

O DIREITO AO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL COMO EXPRESSÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

THE RIGHT TO NOTICE PRIOR PROPORTIONAL HOW EXPRESSION OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF SOCIAL WORKERS

*Maurício de Carvalho GÓES**
*Michelle Dias BUBLITZ***

RESUMO: Nos termos do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, o aviso prévio será proporcional ao tempo de serviço, sendo de, no mínimo, 30 dias, nos termos da lei. Tal dispositivo revogou o inciso I do artigo 487 da CLT, que previa o aviso prévio de 8 dias ao trabalhador. Portanto, ao empregado, o aviso prévio não será inferior a 30 dias. Veja-se que, nos termos da Orientação Jurisprudencial 84 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 não é auto-aplicável. No entanto, recentemente, em 11 de outubro de 2011, entrou em vigor a Lei nº. 12.506, passando a estabelecer a proporcionalidade do aviso prévio, conforme artigo 1º. Portanto, nos termos da referida lei, aos 30 dias de aviso prévio (que configuram o período mínimo legal) serão acrescidos 3 dias por ano de serviço prestado pelo empregado na empresa, até o limite de 60, totalizando-se, assim, um período máximo de 90 dias. Veja-se que, tendo em vista

* Advogado Trabalhista. Mestre em Direitos Fundamentais pela ULBRA – campus Canoas/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNISINOS. Doutorando em Direito pela UNISINOS. Professor de Direito do Trabalho na Graduação e Pós-Graduação na UNISINOS/RS. Professor da Especialização em Direito e Processo do Trabalho na Faculdade IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural. Professor na Graduação e Pós-Graduação na PUC/RS. Ex-coordenador e ex-professor do Curso de Direito da ULBRA - campus Canoas/RS. Autor dos livros intitulados: “A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego”, “Manual de Prática Trabalhista” e autor integrante do “Compêndio Preparatório para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil”, todos da Editora Verbo Jurídico.

** Advogada. Graduada pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA – campus Canoas/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC - Instituto de Desenvolvimento Cultural. Integrante qualificada como pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas (CNPq) intitulado “Novas Tecnologias e Relações de Trabalho” sob coordenação da Dra. Profa. Denise Pires Fincato. Integrante qualificada como estudante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais sob coordenação do Dr. Prof. Ingo Wolfgang Sarlet e do Dr. Prof. Carlos Alberto Molinaro. Artigo submetido em 18/08/2011. Aprovado em 22/10/2011.

REVISTA ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 15	P. 287 – 312	2011
--------------------------	-------------	-------	--------------	------

o objeto do presente estudo, não discutiremos o mérito da referida lei, cabendo, entretanto, ressaltar que o novo diploma legal deixa inúmeras lacunas, tais como a bilateralidade da proporção do aviso, os efeitos da nova lei na hipótese de suspensão do contrato de trabalho, a retroatividade, a redução do período no aviso prévio trabalhado, entre outras.

ABSTRACT: Pursuant to article 7, item XXI, of the Federal Constitution of 1988, the notice shall be proportionate to the length of service, and at least 30 days in accordance with the law. Such a device revoked the item I of Article 487 of the CLT, which provided notice of 8 days to the worker. Therefore, when employed, the notice shall not be less than 30 days. See that, in accordance with its case-law 84 of SDI-1 of the High Court of the work, the percentage distribution of the notice, based on length of service, depends on regulatory law, since article 7, item XXI, of the Federal Constitution of 1988 is not applicable self. However, as recently as October 11, 2011, came into force the law n°. 12,506, passing the establish the proportionality of the notice, in accordance with article 1 thereof. Therefore, in accordance with the said law, the 30 days notice (which set the legal minimum period) shall be charged 3 days per year of service rendered by the employee in the company, up to the limit of 60, thus totalling a maximum period of 90 days. See that, in view of the object of this study, we will not discuss the substance of the Act, and, however, to stress that the new legislation leaves many shortcomings, such as the proportion of the notice up, the effects of the new law in the event of suspension of the employment contract, the ex post facto, a reduction in the notice period worked, among others

PALAVRAS-CHAVE: aviso prévio, proporcionalidade, direitos fundamentais sociais, eficácia.

KEYWORDS: notice prior, proportionality, fundamental social rights, effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente artigo empenha uma abordagem no âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais, cujo tema central é: “*O direito ao aviso prévio proporcional como expressão da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores*”.

Seguindo a linha dos Direitos Fundamentais Sociais, o trabalho que ora se apresenta busca elucidar os principais aspectos resultantes da conexão ou vinculação desses direitos com os direitos trabalhistas, mas, sobretudo no que diz respeito ao aviso prévio proporcional.

A despeito da evolução normativa das Constituições pátrias, não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 representou e representa um marco no avanço dos direitos dos cidadãos brasileiros, vez que o Estado deixou de ocupar a posição de

mero expectador das relações sociais e passa a intervir de forma mais efetiva, restando garantidos os mínimos direitos calcados na dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que, em se tratando de Direito do Trabalho, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, desde a criação das primeiras normas trabalhistas, seja nas Constituições pátrias seja na legislação infraconstitucional, e com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, o Estado já se ocupava da tarefa de intervir nas relações individuais e coletivas de trabalho, no escopo de propiciar a proteção necessária à classe trabalhadora.

Todavia, o presente trabalho busca enfatizar que a Constituição de 1988, sobremaneira seu artigo 7º, representa a efetiva intervenção estatal nas relações de emprego em decorrência do sistema democrático em que os direitos dos trabalhadores se desenvolveram ao longo do artigo 7º e da expressa inclusão desses direitos como direitos fundamentais sociais.

Portanto, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal, nos seus artigos 1º a 4º, alicerça os princípios fundamentais basilares da república, da democracia e da sociedade, sendo que no seu artigo 5º, fixa a os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e no artigo 6º, trata dos direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, estando dentre eles o trabalho e, conseqüentemente, o direito ao aviso prévio proporcional, como forma de garantir a igualdade entre os desiguais.

Desse raciocínio, é possível extrair que os direitos fundamentais representam uma categoria de direitos mínimos dos cidadãos fixados pela Carta Magna, os quais buscam garantir a todos os integrantes da sociedade pátria uma vida digna e o acesso a todos os direitos que decorrem dos direitos humanos, servindo, ainda, como pilares informadores e orientadores do Estado num amplo sistema democrático.

