

**O aviso prévio proporcional no contexto do Sistema de Proteção ao Emprego –
Epílogo da trajetória libertária contra a manutenção das
relações jurídicas indesejadas.**

Milton Vasques Thibau de Almeida

Juiz Titular da 4ª. Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Recentemente o Excelso Supremo Tribunal Federal foi instado, em processo de mandado de injunção, a se pronunciar sobre a ausência de regulamentação infraconstitucional do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que prevê, como direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, a “*aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei*”.

Vinte e dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal preceito constitucional ainda não foi regulamentado pelo Congresso Nacional.

Os trabalhadores bem que tentaram tornar efetiva essa previsão constitucional, formulando ações judiciais perante a Justiça do Trabalho, em vão, pois o Tribunal Superior do Trabalho uniformizou entendimento jurisprudencial, na Orientação Jurisprudencial nº 84 da SDI-1, publicada em 28 de abril de 1997¹.

Contudo, não é tão simples para o Poder Judiciário regulamentar uma matéria jurídica especializada da envergadura do aviso prévio proporcional, especialmente ao Excelso Supremo Tribunal Federal, visto que no campo dos direitos sociais a prática constitucional suplanta os preceitos constitucionais, que, afinal, asseguram apenas o mínimo de tutela.

ARNALDO LOPES SÜSSEKIND² observa que o aviso prévio, a indenização compensatória e o FGTS compõem o “sistema de proteção ao emprego”, já que a Constituição Federal de 1988 só cogita da estabilidade para situações presumivelmente transitórias, mas ao invés de ser tratado de forma sistematizada no artigo 7º, foi diluído como três institutos jurídicos esparsos, nos incisos I, III e XXI.

Desta forma, o Excelso Supremo Tribunal Federal não está lidando apenas com a regulamentação do preceito de um único inciso do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, já que a repercussão dessa regulamentação afetará todo o Sistema de Proteção ao Emprego e irá além, pois trará implicações em matéria previdenciária.

Releva, portanto, tecermos algumas considerações sobre os fundamentos constitucionais dessa proteção trabalhista.

¹ “Aviso prévio. Proporcional. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/88 não é autoaplicável”.

² **Direito Constitucional do Trabalho**. 2a. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. ISBN 85-7147-262-9. p. 153.

2. Os mecanismos jurídicos da liberdade contra a manutenção de um vínculo jurídico indesejado.

O ponto de partida para o enfrentamento do tema é a liberdade humana.

Sempre foi um problema enfrentado pelo Direito a criação de mecanismos que possibilitassem à pessoa se desvincular de um vínculo jurídico indesejado.

A base da proteção trabalhista, na atualidade, é o contrato de trabalho, inexistindo antes da sua celebração (admissão) e cessando, de regra, com a cessação da relação jurídica contratual de emprego (desligamento). Portanto, a proteção trabalhista é *sic stantibus*, enquanto permanecer o vínculo jurídico de emprego entre o empregador e o empregado, pois o que há antes da admissão e depois do desligamento do emprego é o desemprego, que não é campo de ação do direito do trabalho, por ser o desemprego um tema da Política de Emprego.

Até chegar à atual fase em que se encontram as relações jurídicas estabelecidas entre o empregador e o empregado, conhecida como Fase da Subordinação, a relação jurídica entre quem presta o trabalho e quem lhe toma o trabalho passou pelas Fases da Escravidão e da Servidão.

Não podemos julgar a História com os olhos da atualidade, mas é a partir do passado que podemos entender a realidade social e econômica, base das instituições jurídicas atuais, mesmo porque ainda podemos encontrar ecos das instituições arcaicas e medievais tentando se soerguer na atualidade, sob a roupagem de neo-escravagismo³ e neo-servantilismo⁴.

³ Desde que foi abolida a escravidão, pela Lei Áurea de 13 de maio de 1888, no Brasil, deixou de ser uma instituição jurídica protegida pelo Direito, passando a ser reprimida, como crime contra a organização do trabalho, no artigo 149 do Código Penal, de 1940 (com redação atualizada pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003): “*Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou o preposto*”.

⁴ Recentemente, em 2010, atuamos como Relator de um recurso, na 3a. Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região, que foi provido por maioria de votos, com o acompanhamento do voto do grande jurista e Exmo. Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior, num processo de reclamação trabalhista no qual a lide versava sobre o reconhecimento de vínculo jurídico de emprego numa área rural da Região Centro-Oeste do Estado de Minas Gerais. O empregador invocou como causa impeditiva do reconhecimento do vínculo de emprego rural a existência de um contrato de parceria agrícola registrado em Cartório de Registro de Notas. Por esse contrato de parceria agrícola, o dono da terra cedeu uma gleba de 1 ha. (um hectare) já plantada com pés de café, a fim de que o meeiro (na verdade eram dois: o reclamante e outro, que não integrou a relação processual) pudesse plantar feijão e milho nas ruas existentes entre as filas da plantação de café (cultivo intercalado). As condições obrigacionais desse contrato eram piores do que o que ocorria no contrato de arrendamento feudal (*métayage*), visto que a terra já estava plantada (o que limita, portanto, a exploração agrícola) e não era um contrato individual, mas coletivo. Um hectare de terra nessas condições não propicia a sobrevivência econômica de um meeiro, menos ainda a de dois meeiros, e suas respectivas famílias. O próprio reclamado admitiu no processo trabalhista que o ganho anual com a produção agrícola de feijão e de milho girava em torno de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Essa é uma das manifestações evidentes do neo-servantilismo em pleno início do Século XXI.

