

ARTIGO: **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL**

Autores: Fabiana Amendola Barbieri, Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Procuradora do Município de Diadema/SP.

RESUMO: Passada mais de duas décadas, o dispositivo da Carta Magna de 1988, relativo ao aviso prévio proporcional, foi regulamentado.

Neste estudo, trataremos acerca do aviso prévio proporcional estabelecido na Lei nº 12.506/2011.

PALAVRAS CHAVES: Aviso Prévio – Aviso Prévio Proporcional – Lei nº 12.506/2011 - CLT

1 - INTRODUÇÃO

Passada mais de duas décadas, o dispositivo da Carta Magna de 1988, relativo ao aviso prévio proporcional, foi regulamentado.

O aviso prévio proporcional já era um direito do empregado, direito este previsto na Constituição Federal de 1988, com período mínimo de 30 (trinta) dias.

Entretanto, a Carta Magna de 1988 deixou a regulamentação do referido direito à lei ordinária.

Após mais de 23 anos, foi promulgada a Lei nº 12.506/2011.

Reza a referida Lei:

“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”.

Conforme pode ser denotado, estabelece a Lei nº 12.506/2011 que o empregado com até um ano de emprego, dispensado sem justa causa, terá direito a 30 (trinta) dias de aviso prévio, aumentando o tempo em 3 (três) dias para cada ano adicional de serviço na mesma empresa.

O **acrécimo** tratado na referida Lei ficou limitado a sessenta dias.

Assim, o **período máximo de aviso prévio ficou em noventa dias** (30 dias do aviso prévio fixo/regular mais 60 dias do aviso prévio proporcional).

O aviso prévio tratado na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 487, inciso II), o chamado aviso prévio fixo, foi alterado pela Lei 12.506/2011, sendo que agora, estipulou-se uma forma variável de aviso prévio, proporcional ao tempo de serviço.

2 – PONTOS CONTROVERTIDOS

Com as alterações trazidas pela Lei nº 12.506/2011 ao instituto do Aviso Prévio, várias questões controvertidas surgiram.

Através do presente estudo tentaremos elucidar algumas delas, objetivando auxiliar tanto empregados como empregadores. Vejamos:

Conforme já elucidado no item I do presente estudo, o aviso prévio tratado na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 487, inciso II), o chamado aviso prévio fixo, aqui também chamado de aviso prévio regular, foi alterado pela Lei 12.506/2011, sendo que agora, estipulou-se uma forma variável de aviso prévio, proporcional ao tempo de serviço.

Como regra, aplica-se o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço.

Entretanto, o acréscimo trazido pela Lei nº 12.506/2011, passa a ser computado a partir do primeiro ano do contrato de trabalho, sendo certo que, para os contratos inferiores a um ano, aplica-se o aviso prévio mínimo constitucional de 30 (trinta) dias.

Assim, somente após completar um ano no emprego, o empregado fará jus ao acréscimo de 3 (três) dias ao aviso prévio por ano de serviço prestado, limitando-se a 60 (sessenta) dias de acréscimo de aviso prévio proporcional, até o limite de 90 (noventa) dias de aviso prévio total (30 dias de aviso prévio regular e 60 dias de aviso prévio proporcional).

Outro ponto controvertido relacionado ao aviso prévio proporcional, é relativo aos titulares de seu direito.

A Lei nº 12.506/2011 não deixou claro se o aviso prévio proporcional é apenas um direito do empregado ou se também é um direito que pode ser exercido pelo empregador.

Atualmente, a corrente dominante sustenta a dualidade do regime de aviso prévio.

Pela corrente dualista, existem duas formas de duração do aviso prévio. Quando devido o aviso prévio pelo empregador, a regra a ser seguida é a da duração variável estabelecida na Lei nº 12.506/2011, e seu tempo dependerá do tempo de serviço prestado pelo empregado para o empregador. Ao contrário, se devido pelo empregado o aviso prévio (exemplo: pedido de demissão por parte do empregado), a duração do aviso prévio será fixa, de 30 (trinta) dias, nos exatos termos do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um terceiro ponto controvertido refere-se a aplicação da Lei nº 12.506/2011 no tempo.

