no segundo capítulo, onde é apresentado seu significado, natureza jurídica, bem como seus elementos e requisitos para formação. Ainda, neste capítulo, há uma detalhada análise sobre os prazos do contrato de trabalho, quais sejam, por prazo determinado e indeterminado, os quais possuem efeitos jurídicos distintos. O fechamento deste capítulo é dedicado ao estudo do término do contrato de trabalho por justa causa e sem justa causa, eis que de extrema importância sua distinção no tocante aos direitos trabalhistas do empregado no momento da ruptura do contrato.

Um desses direitos do empregado é o aviso prévio, tema tratado no terceiro capítulo do presente trabalho, sob o prisma de ser direito fundamental previsto no Artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. É analisado nesse capítulo o cabimento, o prazo e os efeitos do aviso prévio e a necessidade de ser regulamentado por lei ordinária para poder ser aplicada a sua proporcionalidade já prevista na CF/1988. Assim, o presente capítulo parte ao estudo da lei regulamentadora do instituto: a Lei 12.506/2011, a qual instituiu o acréscimo de três dias ao aviso prévio a cada ano trabalhado pelo empregado na mesma empresa. Por fim, é

feita a análise sobre a temática proposta, identificando a aplicabilidade do aviso prévio proporcional nas diversas formas de término do contrato de trabalho.

Portanto, serão esses os enfoques da pesquisa que se apresenta, procurando identificar a possibilidade ou não de aplicação do aviso prévio proporcional nos casos de término de contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Se hoje há diversas leis e princípios que norteiam o direito do trabalho, é importante salientar que não é desde sempre que esses textos regulamentadores existiram, e estudar o nascimento deste ramo do direito, que hoje se faz fundamental.

Nesse sentido, este capítulo será dedicado a explicar os primórdios do direito do trabalho e o desenvolvimento das leis trabalhistas no tempo e no espaço. Faz-se necessário uma explanação do nascimento do trabalho e sua regulamentação no plano internacional e, posteriormente, no que diz respeito à evolução do direito do trabalho no Brasil.

Ademais, é necessário o estudo de como as leis trabalhistas foram introduzidas nas Constituições brasileiras, e por fim, na atual Constituição de 1988, sob a forma de direitos fundamentais, aprofundando o assunto em relação às conseqüências advindas de tal classificação dos direitos dos trabalhadores.

1.1 O nascimento do direito do trabalho no plano internacional

A palavra trabalho deriva do latim *tripalium*, objeto de três paus aguçados utilizado na agricultura e também como instrumento de tortura. O trabalho propriamente dito pode ser definido como a transformação da natureza em produtos ou serviços, ou seja, em elementos de cultura. O trabalho é, desse modo, o esforço realizado, e também a capacidade de reflexão, criação e coordenação.¹

Ao longo da história, o trabalho assumiu múltiplas formas. Um importante pensador sobre esse assunto foi Karl Marx. Para esse autor, o trabalho, fruto da relação do homem com a natureza, e do homem com o próprio homem, é o que nos distingue dos animais e move a História.²

Nesse mesmo sentido, merece transcrição literal as palavras de Pontes de Miranda:

¹ SALGADO, Sebastião et al. *O mundo do trabalho: contexto e sentido*. Disponível em <www.educared.org.> Acesso em 03 Jul. 2012.

² *Ibidem*.

Em sentido amplo, trabalho é qualquer espécie de atividade humana, que tenha finalidade produtiva. Quem apanha as frutas do jardim, ou do quintal, ou do sítio, ou da fazenda, trabalha. Não importa para quem sejam as frutas. Quem escreve romance, conto, poesia, ou faz cálculos matemáticos ou lógicos, por deleite, ou para publicar, trabalha. Quem arruma os livros da biblioteca, ou as garrafas da adega, ou passa ferro à própria roupa, trabalha. Uma vez que há melhora ou intenção de melhoria material ou espiritual, a atividade é trabalho.³

Desse modo, não é desde sempre que o trabalho foi remunerado. Inicialmente era desenvolvido em prol das próprias necessidades familiares da antiguidade. O homem tinha que sair e exercer seu trabalho de caçar. A mulher ficava no âmbito do lar exercendo o trabalho de cuidar da família e preparar o alimento.

Ainda, como está inserido no próprio significado da palavra trabalho, o mesmo foi considerado por muito tempo como um castigo. Após a fase em que era exercido somente para a própria sobrevivência, surgiu a forma de trabalho chamada escravidão. O escravo trabalhava para seu dono, sendo considerado meramente um objeto, não recebendo qualquer remuneração em troca, a não ser alimento, e não possuía qualquer direito.⁴

Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho envolvia apenas força física, e o classificavam como pejorativo. O trabalho braçal devia ser feito pelos escravos, enquanto que as outras pessoas podiam desfrutar de sua liberdade, desenvolvendo as atividades mais nobres.⁵

Já na época do feudalismo, começou a ocorrer a chamada servidão. Os servos dos senhores feudais que trabalhavam em suas terras, apesar de não serem livres, possuíam proteção militar e política. Estes servos usavam a terra, e em troca deste uso e das proteções que recebiam, deviam entregar parte da produção rural ao senhor feudal. O trabalho dos servos era considerado um castigo, e as pessoas de classe nobre não trabalhavam.⁶

Posteriormente, surgiram as chamadas corporações de ofício, que ainda não permitiram a existência de uma ordem jurídica trabalhista nos moldes adequados, que somente surgiria mais tarde. Porém, com essas corporações, houve uma grande transformação: a maior liberdade do trabalhador. Nas corporações de artesões, os artesões do

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. v. 47, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 78.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006. p. 4.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

mesmo ramo agrupavam-se no mesmo local. Cada corporação possuía um estatuto com algumas normas disciplinadoras da relação de trabalho, havendo três categorias de membros: os mestres, os companheiros e os aprendizes.⁷

Os mestres eram os proprietários de oficinas, que eram previamente aprovados segundo os regulamentos da corporação, a partir da confecção de uma “obra-mestra”. Os mestres se equiparam com os empregadores de hoje. Já os companheiros eram trabalhadores livres que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes, por sua vez, eram os menores que recebiam dos mestres os ensinamentos de uma profissão. As corporações visavam majoritariamente o interesse próprio, mantendo com os trabalhadores uma relação bastante autoritária.⁸

Ainda na sociedade pré-industrial, surgiu outra relação de trabalho: a locação, desmembrando-se em locação de serviços e locação de obra ou empreitada. Na locação de serviços, celebra-se um contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar serviços durante certo tempo à outra, mediante remuneração. Na locação de obra ou empreitada, o objeto do contrato é a execução de uma obra mediante remuneração. A primeira, a locação de serviços, é apontada como precedente da relação de emprego moderna, tutelada pelo direito do trabalho.⁹

Foi mais tarde, no século XVIII com a Revolução Industrial, que se pode dizer que houve o nascimento do direito do trabalho, com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. Com o surgimento da máquina a vapor, máquina de fiar e o tear mecânico, houve uma extrema mudança no que diz respeito às formas de produção, sendo que os trabalhadores começaram a desenvolver suas atividades em troca de salários.¹⁰

Com a grande capacidade de produção das máquinas, que necessitavam cada vez menos de pessoas para operá-las, muitos trabalhadores foram demitidos, ocorrendo na época um grande crescimento do desemprego. Ainda, posteriormente, no ano de 1880 surgiu a eletricidade, que foi utilizada como fonte de energia ao lado do vapor. As novas máquinas, apesar de tão veneradas por sua capacidade, começaram a trazer problemas antes desconhecidos, pelos riscos de acidente que comportavam. Ademais, o manuseio das máquinas não exigia maiores conhecimentos, sendo que os empresários despreocupados com as condições de trabalho, facilmente substituíam o trabalhador especializado pela mão de obra

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 23.ed. São Paulo: LTr, 199. p. 41-42.

⁸Ibidem.

⁹Ibidem.

¹⁰Ibidem.

de crianças e mulheres. Assim, tornou-se importante a prevenção e reparação de acidentes e a proteção de certas pessoas (mulheres e menores), sendo um importante passo no direito do trabalho¹¹

A partir de todo esse desenvolvimento na área industrial, surgiu o que se chamou de proletariado, que segundo Georges Lefranc eram os cidadãos de classe mais baixa.¹² Estes proletariados deram bons resultados na produção das fábricas, porém, houve uma marginalização deste trabalhador. Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.¹³

Nota-se no conceito acima explanado a falta de dignidade enfrentada pelo trabalhador da época. Altíssimas cargas horárias de trabalho, nenhuma condição de aprendizagem, locais de convívio insalubres. Pode-se arriscar dizer que não desfrutavam de uma vida, mas simplesmente sobreviviam.

Como nota-se, os contratos de trabalho na época eram precários. A imposição de condições de trabalho pelo empregador, exigência de excessivas jornadas de trabalho, exploração de mulheres e crianças e os baixíssimos salários eram práticas constantes. Não havendo um direito regulamentado o problema, era o patrão quem estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas. Apesar do contrato de trabalho poder resultar da livre negociação entre as partes, era o patrão quem fixava as normas, e como não existia contrato por escrito, o empregador podia dar por terminada a relação de emprego a seu modo, ou modificá-la ao seu arbítrio. Às vezes eram impostos contratos verbais a longo prazo, até mesmo vitalícios.¹⁴

Note-se aqui o ponto extremo: a possibilidade de se integrar à vida da pessoa a condição/obrigação de trabalhar em um local o resto de sua existência, uma verdadeira servidão, e porque não dizer escravidão, devido às condições subumanas a que eram submetidos.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34-35.

¹² LEFRANC, Georges. *Histoire Du travail Ed dès travailleurs* apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

¹³ NASCIMENTO, op. cit., p. 36.

¹⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 38-39.

Durante essa época, o trabalho das mulheres e menores foi utilizado sem maiores restrições, sendo que muitas crianças eram oferecidas aos distritos industrializados em troca de alimentação. Suas condições de trabalho eram precárias, com más condições sanitárias. No final do século XVIII, as mulheres trabalhavam em minas, fábricas metalúrgicas e fábricas de cerâmica. A tecelagem passou a contratar mulheres em maior escala, sendo maior a quantidade de mulheres trabalhando na indústria têxtil do que de homens.¹⁵

Outro ponto a se mencionar, é o de que a liberdade de fixar a duração diária da jornada de trabalho não tinha restrições. Eram os empregadores que estabeleciam as horas de trabalho conforme suas necessidades e interesses. Não havia também, na jornada de trabalho, distinção entre adultos, menores e mulheres. Até a invenção do lampião a gás, a jornada durava enquanto a luz o permitisse, sendo que o mínimo diário era 12 horas, estendendo-se em diversos ramos.¹⁶

Com essas considerações é possível verificar a precariedade das condições de trabalho na época. Durante o desenvolvimento do processo industrial, esse fator assumiu aspectos graves. Além de ocorrerem acidentes, se sucederam enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional, sendo que durante o período de inatividade, o operário não recebia salário, pois não havia leis que o amparassem.¹⁷

Quanto aos salários na época, não se pode dizer com precisão o quanto era percebido pelos trabalhadores, porque há insuficiência de documentos, e não se pode fazer com segurança uma correta interpretação sem conhecer a evolução dos preços e as necessidades da vida do trabalhador. De um modo geral, os historiadores afirmam que os salários eram baixos, sempre insuficientes, e os homens ganhavam mais que mulheres e menores.¹⁸

Notando essas injustiças, os trabalhadores começaram a reunir-se a associar-se para reivindicar melhores condições de trabalho, como menores jornadas de trabalho, maiores salários, cessação da exploração de mulheres e menores. Começa então a haver a necessidade de uma intervenção estatal nas relações de trabalho, devido aos abusos cometidos pelos empregadores. A partir deste momento o Estado começou a intervir nas relações trabalhistas para promover o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho, estando o trabalhador

¹⁵ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 40-41.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 43-44.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 44.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 44.

protegido jurídica e economicamente. A lei passou a estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que deviam ser respeitadas pelo empregador.¹⁹

A Igreja também passou a se preocupar com o trabalho subordinado, tanto que o Bispo de Anec, D.Rendu, enviou um texto ao rei da Sardenha, em 15 de novembro de 1845, denominado Memorial sobre a questão operária, afirmando que “a legislação moderna nada fez pelo proletário. Na verdade, protege sua vida enquanto homem; mas o desconhece como trabalhador; nada faz por seu futuro, nem por sua alimentação, nem por seu progresso moral.”²⁰

Mas, foi somente a partir do término da Primeira Guerra Mundial que se começou a incluir nas constituições preceitos relativos à defesa social da pessoa, através de normas de interesse social e garantias e direitos fundamentais, inclusive o Direito do Trabalho. A Constituição pioneira a tratar do tema foi a do México em 1917. Em seu texto disciplinava jornada de trabalho de oito horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos, jornada máxima de seis horas a menores de 16 anos, jornada noturna de, no máximo, sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho. Este foi um grande marco, pois a partir disso os outros países começaram também a tratar do Direito do Trabalho em suas Constituições.²¹

Nessa época, em 1919, surge o Tratado de Versalhes, que prevê a OIT (Organização Internacional do Trabalho), que se incumbiria de proteger as relações empregatícias no âmbito internacional através de convenções e recomendações. Já em 1927 aparece, na Itália, a *Carta Del Lavoro* que instituiu o sistema corporativista-fascista, inspirando diversos sistemas políticos, incluindo-se o do Brasil.²²

O corporativismo visava organizar a economia em torno do Estado, que interferia nas relações entre as pessoas com o intuito de moderar a sociedade. Tudo passava pela fiscalização estatal, sendo que era o Estado quem determinava o que era melhor para cada um, organizando a produção nacional. O interesse nacional prevalecia ao dos particulares.²³

Já em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê alguns direitos dos trabalhadores, como limitação do trabalho, férias remuneradas, repouso e lazer. Por sua vez, o

¹⁹ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 6.

²⁰ *Ibidem.*, p. 7.

²¹ *Ibidem.*, p. 8.

²² *Ibidem.*, p. 8-9.

²³ *Ibidem.*, p.8-9.

neoliberalismo defendia a idéia de que a contratação e os salários dos trabalhadores fossem regulados pela lei de mercado, ou seja, da oferta e da demanda, devendo o Estado se abster de interferir nas relações trabalhistas.²⁴

Nota-se o grande equívoco de tal premissa neoliberalista. O empregado não é igual ao empregador, necessitando, portanto, de proteção a seus direitos para que possa vê-los respeitados. Ambos não estão no mesmo patamar de poderes, para que se considere justa a livre negociação pela oferta e procura. O trabalhador certamente ia se abster de grande parte de seus direitos, diminuindo-os a quase nada, pelo medo do desemprego.

1.2 O início da regulamentação do trabalho no Brasil;

Para melhor compreensão de como evoluiu o Direito do Trabalho no Brasil, far-se-á um estudo em ordem cronológica dos acontecimentos mais importantes nessa área, desde a primeira Constituição brasileira.

No âmbito nacional, as Constituições inicialmente versavam apenas sobre a forma do Estado, e o sistema de governo. Somente mais tarde é que passaram a tratar de todos os ramos do Direito, e, especialmente, do Direito do Trabalho.²⁵

Inicialmente, a Constituição de 1824 aboliu apenas as corporações de ofício, ensejando a liberdade do exercício de ofícios e profissões.²⁶

Já em 1888, embora a Lei Áurea não tenha qualquer característica jus trabalhista, ela pode ser tomada como um marco inicial de referencia da história do Direito do Trabalho brasileiro, por eliminar da ordem sociojurídica a relação de produção incompatível com o ramo do direito do trabalho – a escravidão. Ainda, estimulou a incorporação da nova forma de utilização da força de trabalho humana: a relação de emprego.²⁷

O período em que a relação de emprego se apresenta de forma relevante estende-se de 1888 a 1930, sob diversas manifestações, mas inicialmente apenas no segmento agrícola cafeeiro de São Paulo e nas indústrias da capital Paulista e do Rio de Janeiro. Nesse momento, já havia alguns movimentos operários, porém de pouca pressão, devido à falta de capacidade

²⁴ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 8-9.

