



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 0002672-24.2011.5.02.0063 (20120040470)
RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO
RECORRENTE: PATRÍCIA DIAS GASOLI
RECORRIDO: AÇOS VIC LTDA
ORIGEM: 63ª VARA DO TRABALHO/SÃO PAULO

Ementa: Aviso prévio proporcional previsto na Lei 12.506/2011. Inaplicabilidade aos contratos de trabalho extintos anteriormente à data da publicação da norma regulamentadora, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). O inciso XXI, do artigo 7º, da Carta Magna, reporta-se textualmente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo 30 (trinta) dias, nos termos da lei (grifei), não pairando dúvidas de que o preceito constitucional ora em exame, ainda que inserido no rol dos direitos fundamentais, encerra norma de ordem programática, vale dizer, de aplicabilidade limitada ou mediata. Nesse contexto, a Lei 12.506/2011, regulamentando a previsão contida no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, entrou em vigor na data da sua publicação (13/10/2011), resultando claro que as diretrizes ali externadas somente se mostram aplicáveis aos contratos de trabalho extintos a partir dessa data, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito, garantia igualmente inserida entre os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso XXXVI).

Dispensado o relatório, nos termos do art. 895, parágrafo 1º, inciso IV, da CLT.

VOTO

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário interposto, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

DO MÉRITO

Trata-se de reclamação trabalhista cuja pretensão obreira é única e simples, qual seja, a percepção de “diferenças” relativas ao “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço” e aos correspondentes reflexos em seus demais ganhos, com espeque no artigo 7º, inciso XXI, da Carta Magna e na Lei 12.506/2011, de 11/10/2011.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

A MM. Vara de Origem rechaçou a pretensão em epígrafe, sob o fundamento de que a extinção do pacto laboral consolidou-se aos 21/07/2010, ou seja, anteriormente à edição da legislação regulamentadora do artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal – Lei 12.506/2011 (publicada aos 13/10/2011) –, não se admitindo a atribuição de efeito retroativo aos seus termos, sob pena de violação ao direito adquirido e comprometimento da estabilidade das relações jurídicas.

Contra referida decisão, insurge-se a reclamante, valendo-se do argumento jurídico insculpido no artigo 5º, parágrafo 1º, do Texto Magno, explicitando que o aviso prévio proporcional insere-se no rol dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Cidadã, as normas constitucionais que “estabelecem direitos e garantias fundamentais” não ostentam caráter meramente programático, assomando imperativa sua aplicabilidade imediata, bem assim que o Pretório Excelso tem reconhecido a “eficácia imediata” de cada dispositivo “enunciador de direito ou garantia fundamental”. Eis a matéria posta em exame perante esta Corte Revisora.

Ab initio, imperioso ressaltar que a Constituição Federal de 1988 apresentou em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em 05 (cinco) capítulos, vale dizer, estabeleceu 05 (cinco) espécies ao referido gênero, quais sejam: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relativos à existência, à organização e participação dos partidos políticos.

Por outro vértice, louvando-se do critério histórico-cronológico de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera constitucional, hodiernamente a doutrina os classifica como de *primeira, segunda e terceira gerações*. Sob tal perspectiva, os direitos fundamentais de *primeira geração* correspondem aos direitos e garantias individuais e políticos clássicos (as chamadas “liberdades públicas”), os quais asseguram a iniciativa e a independência aos indivíduos frente ao corpo social e político. Por sua vez, os direitos fundamentais de *segunda geração* atrelam-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, emergentes no início do século XX, isto é, afiguram os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais – entre os quais, de fato, insere-se o “aviso prévio proporcional” (artigo 7º, inciso XXI) –. Finalmente, a nova classe que se consolida é a dos direitos fundamentais ditos de *terceira geração*, cujos esteios vinculam-se aos postulados da *solidariedade e fraternidade* – também conhecidos como *direitos fundamentais do gênero humano* –, abarcando o direito ao equilíbrio do meio ambiente, à qualidade de vida, ao desenvolvimento, ao progresso, à autodeterminação dos povos, à paz e a outros direitos de índole difusa.