De acordo com o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 12.506/2011 não pode retroagir.

Assim, não havendo que se falar em retroatividade da Lei nº 12.506/2011, não há que se cogitar em sua aplicabilidade a contratos de trabalhos extintos antes de sua vigência

(11 de outubro de 2011) e nem a contratos em que o aviso prévio indenizado já havia sido pago antes da referida data.

Veja que nos casos acima o contrato de trabalho já havia sido extinto antes da promulgação da Lei 12.506/2011.

Concluindo o raciocínio relacionado a aplicação da Lei nº 12.506/2011 no tempo, é certo que referido dispositivo legal somente tem aplicabilidade a contratos de trabalho que estavam em vigor na data de sua vigência bem como a contratos estabelecidos após a vigência da mencionada lei.

Importante registrar que o aviso prévio proporcional é um direito constitucional de todos empregados.

A Lei 12.506/2011 simplesmente definiu critério para cálculo do referido direito constitucional, a ser aplicado no momento da rescisão contratual.

Tratando-se o aviso prévio proporcional de um direito adquirido, dev-se aplicar a regra de contagem do tempo de serviço vigente no momento da extinção do contrato de trabalho.

Assim, a lei nº 12.506/2011 tem aplicabilidade aos contratos de trabalho extintos a partir de sua vigência. Computa-se o tempo de serviço referente ao contrato como um todo para fins de concessão do aviso prévio e não a partir da vigência da Lei nº 12.506/2011.

3 – DA JURISPRUDÊNCIA

Com a edição da Lei nº 12.506/2011, para dirimir as controvérsias acerca do tema, os Tribunais Regionais do Trabalho, assim como o Tribunal Superior do Trabalho, vem reiteradamente decidindo acerca da matéria.

No presente artigo passamos a narrar algumas decisões reiteradas dos Tribunais, a saber:

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

6ª TURMA

PROCESSO Nº: 000056332.2013.5.02.0042

RECURSO

ORDINÁRIO

RECORRENTE: SUELI SANTOS SILVA

RECORRIDO: EDITORA FTD S.A.

42ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

- Pedidos formulados às fls. 03/11 e contestados às fls. 118/140.
- Decisão proferida à fl. 147, julgando improcedentes os pedidos.
- O reclamante interpõe recurso ordinário às fls. 148/158, postulando a reforma do julgado *a quo* no tocante ao aviso prévio proporcional, intervalo previsto no artigo 384 da CLT, aplicação da 18ª cláusula da CCT, multa do artigo 477 da CLT e integração das horas extras nas demais parcelas contratuais e rescisórias.
- Isenta do pagamento de custas por ser beneficiária da justiça gratuita.
- Contrarrazões apresentadas pela reclamada às fls. 164/181.
- O Ministério Público do Trabalho teve vista dos autos.
- É o relatório.

V O T O

1. Conheço do recurso ordinário, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2. DO RECURSO DA RECLAMANTE:

2.1. Da aplicação da Lei 12.506/11:

A reclamante foi dispensada em 26.09.2011, tendo sido o aviso prévio indenizado, contudo, ainda assim o período respectivo deve ser projetado no término do contrato de trabalho, que passou a ser considerado como ocorrido no dia 26.10.2011, inclusive para os efeitos de aplicação da lei 12.506/2011 que regulamentou o artigo 7º, inciso XXI da CF. Neste sentido, a Súmula 441 do E. TST, *in verbis*:

“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.”

A jurisprudência do E. TST também, assim, já se manifestou:

RECURSO DE REVISTA - RITO SUMARÍSSIMO. 1 – AVISOPRÉVIO PROPORCIONAL - LEI Nº 12.506/2011 . Decisão regional em consonância com o entendimento jurisprudencial contido na Súmula nº 441 do TST, no sentido de que -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- . Na hipótese, a decisão recorrida registrou que a dispensa do reclamante se deu em 14/09/2011, porquanto considerando a projeção do aviso-prévio o contrato de trabalho foi efetivamente extinto em 14/10/2011, ou seja, no dia seguinte ao início da vigência da Lei nº 12.506/2011. Frise-se que nos moldes do § 1º do artigo 487 da CLT, o aviso prévio mesmo quando indenizado deve ser computado no tempo de serviço do empregado. Recurso de revista não conhecido. 2 - MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC . Não se divisa ofensa ao artigo 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal. Cabe assinalar que a aplicação da multa por embargos declaratórios protelatórios é matéria interpretativa, inserida no âmbito do poder discricionário do Juiz (artigos 130 e 131 do CPC), que, no caso, convenceu-se do intuito procrastinatório da medida. Nessa esteira, confirmado que o acórdão embargado não continha nenhum dos vícios previstos nos artigos 897-A da CLT ou 535 do CPC, com o devido exame de todos os elementos

