

O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Marcos Abílio Domingues

(Doutor em Direito pela PUC de São Paulo; professor do curso de Direito da Faculdade de Paulínia)

RESUMO: O texto faz algumas considerações a respeito da regulamentação pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, do aviso prévio proporcional. Há indicação de diversas indagações e divergências que surgiram com o advento da referida Lei, haja vista que a previsão da proporcionalidade do aviso prévio existe desde a Constituição Federal de 1988, mas sua regulamentação somente ocorreu vinte e três anos depois.

PALAVRAS CHAVE: aviso prévio; contrato de trabalho; Direito do Trabalho; direitos do empregado; rescisão do contrato de trabalho.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O aviso prévio; 2. A regulamentação no Brasil; 3. A Lei da proporcionalidade do aviso prévio; 4. A natureza do aviso prévio; 5. Alguns pontos controversos; 6. Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Com estas breves linhas pretende-se tecer algumas considerações iniciais a respeito da regulamentação por lei ordinária do aviso prévio proporcional, previsto na Constituição Federal desde 1988.

A exposição pretende estabelecer a definição desse instituto jurídico trabalhista, bem como sua regulamentação legal e sua natureza. Desse ponto, a idéia central é discutir alguns pontos que, em razão da regulamentação da proporcionalidade, possam gerar controvérsias de interpretação e aplicação.

Naturalmente, não há a pretensão de esgotar o assunto ou redigir um manual para a solução de todas as controvérsias que surgiram e surgirão com a regulamentação tardia do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. De qualquer maneira, há o propósito de modestamente contribuir para o esclarecimento de algumas questões e, dentro do possível, indicar caminhos para a aplicação do instituto jurídico em análise.

1. O AVISO PRÉVIO

O aviso prévio é o instituto jurídico trabalhista pelo qual a parte que toma a iniciativa de romper o contrato de emprego por prazo indeterminado deve comunicar com antecedência a outra parte esta intenção. Nas palavras de Gomes e Gottschalk o aviso prévio:

“Consiste na obrigação que tem qualquer das partes do contrato de trabalho por tempo indeterminado de notificar à outra de sua intenção de romper o vínculo contratual, em data futura e certa”³⁶.

De outro lado, para Mauricio Godinho Delgado o instituto em estudo tem a função de “...declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto...”³⁷. Por sua vez, Sergio Pinto Martins diz que aviso prévio é comunicação antecipada da pretensão de rescindir o contrato sem justa causa “de acordo com o prazo previsto na lei, sob pena de pagar indenização pecuniária”³⁸.

De maneira geral, verifica-se que os autores destacam na definição do aviso prévio seu elemento de comunicação à parte contrária com vistas à ruptura do contrato de emprego. Assim, o instituto tem a finalidade de prevenir a parte contrária da ruptura em breve do contrato, de maneira que esta se organize para superar eventuais transtornos dela decorrentes.

Historicamente, nas relações de trabalho, a comunicação prévia da ruptura do contrato surgiu timidamente na Idade Média, mas, inicialmente, como obrigação apenas do trabalhador como regra prevista nas corporações de ofício. Em seguida, com o individualismo jurídico, o instituto perdeu relevância, pois o rompimento imediato do contrato passou a ser considerado direito de qualquer dos contratantes. No Século XX, gradativamente, o instituto foi sendo incorporado nas legislações de diversos países.

³⁶ 2002, pág. 356.

³⁷ 2010, pág. 1094.

³⁸ 2011, pág. 409.

2. A REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, especificamente, na relação entre empregado e empregador, a Lei nº 62/1935, criou a obrigação de pré avisar a ruptura do contrato somente para o empregado. Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, a obrigatoriedade da comunicação prévia da ruptura atingiu ambos sujeitos dessa relação jurídica³⁹. A norma jurídica citada estabelece em seu artigo 487, na hipótese de contratos de prazo indeterminado, que “a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução” e, em seguida aponta os prazos da comunicação prévia, conforme a modalidade de pagamento.