Nesse diapasão, já se manifestou o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de segurança impetrado contra ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República (MS 22.164/SP), valendo a transcrição



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

dos elucidativos dizeres do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Celso de Mello¹, de seguinte teor:

“(...) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam como as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

In casu, a par das ponderações externadas na exordial e reiteradas nesta esfera recursal, discute-se a eficácia e aplicabilidade de norma constitucional relacionada a direito fundamental de *segunda geração*, inserido no Capítulo II, do Título II, do Texto Magno (Direitos Sociais). E aqui, impende destacar que, conquanto o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal estabeleça que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (normas constitucionais de eficácia plena), não se pode olvidar que a *eficácia* e *aplicabilidade* de referidos direitos dependem em grande parte do seu próprio enunciado, já que o legislador constituinte condicionou a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais (segunda geração) à normatividade ulterior (norma constitucional de eficácia limitada). Assim, os efeitos dos preceitos de eficácia limitada concretizam-se de forma *mediata*, por dependerem de norma posterior (lei complementar ou ordinária) que lhes desenvolva a aplicabilidade, propiciando o pleno exercício do direito ou da benesse consagrada pelo texto constitucional, ou seja, incidem sobre os interesses tutelados tão somente após a edição do regramento infraconstitucional.

No particular, inclusive, a abalizada doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA² é digna de menção:

“(...) A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os

1 STF- Pleno – MS 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17/11/1995, p. 39/206.

2 CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, 35ª edição, São Paulo, Malheiros, 2011, pg. 180.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta (...)”.

Traçadas as premissas acima, a teor da clareza solar do exaustivamente citado inciso XXI, do artigo 7º, da Carta Magna, o qual, frise-se, reporta-se textualmente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo trinta dias, ***nos termos da lei*** (grifei), não pairam dúvidas de que o preceito constitucional ora em exame, ainda que inserido no rol dos *direitos fundamentais*, encerra norma de ordem programática, vale dizer, de aplicabilidade *limitada* ou *mediata* e, portanto, condicionava-se à oportuna regulamentação infraconstitucional.

Tal discussão há muito estava superada, ante os termos da Orientação Jurisprudencial 84, da SDI-1, do C. TST, como segue:

Aviso prévio. Proporcionalidade. (Inserida em 28.04.1997) *A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável.*

Ociosa a argumentação lastreada na Convenção 158, da OIT e no teor do Decreto Legislativo 68/92, porquanto a cobrança de parcela intitulada “*adicional proporcional ao tempo de serviço*” sequer resvala o objeto da presente ação, além do que a ampla discussão relacionada à proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária não se coaduna propriamente com a situação exposta nos autos, envolvendo exclusivamente a celeuma alusiva à eficácia e à aplicabilidade da norma inserta no inciso XXI, do artigo 7º, da Constituição Federal. Ademais, a título elucidativo, atente a apelante que por meio do Decreto 2.100/96, o Poder Executivo denunciou a Convenção 158, o que significa que o Governo reputou encerrado o compromisso anteriormente assumido (Decreto Legislativo 68/92) de cumprir os seus dispositivos³, sendo certo que o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA - CONTAG contra o aludido Decreto 2.100/96 foi adiado aos 06/08/2009, conforme se extrai do andamento processual eletrônico do STF, ante o pedido de vista formulado pela Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie (ADI 1625/DF).**

3 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

Tem razão a recorrente quando aduz que a omissão do Poder Legislativo e a “ausência de legislação integradora” não afiguram “razão suficiente para obstar a realização de direito constitucionalmente previsto, especialmente direitos fundamentais”, tanto que o Pretório Excelso, nos moldes bem delineados na própria peça recursal, foi reiteradamente instado a se manifestar por meio do remédio jurídico de que trata o LXXI, do artigo 5º, da Carta Magna. Entretanto, ainda conforme admite o próprio autor, nem o Supremo Tribunal Federal logrou definir os parâmetros concretos para a correlação da proporcionalidade entre o aviso prévio e o tempo de serviço, de modo que tal impasse, em efetivo, restou superado no cenário jurídico apenas com a edição da Lei 12.506/2011.