suscitados nos embargos declaratórios do reclamado, mostra-se cabível a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 3693020125030142 369-30.2012.5.03.0142, Relator: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 11/09/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/09/2013)

No mesmo sentido, a jurisprudência deste E. TRT da 2ª Região: *AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. Mesmo nos casos em que a concessão do aviso prévio se deu na forma indenizada a projeção do aviso prévio deve ser computada para efeito da anotação da baixa em Carteira de Trabalho e Previdência Social, conforme jurisprudência mansa e pacífica do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. In casu, resta cabível o aviso prévio especial de até 90 dias, previsto na Lei 12506 de 13/10/2011, tendo em vista que, dada a projeção do aviso prévio, a dispensa do autor ocorreu em data posterior a promulgação da nova lei. Recurso ordinário do autor ao qual se dá parcial provimento. (TRT2-RO12687720125020SP 00012687720125020361;Relator: Ricardo Verta Ludovice, Data de Julgamento: 16/07/2013, 11ª Turma, Data de Publicação:DJET 23/07/2013).*

Reforma-se, portanto, para deferir ao recorrente o pagamento equivalente a 57 dias de salário, a título de aviso prévio indenizado, nos termos da inicial.

2.2 Do intervalo do artigo 384 da CLT:

Apesar da Constituição de 1988 em seu artigo 5º, caput e inciso I, determinar que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)*” e que “*homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição*” permite, em função da igualdade de fato, tratamento diferenciado para as mulheres, em virtude de sua natureza mais frágil. É o que se vê, por exemplo, nos artigos 7, inciso XX, e 201 da Carta Magna.

Ademais, o artigo 384 da CLT está inserido no Capítulo III – Da proteção do trabalho da mulher - que existe em função de sua condição especial. Ainda, hoje, é a mulher a responsável pelo lar, mas diferente do que acontecia há algumas décadas atrás,

estão tornando-se, em paridade com os homens, as responsáveis pelo sustento da família, realizando, assim, verdadeiras jornadas duplas. O desgaste destas exigências sobre corpos fisiologicamente mais frágeis, deve ser levado em conta ao interpretar-se o artigo em comento.

Nesse sentido, o Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão de 17/11/2008, tendo como Relator o Ilustre Ministro Ives Gandra Martins Filho, posicionou-se pela recepção do artigo em epígrafe.

Assim, diante do incontroverso labor extraordinário sem a concessão do intervalo em questão, devido à reclamante o pagamento de 15 (quinze) minutos extraordinários por dia trabalhado, com reflexos no aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13ºs salários, FGTS mais multa de 40% e nos DSR's. Reforma-se.

2.3 Da aplicação da 18ª cláusula da CCT:

A 18ª cláusula da CCT (fls. 110/120 do vol. em apartado de doc.) estabelece espécie de indenização por aposentadoria e não mero pagamento de indenização condicionado somente ao preenchimento do requisito de trabalho por pelo menos 10 anos contínuos à mesma empresa, como faz parecer a recorrente em suas razões recursais.

Ressalte-se que o título da respectiva cláusula, qual seja, “INDENIZAÇÃO POR APOSENTADORIA” não pode ser separado do conteúdo da cláusula convencional dando-lhe o escopo que as partes convenientes pretendiam, tanto é que o parágrafo único da respectiva cláusula prevê que as empresas que mantenham plano de complementação de aposentadoria estarão isentas do pagamento da indenização.

Logo, ainda que a reclamante tenha trabalhado para a ré por mais de dez anos contínuos, não se aposentou à época da rescisão, pelo que resta improcedente o pagamento da indenização prevista na cláusula supra, tal qual decidiu a origem.