Além da morte, que é causa natural da cessação dos vínculos sociais e jurídicos entre as pessoas, também na escravidão e na servidão haviam formas jurídicas, excepcionais, que possibilitavam ao prestador do trabalho se desvincular dos laços do direito de propriedade ou da obrigação contratual eterna que o prendiam à pessoa do tomador de trabalho.

2.1. O rompimento do vínculo de direito de propriedade na escravidão: manumissão e carta de alforria.

Na Fase da Escravidão o domínio do homem sobre o homem era físico, pois o escravo poderia fugir para alcançar sua liberdade.

A escravidão era uma instituição jurídica que passou por várias transformações ao longo de milênios, configurando espécies: a escravidão branca, a escravidão vermelha e a escravidão negra. Todas elas têm em comum a necessidade do trabalho humano, mas diferem no tempo e no espaço.

Como já escrevemos, no ano Centenário da Abolição da Escravatura⁵, com arrimo em SEGADAS VIANNA e HERBERT SPENCER, a escravidão não surgiu por mera perversão do espírito humano, porque era uma necessidade de trabalho, tendo como origem a captura no campo de batalha e a inadimplência de dívidas, dentre outras causas, mas ninguém sofria censura por ser dono de escravos na antiguidade grega, posto que a concepção de liberdade como direito inalienável, nenhum ou estreitíssimo lugar ocupava na moral ou na lei, sendo que os próprios cidadãos gregos não passavam, na realidade, de escravos do Estado, pois pertenciam mais à cidade do que a si próprios. Ademais, a despeito da restrição da liberdade do escravo, foi um avanço civilizatório contra o canibalismo (exceto na ilha de Figi), era uma forma de controle social e muitos escravos eram tratados como pessoas da família.

A escravidão branca surgiu no Período Pré-clássico entre povos de mesma etnia e dominou as margens da Bacia do Mediterrâneo. Desapareceu na Europa com a Queda do Império Romano, porque os bárbaros, tendo organização social tribal, e sendo nômades e pastoris quanto à origem, não estavam em condições de adquirir nem de controlar as numerosas populações de escravos que haviam sido responsáveis pela realização de grandes obras arquitetônicas, projetos civis e estilos complexos da vida urbana daqueles que tinham conquistado, como explica ANTHONY PAGDEN⁶, e, ao final, foram expulsos do

⁵ Escravidão e Subordinação Empregatícia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região*. Rio de Janeiro: Forense. n 11, p. 77-93. 1988, p. 81.

⁶ *Povos e Impérios*; Uma história de migrações e conquistas, da Grécia até a atualidade. Trad. de Marta Miranda O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva. 2002. ISBN 85-7302-470-4, p. 144.

campo pela propagação do feudalismo, posto que os camponeses podiam ser controlados com mais facilidade e eram, de modo geral, mais produtivos.

Como o escravo era o objeto de um direito de propriedade, poderia adquirir sua liberdade pela manumissão.

A manumissão (do latim *manumissione*) era uma instituição jurídica própria da escravidão no direito romano, dela tendo se originado a remissão, que é uma atual instituição de direito processual.

ALEXANDRE HERCULANO⁷ explica, em sua obra *História de Portugal*, que as manumissões eram de duas espécies: uma absoluta e a outra condicional.

Essa manumissão à qual se refere Alexandre Herculano era a escravidão negra, pois a escravidão branca não mais existia na Europa por ocasião do surgimento de Portugal.

A escravidão reapareceu no mundo ocidental no Século XV, como escravidão vermelha (no Brasil) e como escravidão negra (nas Américas), esta em 8 de agosto de 1444, quando desembarcou no porto de Lagos, em Portugal, 235 africanos, originários da região que hoje é o Senegal, conforme narrativa de GOMES EANNES DE ZURARA, citado por ANTHONY PAGDEN⁸.

A manumissão na escravidão negra se dava, principalmente, pelo pagamento de um preço para a obtenção da "carta de alforria".

O Banco do Brasil, fundado há duzentos anos, poucos anos antes da Abolição da Escravidão, tinha dentre os seus objetivos conceder crédito aos escravos para que pudessem adquirir a "carta de alforria".