²⁵ *Ibidem.*, p. 9.

²⁶ *Ibidem.*, p. 9.

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10.ed. São Paulo: Ltr, 2011. p. 105.

de organização. Inexistia neste momento, dinâmicas legislativas estatais que amparassem os trabalhadores, devido à preponderância na época de uma concepção liberal não intervencionista clássica, inibidora da atuação normativa no mercado de trabalho.²⁸

A Constituição da República de 1891, apesar de reconhecer a liberdade de associação determinando que a todos era lícita a associação e reunião livremente e sem armas²⁹, não era voltada para a questão social, omitindo-se do problema de ordem trabalhista. Sequer na competência do Congresso foi incluída a atribuição de legislar sobre trabalho, o que foi preenchido posteriormente pela Emenda Constitucional de 7 de setembro de 1926.³⁰

A partir disso, tendo o trabalhador percebido a necessidade de tomar alguma providência para ver suas pretensões a melhores condições alcançadas, ocorreram dois fatos: o crescimento das greves e o movimento político. Merece destaque a greve ocorrida em 12 de Junho de 1917, em São Paulo, na qual operários reivindicavam aumento salarial, o que não logrou êxito. A partir disso, os trabalhadores fizeram um comício no dia 29 no centro da cidade, o que começou a agrupar cada vez mais grevistas buscando melhores condições salariais, estendendo-se até a empresas do interior, sendo que ao todo treze cidades foram abrangidas pela greve. Posteriormente, um acordo foi aceito para aumento de 20% sobre o salário dos operários, com a garantia de que nenhum trabalhador seria despedido em virtude de participação em greves. Ainda, o governo libertou os trabalhadores presos, com a exigência de que voltassem ao serviço, reconhecendo o direito de reunião, desde que exercido de acordo com a lei e respeitada a ordem pública. Outro passo importante foi o firmamento do compromisso de providenciar o cumprimento da legislação sobre trabalho de menores e mulheres nas fábricas, vida e proteção do trabalhador.³¹

Nessa época, devido às transformações que vinham ocorrendo na Europa em virtude da Primeira Guerra Mundial e o aparecimento da OIT, em 1919, houve um incentivo da criação de normas trabalhistas no Brasil. Muitos imigrantes deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salários, começando assim a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930.³²

Já em 1934, a Constituição deste ano é a primeira das brasileiras a tratar especificamente do Direito do Trabalho, devido à influência do constitucionalismo social. Em

²⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 107.

²⁹ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 9.

³⁰ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 92.

³¹ *Ibidem.*, p. 89-90

³² MARTINS, *op.cit.*, p. 9.

seu texto legal, havia previsão da garantia de liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas.³³

Por outro lado, a Constituição de 1937 marca uma fase intervencionista Estatal, em decorrência do golpe de Getúlio Vargas. Era uma Constituição de cunho eminentemente corporativista, na qual foi criado o imposto sindical, como forma de submissão das entidades de classe do Estado, estabeleceu a competência normativa dos tribunais do trabalho, objetivando evitar o entendimento direto entre empregadores e empregados e a greve foi considerada um recurso anti-social, nocivo ao trabalho e incompatível com o interesse da produção nacional.³⁴

Em 1943, existindo diversas normas esparsas que disciplinavam diversos assuntos trabalhistas, houve a necessidade de sistematização dessas regras. Para isso, foi editado o Decreto Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943³⁵, aprovando a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). O objetivo da CLT foi de apenas reunir as diversas leis existentes da época no âmbito trabalhista, não se tratando de um novo código.³⁶

A Constituição de 1946 foi considerada uma norma democrática, tendo rompido o corporativismo da Constituição anterior. Como inovação, previu a participação dos trabalhadores nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade, e direito de greve. A legislação ordinária começou a instituir novos direitos, como por exemplo, a Lei 605/49, que versou sobre o repouso semanal remunerado; a Lei 3.207/57, que tratou das atividades dos empregados vendedores, viajantes e praticistas; a Lei nº 4.090/62, que instituiu o 13º salário e a Lei 4.266/63, que criou o salário família.³⁷

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores, com apenas algumas modificações. No que diz respeito à legislação ordinária dessa época, destaca-se a Lei 5.859/72, que dispôs sobre o trabalho de empregados domésticos; a Lei 5.889/73 que versou sobre o trabalhador rural; a Lei 6.019/74 que

³³ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 9-10.

³⁴ *Ibidem.*, p. 10.

³⁵ Decreto Lei n. 5.452: Art. 1º Fica aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, que a este decreto-lei acompanha, com as alterações por ela introduzidas na legislação vigente. Parágrafo único. Continuam em vigor as disposições legais transitórias ou de emergência, bem como as que não tenham aplicação em todo o território nacional.

Art. 2º O presente decreto-lei entrará em vigor em 10 de novembro de 1943.

Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República.

³⁶ MARTINS, *op. cit.*, p. 10.

³⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 10.

disciplinou o trabalho temporário e o Decreto Lei 1.535/77 que deu nova redação ao capítulo da CLT sobre as férias.³⁸

Em 1988 foi promulgada a atual Constituição, que nos artigos 7º a 11º trata dos direitos trabalhistas, sendo um grande passo a sua inclusão no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, diferentemente das Constituições anteriores em que eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social.³⁹

1.3 Os direitos dos trabalhadores previstos como direitos fundamentais e as conseqüências desta previsão

Como citado anteriormente, os direitos trabalhistas na Constituição de 1988 estão elencados como direitos fundamentais. Tal previsão é de grande importância, pois estando elencados nesta esfera, surgem diversas conseqüências, sendo a principal delas, o dever de atribuir a esses direitos a maior eficácia e a interpretação mais favorável.⁴⁰

Como afirma Flávia Piovesan:

Cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.⁴¹

Importante aqui explicar sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Os Direitos humanos são aqueles inerentes à pessoa, frutos de lutas e conquistas históricas da humanidade na busca pela proteção da pessoa humana nas situações em que possam estar presentes qualquer forma de opressão, exclusão, medo e todas as formas de desrespeito ao ser humano. Independentemente de qualquer condição, devendo ser reconhecidos a todos os seres humanos, simplesmente por assim se caracterizarem. Ainda, a doutrina costuma afirmar que os direitos humanos estão em uma instância mais abstrata em relação aos direitos fundamentais,

³⁸ MARTINS. *Direito do trabalho*, p. 10.

³⁹ *Ibidem*, p. 10-11.

⁴⁰ VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009. p. 158

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

considerando-se direitos inalienáveis, naturais da própria condição humana, sem estarem previstos em uma determinada ordem constitucional. São previstos em documentos internacionais e não possuem, em regra, possibilidade de exigência. Já os direitos fundamentais são considerados aqueles direitos humanos consagrados, positivados, que tem previsão legal em consonância com uma determinada ordem constitucional, existindo nesse caso a possibilidade de exigência e concretização desse direito, pois há previsão de um recurso judicial para tanto.⁴²

Ainda, quanto aos direitos fundamentais, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁴³

Apesar de diferentes, os direitos humanos e fundamentais estão aproximados, e é necessário que assim se entenda. É nesse sentido que se utiliza da expressão “Direitos humanos fundamentais”. Com essa terminologia se consegue manifestar que toda pessoa possui direitos morais, simplesmente por se caracterizar como ser humano, e que esses direitos devem ser garantidos pela sociedade, pelo direito e pelo poder político, sem qualquer discriminação. Ainda, essa expressão significa dizer que esses direitos são fundamentais, pois ligados com a idéia de dignidade humana, e são ao mesmo tempo as condições básicas da idéia de dignidade. Portanto, os direitos fundamentais referem-se àqueles direitos que efetivam a dignidade da pessoa humana.⁴⁴

Desse modo, pode-se constatar com tal expressão, que os direitos humanos fundamentais não tem como sujeito passivo apenas o Estado, mas sim a sociedade e seus indivíduos. Sendo direitos morais, devem ser respeitados tanto na esfera pública, como privada.⁴⁵ Ora, se direitos fundamentais à efetivação da dignidade da pessoa humana, não

⁴² VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 160-164.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Celso Bastos Editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 32.

⁴⁴ VECCHI, op. cit., p. 166-167.

⁴⁵ VECCHI, op. cit., p. 168.

devem ser passíveis de exigência somente em uma esfera de convívio social, e sim de quaisquer relações traçadas pelo indivíduo, sejam particulares ou públicas.

1.3.1 A Eficácia dos direitos fundamentais de 1ª e 2ª dimensão no âmbito das relações privadas

A eficácia dos direitos fundamentais é tema constante de debates. Eficácia condiz com a aplicabilidade da norma, sendo eficaz aquela que tem potencial para ser aplicada em um caso concreto. A expressão eficácia dos direitos fundamentais é utilizada para afirmar que tais direitos vinculam, ou seja, são passíveis de serem invocados e aplicados em determinada situação.

É de grande importância dar atenção às várias dimensões ou gerações dos direitos fundamentais. Essa ideia de gerações de direitos condiz com o fato de que ao longo da história, tais direitos surgiram e se afirmaram em blocos, relacionados a determinados valores imprescindíveis para a proteção da pessoa humana. Porém, essa ideia de gerações gerou muitos problemas, pois algumas vezes pode ofuscar uma questão fundamental, qual seja a ideia de complementaridade solidária e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais. Foi nesse sentido, que a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, afirmou este princípio da complementaridade solidária e da indivisibilidade desses direitos.⁴⁶

Sobre este tema, cabe aqui reproduzir as palavras expressadas por Fábio Konder Comparato:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.⁴⁷

⁴⁶ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 171-172.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* apud VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 232.

Apesar de inter-relacionados, os direitos humanos têm sido classificados em várias dimensões, sendo que cada uma delas é relacionada com um conjunto de conquistas da pessoa humana. Muitas vezes esses direitos se relacionam com o lema da Revolução Francesa, ou seja, “liberdade, igualdade e fraternidade” (lida hoje como “solidariedade”) estando cada um desses valores ligados a uma dimensão de direitos. Alguns autores defendem haver ainda mais dimensões de direitos, devido à necessidade de irem se configurando para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Assim, essa distinção entre várias dimensões, não tem o intuito de separá-las rigidamente, mas sim de estabelecê-las na linha da complementaridade, unidade, cumulatividade e indivisibilidade de direitos humanos fundamentais. Isso se mostra verdadeiro pelo fato de que o surgimento de novas dimensões de direitos não aniquila as anteriores e sim as complementam para maior efetividade desses direitos.⁴⁸

Levando em conta essas idéias, é importante frisar que, embora haja algumas divergências quanto aos enquadramentos dos direitos fundamentais nas várias dimensões, os autores são unânimes em firmar os direitos sociais, incluindo os dos trabalhadores, como direitos fundamentais, enquadrando-os na segunda dimensão. Sendo assim, os direitos dos trabalhadores previstos na CF de 1988 estão configurados como direitos fundamentais, e, apesar de divergências, tais direitos estão abrangidos pelas “cláusulas pétreas”, previstas no par. 4º do artigo 60 da CF/1988^{49, 50}.

Ainda, os direitos fundamentais podem manifestar-se tanto como direitos de defesa, quanto na forma de direitos a prestações positivas. Enquanto direitos de defesa, a garantia dos direitos fundamentais é exercida contra a intervenção indevida do Estado na restrição de direitos do particular. Esta visão dos direitos fundamentais revela-se insuficiente para assegurar a eficácia almejada pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado poder obrigar-se a criar as bases mínimas necessárias ao efetivo exercício dos direitos constitucionalmente assegurados, estando-se diante de uma pretensão a prestação de índole positiva.⁵¹

⁴⁸ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 173-174.

⁴⁹ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁰ VECCHI, *op. cit.*, p. 174-175.

⁵¹ MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 33.

Quanto aos direitos fundamentais de defesa, inexistem maiores problemas quanto à sua eficácia. Como se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, de não intervenção frente ao particular, receberam do Constituinte suficiente normatividade e independem de concretização legislativa para sua eficácia. Ou seja, dificilmente suas normas estão em palavras vagas, necessitando de maiores interpretações.⁵²

Já no âmbito dos direitos fundamentais a prestações positivas, a questão é mais complexa, por terem como objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, que consiste em regra numa prestação de natureza fática ou normativa.

O § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”⁵³. Referindo-se a esta previsão constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que:

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. [...] Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a regra do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.⁵⁴

Na visão do autor, todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia e no caso dos direitos fundamentais, incumbiria aos poderes públicos a tarefa de extrair das normas a maior eficácia possível. Ou seja, o poder público é quem deveria aplicar a previsão fundamental constitucional de maneira a satisfazer da melhor forma possível o direito ali amparado, realizando assim a concreta eficácia do direito fundamental.⁵⁵

Porém, a doutrina tem constatado que não é sempre o Estado quem desrespeita os direitos fundamentais, mas sim, sujeitos privados, especialmente quando dotados de poder. É de extrema importância tal entendimento, principalmente em um mundo globalizado como o

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274-275.

⁵³ BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 jun. 2012.

⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 270-271.

⁵⁵ SARLET, op. cit., p. 271.

de hoje, onde o poder estatal é diminuído e acentuado o poder do particular em sua livre negociação.⁵⁶

No âmbito do direito do trabalho, percebe-se essa dominação de um particular frente ao outro através do poder disciplinar, que está sempre presente nas relações de trabalho, devido à posição do empregador para com o funcionário, que está sempre em condição de subordinação a vulnerabilidade. Esse é o maior motivo para a preocupação em dar eficácia aos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações privadas, e verificar em que medida essa eficácia deve ser concedida.⁵⁷

A maioria dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores é, inegavelmente, aplicável em relação aos empregadores. Isso significa dizer que estes direitos atuam vinculativamente em relação a esses sujeitos não dotados de poder estatal, considerando-os assim sujeitos passivos de um direito fundamental.⁵⁸

Por outro lado, existem direitos fundamentais que são, indiscutivelmente, somente dirigidos em face do Estado. Como exemplo, pode-se citar a proibição de juízo ou tribunais de exceção, previstos, respectivamente, nos incisos XXXVII e LI⁵⁹, ambos do artigo 5^a da CF/1988.⁶⁰

Nesse sentido, duas correntes disputam o significado da “eficácia” ou “vinculação” dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta. Ainda, surgiram outras teorias, como por exemplo, a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual cabe ao Estado o dever de proteção aos direitos fundamentais frente aos particulares.⁶¹

Ubillos⁶² afirma que a teoria da eficácia indireta ou mediata é uma solução intermediária no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo o autor, para esta teoria, o Estado, através de seus órgãos, irradiam ao direito privado a vinculação aos direitos fundamentais. Isto poderia ocorrer pela intervenção do legislador

⁵⁶ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 189-190.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁹ Art. 5º CF/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

⁶⁰ VECCHI, *op. cit.*, p. 195-196.

⁶¹ VECCHI, *op. cit.*, p. 196.

⁶² UBILLOS, Juan Maria, Bilbao. *Em que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* Apud VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 197-198.

infraconstitucional ao regulamentar esses direitos nas leis ordinárias, ou até por meio do juiz ao interpretar essas leis.