Nada a reformar, portanto.

2.4 Da multa do artigo 477 da CLT:

A homologação tardia da rescisão contratual, ocorrida em 07.10.2011, por si só não serve de base à aplicação da referida multa, uma vez que o § 6º do artigo 477 da CLT estabelece "*o pagamento das parcelas constantes do instrumento da rescisão ou recibo de quitação*", não vinculando, à sua observância, qualquer outra obrigação de fazer.

Neste sentido, a jurisprudência do E. TST:

RECURSO DE REVISTA. MULTA DO § 8º DO ARTIGO 477 DA CLT. PAGAMENTO DA RESCISÃO NO PRAZO. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. O artigo 477, § 6º, da CLT trata apenas dos prazos para o pagamento das parcelas da rescisão do contrato de trabalho. Tem-se que o fato gerador da multa de que trata o § 8º desse artigo é o retardamento na quitação das verbas rescisórias. Se a reclamada, ao efetuar o pagamento das parcelas rescisórias, observou os prazos previstos na lei, não há que se falar na penalidade prevista no art. 477, § 8º, da CLT. (TST - RR:2618820125120032 261-88.2012.5.12.0032, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013)

RECURSO DE REVISTA. MULTA DO § 8º DO ARTIGO 477 DA CLT. PAGAMENTO DA RESCISÃO NO PRAZO. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. O artigo 477, § 6º, da CLT trata apenas dos prazos para o pagamento das parcelas da rescisão do contrato de trabalho. Tem-se que o fato gerador da multa de que trata o § 8º desse artigo é o retardamento na quitação das verbas rescisórias. Se a reclamada, ao efetuar o pagamento das parcelas rescisórias, observou os prazos previstos na lei, não há que se falar na penalidade prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 10616320115040812 1061-63.2011.5.04.0812, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 06/11/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

De outro lado, a reclamada fez prova de que efetuou o pagamento das verbas rescisórias no mesmo mês da rescisão (ocorrida em 26.09.2011) por meio da respectiva ficha financeira (doc. 21 do vol. de doc.), pelo que é indevido o pagamento da multa pretendida.

Mantém-se.

2.5 Da integração das horas extras:

A reclamada demonstrou a integração das horas extras nas parcelas contratuais e rescisórias, não apontando a reclamante diferenças no pagamento, cingindo-se a afirmar a incorreção da integração respectiva.

Nada a reformar, portanto.

2.6 Dos juros e da correção monetária. Dos descontos fiscais e previdenciários:

Exsurgindo o direito da reclamante em receber verba salarial acolhida judicialmente e para que não haja incidentes na execução, passo a apreciar as cotas destinadas à Previdência Social e ao Fisco, bem como os critérios para apuração da correção monetária e juros de mora.

2.6.1 Dos recolhimentos previdenciários e fiscais:

É do empregador a responsabilidade pelos recolhimentos previdenciários e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. Fica autorizada a retenção do *quantum* devido ao Fisco e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte, responsabilizando-se a reclamada pela comprovação nos autos dos respectivos valores (Orientação Jurisprudencial nº 363 da SDI-I, do TST).

Para efeito de apuração das contribuições previdenciárias, observar-se-á o disposto no inciso III da Súmula 368, do TST.

Já os descontos fiscais devem incidir sobre o valor total da condenação (regime de caixa), referente às parcelas tributáveis, calculados ao final, conforme dispõe o inciso II da Súmula 368, do TST. Diante da nova redação da Lei nº 7.713/1988 (Art. 12-A) e artigo 3º da Instrução Normativa nº 1.127/2011 da Receita Federal, devem ainda observar “*a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito*”. Face à sua natureza indenizatória, os juros de mora não integrarão a base de cálculo para as deduções fiscais (art. 404 do Código Civil e Orientação Jurisprudencial nº 400, do TST). Registre-se que referida Instrução Normativa

manteve o regime de caixa, alterando apenas o critério de cálculo do imposto incidente sobre haveres decorrentes de ações trabalhistas, no momento da aquisição e disponibilidade econômica dos rendimentos recebidos acumuladamente.