A Constituição Federal de 1988, no âmbito dos direitos trabalhistas, legitima o artigo 7º para disciplinar os direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo que no inciso XXI, resta preconizado o direito ao “*aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei*”.

Contudo, o fato de existir previsão constitucional que autoriza o uso do instituto do aviso prévio proporcional nas relações de emprego e o fato da própria Norma Constitucional, no parágrafo 1º, do artigo 5º, prever que, *a priori*, os direitos fundamentais têm aplicação ou eficácia imediata, no plano prático, tal instituição ainda carece de regulamentação legal, eis que, no plano fático e concreto, ou seja, no cotidiano prático das relações entre empregado e empregador, faz-se necessária a existência de parâmetros infraconstitucionais que venham a assegurar a efetividade do direito fundamental em questão.

Nesse aspecto, reside a relevância do tema trazido à baila.

Os direitos fundamentais, tais como conhecidos atualmente, são resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio de lutas, batalhas, revoluções e rupturas sociais que miravam a exaltação da dignidade do homem¹ e a construção

¹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 04

de um rol de direitos para resguardá-la dos abusos de poder praticados pelo Estado.

No entanto, para que se compreenda muitos entendimentos e interpretações que atualmente estão se consolidando na jurisprudência, assim como para que tenha presente as novas tendências da aplicação dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho, mister se faz que se entenda a inserção dos direitos fundamentais na relação de emprego de forma genérica, bem como seus os efeitos provocados por essa penetração nas relações trabalhistas individuais.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição-cidadã”, sistematicamente, prevê que os direitos fundamentais estão inseridos no artigo 5º (dos direitos e deveres individuais e coletivos), nos artigos 6º a 11 (dos direitos sociais), nos artigos 12 e 13 (da nacionalidade), nos artigos 14 a 16 (dos direitos políticos) e no artigo 17 (dos partidos políticos).

Ocorre que os direitos fundamentais não se resumem aos acima enumerados, uma vez que o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna adota um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Como se percebe, a temática é de extrema relevância e atualidade e, muito embora o sistema constitucional não privilegie a assertiva de que os direitos sociais são direitos fundamentais, ressalta sua essencialidade na própria dignidade da pessoa humana, princípio consagrado doutrinariamente e jurisprudencialmente.

Enquanto doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet², Luiz Roberto Barroso³, Gilmar Ferreira Mendes⁴ e Paulo Bonavides⁵, embora pertencentes a gerações diferentes do constitucionalismo brasileiro, defendem que todos os direitos previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, segundo a regulamentação que se encontra no Capítulo da ordem econômica e da ordem social, são autênticos direitos fundamentais, ainda existe parcela da doutrina que oferece alguma resistência a esta interpretação.

Adotando-se o entendimento de que os direitos sociais se constituem em direitos fundamentais, a discussão assume maior relevância, haja vista a atual tendência de supressão desses direitos e minimização de sua aplicabilidade.

² O autor ao analisar as inovações trazidas à ordem jurídica pela Constituição de 1988, afirma textualmente: “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66

³ O autor enumera os direitos sociais expressamente como direitos fundamentais, reconhecendo sua dimensão de imposição ao Estado do dever de realizar determinadas prestações positivas. BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99 e 101.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.46.

⁵ O autor atribui aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, na medida em que positivados no texto constitucional, e submetidos ao regime da aplicabilidade imediata prevista no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 518.

Seguindo o contexto, Ingo Wolfgang Sarlet classifica os direitos fundamentais em dois grandes blocos: os positivados e os não-positivados. No primeiro bloco estariam inseridos os explícitos, ou seja, aqueles ancorados na Constituição Federal e os expressos em outras esferas legais. No segundo bloco estariam os implícitos que são aqueles que, embora possam se encontrar fora do catálogo, por seu conteúdo e relevância, podem ser equiparados a estes e os decorrentes dos princípios.⁶

Pois bem, conveniente destacar que, conforme Manoel Jorge e Silva Neto, com relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, o exame dos Princípios Fundamentais do Estado brasileiro, sedimentados nos artigos 1º a 4º da Carta Política de 1988, deve preceder o estudo da incorporação dos direitos fundamentais ao contrato de trabalho, na medida em que estes servem de “vetores interpretativos” da própria Constituição e da legislação trabalhista, ou seja, afirma-se com clareza que os direitos fundamentais ocupam papel fundamental no ordenamento jurídico pátrio, se configurando como parâmetro dentro do qual devem ser interpretadas todas as normas trabalhistas.⁷

Ademais, para Queiroz Júnior, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado como fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, vez que esses se constituem em “*exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados*”.⁸

Desse modo, a relação jurídica trabalhista, não só pela sua natureza, é campo fértil para o desenvolvimento da incidência dos direitos fundamentais, em razão da necessidade de se garantir a autonomia de pessoas submetidas a um poder privado e de se assegurar o mínimo de igualdade e dignidade ao trabalhador.

De outra banda, ainda sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, registra-se que existem situações concretas que se configuram como nítidos desdobramentos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, considerando o caráter de pessoa humana do trabalhador.

Desta feita, considerando que o valor essencial da dignidade da pessoa humana rege todas as manifestações do ordenamento jurídico brasileiro, segundo Sayão Romita, é possível citar como decorrências do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de emprego:

[...] a proibição de trabalho escravo ou trabalho forçado; o respeito à intimidade do obreiro; o respeito à vida privada do trabalhador; o respeito à honra do trabalhador; o respeito à imagem do empregado; o direito à livre

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed.rev.atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-140

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p.15. apud GÓES, Mauricio de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009. p. 94

⁸ QUEIROZ JUNIOR, Hermano. Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2006. p.85.

manifestação do pensamento, à liberdade de consciência e de crença e à liberdade de expressão e informação dos trabalhadores; direito ao sigilo de correspondência do empregado; e o direito à igualdade e proibição de discriminação entre trabalhadores.⁹

Assevera-se, por oportuno, que os desdobramentos ora aludidos decorrem sobremaneira do fundamento da dignidade da pessoa humana, na medida em que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 acabou por ampliar o campo de atuação dos direitos fundamentais, abrangendo, por conseguinte, as relações de emprego.