Por outro lado, a teoria da eficácia imediata ou direta defende que uma grande parte dos direitos fundamentais é diretamente aplicável nas relações privadas, basta que haja violações a estes direitos praticadas por particulares. Para essa teoria, as normas constitucionais são diretamente aplicáveis como normas de comportamento nas relações privadas.⁶³

Pode-se perceber que ambas as teorias defendem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, divergindo somente quanto à forma e intensidade de tal eficácia. A teoria da eficácia mediata funciona como uma função intermediária, pois mantém, a princípio, os direitos fundamentais destinados apenas ao Estado, somente podendo ser aplicados ao particular mediante legislação infraconstitucional ou pela mediação do juiz, aplicando os direitos fundamentais em suas decisões. Já a teoria da eficácia imediata entende que os direitos fundamentais são direitos subjetivos das pessoas, através dos quais podem exigir comportamentos em face de sujeitos privados.⁶⁴

O adequado é que essas teorias atuem em conjunto, de modo que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fortaleça a dimensão subjetiva. Porém, quanto à eficácia perante os particulares, deve-se dar prevalência ao aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, para que assim se proteja a pessoa humana contra quaisquer atos que os violem.⁶⁵

⁶³ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 198

⁶⁴ *Ibidem*, p. 199-200.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 200-201.

2 DO CONTRATO DE TRABALHO

Para que possa ser feita a devida abordagem sobre o problema do presente estudo, é imprescindível uma análise do contrato de trabalho, a partir de sua definição no direito do trabalho, seus elementos principais e as formas sob as quais pode se configurar. Ainda, é de extrema importância a elucidação de como ocorre a extinção do contrato de trabalho, para que se possa, posteriormente, aprofundar a abordagem do presente tema.

2.1 Noção

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado “*contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas*”⁶⁶.

A Consolidação das Leis de Trabalho, em seu artigo 442, caput, dispõe que “*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*.”⁶⁷

Tal definição é alvo de críticas, uma vez que a CLT ao conceituar o contrato de trabalho, não menciona os elementos integrantes do contrato empregatício, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (uma vez que o contrato não *corresponde* à relação de emprego e sim *propicia* o surgimento daquela relação) e, finalmente, o enunciado legal produz um círculo vicioso de afirmações atinentes a contrato/relação de emprego, relação de emprego/contrato.⁶⁸

Ainda, na análise de Sergio Pinto Martins⁶⁹, não se pode dizer que o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, pois se um corresponde a outro, não são iguais. O contrato cria uma relação jurídica, não podendo a ela corresponder. A CLT confunde ainda mais o assunto, por usar ora a expressão relação de emprego (como no §1º do art. 2º a 6º), ora o termo contrato de trabalho (vide artigos 443, 445, 448, 451, 468, 477, § 3º do art. 651).

⁶⁶ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 482.

⁶⁷ BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 07 Ago. 2012.

⁶⁸ DELGADO, *op. cit.*, p. 484.

⁶⁹ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 81.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado atenta para o fato de que, para se conceituar o contrato de trabalho, deve-se identificar seus elementos componentes e os laços que os mantêm integrados. Em suas palavras:

[...] define-se o contrato de trabalho como negócio jurídico expresso 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.⁷⁰

O conceito do autor é mais bem elaborado se comparado ao trazido pela CLT, pois detalha as partes de um contrato de trabalho, bem como as características da prestação de serviço objeto do vínculo laboral.

Por fim, os contratos de emprego sempre têm como sujeitos o empregado e o empregador, sendo que nem todas as leis trabalhistas dos países industrializados definem o termo *empregado*, devido à falta de unanimidade sobre o tema. No Brasil, os artigos 2º e 3º da CLT⁷¹ contêm os elementos necessários para sua definição, que com devido estudo foi elaborada por Amauri Mascaro Nascimento da seguinte forma: “*Empregado é a pessoa física que com personalidade e ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário*”⁷².

Segundo o autor, o empregado somente poderá ser pessoa física, ou seja, qualquer pessoa natural poderá figurar como empregado em um contrato de trabalho. Exclui-se aqui, portanto, a pessoa jurídica, pois esta jamais poderá executar seu próprio trabalho. Ainda, o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano, sendo impróprio cogitar a possibilidade de aplicação de leis de salário mínimo e jornada de trabalho, por exemplo, a pessoas jurídicas. Ainda que o contrato seja por equipe, como, por exemplo, o maestro que contrata pela orquestra que dirige, é visada a proteção jurídica de cada componente do grupo, com seus direitos individualmente considerados.⁷³

⁷⁰ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 483.

⁷¹ CLT. Art. 1º - Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁷² NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 645.

⁷³ *Ibidem*.

2.2 Natureza jurídica

Para determinação da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador, procurando situá-lo nas categorias jurídicas compatíveis, enfrenta-se uma discussão. Não há unanimidade de entendimento, e as teorias existentes nesse sentido são a contratualista, que reúne ideias que afirmam a natureza contratual do vínculo, e a anticontratualista, que a nega.⁷⁴

Iniciando-se pela teoria contratualista, tem-se que no século XVIII os juristas encontraram dificuldades em classificar a nova figura do universo jurídico: o trabalho assalariado sob a forma de emprego. Os doutrinadores, inicialmente, foram na direção de soluções fundadas no direito civil, baseando-se na prestação de serviços existente na época. Desse modo, a doutrina do direito civil e os professores de direito do trabalho não colocaram em dúvida o fato da relação de emprego configurar um contrato semelhante aos demais contratos do direito civil, considerando o trabalho como mercadoria e o salário como preço.⁷⁵

Já a teoria anticontratualista, procura fundamentar a relação jurídica de trabalho fora do âmbito do direito civil e das teorias contratuais. De forma gradativa, a determinação das condições de trabalho passaram a subordinar-se a convenções coletivas, leis e regulamentos. Entendeu-se então que o direito das obrigações não bastava para reger uma relação jurídica na qual a própria pessoa era seu objeto, e não uma coisa. Novas soluções começaram a se impor, e então as teorias formuladas principalmente na Alemanha e na França, passaram a dar outras explicações para a determinação do vínculo entre empregado e empregador.⁷⁶

Considerando essas duas diferentes interpretações sobre a natureza jurídica do vínculo laboral (uma negando, outra afirmando a natureza contratual), surge o questionamento: o contrato e a relação de emprego se distinguem ou fazem parte da mesma figura? Na verdade não há uma separação absoluta entre contrato e relação de emprego. Pode-se dizer que o contrato de trabalho é a fonte da qual a relação de emprego é o efeito que se materializa com a prestação dos serviços.⁷⁷

⁷⁴ NASCIMENTO, Curso de direito do trabalho, p. 580.

⁷⁵ Ibidem, p. 580-581.

⁷⁶ Ibidem, p. 595-596.

⁷⁷ Ibidem, p. 601.

2.3 Elementos para a formação do contrato de trabalho

Para o contrato de trabalho existir de fato, é necessária a presença dos elementos essenciais à formação do contrato de trabalho. Neste momento far-se-á um estudo sobre esse assunto, utilizando-se a denominação de elementos do contrato de trabalho a esses critérios de caracterização da relação de emprego, pelo entendimento de que dizem respeito ao plano da existência deste contrato.

O contrato de trabalho, para existir, depende da presença dos denominados elementos do contrato de trabalho. Estes elementos, por sua vez, dividem-se em derogáveis e inderrogáveis.⁷⁸

Inderrogáveis são os elementos que constituem a essência do negócio jurídico. Quanto a eles, deve-se analisar quais os elementos indispensáveis para a caracterização do contrato de trabalho. Pode-se dizer que os elementos categoriais inderrogáveis são aqueles que configuram o contrato de trabalho e a relação de emprego. Nas palavras de Ipojucan Demétrius Vecchi:

Para existir um contrato de trabalho é preciso que estejam presentes: os sujeitos (empregado e empregador); o acordo [...], pelo qual o primeiro presta ou se obriga a prestar serviços pessoais, subordinados (sob dependência), não eventuais e remunerados ao segundo, que dirige o trabalho, arrume o risco da atividade econômica e remunera o primeiro pela obrigação de trabalhar ou pelo trabalho prestado. Sem esses elementos poderá haver contrato, mas não de emprego.⁷⁹

Portanto, segundo as afirmações do autor, os elementos inderrogáveis do contrato de trabalho são imprescindíveis à sua formação. Caso não estejam presentes, portanto, poderá até se estar diante da celebração de um contrato qualquer, mas não o de trabalho.

A relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um conjunto de elementos reunidos em um contexto social e interpessoal. Desse modo, o contrato de trabalho, que viabiliza a relação de emprego, deriva da conjugação de certos elementos imprescindíveis, sem os quais não se configura a mencionada relação.⁸⁰

⁷⁸ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 486.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 279.

Estes elementos fático-jurídicos que compõem a relação de emprego são cinco, quais sejam: a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador; que esta prestação seja efetuada com personalidade pelo empregado; ainda, que seja prestado o serviço com não eventualidade; que o trabalho seja desenvolvido sob subordinação ao tomador de serviços; e, por fim, que haja onerosidade da prestação do trabalho.⁸¹

Esses elementos são encontrados em dois preceitos, combinados, trazidos pela CLT. O Caput de seu artigo 3º traz que: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.”⁸² Ainda, no caput do artigo 2º da CLT consta que: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”⁸³.

Tais elementos configuradores do contrato de trabalho são, portanto, resumidamente: trabalho não eventual, prestado de forma pessoal por pessoa física, em situação de subordinação, e com onerosidade. Esses elementos não são criações jurídicas, mas sim ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito, mas que por ele são captados e recebem efeitos compatíveis. Após apreendidos pelo Direito, formam um tipo legal específico e delimitado, sendo que é necessário estabelecer uma caracterização de cada um destes elementos, a fim de tornar mais objetiva a compreensão dos mesmos pelos operadores jurídicos. A seguir, portanto, far-se-á uma breve caracterização de cada um desses elementos para melhor compreensão do tema.⁸⁴

O elemento que traz a necessidade de o trabalho ser prestado por pessoa física condiz com o fato de que a prestação de serviços tomada em consideração pelo Direito do Trabalho é aquela pactuada por uma pessoa natural, sendo que os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, tais como vida, saúde, integridade moral, bem estar e etc., importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador terá de ser sempre uma pessoa natural.⁸⁵

Por sua vez, o elemento da personalidade da prestação de serviços, o qual vincula-se ao elemento anterior, tem de ser aferido na prestação de serviços pela pessoa física. Não basta o trabalho ser prestado por pessoa natural, há de ser prestado por ela com personalidade, ou seja,

⁸¹ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 279.

⁸² BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 19 Jul. 2012.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ DELGADO, *op. cit.*, p. 280.

⁸⁵ DELGADO, *op. cit.*, p. 280.

é essencial que a prestação do trabalho pela pessoa física tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que diz respeito ao trabalhador. A relação jurídica pactuada deve ser realizada de forma pessoal pelo trabalhador, não podendo este se fazer substituir por qualquer outro em suas atividades. Se por acaso, essa substituição for presente, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência do elemento da pessoalidade.⁸⁶

Porém, há situações em que é necessária a substituição de um trabalhador, e isso pode ocorrer sem que seja suprimida a pessoalidade da relação de trabalho. Por exemplo, uma eventual substituição consentida pelo tomador de serviços, desde que não seja constante. Ainda, há substituições normativamente autorizadas, como por exemplo, férias, licença gestante e afastamento para cumprimento de mandado sindical.⁸⁷

Enfatize-se, ainda, que a pessoalidade é elemento que incide apenas na figura do empregado, não se estendendo ao empregador, eis que pode ocorrer alteração subjetiva do contrato no pólo empresarial.⁸⁸

O terceiro elemento, a não eventualidade da prestação de serviços por parte do empregado, traz a ideia de permanência do trabalho. Nesse sentido, para que haja relação empregatícia, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, ainda que por um curto período determinado, não podendo se qualificar como trabalho esporádico, eventual.⁸⁹

A legislação trabalhista clássica não incide sobre o trabalhador eventual, embora ele possa ser um trabalhador subordinado. Faltando o elemento da não eventualidade, não está configurada a relação de emprego. Tal elemento é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho, pela doutrina e jurisprudência. A CLT elege a expressão “serviços de natureza não eventual” em seu artigo 3º, caput, para se referir a este elemento, enquanto que a Lei do Trabalho Doméstico (Lei nº 5.859/72) em seu artigo 1º⁹⁰ vale-se da expressão “serviços de natureza contínua”.⁹¹

A doutrina construiu distintas teorizações com o fim de precisar com maior clareza o sentido do elemento da não eventualidade. Para Mauricio Godinho Delgado, é necessário caracterizar a eventualidade do trabalho prestado, para poder analisar o que não pode estar

⁸⁶ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 281.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 282.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 282.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 283.

⁹⁰ Lei 5.8589/72. Art. 1º: Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

⁹¹ DELGADO, *op. cit.*, p. 283.

presente nesta relação jurídica, para que se possa considerá-la não eventual. Para o autor, o trabalho de natureza eventual é aquele que ocorre com descontinuidade da prestação de trabalho, com a não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, a curta duração do trabalho prestado, o trabalho estar vinculado a determinado evento certo e episódico e a não correspondência da natureza do trabalho prestado com os fins normais do empreendimento.⁹²

Por exemplo, uma empresa de confecção têxtil que contrata um pintor para efetuar a pintura do estabelecimento. O pintor comparece diariamente à empresa para efetuar seu trabalho, é subordinado à empresa, mas falta-lhe o elemento da não eventualidade. A atividade de pintura não condiz com a atividade fim da empresa, não correspondendo esta prestação de serviços com os fins normais do estabelecimento.

Por outro lado, um funcionário desta mesma empresa que presta seus serviços apenas três dias por semana, mas que exerce sua função diretamente ligada à confecção têxtil. Ele não está presente na empresa diariamente, porém desenvolve seus serviços de forma contínua e na atividade fim da empresa, configurando-se o caráter da não eventualidade.

Através do exemplo acima, pode-se dizer que cada caso concreto deve ser analisado quanto à presença do elemento da não eventualidade, devido à peculiaridade de cada trabalho e de cada empresa empregadora dos serviços do trabalhador.

Por sua vez, o elemento da onerosidade condiz com o fato de a relação empregatícia ser de essencial fundo econômico. Desse modo, a força de trabalho colocada à disposição do empregador, deve corresponder a uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, consubstanciada no salário, que é o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao trabalhador, devido à relação empregatícia pactuada.⁹³

Porém, deve-se atentar ao fato de que não é o efetivo pagamento do salário que configura o elemento da onerosidade, e sim a intenção do trabalho ser prestado dessa forma. O empregador paga o salário em decorrência da pactuação do contrato de trabalho, e o trabalhador oferece seus serviços, esperando o pagamento em troca. O simples não pagamento de salário pelo empregador não descaracteriza o elemento da onerosidade, pois o que deve ser analisado é o intuito da onerosidade na relação contratual.

Por fim, a subordinação é o elemento essencial ao contrato de trabalho mais importante, por diferenciar a relação de emprego com as diversas modalidades de trabalho

⁹² DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 286.

⁹³ *Ibidem*, p. 287.

autônomo. A subordinação traz a ideia de sujeição, submetimento ao poder dos outros, a ordens de terceiros, ou seja, condiz com uma situação de dependência.