Em 1988, com a promulgação da Constituição atual⁴⁰, criou-se o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, mas que, em razão do constituinte à época ter deixado ao legislador ordinário a incumbência de regulamentação, desde então a referida comunicação ganhou prazo único de trinta dias, independente da modalidade de pagamento do empregado, até lei ser editada sobre o assunto.

3. A LEI DA PROPORCIONALIDADE DO AVISO PRÉVIO

A Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, que finalmente regulou o aviso prévio proporcional é extremamente sucinta e, apesar, de direta, com certeza trará inúmeras discussões a respeito de sua interpretação.

O artigo 1º da Lei estabelece que o aviso prévio “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”. Especificamente, o parágrafo único desse artigo regula a proporcionalidade de acordo com o tempo de trabalho para o mesmo empregador, estabelecendo que “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”.

³⁹ GOMES e GOTTSCHALK, pág. 356.

⁴⁰ “Art. 7º (...) XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”.

Para finalizar, o 2º e último artigo da Lei encerra com o tradicional “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”, e nada mais.

Aparentemente, poderia parecer que nada mais seria preciso para a compreensão e aplicação, finalmente, depois de vinte e três anos, do aviso prévio proporcional previsto na Constituição de 1988. Contudo, a partir de então, muitos questionamentos começaram a surgir nos meios jurídicos trabalhistas como veremos em capítulos seguintes.

4. A NATUREZA DO AVISO PRÉVIO

Nesse ponto propomos discutir a natureza jurídica do aviso prévio. Tal propósito decorre da constatação de que conhecer a natureza de alguma coisa implica desvendar sua essência e sua finalidade de maneira, que estas constatações possam auxiliar na solução de controversas relativas à interpretação e aplicação de um instituto jurídico, como é o propósito deste estudo.

Inicialmente, citamos Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, que afirma:

“Desvendar a natureza jurídica das coisas é tão fundamental para o jurista quanto compreender o funcionamento do corpo, através de sua anatomia, o é para o médico”⁴¹.

A mesma autora conclui que o estudo da natureza jurídica de um instituto jurídico leva o estudioso “ao conhecimento mais profundo de sua essência estrutural”⁴².

Muitos autores⁴³ ao discorrerem sobre o tema citam Amauri Mascaro Nascimento. Ele afirma que há tríplice natureza no aviso prévio: comunicação, tempo e pagamento⁴⁴. Desta constatação deriva a conceituação do instituto, pois aviso prévio é comunicação em razão da finalidade de prevenir a parte contrária da intenção de romper o contrato. Ademais, é tempo visto que trabalhado ou indenizado representa contagem no tempo de trabalho do empregado. Por fim, é

⁴¹ RIBEIRO, 1995, pág. 84.

⁴² Idem.

⁴³ Por exemplo: DELGADO, 2010, pág. 1095; MARTINS, 2011, pág. 409.

⁴⁴ NASCIMENTO, 2007, pág. 423.

pagamento posto que, em uma ou outra situação, como indenização ou salário, o aviso prévio será pago pelo empregador.

Sergio Pinto Martins⁴⁵, depois de citar Nascimento, conclui que o aviso prévio é obrigação de fazer, ou seja, é obrigação de conceder o prazo, que se converte em obrigação de pagar na ausência da concessão ou da comunicação prévia. Posição semelhante e conclusiva tem Ribeiro⁴⁶ ao afirmar que o aviso prévio “tem natureza de declaração receptível de vontade”, pois na sua falta torna-se obrigação facultativa com o pagamento do respectivo valor. Parece-nos que fica evidenciada sua posição primeira de natureza de comunicação da intenção de romper o vínculo e, secundariamente, obrigação de pagar na hipótese de não comunicação prévia.