Depreende-se dos ensinamentos de Sarlet que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo¹⁰, eis que o contrato de emprego, por ser de trato sucessivo, comutativo, bilateral e de execução continuada, inevitavelmente cria um envolvimento que faz com que o empregado comprometa não só seus interesses profissionais como pessoais (saúde, intimidade, integridade física, tempo livre), ou seja, tudo isso faz com que haja um denso componente pessoal na relação jurídica trabalhista, motivo pelo qual, na relação laboral o empregador tem a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade como pessoa humana.¹¹ Por outro lado, os direitos sociais ao trabalho e à seguridade social constituem-se em condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, razão pela qual restam vinculados ao valor da dignidade da pessoa humana.

Portanto, de início, pode-se afirmar com clareza que os direitos fundamentais são reconhecidos, principalmente, pelos textos constitucionais e positivados, também, em documentos internacionais objetivando, em especial, alcançar uma eficaz proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial¹², mas tal positivação não implica na impossibilidade de se reconhecer novos direitos a partir do sistema de direitos fundamentais.

Desta feita, considerando que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana devem preponderar sobre os demais enunciados normativos e normas, é possível citar, segundo Silva e Neto¹³, que os direitos fundamentais podem (e devem) inserir-se nas relações de emprego.

Portanto, até esta etapa do presente trabalho, procurou-se apresentar os direitos fundamentais também como direitos sociais, seja porque o artigo 6º da

⁹ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007. p. 267-337.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103

¹¹ SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002, vol I, p 253.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Almedina: Coimbra, 1998. p. 59 e ss.

¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 46-117.

Constituição Federal de 1988 aloca o trabalho como direito social, seja porque não se pode ignorar o valor social do trabalho.

Nessa senda, Rafael da Silva Marques leciona que:

O valor social do trabalho é, e disso não se tem mais dúvidas, ao lado da dignidade da pessoa humana, o elemento principal de toda a Constituição, norma esta pertencente a um Estado Democrático de Direito. Este mesmo Estado, desta forma, apenas existe porque há trabalho humano. Se alguém pode adquirir um bem e dizer “é meu”, é porque há trabalho humano. Trabalho humano, portanto, elemento-chave do Estado, deve ser, de uma vez por todas, tratado como tal. É o que se pretende destacar e chamar a atenção com este estudo.¹⁴

Assim, sendo o trabalho um direito social que, por sua vez, resta atrelado aos preceitos fundamentais elencados na Carta Política de 1988, não restam dúvidas de que os direitos sociais assumem o papel de direitos fundamentais próprios dos trabalhadores.

Os Direitos Sociais, dentro do quadro dos Direitos Fundamentais, pertencem ao grupo dos chamados “direitos positivos”, ou seja, daqueles direitos a uma “prestação” do Estado ou do particular, diferentemente dos “direitos negativos”, que dizem respeito à não intervenção do Estado. Na Constituição de 1988 é exemplo do primeiro grupo o rol do artigo 7º, enquanto exemplo do segundo grupo é o elenco do artigo 5º.¹⁵

Cesarino Junior explica que a utilização da expressão ‘Direito Social’ incide na idéia de que “todo o direito é naturalmente social, por isso que não pode haver direito senão em sociedade: *Ubi societas, ibi jus*”¹⁶.

Alexandre de Moraes define os direitos sociais 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 à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁷

Apesar de atenderem às necessidades individuais do ser humano, tais direitos têm nítido caráter social, pois, uma vez não atendidas as necessidades de

¹⁴ MARQUES, Rafael da Silva. O Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: LTr, 2007, p. 146.

¹⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm Acesso em: jun 2010.

¹⁶ CESARINO JUNIOR, A. F. Direito Social Brasileiro. 1 vol. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 08

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202

cada um, seus efeitos recaem sobre toda a sociedade.

Nesse sentido, Celso Barroso Leite explica:

A proteção social se preocupa sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.¹⁸

Nesse contexto, pertinente tecer algumas considerações atinentes à eficácia dos direitos fundamentais (sociais) dos trabalhadores, sem, contudo, pretender aprofundar ou esgotar o tema.

Em princípio, há de ser feita uma distinção prévia entre os termos eficácia e efetividade para se evitar incompreensões. Na esteira de raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹, a eficácia referida nesta investigação se refere a efeitos jurídicos e a efetividade está compreendida na materialidade das prestações sociais, ou seja, sua realização fática, no desempenho dos preceitos normativos no mundo dos fatos, na aproximação entre “dever ser” e “ser”. Esta última, por sua vez, poderá ser atingida não só através das políticas públicas, mas, atualmente, encontra seu reconhecimento em sede Judicial.

Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso nos traz que a eficácia está no âmbito da irradiação das conseqüências que são afeitas aos preceitos jurídicos para atingir sua finalidade quanto à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.²⁰

No que toca à efetividade, o mesmo autor ainda traz a seguinte contribuição, efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais (e constitucionais) e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser e o ser da realidade social.²¹

Seguindo o contexto, diz-se que a aplicação do Direito significa conhecer os fatos, em primeira mão, encontrar todos os dispositivos normativos pertinentes, interpretá-los, pois muitas vezes o suporte fático não é evidente, especialmente pelas incertezas e amplitudes terminológicas que regulam determinado assunto, e revelar a Norma Jurídica a ser aplicada. Quando a Norma Jurídica reúne todos os elementos essenciais para ser aplicada à situação de fato a que se destina, diz-se que tal norma é

¹⁸ LEITE, Celso Barroso. *A proteção Social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1972. p. 21

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988*. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *Direito Público em Tempos de Crise*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999. p. 154

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p. 83

²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p. 85

de aplicabilidade ou eficácia imediata. De outra banda, os dispositivos que não possuem eficácia ou aplicabilidade jurídica plenas são aqueles que não regem completamente a vida social, dependendo de uma lei ordinária para poder alcançar sua plena eficácia não estando, contudo, destituídos de alguns efeitos jurídicos já que são normas constitucionais. Assim, segundo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet,

*(...) todas a normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com a norma), imediatamente aplicáveis*²². Portanto, afirmar e defender a aplicabilidade imediata não significa desprezizar a importância da atividade legislativa, mas indica que os direitos previstos na Constituição já possuem densidade suficiente para produzir alguns efeitos²³.

Quando o texto normativo constitucional se mostra inapto para produção plena de seus efeitos sociais, para sua concretização, a integração normativa infraconstitucional revela-se um importante passo (mas não o único a ser dado) para lhe conferir a plenitude dos efeitos, mas isto não significa que a norma esteja destituída de eficácia.