No Direito do Trabalho, a subordinação é encarada de forma objetiva, não atuando sobre a pessoa do trabalhador, classificando-se como um fenômeno jurídico estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços derivado do contrato estabelecido. Resulta da relação de emprego, não importando o conhecimento técnico do empregado ou sua situação econômica. É trabalhador subordinado desde o humilde obreiro que se submete constantemente a ordens do tomador de serviços (subordinação subjetiva), como também aquele que realiza, ainda que sem ordens diretas, os objetivos empresariais, bem como, o prestador de serviços que, apesar de não receber ordens nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades meio, por exemplo), acoplam-se estruturalmente à dinâmica operacional da empresa tomadora.⁹⁴

A objetividade com que é encarada a subordinação deve ao fato de que, o empregado por ser parte mais fraca da relação, através de sua vulnerabilidade ao empregador, já se considera subordinado. Não é necessário que cumpra ordens diretas, que obedeça a mandamentos oriundos do empregador, para que se entenda configurada a subordinação. Por exemplo, os cargos mais elevados de uma empresa, e até mesmo trabalhadores que desenvolvem seus serviços por tele trabalho, não estão submetidos a ordens diretas do empregador, mas são alvos de uma série de controles da própria engrenagem da empresa, que retira a autonomia do empregado.⁹⁵

Por outro lado, os elementos derogáveis do contrato de trabalho são aqueles que podem ser afastados pelas partes contratantes, e se não forem afastados pelas partes, aplicam-se as regras legais.⁹⁶

Esses elementos correspondem às normas reguladoras dos elementos essenciais ao negócio jurídico, podendo as partes afastar tais normas. Por exemplo, cabendo ao empregador os riscos da atividade econômica, não pode ele descontar de seu empregado os danos que este eventualmente causar. Porém, é permitido às partes acordarem que os danos causados por culpa do empregado podem ser dele descontados. Outro exemplo é o caso das invenções decorrentes do contrato de trabalho de pesquisa, no qual o salário é pago sem que caiba

⁹⁴ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 293-295.

⁹⁵ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 487.

⁹⁶ *Ibidem*.

qualquer valor a mais ao empregado pela invenção realizada. Contudo, podem as partes estipular em contrário.⁹⁷

2.4 Requisitos do contrato de trabalho

O contrato de trabalho possui alguns requisitos que devem ser atendidos para dar validade a ele. Se os elementos do contrato de trabalho condizem com sua existência, os requisitos condizem com o plano da validade dos contratos.

Os requisitos essenciais do contrato de trabalho são aqueles provenientes do Direito Civil, necessários na pactuação de qualquer contrato. São eles: a capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não vedada por lei. A esses três soma-se a manifestação da vontade, sendo que todos os requisitos comparecem ao Direito do Trabalho com as devidas adequações próprias desse ramo jurídico.⁹⁸

É importante uma breve consideração referente a cada um desses requisitos:

Capacidade das partes: Capacidade, no direito civil, segundo Washington de Barros Monteiro “é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”⁹⁹. No âmbito trabalhista, pode-se definir capacidade, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, como “aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício da vida laborativa.”¹⁰⁰.

O direito do trabalho não inova quanto à capacidade do empregador, preservando o padrão jurídico assentado no Direito Civil. Tem-se como capaz a assumir direitos e obrigações trabalhistas a pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a quem é reconhecida juridicamente a aptidão para adquirir ou exercer, por si ou por outrem, direitos e obrigações da vida civil.¹⁰¹

Já no âmbito do empregado, não basta a capacidade do código civil. Há especificidades normativas no Direito do Trabalho, tais como: a estipulação de que a capacidade plena para atos da vida trabalhista inicia-se aos 18 anos conforme o artigo 402 da

⁹⁷ VECCHI, *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*, p. 487-488.

⁹⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 491.

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57-58.

¹⁰⁰ DELGADO, op. cit., p. 491.

¹⁰¹ DELGADO, op. cit., p. 491-492.

CLT¹⁰². (Compara-se aqui à capacidade prevista no antigo Código Civil, qual seja 21 anos, somente modificado em 2003, quando se alterou a aquisição da capacidade civil para 18 anos, igualando-se à prevista na CLT.)¹⁰³

Entre 16 e 18 anos ocorre a chamada incapacidade/capacidade relativa do trabalhador (podendo diminuir para 14 anos se o empregado é vinculado ao emprego através de contrato de aprendizagem). Desse modo, o trabalhador que está entre essa faixa etária, pode praticar alguns atos laborais sem a assistência de seu responsável legal, como por exemplo, a assinatura de recibos de pagamento. Porém, outros tantos atos da vida obreira praticados pelo menor de 18 anos, para serem válidos, necessitam da assistência de seu responsável legal. É o que ocorre com o requerimento para expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social, celebração contratual e assinatura do termo de rescisão do contrato de trabalho, conforme artigos 17, §1º, e 439 da CLT. Na esfera processual, a propositura de reclamação trabalhista também necessita de assistência pelo responsável legal do menor, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito.¹⁰⁴

Existem, finalmente, alguns atos trabalhistas vedados ao trabalhador menor de 18 anos. É o caso de jornada de trabalho noturna, ou a prestação laboral em circunstâncias perigosas ou insalubres, conforme previsão no artigo 7º, XXXIII da CF/88^{105, 106}.

Importante esclarecer aqui que a cessação da incapacidade civil pela existência de relação de emprego que possibilite ao menor economia própria, conforme artigo 5ª, parágrafo único, V do CCB/2002, não repercute no plano do Direito do Trabalho, pois, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado “a diretriz civilista não invade o Direito do Trabalho na seara em que este estabeleça regras imperativas específicas, em decorrência de fundamentos e objetivos próprios”¹⁰⁷.

Ilícitude do objeto: a ordem jurídica somente confere validade ao contrato que possua o objeto lícito, conforme previsão no artigo 166, II, CCB/2002. O Direito do Trabalho acompanha esse critério normativo. Por exemplo: uma vez enquadrado o trabalho prestado em um tipo penal, a ordem jurídico trabalhista não confere reconhecimento jurídico à relação

¹⁰² CLT. Art. 402: Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos. (Alterado pela L-010.097-2000)

¹⁰³ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 492.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 492-493.

¹⁰⁵ CF/1988 Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

¹⁰⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 493.

¹⁰⁷ DELGADO, *op. cit.*, p. 493.

formada, não havendo, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não será, portanto, válido o contrato laborativo que tenha por objeto trabalho ilícito.¹⁰⁸

Cabe aqui diferenciar ilicitude e irregularidade do trabalho. Ilícito é o trabalho prestado que se enquadra em um tipo penal, ou concorre para ele, e irregular é o trabalho que não é exercido de acordo com as normas imperativas de labor em certas circunstâncias ou no que diz respeito a certos empregados. Embora um trabalho irregular possa ser ilícito, isso não necessariamente se verifica.¹⁰⁹

Por fim, nem todo trabalho que é ilícito terá a negativa plena de seus efeitos jurídicos. Há duas alternativas que destoam da regra geral de invalidade de tais atos, apontadas pela doutrina: a primeira consiste na comprovação de desconhecimento pelo trabalhador do fim ilícito a que servia sua prestação de serviços. A segunda consistiria na dissociação do serviço prestado e o núcleo da atividade ilícita. Para essa alternativa, se os serviços prestados pelo trabalhador não tiverem direta ligação com a prática ilícita, não serão tidos como ilícitos para fins jus trabalhistas. A comprovação de quaisquer dessas situações poderia ensejar a produção de efeitos trabalhistas ao prestador de serviços.¹¹⁰

Forma regular ou não proibida: Em geral o direito não exige forma específica para os atos jurídicos da vida privada. No Direito do Trabalho, essa regra também se manifesta, pois em princípio não há qualquer instrumentalização obrigatória na celebração de um contrato de trabalho. O caráter consensual do contrato empregatício faz com que sua existência comprove-se por qualquer meio probatório juridicamente válido. Inclusive, é pacífico na jurisprudência de que com a simples prestação de trabalho é presumida a existência de um contrato empregatício entre as partes, conforme a súmula 212 do TST¹¹¹. Existem, porém, alguns contratos de trabalhos em que o pacto contratual deve respeitar um mínimo de solenidade, como por exemplo, contratos relativos ao artista profissional e ao atleta profissional de futebol.¹¹²

Apesar de, geralmente, a forma contratual não ser exigida no direito do trabalho, ela mostra-se importante no que diz respeito à prova do contrato. Desse modo, tendo o

¹⁰⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*. p. 494.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Súmula 212 do TST: 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.

¹¹² DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.* p. 495-496.

trabalhador revestido o contrato laboral com o instrumento escrito, é de maior facilidade comprovar as cláusulas e condições do contrato, bem como o seu firmamento.¹¹³

Higidez de manifestação de vontade: Para ser considerado válido o contrato, a ordem jurídica exige a livre e regular manifestação de vontade das partes contratantes, livre de vícios. Os contratos laborais também se caracterizam por esse elemento jurídico-formal. Porém, a aferição de sua presença é menos acentuada no cotidiano trabalhista do que no cotidiano regido pelo Código Civil. Isso se deve pelo fato de o contrato de trabalho ser um enfático contrato de adesão, no qual a vontade obreira pouco influencia. A livre manifestação da vontade refere-se mais ao momento da adesão do contrato, do que no de definição de suas cláusulas.

Em tese, no ato de contratar, as partes são livres para negociar de acordo com a autonomia de sua vontade. Porém, essa liberdade, muitas vezes, é extremamente volátil, como por exemplo, nos contratos de adesão. No Direito do Trabalho esse fator é presente, pois, de um lado, se está diante talvez do maior exemplo de contrato de adesão, onde o exercício da liberdade e vontade de uma das partes contratantes – o empregado – encontra-se minimizado, devido a uma posição de aceitação do trabalhador à vontade do empregador. Porém, o simples fato de estarem presentes nos contratos de trabalho as noções de liberdade e vontade, já se configura um potencial do efetivo cumprimento da relação contratual, nos moldes democráticos conquistados pela história.¹¹⁴

Estes requisitos expostos acima são essenciais à validade do contrato de trabalho, sem os quais o contrato até poderá existir, mas não será válido.

2.5 Do prazo do contrato de trabalho

Após explicação sobre os elementos do contrato do trabalho, é de extrema importância o estudo de como esses contratos podem ser pactuados no que diz respeito ao seu prazo.

A mais importante classificação do contrato de trabalho é a que se fundamenta na sua duração. A distinção entre contrato de trabalho por prazo determinado e contrato de trabalho por prazo indeterminado não constitui elemento essencial do negócio jurídico, não alterando a

¹¹³ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 497.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 482.

estrutura típica da relação jurídica. Porém, é mister destacar seu estudo por não se aplicarem aos dois as mesmas regras jurídicas, em determinadas situações. A diferença de tratamento jurídico é manifestada principalmente nos efeitos produzidos pela rescisão unilateral do contrato, motivo pelo qual a doutrina toma o cuidado especial em diferenciá-los nitidamente.¹¹⁵

No presente trabalho torna-se importante reservar um espaço para elucidação dessas duas formas de pactuação do contrato de trabalho, pela sua maior relevância.

2.5.1 Contrato de trabalho por prazo determinado

Contrato de trabalho por prazo determinado, segundo o § 1º do artigo 443 da CLT é “o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.¹¹⁶

A CLT estabelece também quais as hipóteses em que a celebração do contrato de trabalho por prazo determinado é possível. Uma vez não cumprido o prazo estabelecido, o contrato passa a ser por prazo indeterminado.¹¹⁷

No âmbito jus trabalhista, a regra é a contratação por tempo indeterminado, pois é um contrato de prestações sucessivas. Ainda, devido ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, presume-se que ele perdura no tempo. Sendo assim, o contrato de trabalho por prazo determinado somente é possível de acordo com as determinações específicas contidas na lei, ou seja, é exceção da regra geral.¹¹⁸

Outro ponto importante é o fato de que, se o empregado for dispensado antes do termo final do contrato por prazo determinado, o empregador deverá pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o término do contrato, conforme art. 479 da CLT.¹¹⁹

¹¹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 158.

¹¹⁶ BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 14 Ago. 2012.

¹¹⁷ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 105.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 110.

Como já referido, o contrato de trabalho por prazo determinado só é possível nos casos previstos em lei. Nesse sentido, o §2º do artigo 443¹²⁰ da CLT enumera tais possibilidades, sendo elas: serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; atividades empresariais de caráter transitório; contrato de experiência.

O serviço transitório é aquele breve, temporário. É o caso de, por exemplo, contratar-se um empregado temporariamente para atender a um breve aumento da demanda da empresa, em um certo período do ano.¹²¹

Já as atividades de caráter transitório são aquelas referentes à empresa, e não ao empregado. Seria o caso da criação de uma empresa que funciona somente em certas épocas do ano, como por exemplo, de produção de ovos de páscoa.¹²²

A CLT ainda, em seu artigo 451¹²³, dispõe que o contrato de trabalho por prazo determinado só pode ser prorrogado uma única vez. Ainda, fazendo uma interpretação sistemática da CLT, mediante combinação entre o artigo supracitado, e o artigos 445¹²⁴ da referida norma, entende-se que o contrato de trabalho por prazo determinado nas modalidades acima mencionadas não pode ultrapassar o prazo de dois anos. Pode-se, portanto, celebrar o contrato com o prazo estipulado de um ano e prorrogar por mais um. O que não é possível é pactuá-lo pelo prazo de dois anos e prorrogá-lo, pois o máximo do prazo não pode ultrapassar esse limite.¹²⁵

Por sua vez, o contrato de experiência é a forma de contato de trabalho por prazo determinado pela qual o empregado vai ser testado, para ver se tem as aptidões necessárias ao exercício da profissão. São encontradas diversas denominações para o contrato de experiência, tais como: período de experiência, contrato de prova, pacto de prova, pacto de experiência, contrato de experiência, período de prova. Assim como a CLT, nesse trabalho se usará o termo contrato de experiência, referido no §2º do art. 443 da CLT¹²⁶ e parágrafo único do art. 445 da CLT^{127 128}.

¹²⁰ BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 Ago. 2012.

¹²¹ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 106.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

¹²⁴ Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 anos, observada a regra do art. 451.

¹²⁵ MARTINS, *op. cit.*, p. 108.

¹²⁶ Art. 443 - 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.

¹²⁷ Art. 445. Par. único. - O contrato de experiência não poderá exceder de 90 dias.

¹²⁸ MARTINS, *op. cit.*, p. 110.

