

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33944-aviso-pr-vio-proporzional-ao-tempo-de-servi-o>

Autore: Vólia Bomfim Cassar

Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

Vólia Bomfim Cassar[1]

Introdução

Este texto tem a finalidade de comentar a recente lei que regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço se insere nos temas: “garantia de emprego” e, paradoxalmente, “extinção do emprego”. No primeiro por ser um dos mecanismos de proteção ao emprego, já que desestimula as despedidas arbitrárias, imotivadas, o que se coaduna com o disposto no inciso I, do artigo 7º da CRFB. Isto se explica porque o aumento do prazo do aviso prévio pela Lei 12.506/11 onera, em demasia, a rescisão contratual decorrente da despedida imotivada, criando-lhe obstáculos. Além disso, a nova norma prestigia a antiguidade do trabalhador, dando-lhe mais garantias. No segundo tema, contrariamente, já que o direito tem como fato gerador exatamente a extinção do contrato pela denúncia vazia. O instituto, por isso, atenua os efeitos nefastos da despedida imotivada.

Histórico

O aviso prévio teve sua origem no direito civil e comercial e sempre foi devido nas extinções unilaterais dos contratos.

Nas Corporações de Ofício, o companheiro não poderia se desligar do trabalho sem antes conceder aviso prévio ao mestre. Entretanto, o direito não era recíproco, pois o mestre poderia afastar o companheiro, sem respeitar qualquer prazo.

Mais tarde, o Código Comercial (art. 81) previu o aviso prévio de um mês, salvo ajuste em contrário, nos contratos entre preponente e um de seus prepostos. O Código Civil de 1916, referindo-se à locação de serviço, também tratou do aviso prévio no art. 1.221, acrescentando que seu cabimento ocorria apenas nos contratos por prazo indeterminado.

O primeiro ordenamento jurídico trabalhista a conceder aviso prévio foi o Decreto nº 16.107/23, que regulava a locação de serviços domésticos. A grande novidade do decreto era o cabimento do aviso nos contratos por prazo determinado. O art. 6º, da Lei no 62/35, exigia que o empregado comunicasse o empregador, com antecedência mínima de 8 (oito) ou 30 (trinta) dias, da extinção unilateral do contrato. Todavia, a recíproca não era verdadeira, já que o empregador não estava obrigado a tanto.

A CLT incorporou o texto contido da Lei no 62/35 ampliando o direito também ao empregado, tornando-o recíproco – arts. 487 até 491, da CLT.

Pela primeira vez, o aviso prévio foi arrolado constitucionalmente como um dos direitos dos trabalhadores, com prazo mínimo de 30 dias – art. 7º, XXI, da Carta de 1988.

Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e sua aplicação

Após decisão do STF[3], proferida em quatro mandados de injunção[4], que entendeu pela aplicação do inciso XXI, do artigo 7º, da CRFB, àqueles casos concretos, o legislativo, pressionado pela Suprema Corte, correu e editou a Lei no 12.506, em 11 de outubro de 2011.

Finalmente o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço foi regulamentado, retirando a eficácia da OJ no 84, da SDI-I, do TST, que deve ser cancelada.

Só é devido o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço aos contratos extintos após a data de vigência da Lei no 12.506/11, pois as leis não têm efeito retroativo e não podem atingir situações já consumadas antes de sua existência e eficácia.

Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço recíproco

O aviso prévio tem a finalidade de preparar as partes para o término do contrato. Visa conceder à parte inocente o tempo necessário para procurar novo emprego (se o trabalhador for o notificado) ou um substituto para o demissionário (se o empregador for o notificado). Desta forma, o direito ao prazo, seja ele de 30 dias ou mais, é recíproco, isto é, o empregado que conta com 21 anos de casa e pede demissão deve conceder ao seu patrão um aviso prévio de 90 dias, permitindo que o empregador tenha mais tempo para busca e treinamento de outro trabalhador para substituí-lo.