A grande expressão que corrobora o até então defendido é o exemplo do direito ao aviso prévio proporcional previsto no inciso XXI do artigo 7º da Carta Magna, posto que tal dispositivo cria esta garantia, condicionada à lei que o implemente. Contudo, a lei incumbida de criar um aviso prévio que compute o tempo de serviço do trabalhador, até hoje, não foi criada, motivo pelo qual, alguns doutrinadores afirmam que o aludido direito não é norma auto-aplicável.

No intuito de elucidar a questão atinente ao instituto do aviso prévio proporcional, traz-se à baila um pequeno esboço histórico e conceitual acerca do tema.

A Constituição Federal prevê que uma das garantias do trabalhador, urbano ou rural, é o aviso prévio, “proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei” (artigo 7º, inciso XXI). Todavia, antes da Constituição (que é do ano de 1988), a Consolidação das Leis do Trabalho já continha tal garantia, nos artigos 487 a 491.

O instituto do aviso prévio teve suas origens através do que dispunha o artigo 81 do Código Comercial, de 25 de junho de 1950, posteriormente revogado pela entrada em vigor da Lei n. 10.046 de 10 de janeiro de 2002 (atual Código Civil), *in verbis*:

Art. 81. Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação. Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 255

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 400 e ss.

Seguindo o mesmo contexto, em 1916, o antigo Código Civil tratou da matéria, em seu artigo 1221, da seguinte forma:

Art. 1.221. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso:

I - com antecedência de 8 (oito) dias, se o salário se houver fixado por tempo de 1 (um) mês, ou mais;

II - com antecipação de 4 (quatro) dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena;

III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de 7 (sete) dias.

Passados alguns anos, o Decreto n.º. 16.107, de 30 de setembro de 1923, regulou o aviso prévio no caso de serviços domésticos²⁴, aonde somente o empregado doméstico era obrigado à pré-avisar o empregador. Posteriormente, o Decreto n.º. 18.107, de 30 de setembro de 1928, estabeleceu a reciprocidade da denúncia do contrato.

Mais adiante, a Lei n.º. 62, de 05 de junho de 1935, – conhecida como a “Lei da Despedida” – tratou dos empregados nas indústrias, dizendo que o empregado tinha o dever de dar aviso prévio ao empregador no prazo mínimo de trinta dias, sob pena de desconto no ordenado. Interessante notar o retrocesso social que trouxe ao, novamente, afirmar que somente o empregado estava obrigado ao aviso. Com o advento do Decreto n.º. 4.037, de 19 de janeiro de 1942, restabeleceu-se a reciprocidade da obrigação do aviso prévio.

Surgiram outras alterações posteriores, até que surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho, em 01 de maio de 1943, com as normas antes indicadas, as quais restaram confirmadas e amparadas pela regulamentação básica contida na Constituição Federal de 1988, estabelecendo os critérios de aviso prévio no âmbito das relações de trabalho, garantindo a reciprocidade e a simetria jurídica da época.

Em caráter inédito em meio constitucional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXI, conferiu ao aviso prévio *status* de garantia constitucional, como um direito social do trabalhador.

O aviso prévio, analisado pelo aspecto jurídico, é um direito do trabalhador e um direito do empregador. O fundamento é bastante simples: havendo um contrato por prazo indeterminado (e a regra geral é que o contrato de trabalho seja por prazo indeterminado), uma parte tem o direito de ter ciência de que a outra vai romper o liame com alguma antecedência.

²⁴ PROSCURSIN, Pedro. Aviso Prévio – Evolução e Disciplina Legal. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 63, n. 11, novembro/1999. p. 1477-1486.

Passada a breve análise histórica, pontua-se acerca dos conceitos atribuídos ao instituto do aviso prévio.

Mozart Victor Russomano²⁵ define o aviso prévio dizendo que “*é a notificação antecipada devida à parte contrária por quem rescindir o contrato individual de trabalho*”.

Amauri Mascaro do Nascimento, por sua vez, afirma “*que o aviso prévio é a denúncia do contrato por prazo determinado, objetivando fixar o seu termo final*”.²⁶

Ensina Délio Maranhão que é aviso prévio:

a declaração de vontade, pela qual exercem as partes o direito potestativo de resilição do contrato de trabalho por tempo indeterminado, é de natureza receptícia, decorrendo daí a necessidade de um aviso ao outro contratante e do decurso de certo lapso entre a declaração e a extinção do contrato.²⁷

Maurício Godinho Delgado declina sua posição conceitual acerca do instituto do aviso prévio com as seguintes palavras:

Aviso Prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso.²⁸

Observa-se que, a bilateralidade do aviso prévio evidencia-se em todos os conceitos. Alice Monteiro de Barros confirma essa proeminência, acentuando que o aviso prévio é um “instituto jurídico bilateral” e, para tanto, o conceitua como “*a comunicação que uma parte faz a outra, avisando-lhe que pretende resiliir o contrato de trabalho por prazo indeterminado*”.²⁹

Como conceituação didática, utiliza-se ainda os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, no sentido de que “*aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva*”.³⁰

²⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. O Aviso Prévio no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961. p. 14.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 743.

²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 21 ed. São Paulo: LTr, 2003, v. I, p. 610.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 1170-1171.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed.rev.ampl. 2. tir. São Paulo: LTr, 2009. p. 956

³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 386

Observa-se que, praticamente todos os autores conceituam o aviso prévio em sua essência, traduzindo muito mais a definição do instituto do que a sua aplicação diante da concepção moderna e atual.

O estudo da atual concepção do aviso prévio e da análise dos conceitos dos grandes doutrinadores acerca do tema permite afirmar que o aviso prévio é a obrigação recíproca que têm os signatários de um contrato por tempo indeterminado de comunicar ao outro, num prazo mínimo estabelecido em lei ou contrato, o propósito de romper a relação jurídica havida entre eles, sob pena de indenizar a parte contrária dos danos advindos da brusca ruptura do contrato.

Convém aludir que, mais que um meio de conferir segurança às relações trabalhistas, o aviso prévio é uma garantia fundamental ao indivíduo, e, como toda ela, deve ser prestigiada de forma incisiva e inconteste.