O novo critério apenas criou uma variável consubstanciada no número de meses a que se referem os rendimentos. É uma ficção jurídica correspondente à média mensal de rendimentos auferida pelo contribuinte, que por sua vez indicará a faixa de tributação e respectiva alíquota aplicável.

O resultado prático do novo regime de apuração é a possibilidade de enquadramento em diferentes faixas de renda e aplicação de alíquotas progressivas.

Anteriormente, essa possibilidade inexistia, já que, invariavelmente, o montante global apurado nos processos trabalhistas ultrapassava os valores limites para a isenção ou aplicação de alíquota (s) intermediária (s).

Por fim, importante ressaltar que, em relação ao valor do aviso prévio indenizado, não há recolhimento de contribuições fiscais e previdenciárias, por se tratar de verba indenizatória, cingindo-se sua incidência somente sobre as horas extras deferidas e os reflexos.

2.6.2 Da correção monetária/juros de mora:

No que concerne à apuração da atualização monetária, deverá ser observado o entendimento consubstanciado na Súmula 381 do C. TST, a qual adoto, devendo ser observado, como fator de correção, o INPC1. Os juros de mora de 1% ao mês 1 Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. ICMS. Correção monetária. TR e TRD. Possibilidade. Violação da irretroatividade da lei. Não ocorrência. 1. O debate acerca da possibilidade da utilização da TR e da TRD como indexadores para fins de correção monetária de débitos fiscais é relevante, à luz do princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 493/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 4/9/92, afirmou ser **ilegítima a incidência imediata da Taxa Referencial (TR), instituída pela Lei nº 8.177/91, aos contratos em vigência, tendo em vista não se**

prestar tal fator para a correção monetária. 3. O precedente, todavia, não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que a matéria neles versada não cuida do alcance da lei nova são devidos a partir da data do ajuizamento da ação.

C O N C L U S ã O

Posto isso, **ACORDAM** os Magistrados da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário da reclamante, para **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE** a reclamação e condenar a reclamada ao pagamento equivalente a 57 dias do último salário do reclamante, a título de aviso prévio indenizado, e de 15 (quinze) minutos extraordinários, por dia trabalhado, com reflexos no aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13ºs salários, FGTS mais multa de 40% e nos DSR's, com juros e correção monetária, tudo nos termos da fundamentação. Custas, em reversão, pela reclamada, no importe de R\$200,00 (duzentos reais) calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$10.000,00 (dez mil reais).

EDILSON SOARES DE LIMA

Juiz Relator

Processo TST: AIRR - 2692-90.2011.5.02.0038 **Data de Julgamento:** 09/04/2014, **Relator Desembargador Convocado:** Valdir Florindo, 2ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 25/04/2014. A C Ó R D ã O

(2ª Turma)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. NULIDADE DO DESPACHO DENEGATÓRIO DO RECURSO DE REVISTA. O recurso de revista, segundo se depreende do art. 896, § 1º, da CLT, está condicionado ao duplo exame de seus pressupostos recursais de admissibilidade. O primeiro,

procedido pelo Presidente do Tribunal Regional, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, de forma fundamentada, dito em caráter precário, porque se constitui em juízo de admissibilidade recursal provisório. O segundo, pelo órgão *ad quem*, que detém a competência para decidir sobre a sua admissibilidade de forma definitiva. Assim, eventual equívoco ou desacerto do despacho pode ser corrigido por esta Corte, mediante agravo de instrumento. Nesse contexto, não se verifica manifesto prejuízo à parte em relação ao ato processual praticado pelo Vice-Presidente do e. Tribunal Regional *a quo*, que, no exercício da prerrogativa conferida pela lei, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante, por concluir pelo não atendimento dos pressupostos exigidos no art. 896, § 4º, da CLT. **AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA.** A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, dependia de legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, XXI, da Constituição Federal, como se sabe, não é autoaplicável (OJ nº 84 da SDI-1 do TST). Embora a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, tenha regulamentado o aviso prévio proporcional, não se pode conferir a esta os pretendidos efeitos retroativos, não alcançando a referida lei o contrato de trabalho extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. *In casu*, o término do contrato de trabalho sob análise ocorreu antes da vigência da referida lei, que passou a vigorar após a sua publicação, em 13/10/2011, pelo que não é possível exigir a proporcionalidade do aviso-prévio. Questão pacificada nesta Corte com a edição da Súmula nº 441. **Agravo de instrumento a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2692-90.2011.5.02.0038, em que é Agravante ANTÔNIO PATRÍCIO DE SOUZA e Agravada DELGA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A.