Este raciocínio foi aplicado quando a Constituição majorou de 8 (oito) para 30 (trinta) dias o aviso prévio (inciso XXI, do artigo 7º), pois o prazo de oito dias foi revogado tanto para o empregado, quando for o notificado da despedida, quanto para o empregador, quando for a parte denunciada. Saliente-se que os dois incisos do artigo 487, da CLT, estabeleciam o prazo de 8 dias se o pagamento do empregado fosse efetuado por semana ou tempo inferior (o inciso I não foi recepcionado pela CR), e de 30 dias (inciso II) para os que recebiam por quinzena ou mês ou que tivessem mais de 12 meses de serviço. Portanto, a vinculação de um prazo superior

de aviso prévio com o tempo de serviço do emprego já estava prevista na CLT e sempre foi interpretado como um direito indiscutivelmente recíproco. Isto é, a CLT já garantia o aviso de 30 dias para os empregados que contassem com mais de 1 ano de serviço, mesmo que percebessem por semana ou tempo inferior.

Regra similar é encontrada no Código Civil (art. 599, parágrafo único, do CC), que fixa um só prazo para as partes de acordo com a periodicidade do pagamento do trabalhador. Neste caso, o prazo é um direito da parte inocente que recebeu a comunicação de extinção do contrato, independentemente de quem é o comunicante.

A Circular nº 010, de 27/10/11, emitida pelo MTE[5], foi expressa em sentido contrário (item 3). Afirma que apenas o empregado tem direito ao aviso prévio superior a 30 dias. Entendemos que a referida Circular extrapolou o limite de sua competência ao legislar, sendo, portanto, ineficaz.

Explica-se.

O Executivo não tem o poder de legislar, pois tal competência é do poder Legislativo.

Só a lei poderá delegar ao Executivo o poder de criar o direito, como o fez no caso dos arts. 193, 195 e 196, da CLT, deixando às normas regulamentares, às portarias o poder de dizer quais são as atividades insalubres e perigosas – NR 15 e 17 do MTE c/c OJ nº 4, da SDI-I, do TST. Neste sentido, não só o decreto, mas também as portarias, circulares etc., poderão, excepcionalmente, constituir-se em fonte formal de direito.

Campo de aplicação

Apesar de a Lei nº 12.506/11 se referir ao aviso prévio previsto na CLT, entendemos que o direito pode ser aplicado também aos rurais, domésticos e avulsos.

A lei assim se refere:

Art. 1º - O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Se o legislador pretendesse conceder apenas aos empregados regidos pela CLT, vulgarmente chamados de “urbanos”, teria alterado o artigo 487, da CLT, para acrescentar o inciso III ou outro parágrafo. A referência legislativa ao Capítulo VI, do Título IV, da CLT, foi ao conceito do instituto e hipóteses de cabimento e não à pessoa destinatária do benefício.

Por outro lado, o artigo 7º, caput, da CR, assim como seu inciso XXXIV e o parágrafo único, garantem o aviso prévio proporcional tanto aos urbanos, como aos rurais, domésticos e avulsos.

Na verdade, a nova lei pretendeu apenas regulamentar o inciso XXI, do artigo 7º, da CR.

Prazo

Assim dispõe o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 12.506/11:

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma

empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Da leitura do texto acima, percebe-se que a lei limita o período de 30 dias de aviso prévio para o trabalhador que conta com até um ano de serviço na mesma empresa. A partir daí, a cada ano completo o empregado terá mais 3 dias, até o limite máximo de 60 dias, que, somados aos trinta primeiros, chegaremos ao limite máximo de 90 dias. Isso significa que a partir de 20 anos de empresa, o trabalhador terá direito a 90 dias de aviso prévio.