Constatamos, com a devida vênia, que nos contratos por prazo indeterminado, nas rupturas sem justa causa, sempre está presente a obrigação de comunicar antecipadamente a intenção de romper o contrato. Assim, independente dos efeitos da não comunicação prévia, que gera o dever de indenizar o respectivo tempo, a natureza de comunicação ou de declaração persiste no instituto em análise. A questão do tempo nos parece inerente à existência do próprio contrato, pois enquanto não efetivamente cessado o trabalho, ou seja, não esgotado o tempo do próprio aviso, o contrato permanece íntegro. Ou seja, com a devida licença, o tempo não é inerente ao aviso prévio, senão do próprio contrato, pois inserido neste último. O aviso prévio só é tempo de serviço porque integrante do contrato e não por sua própria essência.

Diante do exposto, ousamos concluir, diverso do que afirmamos no passado⁴⁷, que o aviso prévio tem essencialmente natureza de comunicação de vontade e, apenas agrega outros elementos, como o prazo e, em determinadas circunstâncias, o dever de pagar indenização, mas, caracteres suplementares que não negam a natureza essencial do aviso prévio que é a de comunicar previamente a intenção de romper o vínculo contratual.

⁴⁵ 2011, pág. 410.

⁴⁶ Op. cit. pág. 110.

⁴⁷ DOMINGUES, 2000, pág. 133, ocasião que tínhamos o aviso prévio como tempo de serviço.

5. ALGUNS PONTOS CONTROVERSOS

Com a publicação da Lei nº 12.506/2011 muitas dúvidas surgiram com relação à sua aplicação. Costa⁴⁸ enuncia algumas dessas discussões: “se os três dias de acréscimo por ano de serviço são devidos para o empregado que tem apenas um ano de serviço; se o empregado deve cumprir aviso prévio por mais de 30 dias; se o trabalhador deve sair duas horas mais cedo durante todo o período de aviso; se o trabalhador deverá pagar o aviso ao patrão quando for superior a 30 dias; como ficam as dispensas anteriores à edição da Lei; como contar o aviso em caso de empregado afastado do trabalho”.

De nossa parte propomos os seguintes questionamentos sobre o assunto, que acreditamos ajudarão a responder os acima indicados: a) o aviso prévio proporcional é aplicável aos contratos rescindidos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988? b) qual o critério de contagem da proporcionalidade do aviso prévio? c) o empregador também tem direito à proporcionalidade? d) como fica a redução de horário e dias de trabalho com o aviso prévio proporcional?

Para o primeiro questionamento respondemos de pronto: não. A previsão constitucional do artigo 7º, inciso XXI, tinha eficácia contida, pois, conforme o próprio texto constitucional expressa, dependia de regulamentação em norma ordinária, que ocorreu somente em 2011. Ademais, segundo a mesma Constituição (artigo 5º, inciso XXXVI), “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Parece-nos evidente que as rupturas de contratos de trabalho realizadas entre a vigência da Constituição atual e a publicação da Lei nº 12.506/2011 regeram-se pelas normas até então vigentes que previam apenas o aviso prévio mínimo de trinta dias, visto que tais rupturas devam ser classificadas como atos jurídicos perfeitos, concluídos sob a égide das normas ao seu tempo de realização. Neste sentido o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho consolidado na Súmula 441: “O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de

⁴⁸ In <http://jus.com.br/revista/texto/20565/aviso-previo-proporcional-direito-tardio-aplicabilidade-confusa>

contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011”.

No que diz respeito ao segundo questionamento, pensamos que, nos termos do texto aprovado, o primeiro ano, proporcional ou integral, deve ser contado como de trinta dias o aviso prévio. A fração de três dias por ano somente deve ser considerada após o primeiro ano. Novamente, é o texto do artigo 1º que indica tal interpretação. O *caput* do referido dispositivo reza que “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que **contem até 1 (um) ano de serviço** na mesma empresa” (grifo nosso). Entendemos que o termo até um ano de serviço indica que os trinta dias referem-se ao primeiro período de doze meses, integral ou não e, a partir de então, serão acrescidas as frações de três dias a cada novo ano trabalhado para o mesmo empregador. Neste sentido é o parágrafo único do mencionado artigo: “Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa”. Ou seja, além dos trinta dias do primeiro ano de trabalho, serão acrescentados mais três dias por ano de trabalho, não contado no acréscimo o primeiro ano, pois já considerado, porque o *caput* do artigo 1º fixa os trinta primeiros dias de aviso prévio para o tempo de “até 1 (um) ano de serviço”. A preposição *até* indica limite de tempo, ou seja, inclusive para o primeiro ano de trabalho. Nesse aspecto concordamos com Vólia Bonfim Cassar⁴⁹.