Em Minas Gerais, ao tempo do Brasil colônia, Chico Rei, em Vila Rica (atual Ouro Preto), e Chica da Silva, em Diamantina, eram ex-escravos que obtiveram a liberdade e ajudaram muitos outros escravos a também obter a sua liberdade, pagando o preço do alforriamento, tempos antes do advento da Abolição da Escravidão, pela Lei Áurea de 13 de maio de 1888.

2.2. O rompimento do vínculo de obrigação contratual eterna na servidão: *escuage* e carta de franquia.

⁷ Citado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2a. ed. 16a. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.1986. p. 1.084).

⁸ Ob. cit., p. 145.

O direito ao aviso prévio surgiu como uma resposta jurídica à exploração dos camponeses pelo regime da servidão, mais precisamente a servidão pessoal⁹, que reconhecia o exercício de poderes jurídicos de alguém sobre outrem, com fundamento contratual.

Com o declínio da escravidão, o novo modelo de organização do trabalho na Europa passa a ser a servidão pessoal.

O esteio da servidão pessoal, como modelo organizacional do trabalho, é o contrato de colonato, tido como a última forma de contrato instituído pelo *Codice Juris Civilis* do direito romano e a única forma de cessão onerosa da posse da terra fora das muralhas de Roma.

O contrato de colonato impunha ao colono as obrigações de pagar ao dono da terra uma taxa anual e entregar-lhe a metade da produção agrícola.

Com a Queda do Império Romano o contrato de colonato evoluiu para o contrato de arrendamento feudal (*métayage*, no direito francês medieval).

Toda a vida social no campo, durante a Idade Média, estava estruturada sobre as relações jurídicas contratuais desse arrendamento feudal¹⁰.

O contrato de arrendamento feudal acrescentou o encargo no rol das antigas obrigações do contrato de colonato do direito romano.

Esse encargo passou a constituir um instrumento de controle social no campo, onde se concentrava a maior parte da população durante a Idade Média, caracterizando a Era do Feudalismo.

A expressão Feudalismo tem sua formação etimológica na palavra “*fee*” ou “*feud*”, que era a denominação atribuída à taxa anual que era cobrada do arrendatário (o servo) pela exploração agropastoril da terra.

Na explicação de BRONISLAW GEREMEK¹¹ a expressão “feudalismo” vem do inglês “*fee*” ou “*feud*”, que ele traduz como sendo “fogo”, o que faz sentido, pois em Roma o colonato se desenvolvia fora da muralha da cidade e o mesmo ocorria na Europa medieval, pelo que as pessoas se reuniam à noite ao redor das fogueiras, que constituíam centros de convergência social, em torno das quais se desenvolveu o folclore e surgiram as comunas.

⁹ A outra espécie de servidão – a servidão real – nunca teve ligação direta com o trabalho e com a questão social do trabalhador, e continua em vigor, como instituição jurídica de Direito Civil, relativa ao direito das coisas.

¹⁰ A organização social urbana tinha outra estrutura, pois nos burgos europeus da Idade Média eram as Corporações-de-ofício que dominavam a produção artesanal e impunham as regras sociais de conduta entre os seus membros (o mestre, os companheiros e os aprendizes).

¹¹ **A Piedade e a Força**; História da Miséria e da Caridade na Europa. Trad. de Maria da Assunção Santos. Lisboa: Terramar. 1995. ISBN 972-710-104-6.

Na explicação de L. B. CURZON¹², a expressão “feudalismo” vem de “*feodum*”, que significa um estado ou condição (“*a fief*”¹³), caracterizado por uma organização social baseada numa hierárquica dominada por um chefe, ou rei; pelos lordes (“*great tenants-in-chief*”) que administravam as terras em nome daquele; e pelas pessoas que recebiam a cessão da exploração das terras (“*tenure of land*”), numa relação de direito privado baseada em promessas mútuas de proteção e de serviço militar, e sob a jurisdição do lorde com quem estabeleceu esse vínculo. Contrastando com o feudalismo inglês, havia na França uma sub-enfeudalização, com vínculos de vassalagem diretos e indiretos, ligando os vassallos aos lordes de hierarquia inferior (“*sub-tenants*”), que por sua vez estavam vinculados aos lordes de hierarquia superior (“*tenants-in-chief*”), e que, a seu turno, estavam vinculados ao soberano.

Fief, também conhecido como “*feoff*” ou “*feud*”, é um sistema feudal de concessão de terras em troca da prestação de serviços como vassalo¹⁴.

Ademais, além das obrigações de prover às obrigações possessórias (*knight service* e *socage*¹⁵), o posseiro (*tenant*) ainda estava sujeito a obrigações incidentais. Usualmente o posseiro, ao assumir a posse (*tenancy*), fazia um voto de lealdade ao lorde que a havia concedido, e prometia honrar com esses incidentes, dentre os quais, o mais comum era o pagamento de taxas emergenciais para resgatar o lorde em caso de seqüestro¹⁶.

