

AVISO PRÉVIO

1. INTRODUÇÃO

Entre os direitos concedidos aos trabalhadores, por meio da Constituição Federal, destaca-se o aviso-prévio, previsto no seu art. 7º, inciso XXI, que garante ao empregado um aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias, nos termos da lei (veja tópico 4 desta matéria).

Por sua vez, o art. 487 da CLT estabelece que, não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato de trabalho deverá avisar a outra da sua resolução com antecedência mínima de 30 dias.

Observa-se que, excetuado o art. 481 da CLT, somente é devido o aviso-prévio nos casos de contrato sem determinação do prazo.

Vale a pena ressaltar que para os contratos de trabalho temporário, regidos pela Lei nº 6.019/1974, não é devido o aviso-prévio, haja vista que as partes já conhecem, antecipadamente, o termo final do contrato, o qual não poderá ser feito por mais de três meses.

2. CONCEITO

O aviso-prévio é a comunicação que uma das partes faz a outra quando deseja rescindir o contrato de trabalho sem justa causa.

A comunicação tanto pode ser feita pelo empregador quando desejar dispensar o empregado sem justa causa como pelo trabalhador quando quiser se desligar da empresa (pedido de demissão).

3. FINALIDADE

A doutrina trabalhista estabelece três finalidades do aviso-prévio. A primeira é de comunicar a outra parte que não há mais interesse na continuidade do contrato de trabalho.

Já a segunda finalidade do aviso-prévio é de conceder um tempo mínimo para que seja avisada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função, no caso de pedido de demissão, ou que o empregado possa procurar novo emprego, no caso de dispensa sem justa causa. Em terceiro lugar, diz respeito ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviço durante o restante do cumprimento do contrato de trabalho ou a indenização no caso de não cumprimento do aviso-prévio por qualquer uma das partes (empregador e empregado).

Podemos observar, diante do exposto, que há a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento.

Trata-se de um direito potestativo, ou seja, o implemento depende da vontade apenas de uma das partes, a que a outra não pode se opor.

4. DURAÇÃO DO AVISO-PRÉVIO

No contrato de trabalho por prazo indeterminado, em vigor, será devido o aviso-prévio quando uma das partes quiser rescindir o citado contrato.

De acordo com o inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal, o aviso-prévio deve ser concedido proporcionalmente ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias.

Entretanto, em 13/10/2011, passou a vigorar a Lei nº 12.506, de 11/10/2011 (DOU de 13/10/2011), que amplia o prazo do aviso-prévio para os empregados que tenham mais de um ano de serviço.

Dessa forma, o aviso-prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovado pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943, será concedido na proporção de 30 dias aos empregados que contem com até um ano de serviço na mesma empresa. Para os empregados com mais de um ano de serviço, aos 30 dias de aviso-prévio serão acrescidos três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias.

Observa-se que o Capítulo VI do Título IV da CLT trata do aviso-prévio em seus arts. 487 a 491.

Salientamos que, de acordo com o texto legal, não há retroação da lei, ou seja, as novas regras são válidas para as demissões que ocorrerem a partir de 13/10/2011.

Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho (TST) se manifestou por meio da Súmula TST nº 441, transcrita a seguir:

"Súmula TST nº 441

Aviso-Prévio. Proporcionalidade - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

O direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011".

Tendo em vista que a Lei nº 12.506/2011 não trouxe os esclarecimentos necessários sobre as várias implicações legais decorrentes da aplicação prática do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço e, até que haja manifestação oficial a respeito, orientamos, por medida de cautela que consulte o MTE e o respectivo sindicato da categoria profissional, a respeito da questão.

Por sua vez, a Secretaria das Relações do Trabalho (SRT) diariamente é demandada a esclarecer quanto aos procedimentos a serem adotados pelos empregadores e empregados nas rescisões de contrato de trabalho.

Em princípio a SRT expediu o Memorando Circular nº 10/2011 com o intuito de orientar as Superintendências Regionais quanto aos procedimentos a serem adotados pelos servidores das Relações do Trabalho que exercem atividades relativas à assistência a homologação das rescisões de contrato de trabalho.

Contudo, a SRT sentiu a necessidade de fazer novos estudos, debates e discussões a respeito do tema, o que os levou a publicar em seu portal (www.mte.gov.br) a Nota Técnica CGRT/SRT/MTE nº 184, de 07/05/2012, reproduzida integralmente, a seguir, que, entre outras informações, aborda a contagem da proporcionalidade do aviso-prévio conforme o tempo de vínculo empregatício.

