CARTILHA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

A Constituição Federal assegura aos trabalhadores aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de no mínimo trinta dias nos termos da lei. Passados vinte e três anos o direito foi finalmente regulamentado em lei de forma proporcional ao tempo de serviço com a edição da Lei nº 12.506, de 13 de outubro de 2011. A nova lei é bastante singela e não contempla particularidades, abrindo campo fértil para discussões jurídicas que certamente desembocarão na Justiça do Trabalho. O Ministério do Trabalho e Emprego cogita em regulamentar a matéria. Neste cenário de desencontro de opiniões a Flávio Obino Fº Advogados Associados edita mais uma Cartilha com o objetivo de orientar o empresário brasileiro e contribuir para a discussão doutrinária.

01 – O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço está previsto na Constituição Federal?

R – A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXI, assegura como direito dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

02 – A lei estabelecia aviso prévio proporcional ao tempo de serviço?

R – Não. A regra prevista no art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelecia que não havendo prazo contratualmente estipulado, a parte que, sem justo motivo, quisesse rescindir o contrato, deveria avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de trinta dias.

03 – A Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011 (DOU de 13 de outubro de 2011), instituiu aviso prévio proporcional ao tempo de serviço em que termos? Os empregados com menos de um ano de contrato terão aviso proporcional aos meses de serviço?

R – O aviso prévio referente a empregado que conte com até um ano de serviço na mesma empresa será de 30 (trinta) dias; acrescido de 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um período máximo de até 90 (noventa) dias. A regra vale a partir da publicação da lei, ou seja, a partir de 13 de outubro de 2011. A nova lei refere a concessão de aviso prévio "na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa" dando a falsa idéia de que o empregado com menos de um ano terá aviso prévio em período inferior a 30 (trinta) dias. A expressão

“proporção” deve ser lida como sinônimo de “dimensão”. De toda a forma, caso a intenção tivesse sido estabelecer aviso prévio proporcional ao tempo de serviço em prazo inferior a trinta dias o dispositivo seria flagrantemente inconstitucional em caso de aviso prévio dado pelo empregador, por afronta direta da regra prevista no inciso XXI do art. 7º da Carta Magna, que estabelece o aviso prévio de no mínimo trinta dias como direito do trabalhador.

04 – A nova regra também vale para os empregados domésticos?

R – O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é extensivo aos domésticos, na forma da lei, conforme expressa disposição da Constituição Federal. Ocorre, entretanto, que a regulamentação do direito foi feita através de alteração do aviso prévio previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, que não se aplica aos empregados domésticos (art. 2º do Decreto nº 71.885/73). Os direitos dos empregados domésticos estão expressos na Lei nº 5.859/72 que não sofreu alteração. A matéria é discutível, mas examinando-se o conjunto de normas concluímos pela necessidade de previsão em lei específica para que o empregado doméstico passe a ter direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Registramos, como contribuição, decisões de tribunais contrárias ao nosso entendimento no sentido de que as regras previstas na CLT, por analogia, também devam ser aplicadas aos domésticos.

05 – Um empregado com um ano é dez meses de empresa terá direito a aviso prévio de quantos dias? E um com dez anos?

R – A nova lei permite duas diferentes leituras para definir como se deve proceder para a contagem do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. A primeira no sentido de que além do período de 30 (trinta) dias previsto na CLT para contratos de trabalho de até um ano de serviço são devidos mais 3 (três) dias adicionais para cada novo ano de serviço prestado. A segunda leitura é de que contratos com um ano ou mais importam em 3 (três) dias de aviso prévio por ano de trabalho, além dos 30 (trinta) dias que já estavam garantidos. Na primeira hipótese um empregado com um ano e dez meses terá direito apenas a 30 (trinta) dias de aviso prévio, pois não terá completado um segundo ano de serviço para a mesma empresa que garantiria período adicional de 3 (três) dias. Pela segunda leitura o aviso prévio seria de 33 (trinta e três) dias, pois o contrato é de mais de um ano garantindo mais 3 (três) dias além dos 30 (trinta) dias referentes aos contratos de até um ano. Entendemos que na interpretação da lei deva prevalecer a real intenção do legislador que foi a de adicionar mais 3 (três) dias de aviso prévio para cada ano de serviço prestado além do

primeiro. Gize-se que a lei não prevê proporcionalidade de dias quando não completo integralmente o ano de serviço. Assim, o empregado com dez anos, ao contrário do que pode parecer ao observador menos atento, não terá direito a 60 (sessenta) dias de aviso prévio, mas a 57 (cinquenta e sete) dias - 30 (trinta) dias referentes ao primeiro ano, acrescidos de outros 27 dias relativos aos outros nove anos de serviço (9x3=27).