A partir da Constituição Federal de 1988, o prazo mínimo do aviso prévio é de trinta dias. Ela estabeleceu, ainda, que tal dispositivo deveria ser regulamentado por uma norma infraconstitucional, edificada na intenção de tornar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. O dispositivo Constitucional que prescreve a proporcionalidade do aviso prévio, pois, é uma norma de eficácia contida. Em decorrência dessa previsão legal, o pré-aviso foi erigido à garantia de direito constitucional do empregado, funcionando como um organismo que confere segurança às relações trabalhistas em face do cometimento de ações arbitrárias no que tange à rescisão do contrato laboral, tanto por parte do trabalhador, como também em se tratando do empregador. Por oportuno, frise-se o artigo 7º, inciso XXI, da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

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

(omissis)

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

O Supremo Tribunal Federal (STF), governado por sua atribuição embrionária de guardião da Carta Magna, já se posicionou (Mandado de Injunção 369, de relatoria do Min. Francisco Rezek) a respeito da proporcionalidade do aviso prévio no sentido do reconhecimento de mora do Congresso Nacional. Transcreve-se a ementa do Mandado de Injunção antes mencionado, segue:

MANDATO DE INJUNÇÃO - Nº 369-6 DISTRITO FEDERAL

Impte.: NEISSER CARDOSO MINERVINO

Impdo.: UNIÃO FEDERAL

CONGRESSO NACIONAL

Ementa: - Mandado de Injunção. Artigo 7º - XXI da Constituição. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço.

Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no artigo 7º - XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época - circunstância impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor do impetrante.

Mandato de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional.

Assim sendo, vê-se que a inexistência da norma infraconstitucional regulamentadora desse instituto obsta o exercício de uma garantia constitucional, o que deve ser reprovado com veemência, tendo em vista o caráter imprescindível da percepção de uma indenização condizente com o tempo de trabalho.

Aqui, transcreve-se algumas ementas dos pretórios nacionais, as quais demonstram o entendimento, quase unânime, da jurisprudência, no sentido de que resta falha a aplicabilidade do dispositivo constitucional em exame por falta de regulamentação, conforme segue:

EMENTA: AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. Indevido o aviso-prévio proporcional, porquanto o direito a esta parcela encontra-se estatuído em norma constitucional de eficácia limitada, carente ainda de regulamentação. Aplicação da Súmula nº 06 deste TRT. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Devido o adicional de insalubridade pela execução de atividades envolvendo a utilização de solvente (Thinner). Enquadramento no Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria 3.214/78. (Acórdão do processo n. 0194100-91.2007.5.04.0512 (RO), Redator: CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA, Participam: MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO, JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, Data: 07/10/2009).

EMENTA: AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO. Indevido. A norma contida no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal não é auto-aplicável, no que concerne ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Recurso ordinário do reclamante a que se nega provimento no item. (Acórdão do processo n. 0013600-98.2009.5.04.0014 (RO), Redator: JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, Participam: CARMEN GONZALEZ, LUCIA EHRENBRINK, Data: 07/04/2010).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL - NORMA PROGRAMÁTICA - EFEITOS. A previsão constitucional de aviso prévio proporcional é meramente programática, não existindo ainda no mundo jurídico. O fato do recorrente pretender ajuizar mandado de injunção quanto ao tema, não induz que a pretensão não possa ser objeto de apreciação. Ref.: Art. II/CLT Art. 5º, XXXVI, Art. 7º, XXI, CF/88. (Processo RO - 6245/91, Relator Paulino Floriano Monteiro, Data de Publicação no DJMG: 28/08/1992).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. ARTIGO 7º, INCISO XXI DA CONSTITUIÇÃO. Não há lacuna na lei, mas disposição expressa do texto constitucional de que o pagamento do aviso prévio proporcional dependerá de lei complementar. Inexiste, pois, amparo legal para pleitear seu pagamento através de reclamatória trabalhista. (Processo RO - 1728/91, Relator Michel Francisco Melin Aburjeli, Data de Publicação no DJMG: 06/12/1991).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - A norma instituidora do aviso prévio proporcional é programática, carecendo de regulamentação para que possa se ajustar ao caso concreto. Aliás, essa é posição consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 84 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, onde se afirma que a proporcionalidade do aviso prévio depende de legislação específica. A leitura do inciso XXI do art. 7º da Constituição revela que o legislador constituinte deixou para a lei ordinária regulamentar a proporcionalidade do aviso prévio, pois utilizou a expressão “nos termos da lei”. Enquanto não advier a lei em questão, o aviso prévio deve ser concedido com prazo mínimo de trinta (30) dias, conforme está disposto naquele dispositivo constitucional, salvo instrumento normativo prevenido prazo maior que esse, por força do art. 7º, XXVI, da Constituição, o que não ocorre no caso “sub judice”. Recurso a que se nega provimento, no particular. (TRT-PR-13954-2005-014-09-00-9-ACO-14751-2008, Relator: EDMILSON ANTONIO DE LIMA, Publicado no DJPR em 09-05-2008).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. O direito ao aviso prévio proporcional, nos termos do art. 7º, XXI da Constituição Federal, depende de lei complementar, o que se explica facilmente pela necessidade de parâmetros acerca da proporcionalidade, em relação ao tempo de serviço. Se, entretanto, foi negociada cláusula normativa que assegura o aviso prévio proporcional,

de acordo com os critérios que estabelece, não se cogita de que a norma coletiva não possa ser aplicada enquanto não houver regulamentação do comando constitucional. Trata-se de manifestação da autonomia negocial privada, que deve ser prestigiada quando conceda benefício mais abrangente que o garantido pela lei. Ainda que se possa lamentar a omissão legislativa quanto a dispositivo que já constava da redação original da Carta de 1988, o fato é que, mesmo sem a norma constitucional programática, instrumentos coletivos poderiam assegurar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Recurso improvido, no particular. (TRT-PR-20057-2002-006-09-00-4-ACO-11304-2004, RELATOR: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, Publicado no DJPR em 11-06-2004).

EMENTA: AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL. O pagamento do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço depende de lei que o regulamente, ficando assegurado, até que o Legislativo supra essa lacuna, o período mínimo de trinta dias disposto no inc. XXI do art. 7º da CR e no art. 487 da CLT (Inteligência da OJ nº. 84 da SBDI-1 do TST). (Processo nº. 00036-2005-015-12-85-2, Relator Juiz Roberto Basilone Leite, Publicado no TRTSC/DOE em 26-10-2009).