A partir do Statute Quia Emptores, de 1290, as obrigações de prestação de serviço militar (*knight service*) resultantes das posses livres (*freehold tenures*) foram desaparecendo e, ao tempo de Littleton, passaram a ser substituídas pelo pagamento de uma soma em dinheiro, denominada de “*escuage*” (*scutage*), como explica O. HOOD PHILLIPS¹⁷.

Era comum, naquela época, a captura de nobres durante as ações no campo de batalha, visando o pedido do pagamento de resgate como condição da sua libertação pelo inimigo. Muitas confrarias e irmandades religiosas se dedicaram a arrecadar o dinheiro necessário para o pagamento desse resgate.

¹² **English Legal History**. Londres: MacDonald & Evans. 1968. SBN 7121-0512-3. p. 18.

¹³ “*Fief. n. a feudal estate: FEE*” (**The New Merriam-Webster Pocket Dictionary**. 51a. ed. Nova Iorque: Pocket Books. 1973. p. 184).

¹⁴ **The Free Dictionary**, disponível em <http://www.thefreedictionary.com/Property+and+Ownership>, acessado em 24/07/2011.

¹⁵ O. HOOD PHILLIPS (A First Book of English Law. Londres: Sweet & Maxwell. 1948. p. 192/193) explica que o *Statute of Tenures*, de 1660, aboliu a posse militar (*military tenure*), transformando-a num provisionamento compensatório em benefício dos lordes (*socage*), a única *free tenure* importante, e que foi abolida pela *Law of Property Act*, de 1922, dela remanescendo apenas o dever de lealdade, que não possui valor comercial e, na prática, transformou-se em posse de boa-fé (“*bona vacantia*”).

¹⁶ **Lawiki**. A brief history of English land Law. Disponível no site http://www.lawiki.org/lawiki/A_Brief_History_of_English_Land_Law, acessado em 24/07/2011.

¹⁷ Ob. cit., p. 192.

Do ponto de vista jurídico, o contrato de arrendamento feudal significou um grilhão obrigacional que impedia o servo de se exonerar das pesadas prestações econômicas do contrato, por causa do encargo. Embora o distrato fosse conhecido desde o direito romano, durante a Idade Média os senhores feudais não aquiesciam normalmente com o rompimento desse tipo de contrato pelos servos, por isso os contratos se eternizaram, sendo transferidas as obrigações de uma geração para a outra.

No direito inglês medieval haviam encargos contratuais os mais variados¹⁸, derivados da concessão da posse da terra, porém o encargo contratual mais comum era o encargo que impunha ao servo o dever de prestação do serviço militar¹⁹.

Esse encargo de natureza militar constitui a causa da eternização das obrigações possessórias, que passaram a ser transferidas hereditariamente, com fundamento no *pacta sunt servanda*, vinculando o servo à gleba, porquanto não interessava aos senhores feudais a liberação do cumprimento desse encargo, que era fundamental para a formação dos seus exércitos (e, em consequência, para o exército do Rei, que era formado por frações dos exércitos particulares dos nobres). Também não era do interesse dos lordes a exoneração do servo de suas obrigações contratuais de natureza econômica (o pagamento da taxa anual e a entrega da porcentagem sobre a produção), pois suas rendas advinham da exploração agrícola e pastoril de suas terras, e terra ociosa conduz à pobreza.

BRONISLAW GEREMEK²⁰ explica que a precariedade econômica dos camponeses podia levá-los a uma adesão espontânea à servidão, como demonstram os formulários oficiais de “recomendação” por extrema miséria. A servidão voluntária abrangia várias formas de dependência e, em meados do século VIII, significava colocar-se sob a proteção do senhor feudal²¹. Constituíam-se, portanto, um contrato, pelo qual o recomendado obtinha a promessa de ser alimentado e vestido, e comprometia-se a trabalhar para a família senhorial, prestando-lhe serviço e obediência, destacando-se a cláusula pela qual o serviço e a obediência do solicitador não poderiam atentar contra a sua liberdade, o que mascarava a realidade social.

A partir dos séculos XII e XIII surgiu um processo inverso, prossegue GEREMEK, quando muitas famílias, e até vilarejos inteiros, procuraram resgatar a sua liberdade.

¹⁸ O *knight service* (encargo militar), o *frankalmoign* (encargo religioso), o *serjeanty* (encargos pessoais, na maioria das vezes de natureza honorífica) e o *socage* (encargo pecuniário), como explica O. HOOD PHILLIPS. Ob. cit., p. 192.

¹⁹ Esse encargo impunha ao servo a se apresentar armado e montado a cavalo uma vez ao ano, para prestar um serviço militar que durava apenas quarenta dias, normalmente no outono, porquanto não haviam guerras nas épocas de plantio e de colheita, pois ambos os lados beligerantes dependiam de suas safras para sobreviver. Se algum dos beligerantes prejudicasse o plantio do outro, ambos os lados estariam condenados à morte: um lado morreria no campo de batalha; o outro morreria de fome, porque não plantou e não teria o que saquear para sobreviver.