06 - O próprio período de aviso prévio deve ser computado como tempo de serviço para fins de enquadramento e definição do aviso proporcional ao tempo de serviço? Um empregado que quando da comunicação da resolução tinha quatro anos e onze meses de empresa terá aviso prévio de 39 (trinta e nove) dias ou de 42 (quarenta e dois) dias?

R - O período de aviso prévio, trabalhado ou indenizado, se projeta no tempo com efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré aviso (salários, reflexos e verbas rescisórias). Desta forma, não é computado para definição do próprio aviso proporcional ao tempo de serviço, que deve ser calculado considerando-se apenas o tempo de serviço transcorrido até a data da comunicação da resolução do contrato. Assim, o aviso prévio será de 39 (trinta e nove) dias. Discussão semelhante ocorria antes da Constituição Federal de 1988. Os empregados que recebiam salário por semana, com menos de doze meses de serviço na empresa, tinham aviso prévio de oito dias. O fato do aviso de oito dias projetar o contrato para além de um ano, não lhes garantia o período de 30 (trinta) dias de aviso prévio. O tempo a ser considerado para o cálculo do aviso prévio é o transcorrido até o dia da comunicação.

07 – O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é devido apenas nos casos em que a resolução do contrato é de iniciativa do empregador?

R – Não. A lei não faz nenhuma distinção. Assim, caso a iniciativa seja do empregado também terá que avisar a sua resolução em prazo que respeite a proporcionalidade ao tempo de serviço. Merece registro posicionamento em sentido contrário manifestado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que foi o relator do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados.

08 – O empregado tem direito de trabalhar no período de aviso prévio ou o empregador pode optar por indenizar o período? Caso o empregador indenize o período, em que momento deverá ser feito o pagamento?

R – Não houve qualquer alteração neste aspecto. O empregador, mesmo tendo o empregado interesse de manter a prestação do serviço, poderá optar pelo desligamento imediato, indenizando o período correspondente. No caso de indenização do período de aviso prévio, as verbas rescisórias devem ser satisfeitas até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento. Quando for trabalhado, as verbas rescisórias serão pagas até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato.

09 – Existem convenções coletivas que estabelecem que os empregadores poderão exigir de seus empregados o cumprimento do aviso prévio sem comparecimento ao trabalho. Muda alguma coisa com a nova lei?

R – A atual jurisprudência tem considerado o cumprimento do aviso prévio sem comparecimento ao trabalho como um castigo imposto ao empregado e tem equiparado a situação à dispensa do cumprimento do mesmo, o que acaba por obrigar o empregador a pagar as verbas rescisórias até o décimo dia contado da data da notificação da demissão. Neste sentido a OJ nº 14 da SDI1 do TST.

10 – O art. 488 da CLT estabelece que o horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo de aviso prévio, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral. Esta regra foi alterada?

R – A redução somente vale nos casos de rescisão por iniciativa do empregador. Quando for promovida pelo empregado não há a redução. A regra da CLT não guarda relação com o prazo do aviso prévio, assim se o aviso dado pelo empregador for de 45 (quarenta e cinco) dias, durante todo o período será devida a redução de duas horas, sem prejuízo do salário integral. Conforme entendimento predominante do TST, durante o aviso prévio, é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho pelo pagamento das horas correspondentes.

11 – Subsiste a possibilidade do empregado trabalhar sem a redução de duas horas diárias, podendo faltar ao serviço por sete dias corridos sem prejuízo do salário integral?

R – Esta alternativa foi incluída na CLT pela Lei nº 7.093/83 e guarda proporcionalidade com o período de 30 (trinta) dias (era de um dia nos casos de aviso prévio de oito dias, que existia antes da vigência da Constituição Federal de 1988). A nova lei silencia quanto ao aumento do período, assim, entendemos que a opção continua sendo de duas horas

diárias ou sete dias corridos de trabalho, mesmo que o aviso prévio seja em período superior a 30 (trinta) dias.

12 – A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo? O desconto poderá ser feito em relação as verbas salariais e indenizatórias? Existe algum limite?