Conforme observado acima, o entendimento jurisprudencial contemporâneo posiciona-se no sentido de que as garantias aos trabalhadores dispostas no artigo 7º da Constituição não são auto-aplicáveis, uma vez que são normas de eficácia contida, que carecem de regulamentação por lei ordinária. Por isso, enquanto não houver previsão legal regulamentando a proporcionalidade do aviso prévio, a decisão que o defere, na visão dos Tribunais Superiores, afronta o próprio dispositivo constitucional, e, sobretudo, o princípio da legalidade.

Nesse sentido, deliberou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme se depreende da Orientação Jurisprudencial nº. 84 da SBDI-1/TST, aliado ao Supremo Tribunal Federal (STF), que a regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio é procedimento essencial para o reconhecimento da existência desse direito inerente à relação de trabalho.

OJ-SDI1-84 AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. Inserida em 28.04.97. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável.

Um dos acórdãos que deram origem à Orientação Jurisprudencial nº. 84 da SBDI-1/TST assim consignou:

“O preceito suso mencionado não é auto-aplicável, depende de lei que o regulamente. Por outro lado, se há omissão do legislador, esta não pode

ser suprida por decisão judicial, até porque, ao tratar dos direitos fundamentais, estabeleceu o legislador constituinte, no art. 5º, inciso LXXI, o mecanismo do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”.³¹

Ao assumir essa conduta, os citados Tribunais indiscutivelmente afrontam o princípio da proteção ao hipossuficiente, bem como o princípio da isonomia. Aquele, por desconsiderar a posição desprivilegiada do trabalhador, de forma a não “*atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho*”³². E este, quanto ao princípio da isonomia, há ofensa a seus termos a partir de quando se passou a tratar de forma simétrica trabalhadores em condições fáticas e jurídicas diferentes. Ambos falham na hora de aplicar o princípio da hipossuficiência inerente ao Direito do Trabalho, porque a partir da ocasião em que não se reconhece a proporcionalidade do aviso prévio, limitando-o aos trinta dias mínimos prescritos pela Constituição, restringe-se a aplicação dessa orientação tanto ao contrato de trabalho com cinco anos de duração, como também àquele contrato de vinte anos, o que confere reflexos relevantes para determinados trabalhadores.

Além do mais, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC estabelece que, ao julgar, o juiz deve atender os fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, ou seja, para atender a presente determinação legal, o entendimento dos referidos órgãos judiciais deveria ser diametralmente oposto ao que externaram.

Importa ressaltar que a proporcionalidade da duração do aviso prévio ao tempo de serviço, mencionada no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, por ser direito social, inserido no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, deve ter aplicabilidade imediata. A teoria da eficácia direta e imediata tem grande apelo na utilização dos direitos fundamentais como instrumento de progresso social e de erradicação das desigualdades.

Em tais casos, é necessária a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações individuais de modo a equilibrar as relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte hipossuficiente. Além da necessidade de compensar a desigualdade fática entre as partes, outro alicerce para essa aplicação direta adviria da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, posto que, a partir da irradiação de seus efeitos, surge um novo direito subjetivo, qual seja o poder de reclamar do Estado uma atuação consistente em resguardar direitos fundamentais contra qualquer ameaça, mesmo que perpetrada por particulares.

³¹ TST-RR, n. 196720/1995.

³² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 198

Aqui, cumpre salientar que, no Brasil, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo desenvolvida por autores como Daniel Sarmento³³, Ingo Wolfgang Sarlet³⁴ e Luís Roberto Barroso³⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet explica:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.³⁶

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais é clara para Sarmento e Sarlet, pois segundo os autores, não há no texto constitucional brasileiro nada que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Ao contrário, a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades previstas no artigo 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal.

De acordo com os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares. Aos que defendem a teoria da eficácia direta das normas de direitos fundamentais entre os particulares, havendo ou não normas infraconstitucionais numa decisão, as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, no entanto não necessariamente como as únicas, mas como normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares. A existência de uma regra legal que reitere expressamente norma ou princípio constitucional não seria óbice para a aplicação direta da norma constitucional, uma vez que a função do legislador não é constitutiva, mas sim declarativa.

³³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. Livraria do Advogado Editora, 2010.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 271

³⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. A constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 89 e ss. Apud GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta, e GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *In Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Ano VI. nº. 99. 2ª Quinzena de Junho de 2010. p.67

Conquanto as ofensas aos princípios supra mencionados justifiquem, sob a direção seguida por este trabalho, a aplicação imediata do artigo 7º, inciso XXI, da Carta Federal de 1988, este não é único argumento que tem o fito de embasar tal postura. Como outrora afirmado, os direitos trabalhistas disciplinados, por via de regra, no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, compõem o acervo dos chamados Direitos e Garantias Fundamentais (Título I da Constituição Federal de 1988), diferentemente do que ocorria nas Cartas anteriores, em que estes se encontravam dispersos no âmbito da ordem econômica e social.

Ora, as normas relativas aos direitos fundamentais, segundo ordena o artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Política de 1988, têm aplicabilidade imediata. Então, o que dizer do argumento trazido pelo STF, ratificado pelo TST, que afirma a não-auto-aplicabilidade da proporcionalidade do aviso prévio?

Neste diapasão Virgílio Afonso da Silva³⁷ enfatiza que a Constituição de 1988 respalda a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. E mais, entende que enquanto o legislador não editar a lei referida os efeitos da norma constitucional poderão ser imediatamente exigidos, cabendo ao Judiciário a atribuição de fazer valer sua eficácia. Sustenta a “desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares”, destacando que essa “é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si”.

O fato de a norma do artigo 7º, inciso XXI, Carta de República de 1988, não estar plenamente completa na sua hipótese e no seu dispositivo, não traduz sua inaplicabilidade. Aliás, a função da jurisprudência, por meio do Poder Judiciário, utilizando o emprego dos princípios gerais de direito é justamente conferir máxima plenitude às normas que prescrevem direitos e garantias essenciais aos indivíduos. Assim, conquanto a condição de seu mandamento possua lacuna, isto é, não estabeleça uma escala de proporcionalidade a ser seguida, observa-se o intuito cristalino do legislador originário de tratar de forma privilegiada aquele trabalhador cujo contrato de trabalho se prolongou por determinado período.