"Nota Técnica nº 184 2012/CGRT/SRT/TEM

I - Introdução

Com advento da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 13/10/2011, que trata do aviso-prévio proporcional, esta Secretaria, diariamente é demandada a esclarecer quanto aos procedimentos a serem adotados pelos empregadores e empregados nas rescisões de contrato de trabalho.

Em princípio esta Secretária expediu o Memorando Circular nº 10 de 2011, com o fito de orientar as Superintendências quanto aos procedimentos a serem adotados pelos servidores das Relações do Trabalho que exercem atividades relativas à assistência a homologação das rescisões de contrato de trabalho. Entretanto, passados seis meses da publicação da lei, diversos estudos, debates e discussões foram realizados acerca do tema. Dessa forma, a Secretaria observou a necessidade de apresentar a presente nota técnica sobre o tema em questão, com os seguintes posicionamentos:

II - Análise

- 1. Da aplicação da proporcionalidade do aviso-prévio em prol exclusivamente do trabalhador.*

Com base no art. 7º, XXI da Constituição Federal, entendemos que o aviso proporcional é aplicado somente em benefício do empregado.

O entendimento acima se fundamenta no fato de que durante o trâmite do projeto de lei, fica evidenciado o intuito do poder legiferante em regular o disposto no referido dispositivo. Ora, o dispositivo citado é voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos e domésticos.

Ademais, o art. 1º da Lei 12.506/2011 é de clareza solar e não permite margem a interpretação adversa, uma vez que diz que será concedida a proporção aos empregados:

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.

- 2. Do lapso temporal do aviso em decorrência da aplicação da regra da proporcionalidade. O aviso-prévio proporcional terá uma variação de 30 a 90 dias, conforme o tempo de serviço na empresa. Dessa forma, todos os empregados terão no mínimo 30 dias durante o primeiro ano de trabalho, somando a cada ano mais três dias, devendo ser considerada a projeção do aviso-prévio para todos os efeitos. Assim, o acréscimo de que trata o parágrafo único da lei, somente será computado a partir do momento em que se configure uma relação contratual que supere um ano na mesma empresa.*

Neste ponto específico, após diversas conversações, esta Secretaria modificou o entendimento anterior oferecido por ocasião da confecção do Memorando Circular nº 10 de 2011 (itens 5 e 6). Por isso, apresenta novo quadro demonstrativo, conforme abaixo:

Tempo de Serviço (anos completos)	Aviso-Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço (nº de dias)
0	30
1	33
2	36
3	39
4	42
5	45
6	48
7	51
8	54
9	57
10	60
11	63
12	66
13	69
14	72
15	75
16	78
17	81
18	84
19	87
20	90

3. Da projeção do aviso-prévio para todos os efeitos legais.

Ressaltamos que o aviso-prévio proporcional será contabilizado no tempo de serviço do trabalhador para todos os efeitos legais.

Nesse sentido, a projeção será devidamente levada em consideração, na conformidade do § 1º, do art. 487 e Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais - I nº 367, do TST, respectivamente:

'Art. 487 -

§ 1º - 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.' (grifamos)

'OJ 367. Aviso-prévio de 60 dias. Elastecimento por norma coletiva. Projeção. Reflexos nas parcelas trabalhistas. O prazo de aviso-prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.' (grifamos)

4. Da impossibilidade de acréscimo ao aviso-prévio em proporcionalidade inferior a três dias.

Oportuno ainda ressaltar, que diante do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei em comento, pode nascer dúvida quanto à possibilidade de o acréscimo ao aviso-prévio ser concedido inferior a três dias. Nessa hipótese, entende-se que tal compreensão não deve prosperar, uma vez que o regramento trazido pela lei não possibilitou tal hipótese.

5. Da impossibilidade de aplicação retroativa da lei 12.506/11 e o princípio da segurança jurídica.

Temos no ordenamento jurídico o princípio do ato jurídico perfeito, insculpido no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que consagra: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Portanto, constitui ato jurídico perfeito o aviso-prévio concedido na forma da lei aplicável à época da sua comunicação.

Também é princípio constitucional no Direito Brasileiro, o da legalidade, segundo qual, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", garantido no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual ao conceder o aviso-prévio sob a vigência da lei anterior, o empregador não estava compelido a regramentos futuros ainda não vigentes.