R – Sim. O direito de desconto permanece intocado. Não tendo sido dado o aviso, o empregador poderá descontar os salários correspondentes ao período, inclusive o proporcional ao tempo de serviço, do salário e das verbas rescisórias por ocasião do pagamento. Caso o valor correspondente seja superior ao dos créditos trabalhistas, a rescisão será negativa, podendo a empresa exigir o pagamento da parcela, inclusive em ação trabalhista.

13 – O aviso prévio, mesmo indenizado, computa-se integralmente como tempo de serviço. Que data deve constar no termo rescisório como de final de contrato?

R – O contrato de trabalho se projeta até a data final do período de aviso prévio, considerado, inclusive, os dias adicionais proporcionais ao tempo de serviço. Esta data deve constar no termo de rescisão, bem como na CTPS como data de saída.

14 – Empregado com data-base em novembro, pré-avisado da rescisão contratual em 29 de setembro, tendo direito a 33 (trinta e três) dias de aviso prévio, perceberá a indenização adicional a que refere o art. 9º da Lei nº 7.238/84 (mês em vermelho)?

R – Não. Como a data final de seu contrato será em novembro, ou seja, depois do trintídio que antecede a data base, não terá direito a indenização adicional, mas as suas parcelas rescisórias serão calculadas considerando-se o reajuste salarial ocorrido na data base. Se o empregado tivesse direito a apenas 30 dias de aviso prévio, a data final do contrato seria em outubro, fazendo, assim, jus a indenização adicional.

15 – Empregado que estivesse trabalhando na empresa no dia 13 de outubro de 2011, faltando alguns dias para completar o prazo de 30 (trinta) dias de aviso prévio, caso tenha mais de dois anos de empresa, terá direito ao período adicional de aviso prévio?

R – Como referido acima, o período de aviso prévio, trabalhado ou indenizado, se projeta no tempo e é considerado para todos os efeitos

legais. No caso específico, contudo, o período de aviso prévio obedece ao previsto na lei vigente na época da comunicação, tendo o ato jurídico se perfectibilizado por completo antes da vigência da nova lei, que não pode retroagir para disciplinar situação passada. Mesmo que o contrato seja resilido na vigência da nova lei vale a regra vigente por ocasião da comunicação da despedida, ou seja, de trinta dias, não tendo o empregado ou empregador que conceder a outra parte período adicional de aviso prévio.

16 – As partes poderão estabelecer disposição específica de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço em convenção ou acordo coletivo de trabalho? Estas normas prevalecem sobre a nova regra legal?

R – A Constituição Federal reconhece validade aos ajustes coletivos de trabalho, admitindo, inclusive, a flexibilização de regras previstas no ordenamento jurídico. No caso específico, dependendo da iniciativa do rompimento da relação, o cumprimento do aviso prévio ou mesmo sua indenização podem ser prejudiciais tanto ao empregado como ao empregador. Desta forma, em que pese tratar-se de matéria polêmica, entendemos que existe espaço para que as partes estabeleçam regra diversa da prevista em lei, desde que respeitado o período mínimo de 30 (trinta) dias.

17 – Atualmente as cláusulas mais comuns em convenções coletivas são aquelas que estabelecem prazo maior de aviso prévio para empregados com pelo menos cinco anos de empresa e que tenham 45 (quarenta e cinco) ou mais anos de idade. Este tipo de cláusula substitui a regra prevista na nova lei? Deve ser considerada para o empregado a garantia convencional e acima dela calcular o adicional proporcional ao tempo de serviço?

R – Este tipo de cláusula não tem como objetivo ajustar a norma geral à realidade categorial. Trata-se de benefício ao empregado nos casos de iniciativa do rompimento do contrato de trabalho pelo empregador. Com a edição da nova lei as normas devem ser compatibilizadas. Vamos imaginar que a regra seja de 60 (sessenta) dias de aviso prévio para quem tem mais de cinco anos de empresa. Se o empregado tem exatos cinco anos e a iniciativa é do empregador, o aviso prévio será de 60 (sessenta) dias (norma categorial), período maior do que os 42 (quarenta e dois) dias (30+4x3) previsto na nova lei. Caso o empregado tenha 15 (quinze) anos de empresa, prevalecerá a nova regra que garante 72 (setenta e dois) dias de aviso prévio (30+14x3). Absurda a idéia de cumular os dois benefícios, ou seja,

de garantir 60 (sessenta) dias em substituição aos 30 (trinta) dos empregados com até um ano e acrescer período proporcional ao tempo de serviço na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.506/11.