As ementas dos Pretórios Nacionais transcritas abaixo corroboram a tese até então defendida:

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. É devido o aviso prévio proporcional previsto em norma coletiva, já que preenchidos os requisitos à sua concessão. (Processo nº. 0120200-44.2007.5.04.0781 (RO), Redator (a): BEATRIZ RENCK, Participam: MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA, EMÍLIO PAPALÉO ZIN, Data de publicação: 13/08/2009).

³⁷ PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 112, DE 2009, de autoria do Senador Paulo Paim. Disponível em: www.senadorpaim.com.br/upload/projetos/texto_original_57.pdf Acesso em: jun. 2010.

EMENTA: AVISO PRÉVIO – NULIDADE – RESCISÃO ANTES DO DECURSO DO PRAZO PREVISTO. A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXI, garante a todo empregado contratado por prazo indeterminado o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias. O legislador visou a fornecer tanto ao empregado, quanto ao empregador um período para se buscar uma nova colocação profissional ou um novo trabalhador, tornando, assim, efetivos os fundamentos da República Federativa do Brasil referentes à dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho. Para Amauri Mascaro do Nascimento, in *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 34ªed., São Paulo, Ltr, 2009, o aviso prévio “é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso do prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura do contrato”. Portanto, é dever do empregador manter a vigência do contrato empregatício até o termo final do aviso prévio, sendo defeso a rescisão antes desse prazo, mesmo por pedido do Obreiro, eis que se trata de direito irrenunciável, conforme disposto na Súmula n. 276 do Colendo TST. (Processo nº. 01250-2008-081-03-00-0 RO, Relator Convocado Juiz Eduardo Aurélio Pereira Ferri, Revisor Juiz Júlio Bernardo do Carmo, Órgão Julgador: Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, data da publicação no DEJT 27/04/2009).

EMENTA: MULTA DO ART. 477 DA CLT. CABIMENTO. O fato de ter havido controvérsia acerca do cabimento do aviso prévio proporcional postulados pelo Autor, e da certeza do direito somente ter ocorrido por decisão judicial, afasta a incidência da multa prevista no art. 477 da CLT. (Processo 0079900-36.2003.5.05.0463 RO, ac. nº025631/2004, Relator Desembargador LUIZ TADEU LEITE VIEIRA, 1ª. TURMA, DJ 20/10/2004).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO-NOVENTA DIAS-PREVISÃO EM INSTRUMENTO NORMATIVO. O artigo 487 da CLT assegura o direito ao aviso prévio de, no mínimo, trinta dias. Assim, se não houver norma especial para a categoria ou pactuação específica entre os contratantes, o trabalhador tem direito de aviso prévio de trinta dias. “In casu”, os instrumentos normativos aplicáveis à espécie estabelecem aviso prévio de 90 (noventa) dias aos trabalhadores que contassem entre 10 (dez) a 15 (quinze) anos de serviço na mesma empresa, como é o caso do Autor. Mister ressaltar que a validade da pactuação encontra-se assegurada pelas convenções coletivas acostadas aos autos, as quais foram fruto de negociação entre a entidade sindical representativa da categoria do obreiro e a empresa, conforme prer-

rogativa dada pelo art. 7º, XXVI, da CF, motivo pelo qual não se cogita de nulidade do pactuado. Assim, considerando que o acordado representa a vontade real das partes, não existe, “in casu”, ofensa a dispositivo legal, motivo pelo qual não merece reparos a r. decisão que deferiu o pagamento das diferenças de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de 90 (noventa) dias. Recurso Ordinário da primeira Reclamada a que se nega provimento, no particular. (TRT-PR-05564-2002-007-09-00-4-ACO-11140-2005, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, Publicado no DJPR em 10-05-2005)

EMENTA: AVISO PRÉVIO SUPERIOR A 30 DIAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Cuida o aviso prévio de medida que visa evitar a surpresa da ruptura abrupta do contrato de trabalho, permitindo mais ao obreiro a busca de outro emprego. Por isso que a Constituição da República o contempla proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias. Não há, pois, à luz da norma constitucional, qualquer adversão à concessão de aviso prévio superior a trinta dias. (Processo: 00542-2006-006-10-00-0 ROPS, Acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Distrito Federal e Tocantins, Relator: Desembargador Bertholdo Satyro, Julgado em: 04/10/2006, Publicado em: 13/10/2006 no DJ).

EMENTA: AVISO PRÉVIO PRAZO MÍNIMO. CUMPRIMENTO. Nos termos do art. 7.º, XXI, da CR, o prazo mínimo do aviso prévio é de trinta dias. Verificada a obediência ao mínimo previsto em lei não se verifica nenhuma nulidade. Recurso parcialmente conhecido e, no mérito, não provido. (Processo: 00759-2006-802-10-00-0 ROPS, Acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Distrito Federal e Tocantins, Relator: Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, Julgado em: 21/03/2007, Publicado em: 30/03/2007 no DJ).

Vê-se, pois, mesmo passados anos da promulgação da Carta Magna, apesar de haver vários projetos de lei, não existe empenho do parlamento no sentido de regulamentar a matéria.

No anseio de regulamentar a questão, depara-se, inclusive, com algumas propostas de modificação à redação do artigo 487 e do artigo 488 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, sob o n.º. 112/2009, as quais encontram-se em tramitação no Senado.³⁸

Segundo o magistrado e jurista Eduardo Gabriel Saad³⁹, deve-se, na ela-

³⁸ SAAD, Eduardo Gabriel; BRANCO, Ana Maria Saad Castello Branco; SAAD, José Eduardo Duarte. CLT Comentada. 36 ed. São Paulo: LTr, 2003. pg. 345.

³⁹ MARQUES, Rafael da Silva. **O Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p. 72.

boração da lei reguladora do inciso XXI do artigo 7º da Constituição Federal, ter muita prudência na sua redação. Para ele, o favorecimento exagerado dos empregados que contarem maior tempo de serviço poderá ser-lhes prejudicial, pois poderá induzir alguns empregadores a dispensar os empregados que se aproximam da faixa em que o aviso prévio é mais demorado.