²⁰ Ob. cit., p. 68/69.

²¹ Esses requerimentos formulários da servidão voluntária eram feitos nos seguintes termos: “Sendo bem conhecido de todos que não tenho com que me sustentar nem com que me vestir, solicitei à vossa piedade, e a vossa vontade concedeu-mo, poder entregar-me e recomendar-me à vossa protecção”.

Esse resgate da liberdade traduzia claramente a expansão das trocas comerciais baseadas na moeda, ocasião na qual os senhores feudais se mostraram mais interessados nas receitas provenientes das cartas de franquia concedidas do que nas rendas feudais, acrescentando que o preço do resgate podia atingir somas exorbitantes, mas a relativa facilidade com que os camponeses obtinham créditos para custear a sua manumissão prova que os credores confiavam na estabilidade e na regularidade dos seus réditos.

BRONISLAW GEREMEK²² explica que, a partir da segunda metade do século XIV, o sistema de arrendamento feudal (*métayage*) persistiu apenas na França e na Itália.

2.3. A abolição da servidão pessoal e a instituição do aviso prévio.

Inúmeros outros acontecimentos econômicos e sociais se desenrolaram no continente europeu, da Idade Média até a deflagração da Revolução Francesa, marco divisor entre a Era Feudal e a Era Moderna, que possuem implicações com a questão trabalhista.

A Revolução Francesa é a primeira das grandes revoluções sociais e econômicas que conduziram ao surgimento da questão trabalhista, muito embora tenha sido apenas mais uma revolução social, porquanto a questão social surgiu verdadeiramente, no Ocidente, com o primeiro surto famélico no continente europeu, de 1315 a 1317 (BRONISLAW GEREMEK²³).

A Revolução Francesa teve várias causas, dentre elas as mais importantes foram as insurreições populares contra a opressão dos trabalhadores pelas Corporações-de-Ofício, nas cidades, e contra a opressão dos contratos de arrendamento feudal, no campo.

Napoleão Bonaparte pacificou a população francesa, após quatro anos de revolta popular, e nomeou uma comissão de juristas para elaborar um novo estatuto jurídico para reger as relações jurídicas entre os franceses, no prelúdio da Era Moderna.

Essa comissão de juristas tomou como ponto de partida, para a elaboração do Código Civil francês, promulgado em 1804, os mesmos princípios jurídicos adotados pelo *Codice Juris Civilis* do direito romano e lhes acrescentou dois novos princípios e um sub-princípio: os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade, e o sub-princípio da inalienabilidade da pessoa humana.

A premissa retora do princípio jurídico da autonomia da vontade é a ampla possibilidade de se contratar qualquer coisa, exceto aquilo que seja proibido por lei ou

²² Ob. cit., p. 101.

²³ Ob. cit., p. 121.

contrário à moral social. A comissão de juristas, portanto, se viu diante de um paradoxo: a Revolução impôs a abolição da servidão pessoal, erradicando a servidão, mas haveria um retorno a ela, caso fosse permitido ao trabalhador voltar a comprometer sua liberdade pessoal num contrato de prestação de serviços, considerando não ser possível o objeto trabalho da pessoa que o presta. O trabalho é um dever social que não pode ser proibido ao indivíduo, pois a sociedade lhe impõe a responsabilidade pela sua auto-manutenção, assim como pela manutenção das pessoas que dele dependam economicamente²⁴.

Do princípio jurídico da autonomia da vontade emerge um sub-princípio jurídico civilista muito importante, que é o princípio da inalienabilidade da pessoa humana. Por esse sub-princípio, o direito civil francês permitiu que o trabalho pudesse ser objeto dos contratos, porém limitando o alcance da manifestação de vontade do trabalhador. O princípio jurídico da inalienabilidade da pessoa humana, parte, pois, da premissa de que o trabalhador não pode abdicar da sua liberdade, porque essa não lhe pertence com exclusividade, o que retira a validade de qualquer cláusula contratual que possa permitir um retrocesso jurídico à servidão voluntária ou mesmo à escravidão.

Para tal *desiderato*, o princípio da inalienabilidade da pessoa humana impôs como prazo máximo de vigência dos contratos civis que envolvem trabalho (que são os contratos de locação de serviços, de empreitada e de mandato) o período de vigência máxima de 4 (quatro) anos.

Nula é, portanto, a cláusula contratual que disponha sobre prazo maior do que quatro anos para a vigência dos contratos civis nos quais o prestador do trabalho empenhe a sua liberdade pessoal para além desse limite. Embora em direito civil os contratos por prazo determinado possam prosseguir sendo executados após o esgotamento do prazo estipulado (e caducam naturalmente com o advento de cem anos), os contratos que têm o trabalho por objeto não se renovam tacitamente, pelo que, caso continuem a ser executados para além do prazo máximo de quatro anos, caducará a força obrigatória da sua execução, perdendo o tomador de trabalho o poder jurídico de reivindicar a prestação jurisdicional estatal no sentido de obrigar o prestador do trabalho a continuar a cumprir o contrato.