Com relação à questão se o direito à proporcionalidade do aviso prévio, conforme o tempo de trabalho para o mesmo empregador, também se estende ao empregador na hipótese de pedido de demissão do empregado, deve ser respondida negativamente. Apesar do artigo 1º da Lei nº 12.506/2011 mencionar o Capítulo da CLT que trata do aviso prévio, o mesmo artigo expressa *in verbis* que o aviso prévio proporcional “será concedido na proporção de 30 (trintas) dias aos empregados”, para em seguida no parágrafo único especificar a proporcionalidade de três dias por ano de serviço na mesma empresa. O trecho “será concedido (...) aos empregados” denota clara intenção do legislador de contemplar o direito objeto da nova lei exclusivamente ao empregado e não ao empregador. Evidente, que não se pode negar que a CLT reconhece o direito ao aviso prévio tanto para o empregado quanto para o empregador, contudo, a

⁴⁹ 2012, In <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr>, pág. 7.

proporcionalidade pelo tempo de serviço para o mesmo empregador está regulada em outra norma jurídica, cujo texto reconhece o direito à proporcionalidade somente para o empregado. Além disso, a nova Lei está de acordo com o princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho, o qual destaca que o empregado merece tutela especial da legislação em razão de sua condição desfavorável na relação jurídica laboral.

De outro lado, registramos que Cassar⁵⁰ defende a proporcionalidade também para o empregador sob argumento de que o aviso prévio “tem a finalidade de preparar as partes para o término do contrato”. Com a devida vênia, parece-nos que não foi dessa maneira que o legislador ordinário regulou o instituto com a nova Lei, haja vista o texto aprovado e destacado conforme argumentos acima.

Finalmente, com relação à aplicabilidade ao aviso prévio proporcional, da redução de duas horas de trabalho ou do não trabalho nos sete dias finais do período de aviso, podemos entender que ficam inalteradas as regras previstas na CLT. Significa dizer, mesmo que o empregado, em razão do tempo de trabalho ao mesmo empregador, tenha direito a período de aviso prévio superior a trinta dias, ele terá direito de trabalhar menos duas horas durante todo o aviso prévio ou optar pelo não trabalho somente nos sete dias finais. Ou seja, não haveria uma ampliação dos sete dias finais no caso de aviso prévio superior a trinta dias. A regra da redução dos dias de trabalho no final do aviso prévio, independente do tempo total (trinta ou mais dias) sempre será de sete dias, visto que a regra da CLT é específica e esta não foi ampliada expressamente pela nova lei e não cabe ao intérprete estender arbitrariamente os direitos e deveres contemplados na norma jurídica, tarefa esta exclusiva do legislador. Posição nesse sentido é manifestada no item 6 da Nota Técnica 184⁵¹, de 7 de maio de 2012, da Coordenação Geral de Relações do Trabalho, da Secretaria de Relações do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, sob argumento de que a lei em “nada alterou sua aplicabilidade” e, ademais caberá ao empregado “optar pela hipótese mais favorável entre as oferecidas pelo parágrafo único do art. 488 da

⁵⁰ Idem, *In* <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr>, pág. 4.

⁵¹ Convém destacar, que uma Nota Técnica emitida por um órgão do Poder Executivo não tem força de lei, senão apenas serve de instrumento de expressão da interpretação da norma jurídica pelo órgão público.