Temos ainda no ordenamento jurídico pátrio, o Princípio tempus regit actum. Segundo este postulado, entende-se que a lei do tempo do ato jurídico é a que deve reger a relação estabelecida. Demais disso, é cediço que a lei não pode modificar uma situação já consolidada por lei anterior, salvo no caso de autorização expressa, o que não ocorre no presente caso.

Ademais, o art. 2º da norma informa que suas disposições entraram em vigor na data de sua publicação, ou seja, a partir de 13 de outubro do corrente ano. Dessa forma, os seus efeitos serão percebidos a partir de tal data, não havendo a possibilidade de se aplicar o conteúdo da norma para avisos prévios já iniciados. Desta feita, segue-se a regra de que é do recebimento da comunicação do aviso que se estabelece os seus efeitos jurídicos.

De mais a mais, não se desconhece o conteúdo do Parecer nº 570/2011/CONJUR-MTE/CGU/AGU, que sustenta ser a proporcionalidade incidente tanto sobre os avisos prévios firmados a partir da data da vigência da Lei nº 12.506/11, quanto em relação aos avisos-prévios em curso naquela data. Porém, por se tratar de matéria de alto grau de complexidade, pugna-se pela manutenção do entendimento atual desta Secretaria, enquanto nenhum posicionamento se configure como majoritário.

6. Da Lei 12.506/11 e o disposto no art. 488 da CLT.

Outra dúvida que se apresenta, é acerca da aplicação da proporcionalidade ao disposto no art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, in verbis:

Art. 488 - O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 7.093, de 25.4.1983)

O dispositivo acima trata do cumprimento de jornada reduzida ou faculdade de ausência no trabalho durante o aviso-prévio. Todavia, a Lei nº 12.506/2011 em nada alterou sua aplicabilidade, pois que nenhum critério de proporcionalidade foi expressamente regulado pelo legislador. Assim, continuam em vigência redução de duas horas diárias, bem como a redução de 7 (sete) dias durante todo o aviso-prévio.

Mais uma vez, não se desconhece o entendimento do Parecer nº 570/2011/CONJUR-MTE/CGU/AGU na questão, que defende a revogação da aplicação do parágrafo único do art. 488 da CLT, para os empregados com direito ao aviso-prévio com duração superior a trinta dias. Entretanto, em que pese o respeito por esse ângulo de visão, tem-se que o melhor posicionamento na questão é exposto pela Nota Técnica nº 35/2012/DMSC/GAB/SIT. Assim, para a Secretaria de Inspeção do Trabalho, tese a qual esta Secretaria já defendia por ocasião da assinatura do Memorando Circular nº 10 de 2011, o trabalhador poderá optar pela hipótese mais favorável entre as oferecidas pelo parágrafo único do art. 488 da CLT quando da hipótese de aviso-prévio proporcional.

7. A Lei 12.506/2011 e o disposto no art. 9º da Lei 7.238/84.

Por derradeiro, no que tange à indenização devida ao trabalhador no caso de dispensa ocorrida nos 30 dias que antecedem a data-base da categoria, prevista no art. 9º da Lei nº 7.238, de 29.10.1984, que assim dispõe:

'Art. 9º - O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.'

Na hipótese, compreende-se que o aviso-prévio proporcional deverá ser observado em sua integralidade para a verificação da hipótese. Desta feita, a lei sob comento, não alterou esse entendimento. Assim, recaindo o término do aviso-prévio proporcional nos trinta dias que antecedem a data-base, faz jus o empregado despedido à indenização prevista na Lei 7.238/84.

III - Conclusão

Em síntese, estes são os entendimentos que submete-se à consideração superior para fins de aprovação:

- 1. a lei não poderá retroagir para alcançar a situação de aviso-prévio já iniciado;*
- 2. a proporcionalidade de que trata o parágrafo único do art. 1º da norma sob comento aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado;*

3. o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa;
4. a jornada reduzida ou a faculdade de ausência no trabalho, durante o aviso-prévio, previstas no art. 488 da CLT, não foram alterados pela Lei 12.506/2011;
5. a projeção do aviso-prévio integra o tempo de serviço para todos os fins legais;
6. recaindo o término do aviso-prévio proporcional nos trinta dias que antecedem a data base, faz jus o empregado despedido à indenização prevista na lei nº 7.238/84; e
7. as cláusulas pactuadas em acordo ou convenção coletiva que tratam do aviso-prévio proporcional deverão ser observadas, desde que respeitada a proporcionalidade mínima prevista na Lei nº 12.506, de 2011.