18 – O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço foi garantido como direito do trabalhador na Constituição Federal, promulgada em novembro de 1988. Como foi somente agora regulamentado, os empregados demitidos antes da vigência da lei poderão pleitear algum tipo de indenização?

R – Conforme notícias estampadas nos principais jornais do país, já existe uma mobilização das centrais de trabalhadores que estão orientando seus filiados para que ingressem com ações pedindo o aviso prévio proporcional nos casos de demissões ocorridas antes da vigência da nova lei. O direito de ação está assegurado. De outra banda, o STF está examinando a matéria em mandados de injunção, existindo a possibilidade de que algum direito venha a ser reconhecido. Caso a situação não se altere, a tendência é que estas ações (não são incomuns) continuem sendo julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, conforme entendimento assentado na OJ nº 84 da SDI1 do TST (dispositivo constitucional não era auto-aplicável antes da edição da nova lei). A respeito da matéria assim se pronunciou recentemente o Ministro Presidente do TST João Orestes Dalazen: "A lei ordinária não pode retroagir para incidir sobre situações jurídicas anteriores à sua criação. Na ausência dessa norma, a situação foi regulada por leis anteriores a esta, no caso a própria Consolidação das Leis Trabalhistas, e é uma situação consolidada e constituída que não pode ser apanhada pela lei nova".

19 – São comuns cláusulas em convenções coletivas de trabalho estabelecendo que caso o empregado comprove a obtenção de novo emprego no curso do aviso prévio dado pelo empregador terá ele direito a se desligar da empresa de imediato, percebendo os dias já trabalhados no curso do aviso prévio, sem prejuízo das parcelas rescisórias. A nova lei modifica esta prática convencional?

R – O TST, na forma da Súmula nº 276, entende o direito ao aviso prévio como irrenunciável pelo empregado, e que o pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor. A exceção é quando o empregado comprova a obtenção de novo emprego. A cláusula convencional referida na pergunta é perfeitamente compatível com as regras gerais a respeito do aviso prévio e com o entendimento predominante do TST, não sofrendo qualquer modificação em decorrência da nova regra.

20 – O empregador pode dispensar o empregado do cumprimento do restante do aviso prévio sem desconto dos dias referentes em casos em que não exista previsão em norma convencional?

R – Sendo o aviso dado pelo empregado, o empregador poderá dispensar o seu cumprimento, prática esta bastante comum. Caso o aviso tenha sido de iniciativa do empregador, a dispensa do cumprimento e do pagamento somente ocorrerão no caso de comprovação pelo empregado da obtenção de novo emprego.

21 – Durante o período de cumprimento do aviso prévio a rescisão pode ser anulada?

R – A rescisão somente se opera após decorrido todo o período de aviso prévio, assim, qualquer uma das partes (empregado e empregador) poderá reconsiderar o ato, sendo facultado a outra parte aceitar ou não. Caso seja aceito. o contrato continuará vigorando, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.

22 – Quais são as conseqüências da prática de ato que justifique a rescisão imediata do contrato, por qualquer das partes, durante o prazo de aviso prévio?

R – O empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato, sujeita-se ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização que for devida. De outra parte, o empregado que, durante o prazo do aviso prévio, cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para a rescisão, perde o direito ao restante do respectivo prazo, bem como às verbas rescisórias de natureza indenizatória.

23 – Em caso de culpa recíproca em situações de aviso prévio superior a 30 (trinta) dias o empregado tem direito a que indenização?

R – O empregado tem direito a 50% (cinqüenta por cento) do valor do aviso prévio - inclusive do período superior a 30 (trinta) dias -, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

24 – Eventuais períodos em que o contrato de trabalho esteve suspenso são computados para efeito de cálculo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço? Um empregado que trabalhou por dez meses e

acometido por doença ficou três anos em benefício previdenciário terá direito a que período de aviso prévio?

R – Quando ocorre a suspensão do contrato de trabalho o período de paralisação não é computado no tempo de serviço efetivo do trabalhador para a aquisição de vantagens previstas em lei e vinculadas a esse tempo. Durante o período de suspensão o vínculo jurídico é mantido, mas o contrato não produz qualquer efeito. As únicas exceções são aquelas previstas no parágrafo único do art. 4º da CLT, ou seja, computar-se-ão na contagem do tempo de serviço para efeitos de cálculo do aviso prévio proporcional os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e no caso de afastamento por motivo de acidente de trabalho. No caso da pergunta, em se tratando de afastamento em razão de doença, o aviso prévio será de 30 (trinta) dias.