Sob o influxo de tais princípios jurídicos novos, do direito civil, surgiu, então, o instituto do aviso prévio, para possibilitar ao contratante, qualquer que fosse o tipo de

²⁴ O dever social de trabalhar é uma das leis da Sociologia e se desdobra em várias outras leis sociais, a exemplo da lei da especialização das funções. Ademais, como bem explica NELSON SALDANHA (**Sociologia do Direito**), o trabalho é elemento estruturante da vida social. É nesse sentido que o artigo 193 da Constituição Federal de 1988 estatui, em sua primeira parte, que “a ordem social tem como base o primado do trabalho”. Da atividade de trabalho (e acima de tudo da impossibilidade de prestá-la, como explica MARLI CARDONE, em sua obra **Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988**) – é que decorrem as ações de bem-estar social e de justiça social, que constituem objetivos dos direitos sociais arrolados no artigo 6º do texto constitucional.

contrato, se exonerar das obrigações contratuais por meio de uma simples declaração, a de que não iria mais continuar a cumprir com a obrigação.

Desta forma o prestador do trabalho pode se exonerar das obrigações contratuais sem estar refém da concordância da parte contrária (distrato) ou do pagamento do resgate de sua liberdade (carta de franquia).

Mas o contratante denunciante do contrato não estava de todo dispensado do pagamento do *pretium* da sua liberdade, pois a ele foi imposto, pelo Código Civil francês de 1804, a responsabilidade de pagar uma indenização ao co-contratante, caso se exonerasse de imediato do cumprimento das obrigações contratuais dentro do prazo de vigência do aviso prévio.

3. O aviso prévio no Direito do Trabalho.

Sendo o direito do trabalho uma evolução histórica do direito civil, tangenciada pela Revolução Industrial, que se manifestou no interregno temporal de 1825 a 1850, trouxe consigo a instituição do aviso prévio.

Do direito civil o aviso prévio emigrou para o direito do trabalho, com o mesmo escopo de proteger os contratantes contra a manutenção de uma relação jurídica indesejada, seja para quem contrata os serviços ou para quem os presta, desde que a relação de emprego não esteja protegida pelo direito do empregado à estabilidade.

Como o aviso prévio pode ser exercitado por qualquer um dos contratantes – o empregador e o empregado – o instituto jurídico do aviso prévio é uma via de mão-dupla, como bem observaram os Ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (ex-Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região e ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho) e Carlos Ayres Brito, no julgamento do mandado de injunção impetrado para a regulamentação do preceito do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

4. A natureza jurídica do aviso prévio.

Nos contratos em que o trabalho é objeto, o prestador do trabalho não pode, pura e simplesmente, interromper a prestação dos serviços *ex abrupto*, pois isso causa prejuízo econômico ao tomador do trabalho; a seu turno, o tomador dos serviços também não pode dispensar de imediato o prestador de trabalho, porque isso implica na cessação

imediate da sua fonte de renda, o que coloca em risco a sua sobrevivência e a sobrevivência dos seus familiares.

Por esse motivo a Comissão do Código Civil francês acrescentou ao aviso prévio a responsabilidade jurídica do contratante que toma a iniciativa do rompimento do contrato, garantir o cumprimento das obrigações contratuais até o término do prazo de duração do aviso, sob pena de pagar uma indenização ao co-contratante prejudicado.

DÉLIO MARANHÃO (citado por ARNALDO LOPES SÜSSEKIND²⁵) esclarece que a natureza potestativa e receptiva do direito exercido com o aviso prévio exige o decurso de um tempo entre a notificação e o efeito extintivo da declaração de vontade.

Desta forma, se a declaração for do empregador, o empregado terá o direito a uma redução de duas horas na jornada de trabalho, para procurar novo emprego, ou, se preferir, sete dias corridos de redução, conforme dispõe o artigo 488 da CLT. Se a parte notificante reconsiderar o aviso prévio, a outra parte poderá aceitar ou recusar a reconsideração, conforme dispõe o artigo 489 da CLT.

5. A duração do aviso prévio no direito do trabalho brasileiro.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.854, de 01/05/1943), na redação original do artigo 487, já dispunha sobre o aviso prévio proporcional, pois estatuiu dois prazos de duração diferida: a) o prazo de 8 (oito) dias, se o pagamento dos salários fosse efetuado por semana ou por tempo inferior (inciso I); b) o prazo de 30 (trinta) dias, para os empregados que recebessem salário por quinzena ou por mês, ou que tivessem mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa (inciso II).

Essa proporcionalidade foi derogada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, inciso XXI, unificou o prazo de duração do aviso prévio no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, ao mesmo tempo em que determinou que a lei ordinária estabelecesse um critério de proporcionalidade baseado no tempo de serviço.