O contrato de experiência não se confunde com contrato de trabalho temporário. No contrato de experiência o prazo máximo é de 90 dias, sendo que no contrato de trabalho temporário o prazo é estabelecido em três meses. Ainda, e principal diferença, o contrato temporário diz respeito à necessidade transitória de substituição do pessoal, por exemplo, ou acréscimo extraordinário de serviços. Já o contrato de experiência envolve a verificação de aptidão do empregado para sua função naquele trabalho.¹²⁹

Alguns autores entendem que o contrato de experiência é um pacto preliminar ao contrato de trabalho, outros mencionam que seria uma das cláusulas do contrato por tempo indeterminado, sendo que em certo período se verificaria se o empregado tem aptidão ou condições de se adaptar ao local de trabalho.¹³⁰

Porém, diante da previsão da alínea “c” do §2º do art. 443 da CLT, não se pode dizer que o contrato de experiência é um pré-contrato ou cláusula de contrato de trabalho por tempo indeterminado, mas sim de uma espécie de contrato de trabalho por prazo determinado, em que o empregador vai testar se o empregado pode exercer a atividade que lhe é determinada, se tem condições de se adaptar ao ambiente de trabalho e aos colegas. Esse contrato pode ser desenvolvido em relação a qualquer pessoa, independentemente de grau de escolaridade, e também em relação a qualquer natureza de atividade.¹³¹

Assim, sendo o contrato de experiência uma espécie de contrato de trabalho por prazo determinado, há necessidade de anotação na CTPS do empregado do referido pacto, que dá a ele os direitos e obrigações atinentes ao contrato. Por outro lado, a não anotação na CTPS não gera invalidade do contrato de experiência, que, se celebrado verbalmente, poderá ser provado por qualquer meio de prova, nos moldes do artigo 456 da CLT.¹³²

Quanto ao prazo do contrato de experiência, como já mencionado, não pode ser superior a 90 dias, podendo ser prorrogado uma única vez. Cabe aqui ressaltar que não há possibilidade de a prorrogação ultrapassar o limite dos 90 dias. Por exemplo, o empregado pode ser contratado por experiência pelo prazo de 45 dias, e ao final destes 45 dias, o contrato de experiência pode ser prorrogado por mais 45 dias. A soma do tempo, incluindo-se a prorrogação, não pode ultrapassar 90 dias. Do mesmo modo, não se pode celebrar um contrato

¹²⁹ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 111.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

de experiência pelo prazo de 30 dias, e prorrogá-lo duas vezes por mais 30 dias, pois a prorrogação é permitida uma única vez.¹³³

Ainda, a CLT não dispõe que a prorrogação do contrato de experiência ou do contrato por tempo determinado tem de ser feita no mesmo prazo da contratação. Por exemplo, pode o empregado ser contratado por experiência pelo prazo de 10 dias e o contrato ser prorrogado por mais 80 dias, desde que não exceda 90 dias, o limite máximo do contrato de experiência, ou dois anos, limite dos demais contratos por prazo determinado.¹³⁴

Afinal, como já citado anteriormente, o contrato de trabalho por prazo determinado é exceção da regra, que é no sentido de que os contratos de trabalho em geral serão por prazo indeterminado. Nesse sentido, a seguir será realizado o estudo sobre este tema.

2.5.2 Contrato de trabalho por prazo indeterminado

Os contratos de trabalho por prazo indeterminado são aqueles cuja duração temporal não é prefixada, mantendo duração indefinida ao longo do tempo¹³⁵. Como já referido, é regra geral no âmbito do Direito do Trabalho, resguardada no Artigo 7º, inciso I da Constituição Federal de 1988, que em seu texto afirma:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;¹³⁶

Ainda, nos termos da súmula 212 do TST, recebe status de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia. Ora, se contrário o fosse, a ordem jurídica trabalhista iria ao caminho de uma conspiração ao princípio da continuidade da relação de emprego.¹³⁷

¹³³ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 112.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 512.

¹³⁶ BRASIL, *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 17 Jul. 2012.

¹³⁷ DELGADO, *op. cit.*, p. 512.

Ademais, a indeterminação do contrato de trabalho realiza melhor, na prática, o princípio da norma mais favorável ao empregado. Ainda, os contratos sem termo estipulado abrigam maior potencialidade de aquisição de direitos por parte do empregado ao longo do tempo, pois o empregador passa a investir no trabalhador e este possui maior número de direitos assegurados no momento do término da relação contratual.¹³⁸

Os contratos de trabalho por tempo indeterminado possuem efeitos próprios e específicos, se contrapostos ao contrato por prazo determinado, sendo que esses efeitos jurídicos tendem a ser mais favoráveis ao empregado. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Abrangem tais efeitos três dimensões principais da dinâmica contratual: as repercussões da interrupção e suspensão do contrato; as repercussões das garantias especiais de emprego e estabilidade empregatícia; o número de parcelas rescisórias incidentes no instante da ruptura do contrato.¹³⁹

No tocante à interrupção e suspensão contratuais, cabe salientar que a indeterminação do contrato de trabalho importa na aplicação plena dos fatores normativos de interrupção, como por exemplo, o afastamento previdenciário de até 15 dias, e suspensão do contrato de trabalho, caso do afastamento previdenciário após 15 dias. Verificado algum destes fatores, preserva-se em vigor o contrato de trabalho, inviabilizando a dispensa pelo empregador até o fim da causa interruptiva ou suspensiva.¹⁴⁰

Em referência à estabilidade e garantias de emprego, ressalta-se que, tendo o contrato de trabalho sido celebrado por prazo indeterminado, assegura-se ao empregado as garantias especiais de emprego, como a estabilidade do dirigente sindical, do cipeiro, do diretor de cooperativa obreira, da gestante e do acidentado, por exemplo. Essas garantias inviabilizam a ruptura arbitrária do pacto laboral até o fim da correspondente garantia.¹⁴¹

Importante aqui destacar o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que alterou o item III da Súmula 244¹⁴² em sessão do Tribunal Pleno realizada em 14 de Setembro

¹³⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 512.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 513.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 513.

¹⁴² Súmula 244, item III do TST: A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

de 2012, considerando que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória mesmo nos casos de contrato de trabalho por tempo determinado. É de enorme importância o novo entendimento, eis que a mulher gestante está agora melhor amparada pelo direito do trabalho, possuindo maior proteção contra a despedida arbitrária.

No concernente aos efeitos rescisórios, a indeterminação do tempo contratual importa em verbas rescisórias específicas, claramente mais favoráveis àquelas devidas em casos de ruptura de contrato a termo. Cabe salientar, que os efeitos rescisórios do contrato indeterminado podem, contudo, se alterar em decorrência do motivo da ruptura contratual: o empregado demitido sem justa causa possui maior leque de direitos rescisórios do que aquele demitido por justa causa, por exemplo.¹⁴³

Imprescindível citar aqui as verbas rescisórias específicas do término do contrato de trabalho por prazo indeterminado, que logicamente somam-se à ampla maioria das parcelas devidas em rescisões de contrato a termo (férias proporcionais somadas a 1/3; 13º salário proporcional, liberação de depósito do FGTS): multa de 40% sobre o FGTS (Lei nº 8036/90); indenização adicional da Lei nº 7.238/84, se for o caso; aviso prévio proporcional, que se projeta no pacto laboral, ampliando o tempo de serviço e parcelas rescisórias para todos os fins (artigo 487, §1º da CLT combinado com artigo 7º XXI da CF/88,¹⁴⁴ regulamentado recentemente pela lei 12.506/2011, no que diz respeito à sua proporcionalidade).

É de extrema importância efetuar neste momento, o devido estudo sobre o término do contrato de trabalho.

2.6 Do término do contrato de trabalho

O pacto laboral efetuado entre empregado e empregador pode ter seu fim de diversas formas, cada qual gerando conseqüências diversas ao término da relação.

Segundo Orlando Gomes¹⁴⁵, é importante fixar o sentido das expressões que designam as formas de término do contrato de trabalho. A terminologia da doutrina e da legislação enseja divergências, o que pode prejudicar a uniformidade dos conceitos.¹⁴⁶

¹⁴³ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 514.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ GOMES; GOTTSCHALK, *Curso de direito do trabalho*, p. 343.

Nesse sentido, é importante distinguir dissolução e extinção do contrato de trabalho. Extinção do contrato se daria quando ele deixa de existir de modo normal, tendo atingido seu fim almejado e produzido todos os seus efeitos. Desse modo, a extinção somente é possível nos casos em que há prévio acordo quanto ao tempo de duração do contrato (prazo determinado) através de um termo ou condição. A relação jurídica se extingue automaticamente, por ter alcançado seu fim.¹⁴⁷

Já a dissolução do contrato de trabalho enseja toda forma de ineficácia superveniente do contrato. Isto significa que a dissolução faz cessar, para o futuro, os efeitos do contrato. O término do contrato se dá por causas supervenientes, que, se não tivessem ocorrido, o contrato perduraria normalmente. A dissolução do contrato de trabalho opera-se por três modos: resolução, rescisão ou rescisão e caducidade.¹⁴⁸

A resolução é a dissolução do pacto laboral em consequência de inexecução do contrato por uma das partes, por sua culpa ou não. Nestes casos há necessidade de pronunciamento judicial, e só se verifica quando o empregado se acha em gozo da estabilidade no emprego. Nessa hipótese, o empregador somente pode resolver o contrato mediante propositura de ação própria, mediante inquérito que comprove a inexecução culposa do contrato pelo empregado.¹⁴⁹

Ainda, a rescisão ou rescisão é a cessação dos efeitos do contrato empregatício pelas próprias partes, ou por uma delas, e independe de intervenção judicial. A rescisão pode ser tanto bilateral como unilateral. Quando são ambas as partes que querem por um fim no contrato de trabalho, celebram um outro contrato para dissolver o que os vincula, chamado distrato. Não é freqüente no direito do trabalho, e nas raras vezes que aparece, mascara transação lesiva aos interesses do empregado. Ainda, a rescisão pode ser exercida de forma discricionária por apenas uma das partes. Fala-se, nestes casos, em rescisão arbitrária, pois é imposta por um dos contratantes. Quando é realizada unilateralmente pelo empregador, chama-se despedida. Constitui o modo mais interessante de dissolução do negócio jurídico laboral, em razão das consequências jurídicas que a lei impõe à sua prática.¹⁵⁰

Por fim, o terceiro modo de dissolução dos contratos é a caducidade, que se verifica quando há o término do contrato de trabalho em consequência de um acontecimento natural.

¹⁴⁶GOMES; GOTTSCHALK, *Curso de direito do trabalho*, p. 343.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 344.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 344.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 344.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 345.

Nesses casos, a dissolução não é provocada por uma das partes ou por ambas. As hipóteses em que o contrato de trabalho caduca são: pela morte do empregado; quando a força maior impede a sua continuação; quando se verifica acontecimento futuro, a que foi subordinada sua eficácia.¹⁵¹

Para a elucidação da temática proposta, não cabe detalhar neste trabalho as outras formas de término do contrato de trabalho, que não sejam a rescisão, que, como já referido, ocorre quando o fim do pacto laboral se dá por iniciativa de uma das partes.

No caso de rescisão contratual por pedido de demissão, o contrato de trabalho extingue-se, logicamente, por iniciativa do empregado, que neste caso não terá direito de movimentar os depósitos de FGTS.¹⁵²

Sérgio Pinto Martins¹⁵³ defende a ideia de que não existe realmente um “pedido” de demissão, mas sim a comunicação do empregado de que não vai mais trabalhar. Seu entendimento é devido ao fato de que o pedido não precisa ser aceito, é ato unilateral. O empregado apenas afirma que não vai mais comparecer ao trabalho.

Apesar de bem formulada a colocação do autor, para os fins almejados no presente trabalho, se usará o termo pedido de demissão.

Na rescisão por parte do empregado, este deve avisar o empregador com antecedência mínima de 30 dias de que não pretende continuar na empresa, devendo trabalhar durante o aviso prévio, salvo liberado pelo empregador ou comprovar que já possui outro serviço, segundo a Súmula 276 do TST¹⁵⁴.¹⁵⁵

Nos casos de pedido de demissão, o trabalhador não tem direito a indenização do art. 477 da CLT, ao saque do FGTS e as guias do Seguro Desemprego. Todavia, fará jus ao 13º salário proporcional (Súmula 157 do TST¹⁵⁶), às férias vencidas e às férias proporcionais (Súmulas 171¹⁵⁷ e 261¹⁵⁸ do TST). Ainda, se o empregado trabalha a mais de um ano na

¹⁵¹GOMES; GOTTSCHALK, *Curso de direito do trabalho*, p. 345.

¹⁵²NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 1129.

¹⁵³MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 367.

¹⁵⁴ Súmula 276 do TST: “AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exige o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”.

¹⁵⁵ MARTINS, op. cit., p. 367.

¹⁵⁶ Súmula 157 do TST: Gratificação Natalina - Resolução de Contrato. A gratificação instituída pela Lei nº 4.090, de 1962, é devida na resolução contratual de iniciativa do empregado.

¹⁵⁷ Súmula 171 do TST: Dispensa do Empregado - Remuneração Proporcional das Férias – Extinção. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT).

¹⁵⁸ Súmula 261 do TST: Demissão Espontânea - Férias Proporcionalis. O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

empresa, para ser válida a demissão, deverá ser feita com assistência do sindicato ou perante o Ministério do Trabalho.¹⁵⁹

Já nos casos de dispensa do empregado, a iniciativa do término do contrato de trabalho é dada pelo empregador, podendo ser ela com ou sem justa causa.¹⁶⁰

A dispensa do empregado sem justa causa enseja o pagamento das reparações econômicas pertinentes. O empregador tem o direito potestativo de dispensar o empregado, ao qual não poderá se opor, salvo as exceções contidas na lei. Nestes casos, terá o empregado direito a aviso prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, saque do Fundo de Garantia com a multa de 40% e direito ao seguro-desemprego. Ainda, tendo o empregado mais de um ano de trabalho na empresa, neste caso também haverá necessidade de assistência da rescisão contratual pelo sindicato ou pelo Ministério do Trabalho.¹⁶¹

O ordenamento jurídico brasileiro trata somente da despedida individual, não havendo regulamentação expressa quanto à despedida coletiva no direito do trabalho, que merece, aqui, uma atenção maior. Inicialmente cabe conceituar despedida coletiva, nas palavras de Orlando Gomes, que, em 1974 já escrevia sobre o assunto:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. [...] O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.¹⁶²

Nota-se, portanto, que para uma dispensa caracterizar-se como coletiva tem de estar presentes duas premissas: o rompimento contratual de forma plural e uma causa real vinculadora. Desse modo, seriam também uma hipótese de dispensa coletiva aquelas

¹⁵⁹ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 367.

¹⁶⁰ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 1141.

¹⁶¹ MARTINS, *op. cit.*, p. 350.

¹⁶² GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa - Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974. p. 575.

dispensas realizadas não simultaneamente, mas com habitualidade, ligadas ao mesmo motivo. Essas dispensas caracterizar-se-iam então como dispensas coletivas e não individuais.¹⁶³

A dispensa individual, por si só, já deve observar o papel social do trabalho. A coletiva, então, deve ser realizada com o maior cuidado possível, pois gera conseqüências consideráveis a todo um grupo, com reflexos maiores na própria sociedade, causando um impacto bem maior do que uma dispensa individual, e, em conseqüência disso, não pode obedecer à mesma lógica e tampouco merecer o mesmo tratamento jurídico.¹⁶⁴

Foi nesse sentido a decisão emanada do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento da dispensa coletiva praticada pela EMBRAER, no ano de 2009:

DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por conseqüência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra.¹⁶⁵

A partir dessa decisão do Egrégio Tribunal, tem-se, portanto, que para a realização de dispensas coletivas é necessária negociação coletiva prévia, sob pena de nulidade do ato praticado e reintegração do empregado demitido.

Abordando agora a dispensa do empregado por justa causa, esta é a forma de rescisão contratual pela qual o empregador dispensa o empregado por cometer falta grave. A justa

¹⁶³ ROCHA, Cláudio Jannottida. *Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira*. Disponível em: <www.trt3.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2012.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo. Processo n. 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado, DF, 10 de ago de 2009. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 20 set. 2012.

causa vem a ser o procedimento incorreto do trabalhador, tipificado na lei, o qual enseja a ruptura do contrato laboral. Importante salientar a necessidade de a justa causa estar prevista na lei, existindo nesse sentido as hipóteses previstas no art. 482 da CLT, por exemplo, o qual a doutrina é praticamente unânime em dizer que é taxativo.¹⁶⁶

Enfim, para que possa haver a dispensa do empregado por justa causa, há alguns elementos que devem estar presentes: a vontade do empregado em praticar o ato faltoso, a tipificação da justa causa em lei, a gravidade do ato praticado pelo empregado a ponto de abalar a relação contratual, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a proporcionalidade entre o ato e a punição.¹⁶⁷

Ainda, nos moldes do artigo 483 da CLT, é possível a dispensa indireta do empregado, que consiste naquela derivada de um fato ocorrido no ambiente de trabalho, que torna insuportável para o empregado a continuidade da relação de trabalho. No artigo supra mencionado são elencadas as figuras de justa causa praticadas pelo empregador, que, uma vez ocorridas, permitem que o empregado ingresse com ação de dispensa indireta na Justiça do Trabalho contra o empregador. Caso a demanda seja julgada procedente, o empregado tem direito a todas as verbas rescisórias, incluindo-se o saque do Fundo de Garantia.¹⁶⁸

Por fim, no que se refere ao término do contrato de trabalho, o presente estudo se aprofundará em uma figura jurídica existente no fim do pacto laboral: o aviso prévio.