O Tribunal do Trabalho da 2ª Região denegou seguimento ao recurso de revista do reclamante, ante o óbice da Súmula nº 333 e do art. 896, § 4º, da CLT.

Interpõe agravo de instrumento o reclamante (fls. 176-186), sustentando, em síntese, que o apelo merecia regular processamento.

Apresentadas contraminuta a fls. 194-214 e contrarrazões a fls. 216-240.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 175 e 176) e está subscrito por advogado habilitado (fl. 18). Dispensado o preparo.

CONHEÇO.

2. MÉRITO

Inicialmente, registre-se que, em observância ao princípio da delimitação recursal, somente as questões e os fundamentos jurídicos trazidos no recurso de revista e adequadamente reiterados no agravo de instrumento serão objeto de apreciação nesta oportunidade, em observância ao instituto processual da preclusão.

2.1 NULIDADE DO DESPACHO DENEGATÓRIO DO RECURSO DE REVISTA

Em suas razões de agravo de instrumento o reclamante argumenta que, apesar do recurso de revista ter sido interposto por dois fundamentos distintos: violação a dispositivos da Constituição Federal e existência de

divergência jurisprudencial, e que somente esta foi refutada pelo r. despacho denegatório. Diante disso, requer que se declare a negativa de prestação jurisdicional do juízo de admissibilidade.

Registre-se que o recurso de revista, segundo se depreende do art. 896, § 1º, da CLT, está condicionado ao duplo exame de seus pressupostos recursais de admissibilidade. O primeiro, procedido pelo Presidente do Tribunal Regional, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, de forma fundamentada, dito em caráter precário, porque se constitui em juízo de admissibilidade recursal provisório. O segundo, pelo órgão *ad quem*, que detém a competência para decidir sobre a sua admissibilidade de forma definitiva.

Assim, eventual equívoco ou desacerto do despacho pode ser corrigido por esta Corte, mediante agravo de instrumento. Essa é a conclusão que se extrai da inteligência do artigo 896, § 1º, da CLT.

Nesse contexto, não se verifica manifesto prejuízo à parte em relação ao ato processual praticado pelo Vice-Presidente do e. Tribunal Regional *a quo*, que, no exercício da prerrogativa conferida pela lei, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante, por concluir pelo não atendimento dos pressupostos exigidos no art. 896, § 4º, da CLT.

NEGO PROVIMENTO.

2.2 RITO SUMARÍSSIMO - AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA

O Tribunal Regional da 2ª Região manteve a sentença, em que se indeferira o pedido de pagamento do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Nos fundamentos do acórdão, consignou o seguinte:

O reclamante foi admitido em 17.03.2003 e dispensado em 19.08.2010. O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, à fl. 74, demonstra o pagamento do aviso prévio indenizado.

A Lei 12.506/2011, que estabeleceu o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, entrou em vigor na data de sua publicação, em 13/10/2011.

É certo que antes da publicação da referida lei, o reclamante já tinha direito ao aviso prévio, previsto no artigo 7º da CF.

Todavia, tal previsão é norma constitucional de eficácia contida, pois esclarece que a sua regulamentação está sujeita a critérios fixados em lei.

Assim, antes da edição e vigência da lei ordinária, somente havia a garantia ao aviso prévio mínimo de 30 dias.

A Constituição Federal por meio do artigo 5º, inciso XXVI, estabelece o princípio da irretroatividade das leis e, portanto, somente esta poderá excepcionar referida regra para dar efeito retroativo a dispositivo legal.

No caso, a lei ordinária que disciplinou o aviso prévio proporcional tem efeito geral e imediato para as situações presentes e futuras (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), não para as pretéritas, sob pena de gerar efeitos retroativos, sem a permissão constitucional.