Segundo ARNALDO SÜSSEKIND, o aviso prévio proporcional foi instituído para compensar a abolição do direito à estabilidade no emprego, e que essa proporcionalidade se verifica em relação ao tempo de serviço, como um meio de proteger o empregado mais antigo, tornando mais onerosa a sua dispensa, tal como ocorre em diversos países, observando que convenções e acordos coletivos de trabalho podem, e têm estipulado, a progressão do aviso prévio em função do tempo de serviço dos empregados, e que poucos países fixam um prazo único aplicável a todos os casos (cita PLÁ RODRIGUEZ).

²⁵ **Direito Constitucional do Trabalho**. 2a. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. ISBN 85-7147-262-9. p. 153.

6. As metodologias da fixação da proporcionalidade do aviso prévio adotadas pelo direito comparado.

ARNALDO SÜSSEKIND²⁶ aponta, no direito comparado (conforme dados do início da década de 1980), algumas metodologias de fixação da proporcionalidade do aviso prévio, em caso de término da relação de emprego por iniciativa do empregador:

- a) nos países da *Common Law*, não havendo acordo entre as partes, cabe ao juiz determinar um prazo razoável, “segundo as circunstâncias do caso”;
- b) na República Federal da Alemanha e na Dinamarca, 3 (três) meses par os operários e 6 (seis) meses para os empregados da administração da empresa;
- c) na Itália, até 4 (quatro) meses, conforme a categoria do trabalhador;
- d) no Luxemburgo, a 12 (doze) semanas para os operários e a 6 (seis) meses para o pessoal da administração;
- e) na Bélgica, 52 (cinquenta e dois) dias para os operários;
- f) na Suíça, 3 (três) meses quando o empregado atinge 10 (dez) anos de serviço;
- e) na Argentina, 2 (dois) meses para os trabalhadores com 5 (cinco) a 10 (dez) anos de casa;
- f) na Checoslováquia e na Suécia são adotados dois fatores: o tempo de serviço e a idade do trabalhador.

7. As metodologias sugeridas no julgamento da ação de injunção pelo Supremo Tribunal Federal.

O julgamento desse processo de mandado de injunção foi adiado em virtude do impasse na fixação da sistemática de cálculo do aviso prévio proporcional, uma vez que foram apresentadas várias propostas pelos Excelentíssimos Ministros do STF, dentre elas as seguintes:

- a) proposta do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello: 10 (dez) dias a cada ano trabalhado, o que resultaria em 300 (trezentos) dias de aviso prévio caso o trabalhador demitido possuía 30 (trinta) anos de tempo de serviço na empresa;

²⁶ Ob. cit., p. 154.

b) proposta do Ministro Ricardo Lewandowski: 30 (trinta) dias para os empregados com menos de 1 (um) ano de tempo de serviço na empresa; 45 (quarenta) dias para os empregados com tempo de serviço na empresa com mais de 1 (um) até 10 (dez) anos; 60 (sessenta) dias para os empregados com tempo de serviço superior a 10 (dez) anos na mesma empresa;

c) proposta do Ministro Luiz Fux: 3 (três) meses de salário para cada 10 (dez) anos de tempo de serviço para a mesma empresa.

A proposta de autoria do Exmo. Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (ex-Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região e ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho), que é tida como a mais vantajosa para os trabalhadores, porque estima-se que ela resultaria em 300 (trezentos) dias de aviso prévio na hipótese de o empregado contar com 30 (trinta) anos de tempo de serviço na empresa, no momento da demissão.

A proposta apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski é baseada em dois Projetos de Lei que tramitam no Senado Federal, com idêntico teor, apresentados pelo ex-Senador Papaléo Paes (PSDB-AP) e pelo atual Senador Paulo Paim (PT-RS).

8. As fontes normativas do aviso prévio proporcional.

O que está *sub judice* na regulamentação mandamental do aviso prévio indenizado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal é apenas o aviso prévio proporcional legal, previsto pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

O aviso prévio proporcional possui outras fontes normativas, tais como os contratos individuais de trabalho e as convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Ao tempo em que exercemos a jurisdição trabalhista no âmbito do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região, como Juiz Presidente da 29a. Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro, na década de 1980, apreciamos e julgamos uma lide na qual, por força de cláusula do contrato individual de trabalho, a empresa, que era uma grande multinacional da área de informática, contratou um engenheiro eletrônico, pós-graduado nas áreas de eletrônica e ciência da informação nos Estados Unidos, para trabalhar no Brasil, estipulando um aviso prévio com duração de 6 (seis) meses. Para a empresa seria muito difícil encontrar outro empregado com a elevadíssima qualificação profissional daquele engenheiro, caso este se desligasse espontaneamente do emprego; para o empregado também seria muito difícil encontrar outro emprego no qual pudesse exercitar os seus elevados conhecimentos técnicos desse lado do planeta, caso o empregador resolvesse demiti-lo sem justa causa.