¹⁶⁶ MARTINS, *Direito do trabalho*, p. 351.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 353.

¹⁶⁸ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, p. 1141-1142.

3 DO AVISO PRÉVIO

Para o estudo do tema proposto, faz-se necessária a análise do aviso prévio previsto no inciso XXI, artigo 7º da CF/88¹⁶⁹, sendo imprescindível uma explanação acerca do significado do aviso prévio, das origens do instituto, bem como de sua previsão entre os direitos fundamentais na Constituição de 1988. Ainda, é de extrema importância analisar o cabimento, prazo e efeitos do aviso prévio no contrato de trabalho, analisando a regulamentação recente do aviso prévio proporcional pela Lei 12.506/2011, buscando a elucidação do problema proposto, ao identificar a aplicabilidade da proporcionalidade do aviso nas diferentes formas de término do contrato de trabalho.

Apesar de tal instituto já ser aplicado, a questão concernente à proporcionalidade do aviso prévio, mencionada na Carta Maior, dependia de regulamentação por lei ordinária, o que somente veio a ocorrer em 2011, a partir da Lei 12.506/2011. Sendo assim, a partir da promulgação da nova lei, pode o aviso prévio ser aplicado de forma proporcional ao tempo de serviço prestado pelo empregado, o que será detalhado posteriormente.

A palavra *aviso* é derivada do francês *aviser*, que significa notícia, informação, comunicação e *prévio* se origina do latim *praeivius*, que vem a ser o que é anterior, preliminar. Portanto, o aviso prévio é uma comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o pacto laboral sem justa causa, sob pena de pagar indenização substitutiva.¹⁷⁰

As origens do instituto do aviso prévio são encontradas no direito comum. O Código Comercial de 1850, em seu artigo 81 já dispunha que: “não se achando acordado o prazo de ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contratantes poderá dá-lo por acabado avisando o outro da sua resolução como um mês de antecipação”.¹⁷¹

Também o Código Civil de 1916, no artigo 1.221 estabeleceu que:

¹⁶⁹ Art. 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”

¹⁷⁰ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 382.

¹⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do trabalho: historia e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P.757

Não havendo prazo estipulado nem se podendo inferir na natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – Com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês ou mais. II – Com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena. III – De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.¹⁷²

Ainda, a Lei nº 62 de cinco de junho de 1935, em seu artigo 6º dispôs sobre a matéria da seguinte forma:

O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio o sujeita ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço. Parágrafo único. O empregador, ou o representando, é obrigado a fornecer imediatamente ao empregado que tiver feito o aviso prévio de que se trata este artigo, por escrito, uma declaração de haver recebido essa comunicação.¹⁷³

Nos termos dessa lei, percebe-se o caráter da obrigatoriedade do aviso prévio para o empregado, que deve oferecê-lo ao empregador quando não mais deseja permanecer no emprego, sob pena de indenização correspondente a um mês de salário. Por sua vez, deve o empregador oferecer uma declaração por escrito confirmando o recebimento do aviso, para segurança do empregado.

Posteriormente, a CLT passou a regulamentar o aviso prévio, nos artigos 487¹⁷⁴ e parágrafos.

Mas, na visão de alguns doutrinadores, parte do artigo 487, inciso I foi revogada pela Constituição Federal de 1988, eis que, para eles, não é mais possível haver aviso prévio de

¹⁷² BRASIL. *Código Civil (1916)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 set.2012.

¹⁷³ BRASIL, *Lei n. 62 de 05 de junho de 1935*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 set.2012.

¹⁷⁴ Art. 487 – Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I – 8 (oito) dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II – 30 (trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

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

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

§ 3º – Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviço.

§ 4º – É devido o aviso prévio na despedida indireta.

§ 5º - O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

§ 6º – O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

somente oito dias, independente de o empregado perceber seu salário por quinzena ou semana, pois o artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 fixou o aviso prévio mínimo de 30 dias, não podendo seu prazo ser inferior.¹⁷⁵

A posição encontra fundamento, no momento em que se analisa o caráter recíproco do aviso prévio, pois o empregador também precisa de tempo para encontrar novo funcionário. Desse modo, estando o empregado obrigado a ofertar aviso prévio de somente oito dias, a empresa seria prejudicada, pois teria pouco tempo para se organizar e contratar novo funcionário competente.

Porém, posição contrária é a de Carmen Camino, que afirma que:

sendo do empregado a denúncia do contrato (pedido de demissão), o aviso prévio em favor do empregador tem seus prazos regulados pelo artigo 487 da CLT. Nos contratos de menos de um ano e em que o empregado recebe salário por semana ou prazo inferior, o prazo de execução residual do contrato será de oito dias (inciso I). Se tratar de empregado com mais de um ano de casa, independentemente da periodicidade do pagamento dos salários, o aviso prévio em favor do empregador será sempre de 30 dias (inciso II)¹⁷⁶

A autora afirma que a interpretação de que o artigo 487 da CLT é incompatível com a Constituição Federal de 1988 é errônea. A inteligência da autora é no sentido de que a Constituição consagra direitos dos trabalhadores, e não dos empregadores. A regra dos oito dias continua em pleno vigor nos casos de aviso prévio em favor do empregador. Já no caso de despedida por parte da empresa, tem direito o trabalhador de aviso prévio de 30 dias, independentemente de receber salário por semana ou tempo inferior, pois é o que se extrai do artigo 7º, XXI da Constituição Federal.¹⁷⁷

Entende-se, aqui, acertada a opinião da autora, pois de acordo com o princípio da norma mais favorável ao empregado, o aviso prévio de oito dias ainda deve permanecer em vigor, pois no caso de pedir demissão, é mais benéfico ao empregado, que percebe salário por semana ou tempo inferior, cumprir oito dias de aviso prévio, do que ser impedido a trabalhar mais trinta dias na empresa.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Renato Rúa de. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço previsto pela lei n. 12.506 de 11.10.2011. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 75 n.10 Out. 2011. p. 1.

¹⁷⁶ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 473-474.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 474.

O aviso prévio tem natureza tríplice, sendo a primeira a de comunicar à outra parte do contrato de trabalho que já não há mais interesse na continuidade da relação. Em segundo lugar, o aviso prévio também pode ser analisado como um período mínimo determinado por lei para que a parte contrária seja avisada de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo a possibilitar que o empregador consiga novo empregado para a função, ou o empregado possa procurar um novo emprego. Em terceiro plano, diz respeito ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços efetuada durante o restante do contrato de trabalho, ou à indenização substitutiva em caso do não cumprimento do aviso prévio por uma das partes.¹⁷⁸

Consiste o aviso prévio em uma declaração unilateral de vontade, eis que a parte contrária não pode se opor. Do mesmo modo, considera-se o aviso prévio uma limitação ao poder de despedir do empregador, que deve concedê-lo, sob pena da indenização substitutiva, e também como uma limitação para que o empregado não abandone abruptamente a empresa, deixando o empregador com deficiência de um funcionário para desenvolver determinado serviço.¹⁷⁹

Ainda, o aviso prévio é direito irrenunciável do empregado, eis que é Direito Fundamental previsto no artigo 7º, inciso XXI da CF/88, o que merece um estudo mais detalhado.

3.1 O aviso prévio como direito fundamental previsto na CF/1988

A Constituição de 1988 é um relevante marco para a afirmação dos direitos sociais no Brasil, tendo afirmado sério compromisso com a evolução da sociedade. Entre esses direitos sociais, está o direito do trabalhador ao aviso prévio, de, no mínimo, trinta dias. A primeira dificuldade a ser enfrentada é a de se valorar o direito social como um direito humano fundamental. De acordo com a Teoria Crítica dos Direitos Humanos¹⁸⁰, estes são frutos de uma luta de determinada coletividade em determinado tempo, ou seja, são produtos culturais que constroem o caminho para a dignidade.

¹⁷⁸ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 382.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 382-383.

¹⁸⁰ HERRERA FLORES, Joaquin. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61

O instituto do aviso prévio é trazido pela Constituição Federal de 1988 entre os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II da referida Carta Magna, sendo que este capítulo dispõe sobre Direitos e Garantias Fundamentais. Portanto, optou o legislador pela inclusão dos direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais, assegurando-os a todos os trabalhadores, tendo, estes direitos, aplicação imediata.

Ainda, quanto aos direitos sociais, Alexandre de Moraes os define da seguinte forma:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁸¹

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 elevaram os Direitos Sociais ao nível de Direitos Humanos, de vigência universal, independentemente de reconhecidos pelas constituições, pois dizem respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁸²

Portanto, devido à sua localização na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar o aviso prévio como um direito fundamental do trabalhador, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois visa proteger o empregado da dispensa imotivada no contrato de trabalho.

Por ser direito fundamental, o aviso prévio tem aplicabilidade imediata, inclusive frente ao particular. Ora, na maioria das relações de trabalho, é um particular que exerce relação de poder frente ao empregado, estando no pólo passivo de um direito fundamental, devendo ele respeitar esse direito.

Ainda, estando elencado nessa esfera, recebe classificação de cláusula pétrea na Constituição Federal, não podendo ser objeto de Emenda Constitucional.

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁸² RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Os direitos sociais: direitos humanos e fundamentais*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>.> Acesso em> 20 set. 2012.

3.2 Cabimento, prazo e efeitos do aviso prévio

No presente momento far-se-á um estudo sobre como o instituto do Aviso Prévio se desenvolve no Direito do Trabalho, pois para o devido entendimento sobre o assunto, é necessário analisar seu cabimento, prazo e efeitos.

3.2.1 Cabimento

De regra, o aviso prévio cabe nos contratos por prazo indeterminado, nos moldes do artigo 487 da CLT. Havendo prazo acordado entre as partes para a cessação do contrato de trabalho não haveria o que se falar em aviso prévio, pois as partes já sabem quando vai ocorrer o término do pacto laboral.¹⁸³

Tanto empregado como empregador tem o dever de avisar a parte contrária de seu interesse em por fim á relação contratual, assim, tanto o empregado que pede demissão como o empregador que dispensa o empregado deverão ofertar aviso prévio à outra parte.¹⁸⁴

Ademais, o aviso prévio tem cabimento na rescisão de contrato de trabalho sem justa causa. Havendo dispensa por justa causa, o contrato de trabalho termina de imediato, inexistindo direito ao aviso prévio. Se, por acaso, o empregador conceder aviso prévio na dispensa por justa causa, presume-se que a mesma foi imotivada. Porém, na despedida indireta, apesar de ocorrer a justa causa por falta grave do empregador, o aviso prévio é devido. Isso ocorre, pois, antigamente, o TST entendia, por meio da Súmula 31¹⁸⁵, de que não era devido o aviso prévio em caso de despedida indireta. Então, começou a se questionar o fato de que quem dá justa causa à despedida indireta não é o empregado e sim o empregador, que se via prejudicado, pois não recebia a indenização substitutiva referente ao aviso prévio, eis que se considerava indevido. A Lei nº 7.108/83 corrigiu esta situação, acrescentando o §4º

¹⁸³ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 383.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 382.

¹⁸⁵ Súmula n. 31 do TST: É incabível o aviso prévio na despedida indireta. Cancelado - Res. 31/1994, DJ 12.05.1994 - Cancelamento Mantido - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

ao artigo 487 da CLT, o qual determina ser devido o aviso prévio na despedida indireta, e a Súmula 31 do TST foi cancelada.¹⁸⁶

3.2.2 Prazo

O artigo 487 da CLT prevê dois prazos de aviso prévio, levando em consideração o tempo de pagamento do salário. O primeiro é de oito dias, caso o pagamento seja efetuado por semana ou tempo inferior, e o segundo é o de 30 dias, destinado aos que percebem o salário por quinzena ou mês ou, ainda, que tenham mais de 12 meses de serviço na empresa.¹⁸⁷

Como já explanado anteriormente, há divisão na doutrina no que diz respeito à manutenção da aplicação do aviso prévio de oito dias nos contratos de trabalho em que o salário é pago por semana ou tempo inferior, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como já afirmado, entende-se de mais valia a interpretação mais favorável ao empregado, qual seja, de manutenção do aviso prévio de oito dias no caso de o empregado pedir demissão do emprego.

Mas, para saber contar o prazo do aviso prévio, é necessário saber o dia a iniciar a contagem do mesmo. Não importa o fato de o aviso ser dado no início ou no término do expediente, pois, nos termos da Súmula 380 do TST¹⁸⁸, o aviso prévio inicia sua contagem a partir do dia seguinte à sua dação, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o dia do vencimento.¹⁸⁹

Já no tocante à proporcionalidade do aviso prévio citado neste mesmo inciso do artigo 7º da Constituição Federal, para ser aplicada, teria de ser regulamentado através de lei ordinária, eis que essa parte do inciso não é auto aplicável.

Nesse sentido era a Súmula nº 06 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, que dispunha: “A norma do art. 7º-, inciso XXI da Constituição Federal não é auto-aplicável, no que concerne ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.”¹⁹⁰

¹⁸⁶ MARTINS, op. cit., p. 382.

¹⁸⁷ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 385

¹⁸⁸ Súmula n. 380 do TST: “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.”

¹⁸⁹ CARDOSO, Jair Aparecido. Aviso prévio e os reflexos da Lei 12.506/2011. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, ano 28 n. 336, Dez. 2011, p. 55.

¹⁹⁰ Súmula n. 06 do TRT da 4ª região. Disponível em: <www.trt4.jus.br> Acesso em: 10 out. 2012.

Essa súmula foi importante para elucidar a questão antes da promulgação da Lei 12.506/2012. Após essa regulamentação do aviso prévio proporcional, a Súmula 06 do TRT 4 foi cancelada pela Resolução Administrativa nº 11/2012 do próprio Tribunal, pois agora, após a nova lei, a proporcionalidade do aviso prévio prevista na Constituição Federal é aplicável.

3.2.3 Efeitos

O aviso prévio surte diversos efeitos no contrato de trabalho. Um deles é o fato de que o tempo de serviço irá integrar o contrato de trabalho para todos os fins, incluindo-se para os cálculos de férias e 13º salário proporcional em razão da projeção do aviso prévio. O pacto laboral não termina no momento em que é oferecido por uma das partes o aviso prévio, mas sim depois de expirado seu prazo, que se integra ao tempo total de serviço do empregado. Inclusive no aviso prévio indenizado, o tempo de serviço do empregado abrange o aviso prévio, caso este tivesse sido cumprido, devendo esta data ser anotada na CTPS como data da saída do trabalho, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 82¹⁹¹ da SDI1 do TST.¹⁹²

Integrando o aviso prévio o contrato de trabalho para todos os efeitos, tem-se que, se surgir norma coletiva reajustando o salário durante o decorrer do prazo do aviso, o empregado será beneficiado. Outra consequência desta integração é o cômputo do tempo do aviso prévio para efeito de indenização adicional de que trata o artigo 9º da Lei 7.238/84. Haverá o cômputo do respectivo prazo para efeito de se verificar se o empregado foi demitido nos 30 dias anteriores à data-base da categoria, mesmo que o aviso tenha sido indenizado. Tendo sido verificado que a dispensa ocorreu dentro destes 30 dias, terá o empregado direito à indenização de um salário mensal, questão tratada na Súmula 182¹⁹³ do TST.¹⁹⁴

Ainda, a falta de aviso prévio por parte do empregador ao empregado, dá direito a este aos salários respectivos ao tempo do aviso, situação prevista no §1º do artigo 487 da CLT. Por outro lado, a falta de aviso prévio do empregado ao empregador dá a este o direito de descontar o saldo de salários correspondente ao prazo do aviso, de acordo com o §2º do artigo

¹⁹¹ OJ n. 82 da SDI1 do TST: “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.”