Rafael da Silva Marques, por sua vez, contrapondo a idéia constitucional de necessidade de norma regulamentadora, assevera que é dispensável qualquer norma que regulamente os direitos dos trabalhadores, como por exemplo, o direito ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço previsto no inciso XXI do artigo 7º da Carta Magna de 1988, pois se assina não fosse, chegar-se-ia à descabida conclusão de que os direitos de primeira dimensão teriam que ser, também, para serem efetivamente exercidos, fomentados por lei ou por políticas públicas.⁴⁰

No Brasil, tem-se não apenas a incorporação de direitos sociais à Constituição, no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (e.g., artigo 6º, com a redação da Emenda Constitucional n.º. 26/2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”), como a proclamação expressa de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Tem-se afirmado que nenhum dispositivo constitucional, por mais genérico, indeterminado, abstrato, carente de regulamentação, deixa de ter um mínimo de eficácia, senão positiva, ao menos negativa. De fato, os dispositivos constitucionais a todos vinculam, seja ao legislador, ao administrador, ao juiz ou ao particular.

Não mais se admite o entendimento de que determinadas normas, por serem consideradas meramente programáticas, figurem como simples manifestação de intenções. A eficácia normativa que se reconhece aos dispositivos constitucionais impõe a todos que se portem conforme determinado pela Constituição Federal e, de outro lado, impede qualquer ação ou omissão em desacordo com o estabelecido, sob pena de inconstitucionalidade.

A constitucionalização dos direitos sociais assume relevância ímpar diante da afirmação do caráter normativo da Constituição, que faz com que esta condicione a validade da produção legislativa e pautar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, gerar pretensões individuais diretas e imediatas, em situações específicas.

O reconhecimento do potencial normativo da Constituição aliado à constitucionalização de diversos assuntos atinentes aos relacionamentos privados colaborou para que o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais fosse cada vez mais estudado, despertando interesse entre os estudiosos do direito.

Não existe um entendimento pacificado acerca da possibilidade ou da impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, nem

sobre como ocorre a eventual aplicabilidade.

Entretanto, a intenção inicial de os direitos fundamentais frearem as atividades estatais não se deve por se tratar pura e simplesmente do Estado, mas porque era esse quem representava e ainda representa a maior ameaça institucionalizada ao homem e aos seus direitos primordiais.

Portanto, fosse a ameaça originada de outra fonte que não o Estado, certamente que os direitos fundamentais teriam como objeto a regulamentação da relação entre o indivíduo e essa outra fonte de perigo.

Dessa maneira, na medida em que ocorreu o desenvolvimento da sociedade, calcado no fortalecimento do Estado de Direito, surgiram novos atores com força social, jurídica, econômica e política capazes de representar ameaça aos direitos primários das pessoas, tornando necessário que o sujeito passivo dos direitos fundamentais deixasse de ser apenas o Estado, para voltar-se também a quem quer que possa violá-los ou ameaçá-los.

Mas a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser analisada não só nos casos de visível desigualdade entre as pessoas privadas, mas também em hipótese de real igualdade.

Por isso, os direitos fundamentais devem ser considerados como garantias dos cidadãos contra os abusos cometidos por quaisquer pessoas capazes de fazê-los, independentemente de sua condição pública ou privada, pois para o ofendido é indiferente qual seja a fonte de agressão ao seu direito.

É certo, entretanto, que em virtude da autonomia privada que revestem os particulares, a incidência dos direitos fundamentais em suas relações não poderá se dar de maneira exatamente idêntica a que ocorre quando se tem o Estado em um dos pólos.

Talvez essa seja uma das questões de maior relevo no assunto, pois urge encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Isso porque, quanto maior a incidência dos direitos fundamentais nesses relacionamentos, mais se poderá estar mitigando o poder de autodeterminação das pessoas.

O presente trabalho visa, justamente, a dar resposta a tais inquietações, atentando para a consagração dos direitos sociais no nosso texto constitucional como direitos fundamentais de eficácia imediata.

Conclui-se, portanto, que resta evidente que o aviso prévio, em âmbito de Direito do Trabalho, deixou de ser uma garantia igual e recíproca das partes, para ser um direito constitucional do empregado contra a despedida arbitrária e à liberdade de trabalho, como forma, inclusive, de proteção da relação de emprego, à qual deve ser dada qualificação de norma de eficácia imediata, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado na Constituição Federal de 1988, como propulsor dos direitos e garantias do cidadão, inclusive e em especial, do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. rev. ampl. 2. tir. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. vol. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*. Juruá: Curitiba, 2003.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta, e GEMIGNANI, Daniel. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho*. In Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Ano VI. nº. 99. 2ª Quinzena de Junho de 2010.

GÓES, Mauricio de Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. *Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP/SP, 2007.

GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: jun. 2010.

LEITE, Celso Barroso. *A proteção Social no Brasil*. São Paulo: LTR, 1972.

LEMONS, Jonathan Iovane de. *A aplicabilidade imediata do aviso prévio proporcional*. In. Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. n.º. 01 (2010). Porto Alegre: HS Editora, 2010. Anual. Coord. Científica Gilberto Sturmer. p. 122-132

LIMA, Henrique. *Efeitos horizontais dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: jun. 2010.

MARQUES, Rafael da Silva. *O Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm Acesso em: jun 2010.

MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos sociais*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 189. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1456>> Acesso em: jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLSEN, ANA CAROLINA LOPES. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba, 2006. 390 fl.

PROCURSIN, Pedro. *Aviso Prévio – Evolução e Disciplina Legal*. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 63, n. 11, novembro/1999.

QUEIROZ JUNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Os direitos sociais: direitos humanos e fundamentais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: jun 2010.

RIPPER, Walter Wiliam. *Aviso prévio proporcional: estudo das suas concepções e da constitucionalidade do inciso I do art. 487 da CLT*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1126, 1 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8725>>. Acesso em: jun. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Aviso Prévio no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1961.

SAAD, Eduardo Gabriel; BRANCO, Ana Maria Saad Castello Branco; SAAD, José Eduardo Duarte. *CLT Comentada*. 36 ed. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988*. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org). *Direito Público em Tempos de Crise*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20 ed. vol. I. São Paulo: LTr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21 ed. vol I. São Paulo: LTr, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

THAMER, Maria Raquel Machado de Souza. *Direitos Fundamentais e Eficácia*. Disponível em: http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Mar06_Artigos/DIREITOS%20FUNDAMENTAIS_DIREITO_REV.pdf Acesso em: jun 2010.