Assim, considerando que na data de publicação da Lei nº 12.506/2011 o vínculo de emprego já estava extinto e o reclamante já havia recebido o aviso prévio indenizado, de acordo com a legislação em vigor à época, não há como se beneficiar pelo estabelecido na nova lei por incapaz de gerar efeitos pretéritos.

A jurisprudência dominante do TST está consolidada neste sentido através da edição da Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDII:

'84 Aviso prévio. Proporcionalidade. (Inserida em 28.04.1997)

A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é autoaplicável.'

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do C. TST:

.....
Remanesce íntegra, portanto, a r. sentença recorrida que indeferiu o pedido de pagamento do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e demais pedidos que lhe são decorrentes" (fls. 147-150).

Em suas razões de agravo de instrumento, o reclamante sustenta que tem direito ao pagamento de diferenças de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Para tanto, aponta violação aos arts. 5º, *caput* e incs . II, XXXV e LIV e § 1º, 7º, XXI, e 102, *caput*, da Constituição Federal. Traz, ainda, divergência jurisprudencial.

Ao exame.

De início, ressalte-se que, nos termos do art. 896, § 6º, da CLT, a admissibilidade do recurso de revista dos processos sujeitos ao rito sumaríssimo é restrita às hipóteses de afronta direta e literal a dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade à Súmula do TST. Portanto, apenas sob esses aspectos será analisado o presente apelo.

No que concerne ao art. 5º, II, da Constituição Federal, inviável o prosseguimento da revista, uma vez que a sua violação somente ocorreria de forma reflexa ou indireta, tendo em vista que, primeiro, seria necessário demonstrar-se ofensa à legislação ordinária, nos termos da Súmula nº 636 do STF.

Outrossim, registre-se que as matérias de que versam os artigos 5º, XXXV e LIV, e 102, *caput*, da Constituição Federal não foram aventadas no acórdão regional, incidindo a Súmula nº 297, I, deste Tribunal.

No mais, verifica-se que o Tribunal Regional consignou que o reclamante foi dispensado em 19/08/2010, antes do advento da lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, Lei nº 12.506, publicada em 13/10/2011. Nesse sentido, concluiu que, em atenção ao princípio da irretroatividade das leis, o reclamante, à época da dispensa, não fazia jus ao direito vindicado.

De fato, a proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, dependia de legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, XXI, da Constituição Federal, como se sabe, não é autoaplicável (OJ nº 84 da SDI-1 do TST).

Embora a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, tenha regulamentado o aviso prévio proporcional, não se pode conferir a esta os pretendidos efeitos retroativos, não alcançando a referida lei o contrato de trabalho extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito.

In casu, o término do contrato de trabalho sob análise ocorreu antes da vigência da Lei nº 12.506/2011, que passou a vigorar após a sua publicação, em 13/10/2011, pelo que não é possível exigir a proporcionalidade do aviso prévio.

A questão, inclusive, já foi pacificada nesta Corte com a edição da Súmula nº 441, que dispõe:

"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."

Assim, não prospera a alegação de violação aos art. 5º, *caput* e § 1º, e 7º, XXI, da Constituição Federal.

Incidência do § 4º do art. 896 da CLT.

Com esses fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 9 de Abril de 2014.

VALDIR FLORINDO

Desembargador Convocado Relator

PROCESSO Nº TST-AIRR-2692-90.2011.5.02.0038

4 - CONCLUSÃO

Passados de vinte anos, o dispositivo da Carta Magna de 1988, relativo ao aviso prévio proporcional, foi regulamentado através da promulgação da Lei nº 12.506/2011.

Através do presente estudo, concluímos que o aviso prévio proporcional já era um direito do empregado, direito este previsto na Constituição Federal de 1988, com período mínimo de 30 (trinta) dias e que a Carta Magna de 1988 deixou a regulamentação do referido direito à lei ordinária, publicada em 2011.

No presente estudo tratamos dos pontos controvertidos e da jurisprudência acerca do tema estudado, qual seja, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34ª edição. Ed. Saraiva 2009.

MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho. 20ª edição. Ed. LTr, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho. 3ª edição.

Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Edição. Ed. Malheiros, 2009.