¹⁹² MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 386-387.

¹⁹³ Súmula n. 182 do TST: “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.”

¹⁹⁴ MARTINS, op. cit., p. 387.

487 da CLT. Frisa-se que o empregador somente pode descontar o salário do período em que seria cumprido o aviso prévio, e não valores respectivos a férias.¹⁹⁵

Outro efeito decorrente do aviso prévio condiz com a possibilidade de o empregado procurar outro emprego. Nesse sentido, o artigo 488 da CLT estabelece que, no caso de aviso prévio dado pelo empregador ao empregado, o horário de trabalho será reduzido. Somente é desta maneira quando o aviso prévio é ofertado pelo empregador, pois quando o empregado pede desligamento da empresa, entende-se que já possui novo emprego. Portanto, o empregado demitido tem seu horário de trabalho reduzido durante o tempo de aviso prévio, podendo essa redução ser de 2 horas diárias, conforme estabelece o artigo 488 da CLT, ou o direito de faltar sete dias corridos sem prejuízo de sua remuneração, de acordo com o Parágrafo Único do mesmo artigo, acrescentado pela Lei nº 7093 de 1983. Caso o empregador não conceda a redução de horário no tempo do aviso prévio, entende-se que sequer o aviso prévio foi concedido, pois não se possibilitou ao empregado a busca a um novo emprego. Tendo isso ocorrido, o empregador deve conceder ou indenizar outro aviso prévio. Nesse sentido versa a Súmula 230 do TST¹⁹⁶, que deixa claro a ilegalidade de substituir essa redução de jornada pelo pagamento das horas que seriam reduzidas. Não pode, portanto, o empregador não conceder a redução de jornada, e pagar duas horas extras diárias por dia, caso em que seria devido novo aviso prévio ao empregado.¹⁹⁷

E por fim, um efeito do aviso prévio que se constata é o de que, devido à integração do mesmo ao contrato de trabalho, se durante seu cumprimento sobrevier causa que enseje estabilidade ao empregado, tem ele direito a tal garantia. Tendo o aviso prévio a intenção de que o empregado procure novo emprego, gozando ele de estabilidade na época do cumprimento do prazo do aviso, não tem interesse em procurar novo emprego, eis que está acobertado por essa garantia.¹⁹⁸

Diante do exposto percebe-se a imensa gama de efeitos que surtem do aviso prévio, o qual integra o contrato de trabalho para todos os fins. A seguir, será estudada a necessidade de regulamentação do aviso prévio, eis que a Lei Maior prevê a regulamentação de sua proporcionalidade, o que antes de 2011 não havia ocorrido.

¹⁹⁵ NASCIMENTO. *Curso de Direito do trabalho: historia e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 759.

¹⁹⁶ Súmula n. 230 do TST: É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

¹⁹⁷ MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 387-388.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 389.

3.3 Da necessidade de regulamentação do aviso prévio

No texto constitucional do artigo 7º, inciso XXI, o aviso prévio é previsto com o prazo mínimo de 30 dias, havendo a previsão de ele ser proporcional. Porém, a proporcionalidade do aviso prévio deveria ser objeto de lei ordinária para ser aplicada.

Por outro lado, Carmem Camino contraria a posição de que seja necessária lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, afirmando que esse artigo tem eficácia imediata, se não pelo legislador, pelo julgador. A autora ressalta que, em vários julgamentos de dissídios coletivos, o TRT da 4ª região chegou a consolidar jurisprudência em favor da proporcionalidade do aviso prévio, em razão de cinco dias por ano ou fração igual ou superior a seis meses, até o limite de sessenta dias.¹⁹⁹

Na visão da autora, quando o legislador se omite, cabe ao julgador aplicar os preceitos normativos constitucionais, bastando a previsão do aviso prévio proporcional na Constituição Federal, para que se possa aplicá-la.

Porém, o TST não compartilha tal entendimento, considerando necessária Lei regulamentadora do instituto do aviso prévio proporcional, posição que parece ser a mais correta, eis que o inciso XXI do art. 7º da CF/1988 condiciona a aplicação do aviso prévio proporcional aos “termos da lei”.

Nesse sentido, um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovado pelo Senado o projeto de Lei 3.941/89, que visava a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Foi enviado, em seguida, para a Câmara dos Deputados, onde tramitou alguns anos, mas ficou praticamente paralisado entre 1995 e 2011, quando finalmente foi aprovado.²⁰⁰

Embora não houvesse lei que regulamentasse o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, diversas ações tramitavam na Justiça do Trabalho reivindicando este direito. Em decorrência disso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a OJ-SDI-1²⁰¹ nº 84, que dispõe: “Aviso prévio. Proporcionalidade (inserida em 28.04.1997). A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o

¹⁹⁹ CAMINO, *Direito Individual do Trabalho*, p. 478-480.

²⁰⁰ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. Ano 28, n.334, out. 2011, p.78-79.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 184 da SDI1. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em 15 Out. 2012. (Cancelada)

art. 7º, inc.XXI, da CF/88 não é autoaplicável”.²⁰² (Orientação Jurisprudencial cancelada pela resolução 186/2012 do TST, visto que agora, após regulamentação, o aviso prévio proporcional é aplicado.)

Desse modo, a omissão legislativa no trato da matéria acabou sendo levada ao Supremo Tribunal Federal, através de mandados de Injunção. O Mandado de Injunção está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso nº 71 (LVXXI), que afirma “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.²⁰³

Portanto, cabe Mandado de Injunção nos casos de omissão legislativa que prejudique o exercício de direitos constitucionais, como no caso do aviso prévio proporcional, que desde 1989 estava com seu projeto de lei em tramitação.

Enquanto permanecia a omissão legislativa, foram ajuizados quatro Mandados de Injunção (MI 943, 1010, 1074 e 1090), por trabalhadores que reclamavam seu direito ao aviso prévio proporcional previsto na Constituição Federal. Ao apreciar esses Mandados de Injunção concernentes ao aviso prévio proporcional, o Supremo Tribunal, relator Gilmar Ferreira Mendes (DJe 22.6.11), reconheceu a mora legislativa e julgou procedente os pedidos, em consenso com os demais Ministros. Durante o julgamento, o STF sinalizou que iria adotar uma regra aos casos concretos submetidos à sua apreciação, como forma de estimular o Congresso Nacional a editar a norma regulamentadora.²⁰⁴

Diante dessa posição da Suprema Corte, o legislativo, então, acabou cumprindo o seu papel, tendo como resultado a Lei 12.506, de 11/10/2011, DOU 13/10/2011²⁰⁵, cujos efeitos e principais modificações serão detalhados a seguir.

Então, a Lei 12.506 de 11.10.2011 regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Como já dito, o texto constitucional apenas mencionava o tempo mínimo do aviso prévio, qual seja, trinta dias, conforme o disposto no inciso XXI do artigo 7º da CF/88. No concernente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, caberia então ao Poder legislativo a sua instituição por lei, o que somente ocorreu no ano de 2011.²⁰⁶

²⁰² FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional – Lei N. 12.506 de 11.10.2011 – Sua aplicação. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 75 n. 11. Nov. 2011. p. 1.

²⁰³ BRASIL, *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 Out. 2012.

²⁰⁴ FERRARI; MARTINS, *Aviso prévio proporcional – Lei N. 12.506 de 11.10.2011 – Sua aplicação*, p. 1.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

Surpreendente e alvo de críticas foi o fato de um projeto de lei de apenas dois artigos demorar tanto tempo para ser votado em uma casa legislativa, sendo que o tema somente entrou em pauta de votações na Câmara após pressão do Judiciário.²⁰⁷

3.4 Do aviso prévio proporcional – Lei 12.506/2011

Como já referido, após anos de omissão legislativa no tocante à proporcionalidade do aviso prévio por tempo de serviço, eis que em 11/10/2011 é editada a Lei 12.506/2011 que regulamenta esse assunto, causando mudanças no instituto do aviso prévio. Portanto, essa lei merece ser estudada detalhadamente, para poder se compreender as modificações resultantes de sua publicação.

3.4.1 Considerações gerais

Como já mencionado, o aviso prévio proporcional já continha previsão na Constituição Federal de 1988, porém, dependendo de Lei Ordinária para que tal proporcionalidade fosse aplicada. A partir então, da edição da Lei 12.506/2011, a proporcionalidade do aviso prévio obteve aplicabilidade, nos seguintes termos:

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.²⁰⁸

²⁰⁷ FILHO, *Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, p. 79.

²⁰⁸ BRASIL, Lei n.12.506/2011. *Dispõe sobre o aviso prévio*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 24 set. 2012.

É de se notar que a nova legislação não revogou a Consolidação das Leis do Trabalho, apenas destacando os novos prazos para a aplicação do aviso prévio.²⁰⁹

Nos termos da referida lei, aumentou-se, portanto, para 90 dias o prazo máximo do aviso prévio, sendo que os empregados com até um ano de serviço fazem jus ao prazo mínimo, qual seja, 30 dias, e os trabalhadores com mais de um ano de trabalho na mesma empresa tem acrescentado três dias ao aviso prévio, a cada ano trabalhado.

Tais disposições aplicam-se a trabalhadores urbanos e rurais, apesar de não referido na norma, pois o caput do artigo 7º da CF/88, que prevê o aviso prévio, trata de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.²¹⁰

Porém, o aviso prévio proporcional não se estende ao empregado doméstico, devido ao texto da Lei 12.506 /2011 fazer referência, em seu artigo 1º, ao “aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943”. Ainda, a Lei usa a frase de que “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contém até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”.²¹¹

Desse modo, não é possível a aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço aos empregados domésticos, eis que a CLT citada na Lei 12.506 não se aplica a eles, bem como o texto da Lei se refere à empresa, e empregado doméstico trabalha em âmbito familiar.

Um ponto extremamente importante a se tratar é de que a Lei 12.506/2011 é de extrema simplicidade, não tendo abordado diversos pontos, o que geraram e ainda gerarão no futuro diversos questionamentos.²¹²

Um assunto que pode gerar, e pode-se dizer que já gerou debate, é o momento do início da contagem dos três dias acrescidos a cada ano trabalhado.

O parágrafo único do art. 1º assegura a proporção ao aviso prévio à base de três dias por cada ano de trabalho prestado pelo empregado à mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias. Cotejando-se o artigo primeiro da Lei 12.506/2011, e o disposto no artigo 7º, XXI da Constituição Federal de 1988, o correto a se entender é que a

²⁰⁹ CARDOSO, *Aviso prévio e os reflexos da Lei 12.506/2011*, p. 53.

²¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 76, n.01, Jan. 2012, p. 2.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² PRETTI, Gleibe. *O novo aviso prévio: de acordo com a lei nº 12.506/2011*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 9.

proporção de três dias deve ser computada a partir do primeiro ano completo de trabalho, ou seja, não se deve esperar o implemento de dois anos para o cômputo dos primeiros três dias da proporcionalidade do aviso prévio.²¹³

Gustavo Filipe Barbosa Garcia ensina que:

Ou seja, o empregado com 11 meses de serviço tem direito ao aviso prévio de 30 dias, por estar inserido na hipótese de ‘até um ano de serviço’ (art. 1º, caput). Nessa linha de entendimento, ao ultrapassar os 12 meses iniciais de serviço, o empregado passa a ter direito ao aviso prévio de 33 dias (parágrafo único). Ou seja, a partir de (após) 12 meses de serviço, até dois anos, o aviso prévio devido (em caso de dispensa sem justa causa ou despedida indireta) é de 33 dias.²¹⁴

Este entendimento é o que tem sido aplicado às rescisões de contrato de trabalho, bastando simplesmente a passagem de 12 meses de serviço, para ser aplicada a proporcionalidade de três dias ao aviso prévio.

Porém, entendimento contrário vinha sendo aplicado em razão do Memorando Circular nº 10/2011 do Ministério do Trabalho, que em seu item 5²¹⁵, afirmava que, para a aplicação de mais três dias de aviso prévio, era necessário que a prestação de serviços do empregado preenchesse o lapso temporal de dois anos.

Apesar desse entendimento inicial, a Nota Técnica nº 184 de 2012 do Ministério do Trabalho alterou tal interpretação, afirmando que basta um ano de prestação de serviços a uma mesma empresa para o empregado ter direito ao acréscimo de três dias ao aviso prévio proporcional, posicionamento que parece ser o correto, pois a Lei 12.506/2011, em sua redação, afirma ser direito do trabalhador com **até um ano de serviço** o aviso prévio proporcional de 30 dias, devendo ser acrescidos três dias ao aviso prévio para cada ano trabalhado na mesma empresa. Portanto, entende-se que a interpretação adequada à nova Lei é no sentido de que, tendo o empregado completado um ano de serviço na mesma empresa, já possui ele direito ao acréscimo de três dias ao aviso prévio.

²¹³ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE, Neire Dias Ferreira. O aviso prévio e sua proporcionalidade. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, n.338, ano 29, fev. 2012. p. 25.

²¹⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Lei nº 12.506/2011 – Aviso Prévio Proporcional. *Jornal Trabalhista Consulex*, n.1405, ano XXVII, dez. 2011, p. 6.

²¹⁵ Memorando Circular nº 10 de 2011, Item 5: “O aviso prévio proporcional terá uma variação de 30 a 90 dias, dependendo do tempo de serviço na empresa. Dessa forma, todos terão no mínimo 30 dias durante o primeiro ano de trabalho, somando a cada ano mais três dias, devendo ser considerada a projeção do aviso prévio para todos os efeitos. Assim, o acréscimo de que trata o parágrafo único da lei, somente será computado **a partir do momento em que se configure uma relação contratual de dois anos ao mesmo empregador.**” Grifo do autor. Disponível em: <www.mte.gov.br> Acesso em: 29 set. 2012.

Outro ponto que pode gerar debate é a manutenção do direito à redução da jornada de trabalho durante o cumprimento do aviso. Como já referido, no aviso prévio anterior à Lei 12.506/2011, o empregado demitido possuía direito a optar por folgar sete dias corridos ou ter sua jornada de trabalho reduzida duas horas diárias. A dúvida que surge agora se refere à extensão deste direito no período de cumprimento do aviso prévio proporcional, pois a Lei 12.506/2011 silencia sobre a quantidade de dias aos quais o empregado poderia folgar no cumprimento do aviso prévio, ou quantos dias o empregado poderá ter reduzidas duas horas de sua jornada de trabalho.²¹⁶

Para solucionar esta dúvida deve-se observar o artigo 488 da CLT. O que parece mais concernente é a redução do horário de trabalho ser de apenas duas horas diárias durante 30 dias, podendo o empregado faltar sete dias corridos, se quiser. A redução de duas horas diárias não dura, por exemplo, os 90 dias do aviso prévio, justamente porque o trabalhador que está na empresa a mais de 20 anos já terá 90 dias para procurar novo emprego. A CLT não foi idealizada de modo a permitir a redução do horário de trabalho no caso de o aviso prévio ser superior a 30 dias, sendo, que para isso ocorrer, haveria necessidade da Lei 12.506/2011 ter alterado a CLT.²¹⁷

Ainda, por mais que em seu texto constasse que a Lei 12.506/2011 entra em vigor na data de sua publicação, a vigência da referida lei também está sendo margem de questionamentos.