Nesse contexto, se a legislação em comento, a qual, repise-se, regulamentou a previsão contida no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, alterando a redação do artigo 487, da CLT, entrou em vigor na data da sua publicação (artigo 2º, da Lei 12.506/2011), isto é, aos 13/10/2011, resulta claro que as diretrizes ali externadas somente se mostram aplicáveis aos contratos de trabalho extintos a partir dessa data.

Na hipótese versada nos autos, a reclamante foi injustamente dispensada aos 21/07/2010 e, em referida data a reclamada procedeu ao integral pagamento dos haveres rescisórios, inclusive do aviso prévio indenizado correspondente a 30 (trinta) dias (fl. 67), considerados os ditames legais vigentes à época – e tal circunstância remanesceu indiscutível –. Assim, a ré cumpriu a obrigação que lhe era imposta pelo ordenamento jurídico, formalizando com o obreiro ato jurídico perfeito e acabado.

Não se concebe, diante da Carta Constitucional em vigor (artigo 5º, inciso XXXVI), que legislação posterior venha atingir situação jurídica já consumada – e de forma lícita –. E nem a Lei 12.506/2011 assim o fez, porquanto nada menciona acerca dos contratos de trabalho extintos anteriormente à sua publicação, sendo certo que a atenta análise das alegações recursais induz à conclusão de que a autora, embora pela via oblíqua, tem em mira afastar o preceito constitucional ora em epígrafe – ato jurídico perfeito –, o que se revela de todo inadmissível, ainda mais por se tratar de garantia igualmente inserida entre os direitos e garantias fundamentais.

Fere até mesmo o princípio da razoabilidade, norteador de todo Estado Democrático de Direito, ser o empregador penalizado pela omissão legislativa, sanada após a extinção do contrato de trabalho do empregado e para a qual efetivamente não deu causa. Do contrário, aí sim resultaria na total desestabilização das relações jurídicas, com o que não pode ser conivente o Poder Judiciário.

Nesse diapasão, já se posicionou o C. Tribunal Superior do Trabalho, impondo-se transcrever ementa em acórdão da 4ª Turma, publicado aos 11/05/2012, nos autos do Processo RR 95600-58.2009.5.04.0014, tendo como Relatora



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

a Excelentíssima Senhora Relatora Maria de Assis Calsing:

“AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. REGULAMENTAÇÃO. AFRONTA AO ART. 7.º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURADA. Na forma da Orientação Jurisprudencial n.º 84 da SBDI-1: -A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7.º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável-. Esse entendimento permanece firme para algumas situações. De fato, conquanto tenha sido editada a Lei n.º 12.506, de 11 de outubro de 2011, regulamentando o aviso-prévio proporcional, não se pode conferir efeitos retroativos à referida espécie normativa, de forma a alcançar contrato de trabalho que já tenha sido extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. No caso dos autos, tendo sido o contrato de trabalho extinto em 20/2/2009, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n.º 12.506/2011, não há como se deferir o aviso-prévio proporcional, visto que, antes da edição da lei, havia efetivamente a omissão legislativa que impedia a aplicação imediata da norma inserta no art. 7.º, XXI, da Constituição Federal. Precedentes da Corte. **Recurso de Revista não conhecido, no tópico.”**

Inócuas, portanto, as vastas e retóricas considerações embasadas na aplicação da Súmula 330, do C. TST, na propalada violação ao inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem assim na suposta vulneração ao “princípio da segurança jurídica”.

Em conclusão, as disposições contidas na mencionada Lei 12.506/2011 em nada respaldam a postulação da autoria, uma vez que a referida norma não se encontrava em vigor quando da extinção do contrato de trabalho (havendo omissão legislativa que impedia a aplicação imediata do comando inserido no artigo 7º, XXI, da Constituição Federal), não sendo juridicamente possível a retroação de seus efeitos, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito – esse sim, direito fundamental de *primeira geração*, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata –.

Nada mais a ser reexaminado.

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 9ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: conhecer do recurso ordinário interposto e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do reclamante, mantendo íntegra a r. decisão de primeiro grau, nos termos da fundamentação esposada pela Relatora.

JANE GRANZOTO TORRES DA SILVA



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

Desembargadora Relatora