As convenções e os acordos coletivos de trabalho também são fontes normativas do direito do trabalho, nas quais é muito freqüente a estipulação de cláusulas dispendo sobre o aviso prévio com duração de 60 (sessenta) dias.

Naturalmente que, com a regulamentação do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, prevalecerá o aviso prévio proporcional que traduza a maior proteção para o trabalhador, conforme o objetivo do princípio da norma jurídica mais benéfica.

9. A projeção do tempo de duração do aviso prévio ao tempo de serviço efetivo do empregado.

O tempo de duração do cumprimento do aviso prévio integra-se ao tempo de serviço efetivo do empregado.

ARNALDO SÜSSEKIND²⁷ destaca que o período de fluência do aviso prévio integra sempre o tempo de serviço do empregado, ainda que a despedida se verifique sem o aviso prévio ou o empregador pague antecipadamente os correspondentes salários e dispense a prestação dos serviços, na forma do que dispõe o artigo 487, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, embora entenda que a rescisão do contrato só se efetiva no termo previsto para o aviso prévio devido e que, por conseguinte, o que se paga ao empregado é salário, não se alterando a natureza jurídica do pagamento pela circunstância de ser feito por antecipação.

Esse entendimento de Arnaldo Süssekind é o que prevalece na Orientação Jurisprudencial nº 367 da SDI-1 do TST²⁸, quando o aviso prévio proporcional é instituído por norma coletiva do trabalho que não disponha sobre a natureza indenizatória dos valores pagos ao empregado.

No entanto, de modo geral, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem o contrário, que na hipótese de o empregador exonerar o empregado do cumprimento do prazo do aviso prévio, a natureza jurídica do pagamento é indenizatório.

Durante o prazo de cumprimento do aviso prévio, o vínculo jurídico de emprego ainda está em vigor, pelo que o empregado ainda fará jus às vantagens econômicas que sejam concedidas aos demais empregados da empresa ou à categoria profissional à qual

²⁷ Ob. cit., p. 153.

²⁸ “Aviso prévio de 60 dias. Elastecimento por norma coletiva. Projeção. Reflexos nas parcelas trabalhistas. O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias”.

pertence, conforme o entendimento da Súmula nº 371 do Tribunal Superior do Trabalho²⁹.

O elastecimento da duração do aviso prévio para mais de 30 (trinta) dias provocará uma revisão do entendimento contido na Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI-1 do TST³⁰, no tocante ao prazo para o pagamento das verbas rescisórias. Estimamos que as empresas tendam a cobrar do empregado o cumprimento do prazo do aviso prévio, como forma de minimizar o custo trabalhista, e com essa tendência haverá um aumento das situações conflituosas entre patrões e empregados, como corolário natural da manutenção de uma situação jurídica indesejada entre eles por um tempo ainda maior, devido ao acréscimo da projeção do prazo adicional proporcional.

10. Eficácia temporal do mandado de injunção.

O mandado de injunção é uma ação judicial de natureza mandamental, cujo objetivo é uma regulamentação jurídica substitutiva de lei.

A lei é um comando genérico e abstrato, que possui eficácia jurídica *erga omnes*, diferentemente do que ocorre com uma decisão judicial, que é um comando específico e concreto, com eficácia jurídica *adversus personae*, limitado apenas às partes litigantes no processo judicial.

É certo que a eficácia jurídica da decisão de injunção é *erga omnes*, não podendo e não devendo ficar circunscrita apenas às partes que participaram da relação processual do processo judicial, mas não pode ser aplicada retroativamente, pois nem a lei que visa substituir poderia ser aplicada retroativamente, diante da garantia de direitos individuais e coletivos do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Parte do preceito do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, não carece de regulamentação infraconstitucional, pois é auto-aplicável no que se refere à garantia mínima de 30 (trinta) dias de duração do aviso prévio, de vez que recepção, nesse aspecto, o preceito do artigo 487, inciso II, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), que é compatível com a nova ordem constitucional vigente.

²⁹ “Aviso prévio indenizado – Efeitos – Superveniência de auxílio-doença no curso deste. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário” (conversão das Orientações Jurisprudenciais nº 40 e nº 135 da SDI-1).

³⁰ “Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida”.

A regulamentação substitutiva da lei a ser proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal afetará apenas a proporcionalidade do aviso prévio que ultrapassar esse limite mínimo legal de 30 (trinta) dias.

Desta forma, os ex-empregados da Vale S/A que ajuizaram a ação mandamental de injunção obterão apenas um provimento judicial teórico, ou seja, uma "Vitória de Pirro", pois é da essência da lei substituída apenas hipotetizar uma conduta humana para o futuro, não podendo fazê-lo para o passado.

Em consequência, só adquirirão o direito ao aviso prévio proporcional com duração maior do que o mínimo de 30 (trinta) dias assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, os empregados que vierem a ser demitidos imotivadamente após a publicação da decisão a ser proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.