Convertemos o cálculo acima na tabela abaixo:

Menos de 2 anos	30 dias
2 anos	33 dias
3 anos	36 dias
4 anos	39 dias
5 anos	42 dias
6 anos	45 dias
7 anos	48 dias
8 anos	51 dias
9 anos	54 dias
10 anos	57 dias
11 anos	60 dias
12 anos	63 dias
13 anos	66 dias
14 anos	69 dias
15 anos	72 dias
16 anos	75 dias
17 anos	78 dias
18 anos	81 dias
19 anos	84 dias
20 anos	87 dias

21 anos	90 dias
---------	---------

Aviso prévio trabalhado — art. 488, da CLT

É aplicável o artigo 488, da CLT, para os avisos superiores a 30 dias, ante a perfeita compatibilidade desta norma com a nova regra. Nestes casos, a redução de duas horas por dia deve ocorrer durante todo o período do pré-aviso ou a supressão de 7 dias consecutivos de trabalho, sem prejuízo do salário, para cada 30 dias de aviso que o empregado (urbano) tenha direito. Se o empregado for rural, a redução de 1 dia por semana deve ocorrer a cada semana que o trabalhador tenha direito. Logo, é aplicável o artigo 488, da CLT, para todo o período do aviso.

O empregador não pode substituir a redução da jornada ou dos dias de descanso pelo pagamento de horas extras por parte ou por todo o período do aviso, pois tal medida contraria a finalidade do instituto Súmula nº 230, do TST.

Aviso prévio não trabalhado — conversão em pecúnia: integração ao tempo de serviço e natureza

A conversão do aviso prévio em pecúnia[6], também chamado de aviso prévio indenizado, mesmo que superior a 30 dias, quando o empregado é o notificado da despedida imotivada, integra o tempo de serviço do trabalhador tanto para fins de baixa na CTPS, recolhimento do FGTS, contagem do prazo prescricional, como para o recolhimento do INSS, bem como será levado em consideração, trabalhado ou indenizado, para fins da indenização adicional prevista no artigo 9º, da Lei nº 7.238/84.

Quando for pago em pecúnia, os avos referentes ao aviso serão computados para fins de cálculo de férias e 13º salário.

A natureza é salarial porque assim quis a lei, pois utilizou a expressão “salário” no artigo 487, parágrafo 1º, da CLT:

A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço” (grifos nossos).

Entendemos que o empregador não pode conceder parte trabalhada e parte indenizada, pois a lei não facultou este direito às partes. Quando o aviso era ou de 8 dias ou de 30 dias, as partes não poderiam ajustar que 8 dias seriam trabalhados e 22 indenizados, ou que metade seria trabalhado e metade indenizada. Da mesma forma, não poderá o aviso de 60 dias, por exemplo, ser parte dele indenizado e parte trabalhado.

O empregado que pede demissão e não cumpre o aviso prévio, dá direito ao patrão de descontar de qualquer parcela resilitória o respectivo valor.

Aplicabilidade ou não das demais regras da CLT

As demais regras previstas na CLT acerca do aviso prévio são perfeitamente aplicáveis ao restante do prazo criado pela Lei nº 12.506/11.

Explicaremos algumas:

A reconsideração (art. 489, da CLT) da denúncia depende da concordância da outra parte, que pode ocorrer até o final do prazo do aviso, mesmo superior a 30 dias.

A parte que praticar, durante o prazo do aviso, trabalho ou não, superior ou não a 30 dias, falta grave, dá à outra o direito à rescisão imediata e ao pagamento das correspondentes parcelas (arts. 490 e 491, da CLT).

Passa a ser possível a aplicação do abandono de emprego para os avisos trabalhados superiores a 30 dias, pois o obstáculo estava exatamente no fato de que apenas o transcurso de mais de 30 dias consecutivos de faltas reiteradas e injustificadas dariam ensejo à justa causa de abandono e o aviso só tinha 30 dias e não mais que 30.