CLT”, a redução de duas horas diárias ou a redução de sete das de trabalho no final do período do aviso prévio.

Abordados os questionamentos propostos percebemos que em momento algum fundamentamos nossas posições com o auxílio da natureza jurídica apontada para o aviso prévio. Acreditamos que isto decorre da constatação de que a alteração legislativa do instituto do aviso prévio no Brasil não diz respeito diretamente à sua natureza e tampouco altera sua essência de instrumento de comunicação antecipada da intenção de um dos atores da relação empregatícia de romper o contrato. Somente os caracteres secundários (tempo e indenização) sofreram reflexos com a nova sistemática implantada pela Lei nº 12.506/2011, pois amplia o tempo do aviso em determinadas circunstâncias e também a respectiva indenização, quando for o caso. O caráter de comunicação do instituto não tem relação com a alteração implementada.

A título de reflexão, poderíamos indicar que um outro aspecto do aviso prévio poderia ter incidência direta com a sua natureza, a necessidade de concordância da parte contrária para a reconsideração do aviso prévio dado, como previsto no art. 489 da CLT, parte final o *caput*, mas cujo teor não sofreu alteração com a nova Lei. A exigência legal de concordância da outra parte com a intenção de reconsideração do aviso dado, afora melhor juízo, diz respeito a ato de comunicação de vontade, este sim estreitamente vinculado à natureza de comunicação do instituto em análise.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que, como já consagrado na jurisprudência, que o aviso prévio proporcional somente se aplica aos contratos rompidos após a vigência da Lei nº 12.506/2011. Ademais, a contagem do acréscimo de três dias por ano de trabalho somente se inicia no segundo ano de trabalho para o mesmo empregador, pois os primeiros trinta dias dizem respeito à integralidade e à fração do primeiro ano de trabalho. Com base no texto da nova Lei e com fundamento no princípio da proteção, o direito à proporcionalidade do aviso prévio somente se aplica ao empregado e não ao empregador. Finalmente, a previsão da redução do

horário de trabalho em duas horas diárias ou o não trabalho nos sete dias finais do período do aviso prévio não sofreu alteração com a nova regulamentação.

De outro lado, parece-nos pertinente acrescentar que alguns aspectos da proporcionalidade do aviso prévio poderiam ter sido regulados na nova Lei, de maneira que esta providência pelo legislador ordinário poderia evitar e prevenir vários questionamentos dela decorrentes, que apenas tumultuam os tribunais e geram incertezas até que o entendimento se consolide. Mas, o tempo transcorrerá, como sempre, para o apaziguamento e o esclarecimento de tais discussões.

Referências Bibliográficas

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *in*

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 14-jul-2011, as 16h52.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**, *in*

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 14-jul-2011, as 16h52.

BRASIL, **Lei nº 12.506**, de 11 de outubro de 2011, *in*

www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12506.htm, acesso em 19-set-2012, as 10h11.

BRASIL, **Nota Técnica 184/2012/CGRT/SRT/MTE**, *in*

http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D36A2800001375095B4C91529/Nota%20Técnica%20nº%20184_2012_CGRT.pdf, acesso em 26-set-2012, as 12h10.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.**

Revista de Direito da Unigranrio, Vol. 5, nº 1 (2012), pág. 1 – 11, acesso em 19-set-2012, as 15h23.

COSTA, José Raimundo. **Aviso prévio proporcional: direito tardio,**

aplicabilidade confusa. *In* <http://jus.com.br/revista/texto/20565/aviso-previo-proporcional-direito-tardio-aplicabilidade-confusa>, acesso em 19-set-2012, as 16h55.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 9ª ed. São Paulo, LTr, 2010.

DOMINGUES, Marcos Abilio. **Introdução ao direito individual do trabalho.** São Paulo, LTr, 2000.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27^a ed. São Paulo, Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33^a ed. São Paulo, LTr, 2007.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **Natureza jurídica do aviso prévio**. São Paulo, LTr, 1995.