A regra básica em matéria de direito intertemporal é a da irretroatividade da lei ou respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, em decorrência do princípio da segurança jurídica, sendo uma garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVI da CF/1988, da qual não se pode subtrair nenhum ramo do Direito, salvo a exceção prevista na própria Constituição, relativa à lei penal mais benéfica, que se aplica a fatos pretéritos.²¹⁸

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 441, que contém a seguinte redação:

²¹⁶ PRETTI, *O novo aviso prévio: de acordo com a lei nº 12.506/2011*. p. 10.

²¹⁷ MARTINS, *Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, p. 04.

²¹⁸ MALLETT, Estêvão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, n.10, ano 75, out. 2011. p. 1-3.

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 2011.²¹⁹

Tal súmula veio em boa hora, para evitar as discussões trazidas acerca da vigência da Lei 12.506/2011, devendo se interpretar essa questão de forma simples, considerando-se que a nova lei do aviso prévio não pode ser aplicada a termos de contrato de trabalho já ocorridos, e demandas trabalhistas já julgadas, antes da data de publicação da lei. Todavia, contratos de trabalho já iniciados na data da publicação da Lei 12.506/2011 recebem aplicação da nova lei, eis que ainda não haviam sido extintos na data em que a lei entrou em vigor.

Por fim, o tema que gerou bastante, e pode-se dizer a mais importante, discussão em decorrência da Lei 12.506, é a da possibilidade de se aplicar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço nos casos de término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado. Tema este, que é objeto do presente trabalho e será estudado, a seguir, de forma aprofundada.

3.4.2 Da aplicabilidade do aviso prévio proporcional no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

O art. 487 da CLT, em seus parágrafos 1º e 2º, leva o aviso prévio à obediência do princípio da reciprocidade, ou seja, tanto tem direito o trabalhador a receber um pré-aviso da intenção de rescindir o contrato, quanto o empregador possui direito de ser avisado previamente da vontade do trabalhador em deixar o trabalho.²²⁰

Nesse sentido, como já referido no presente trabalho, a falta de aviso prévio por uma das partes, gera direito à outra à indenização substitutiva. Portanto, o aviso prévio é bilateral e constitui obrigação de cada parte em pré-avisar a outra sobre a vontade de por fim ao pacto laboral.²²¹

Devido a esse princípio da reciprocidade do aviso prévio, é que surgiram discussões a cerca da obrigatoriedade ou não, de, no caso de pedido de demissão, o empregado cumprir aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Com o advento da Lei 12.506/2011,

²¹⁹ Súmula 441 do TST. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 11 out. 2011.

²²⁰ FERRARI; MARTINS, *Aviso prévio proporcional – Lei N. 12.506 de 11.10.2011* – Sua aplicação, p. 2-3.

²²¹ *Ibidem*, p. 3.

juntamente com o interesse dos empregados ao aviso prévio proporcional, surgiu o interesse das empresas a aplicar tal proporcionalidade. Tal interesse se justifica pelo fato de, caso um empregado com mais de um ano de serviço venha a pedir demissão do cargo, é mais favorável à empresa que este cumpra o aviso prévio proporcional ao tempo trabalhado, pois assim o empregador terá mais tempo de encontrar novo funcionário. Ainda, geralmente, os empregados que pedem demissão o fazem por já ter novo emprego em vista, e não cumpririam o excedente aos 30 dias, tendo que indenizar o restante à empresa.

Porém, este princípio, o da reciprocidade, em face da Lei 12.506/2011 passa a ser aplicado tão somente em relação ao aviso prévio de 30 dias, já que o proporcional se direciona ao empregado, por desenvolver seus serviços durante certo tempo a um mesmo empregador. Se o legislador tivesse a intenção de aplicar o princípio da reciprocidade ao empregador, na referida lei, teria que acrescentar um dispositivo assegurando igual tratamento, qual seja, para cada ano de serviço, o empregador teria direito de exigir do trabalhador três dias de permanência no emprego.²²²

Essa interpretação, em primeiro lugar, justifica-se pelos próprios termos da Lei 12.506/2011, que em seu artigo 1º prescreve que o aviso prévio “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados”, nada falando que também será concedido aos empregadores, no caso do empregado demitir-se do serviço.²²³

Em segundo lugar, essa é a interpretação adequada, conforme a Constituição Federal de 1988, que inclui o aviso prévio como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Sendo assim, a partir da CF/1988, o aviso prévio é previsto em favor do empregado, rompendo-se a igualdade recíproca, de natureza civilista, que se encontrava no artigo 487 da CLT.²²⁴

Ademais, como já abordado anteriormente, o aviso prévio trata-se de direito fundamental, que à luz do artigo 5º, §1º da Carta Maior, tem aplicação imediata.

Sobre o assunto João Augusto da Palma dispõe que:

²²² FERRARI; MARTINS, *Aviso prévio proporcional – Lei N. 12.506 de 11.10.2011* – Sua aplicação, p. 3.

²²³ ALMEIDA, *Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço previsto pela lei n. 12.506 de 11.10.2011. Revista Legislação do Trabalho*, p. 1.

²²⁴ *Ibidem*.

Ao conceder o seu aviso prévio ao empregador, normalmente ao pedir demissão, o empregado não deverá se preocupar com o seu tempo de serviço naquele emprego porque a proporcionalidade do aviso não diz respeito a sua obrigação; a Lei nova não se dirige à obrigação do empregado, mas a do empregador. Desta maneira, o aviso prévio dado pelo empregado deve durar os 30 dias corridos, ou seja, contando-se domingos e feriados e demais dias sem trabalho na empresa, porque o texto da Constituição Federal estabelece 'no mínimo' esta quantidade de dias; para o empregado conceder o prazo é, ao mesmo tempo, mínimo e máximo (único, pois).²²⁵

No mesmo sentido, o Ministério do Trabalho publicou a nota técnica nº 184 de 2012, que dentre outras questões, dispôs sobre a aplicabilidade do aviso prévio, afirmando a necessidade de tal pronunciamento devido à grande demanda de pedidos de esclarecimento quanto aos procedimentos a serem adotados por empregados e empregadores nas rescisões do contrato de trabalho. Manifestou-se nas seguintes palavras:

[...] Com base no art. 7º, XXI da Constituição Federal, entendemos que o aviso proporcional é aplicado somente em benefício ao empregado. O entendimento acima se fundamenta no fato de que durante o trâmite do projeto de lei, fica evidenciado o intuito do poder legiferante em regular o disposto no referido dispositivo. Ora, o dispositivo citado é **voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos e domésticos**. Ademais, o art. 1º da Lei 12.506/11, é de clareza solar e não permite margem a interpretação adversa, uma vez que diz que será concedido a proporção aos empregados [...]²²⁶Grifo do autor.

Apesar de mera nota técnica, sem força de lei, fica evidenciado o entendimento do Ministério do Trabalho à não aplicabilidade do aviso prévio proporcional em benefício ao empregador. Desse modo, entende-se que a partir desse pronunciamento, é dessa maneira que tendem a serem decididas as demandas trabalhistas que versem sobre esse assunto.

Enfim, entende-se que a melhor interpretação do aviso prévio proporcional no término de contrato de trabalho por iniciativa do empregado é a de que não se pode aplicar o aviso prévio proporcional nesse sentido, eis que direito fundamental do trabalhador, e, se assim fosse aplicado, deixaria de ser um direito para ser um encargo a ser cumprido pelo empregado. Porém, devido às discussões trazidas pela nova legislação no tocante ao aviso prévio, o primeiro palco destas discussões deverá ser o Poder Judiciário, que possivelmente receberá inúmeras ações versando sobre o assunto.

²²⁵ PALMA, João Augusto da. *Como praticar os novos avisos prévios*. São Paulo: LTr. p. 33-34.

²²⁶ Nota técnica nº 184 de 2012/CGRT/SRT/MTE Disponível em: <portal.mte.gov.br> Acesso em: 29 set. 2012.

CONCLUSÃO

O estudo concluído buscou verificar a possibilidade ou não de se aplicar o aviso prévio proporcional nos termos de contrato de trabalho por iniciativa do empregado. Tal proporcionalidade, apesar de ser prevista na Constituição de 1988, somente pôde ser plenamente aplicada a partir da Lei 12.506/2011, que regulamentou o instituto do aviso prévio.

O aviso prévio é prevista na Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, inciso XXI, elencando-o entre os direitos fundamentais dos trabalhadores. A previsão contida na Carta Maior refere que é direito dos trabalhadores “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Como se percebe, o legislador Constituinte condicionou a aplicabilidade do aviso prévio proporcional à regulamentação do tema por Lei Ordinária, que se nota pelas palavras “nos termos da lei”. No texto Constitucional somente fixou o prazo mínimo do aviso prévio, cabendo, então, à legislação posterior a regulamentação do instituto.

Nesse sentido, após anos tramitando na Câmara de Deputados, foi aprovado o projeto de Lei 3.941/89, que tinha por objeto a regulamentação do aviso prévio proporcional, dando origem à Lei 12.506/2011 que veio para possibilitar a aplicação desse instituto, bem como para estabelecer a forma da contagem dos prazos, a aplicabilidade e demais questões atinentes ao aviso prévio proporcional.

A partir da nova lei, o prazo do aviso prévio foi fixado em, no mínimo 30 dias, acrescidos três dias a cada ano trabalhado pelo funcionário em uma mesma empresa, podendo perfazer um total de 90 dias.

Ocorre que, a referida lei é de extrema simplicidade, causando diversos debates quanto à aplicação do aviso prévio proporcional. A partir de sua publicação, surgiram inúmeras dúvidas e demandas trabalhistas versando sobre assuntos não abordados pela lei.

Um destes pontos controversos oriundos da Lei 12.506/2011 é a aplicabilidade do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço nos diversos casos de término do contrato de trabalho, pois a lei não menciona tais hipóteses. Muitas pessoas começaram a utilizar o aviso

prévio proporcional nos pedidos de demissão por parte do empregado, e então começou o questionamento se isso seria amparado pela nova Lei.

Esse questionamento se fundamentou no princípio da reciprocidade do aviso prévio, previsto no artigo 487 da CLT, o qual significa que o aviso prévio tanto é devido pelo trabalhador que pretende rescindir o contrato, quanto pelo empregador que não necessita mais dos serviços do empregado, sob pena de indenização substitutiva.

Mas a questão não é tão simples, e para se chegar a uma resposta foi necessária uma análise desde a Constituição Federal de 1988. O entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é de que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço não se aplica aos termos de contrato de trabalho por iniciativa do empregado. Entendimento esse, que se entende o adequado, fundamentado por vários fatores.

Um deles é o fato, já comentado anteriormente, de o aviso prévio estar previsto entre o rol de direitos fundamentais do empregado, sendo, assim, direito do trabalhador e não da empresa. Outro ponto é o de que, sendo o aviso prévio um direito do empregado para controle da despedida arbitrária, não haveria motivos para prolongar o aviso no pedido de demissão, eis que se presume que o empregado tenha novo emprego, e se pediu demissão, é porque não deseja mais trabalhar naquele local. Portanto, se exigido o cumprimento do aviso prévio proporcional nos pedidos de demissão, seria um fardo para o trabalhador, e não um direito.

Foi nesse sentido que o Ministério do Trabalho editou a Nota Técnica n. 185 de 2012, que dentre outros esclarecimentos quanto ao aviso prévio proporcional, evidenciou o entendimento do referido órgão à não aplicabilidade do aviso prévio proporcional em benefício ao empregador.

Essa nota técnica demonstrou, portanto, o entendimento do órgão fiscalizador das relações de trabalho, sendo de grande pesar nas demandas trabalhistas que versem sobre o assunto.

Sendo assim, o adequado é interpretar-se o aviso prévio proporcional apenas em benefício ao empregado, aplicando-se o princípio da reciprocidade do aviso prévio somente no prazo mínimo do aviso, qual seja, 30 dias.

Portanto, após o presente estudo, pelos termos da própria lei e pela interpretação de acordo com a previsão constitucional do aviso prévio entre os direitos fundamentais do empregado, entende-se que o aviso prévio proporcional configura direito exclusivo do

trabalhador em face da despedida arbitrária, não se aplicando em favor do empregador no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

Porém, possivelmente haverá, ainda, diversas demandas trabalhistas versando sobre a aplicabilidade do aviso prévio proporcional no término do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, cabendo ao judiciário aplicar a lei de forma adequada a garantir os direitos do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço previsto pela lei n. 12.506 de 11.10.2011. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 7,5 n.10, Out. 2011.

BRASIL, *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 17 Jul. 2012

BRASIL. *Código Civil (1916)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em:<www.planalto.gov.br> Acesso em: 19 Jul. 2012.

BRASIL. Decreto Lei n.5.452, de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 25 Jun. 2012.

BRASIL.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*. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 20 set.2012.

BRASIL, Lei n. 5.859 de 11 de Dezembro de 1972. *Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico*. Disponível em:<www.planalto.gov.br> Acesso em: 23 jul. 2012.

BRASIL, Lei n.12.506 de 11 de Outubro de 2011.*Dispõe sobre o aviso prévio*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo. *Processo n. 30900-12.2009.5.15.0000*. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado, DF, 10 de ago. de 2009. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 20 set. 2012.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CARDOSO, Jair Aparecido. Aviso prévio e os reflexos da Lei 12.506/2011. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, ano 28, n. 336, Dez. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10.ed. São Paulo: Ltr, 2011.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Aviso prévio proporcional – Lei N. 12.506 de 11.10.2011 – Sua aplicação. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 75 n. 11. Nov. 2011.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. Reflexões sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora. Ano 28, n.334, out. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Lei nº 12.506/2011 – Aviso Prévio Proporcional. *Jornal Trabalhista Consulex*, n.1405, ano XXVII, dez. 2011.

GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa - Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquin. *Teoria crítica dos direitos humanos – os direitos humanos como produtos culturais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALLET, Estêvão. Aplicação no tempo da nova lei sobre aviso prévio proporcional. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, n.10, ano 75, out. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 76, n.01, Jan. 2012, p .02.

_____, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22.ed .São Paulo: Atlas S.A, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Celso Bastos Editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Memorando Circular nº 10 de 2011*. Disponível em: <www.mte.gov.br> Acesso em: 29 set. 2012.

_____. *Nota técnica nº 184 de 2012/CGRT/SRT/MTE*. Disponível em: <portal.mte.gov.br> Acesso em: 29 set. 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. v. 47, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do trabalho: historia e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 23.ed. São Paulo: LTr, 1997.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE, Neire Dias Ferreira. O aviso prévio e sua proporcionalidade. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, n.338, ano 29, fev. 2012

PALMA, João Augusto da. *Como praticar os novos avisos prévios*. São Paulo: LTr.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRETTI, Gleibe. *O novo aviso prévio: de acordo com a lei nº 12.506/2011*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Os direitos sociais: direitos humanos e fundamentais*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>.> Acesso em: 20 set. 2012.

ROCHA, Cláudio Jannottida. *Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira*. Disponível em: <www.trt3.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2012.

SALGADO, Sebastião et al. *O mundo do trabalho: contexto e sentido*. Disponível em <www.educared.org.> Acesso em 03 Jul. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. *Súmula 06.(cancelada)* Disponível em: <www.trt4.jus.br> Acesso em: 10 out. 2012

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 11 jul. 2012.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.