Não se adquire estabilidade cujo fato gerador foi superveniente à dispensa e ocorrida no curso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (Súmula nº 369, V, do TST), pois a denúncia do contrato ocorreu quando o trabalhador não era portador de qualquer garantia de emprego ou estabilidade. É bom lembrar que o aviso prévio é apenas o prazo legal que flui entre a denúncia do contrato e sua efetiva extinção. Como todo prazo, este também é um evento futuro e certo, cujo direito já foi adquirido (direito de extinção do pacto), mas os efeitos da terminação só podem ocorrer quando do final do prazo do aviso. O mesmo raciocínio se aplica para as suspensões e interrupções contratuais ocorridas no curso do prazo do aviso. Tais fatores não obstam a contagem contínua do prazo, nem seu termo final e a conseqüente extinção do contrato.

Na despedida indireta (justa causa do patrão) o trabalhador terá direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma do artigo 487, parágrafo 4º, da CLT.

Ocorrendo culpa recíproca o aviso prévio proporcional é devido pela metade, na forma do artigo 484, da CLT c/c Súmula nº 14, do TST.

Também são aplicáveis as regras contidas nos parágrafos 5º e 6º, do artigo 487, da CLT, e, por isso, devida a integração

das horas extras habituais (pela média duodecimal) por todo período do aviso (se indenizado), assim como os reajustes concedidos neste período devem ser repassado ao trabalhador.

O termo final do prazo do aviso prévio indenizado proporcional ao tempo de serviço não será considerado para fins de cálculo da indenização adicional de 40%, pois o empregador paga a rescisão antes do término do prazo – da mesma forma a OJ nº 42, II, da SDI-I, do TST.

Renúncia — Súmula nº 276, do TST, e negociação coletiva

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito previsto em lei, logo, para o empregado este é um direito irrenunciável por conta de sua característica pública. Todavia, a jurisprudência consagrou que é válida a renúncia se o empregado o fez por escrito e comprovadamente já tem novo emprego. Sendo este o entendimento majoritário, apesar de não concordamos, pois mais parece uma fraude que camufla o pedido de demissão com a finalidade de levantamento do FGTS, entendemos que a regra deve valer também para todo o prazo do aviso, isto é, inclusive para aqueles que o prazo é superior a 30 dias.

Pelos mesmos argumentos, não é possível a negociação coletiva com o objetivo de transacionar, renunciar ou reduzir tal direito, pois a Constituição apontou as hipóteses (art. 7º, VI, XIII e XIV) que o direito por ela garantido poderia ser negociado coletivamente e este não está aí incluído.

[1]Vólia Bomfim é doutora em direito pela UGF, mestre em direito pela UNESA, pós-graduada em direito do trabalho pela UGF, pós-graduada em processo civil e

processo do trabalho pela UGF, juíza do trabalho, professora da UNIGRANRIO e do VBCA e autora de diversas obras trabalhistas.

[2]Estabilidade e garantia de emprego constituem institutos afins, porém diversos, não se confundindo. A garantia de emprego abrange não só a restrição ao direito potestativo de dispensa (estabilidade), como também a instituição de mecanismos de recolocação do trabalhador, de informações, consultas entre empresas, sindicatos, trabalhador, política estatal, criando estímulos para evitar o desemprego. A garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade é espécie. Toda medida praticada com o intuito de diminuir o desemprego, recolocar o trabalhador no mercado de trabalho, incentivar a admissão, desestimular a dispensa, obstar ou onerar a despedida arbitrária, capacitar o profissional no sentido de aproveitá-lo no mercado é considerada medida de garantia no emprego. A garantia de emprego é um instituto político-social-econômico, enquanto a estabilidade é um instituto trabalhista.

[3]<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667> – acesso feito em 17/01/2011, às 19:14.

[4]Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090.

[5]MTE significa Ministério do Trabalho e Emprego.

[6]Fiz referência apenas ao aviso indenizado porque o trabalhado indiscutivelmente integra o tempo de serviço para todos os fins.