ÉDER BARBOSA RAMOS
Agente Administrativo

De acordo.

Encaminha-se a Senhora Secretária de Relações do Trabalho, para apreciação.

Brasília, 07 de maio de 2012.

ANDRÉ LUIS GRANDIZOLI
Secretário-Adjunto da Secretaria das Relações do Trabalho
Aprovo o conteúdo da Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE.

Encaminhe-se cópia desta às Seções de Relações do Trabalho para conhecimento e providências. Dê-se ciência aos integrantes do Conselho de Relações do Trabalho.

Brasília, 07 de maio de 2012.

Zilmara Alencar
Secretária do Trabalho".

4.1. Documento coletivo

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que estabelece a duração mínima do aviso-prévio assegura o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.

Tendo em vista as características e finalidades dos documentos coletivos sindicais, há possibilidade do prazo do aviso-prévio ser superior a 30 dias por força de cláusulas deles constantes, desde que cumpridos determinados requisitos, normalmente ligados ao tempo de serviço do empregado na empresa ou à sua idade, podendo inclusive, fundamentar-se em quaisquer outros elementos expressamente definidos.

Com a publicação da Lei nº 12.506/2011, às cláusulas dos acordos ou as convenções coletivas que preveem aviso-prévio proporcional à idade ou ao tempo de serviço ficaram prejudicadas.

Ressaltamos ainda que, alguns sindicatos, em razão da publicação da supracitada lei, acrescem três dias para cada ano, em se tratando de aviso-prévio trabalhado. Nos casos de dispensa sem justa

causa, determina-se que o empregado trabalhe 30 dias e o restante seja pago na rescisão do contrato de trabalho como indenizado.

Assim, orientamos que seja consultado o respectivo sindicato da categoria.

4.2. Contagem

O prazo de 30 dias correspondente ao aviso-prévio conta-se a partir do dia seguinte ao da comunicação, que deverá ser formalizada por escrito.

Havendo cumprimento parcial de aviso-prévio, o prazo para pagamento das verbas rescisórias ao empregado será de 10 dias contado a partir da dispensa do cumprimento.

5. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

De acordo com o art. 488 da CLT, tratando-se de aviso-prévio trabalhado, concedido pelo empregador ao empregado (dispensa sem justa causa), a jornada normal de trabalho deverá ter redução de duas horas por dia, sem prejuízo do salário integral.

Todavia, o citado artigo, em seu parágrafo único determina que é faculdade do empregado, em lugar da redução de duas horas, deixar de trabalhar sete dias corridos durante o prazo de aviso-prévio, sem prejuízo do salário integral.

Exemplo: jornada de 4 ou 6 horas, em que o empregado, no período de cumprimento do aviso-prévio, trabalhará 2 ou 4 horas diárias, respectivamente.

Se a opção for faltar sete dias corridos, prestará serviços a seu empregador somente por 23 dias, recebendo, entretanto, salários correspondentes aos 30 dias de aviso-prévio. Uma vez optando o empregado por esta condição, é permitida a realização de horas extras durante os 23 dias trabalhados. Neste caso, a data da baixa na CTPS será a do termo final do aviso-prévio, ou seja, ao final do 30º dia.

Observa-se que o empregado tem o direito a opção, não podendo ser algo imposto pelo empregador.

Se o empregador não concede a redução do horário de trabalho, tem-se que o aviso-prévio não foi concedido, pois não se possibilitou ao empregado a procura de novo emprego, que é a finalidade do aviso-prévio.

Algumas vezes, nos deparamos ainda com o empregador que além de não conceder o direito à redução do horário de trabalho quando da dispensa sem justa causa, quer efetuar o pagamento dessas, pois acredita que, dessa forma, não descaracteriza o aviso-prévio.

O Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula TST nº 230 deixa claro que é "ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondentes".

Assim, quando a empresa deixa de conceder a redução do horário de trabalho, descaracteriza o aviso-prévio, sendo compelida a concedê-lo novamente.

Ressaltamos que, quando se tratar de pedido de demissão, este empregado não fará jus à redução da jornada de trabalho.

6. TRABALHADOR RURAL

De acordo com o art. 15 da Lei nº 5.889/1973, tendo a rescisão promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito, durante o prazo do aviso-prévio, a ausência de um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho.

Quando a rescisão contratual tiver sido promovida pelo empregado, entende-se que este não fará jus à redução da jornada de trabalho.

7. IRRENUNCIABILIDADE

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por intermédio da Súmula TST nº 276, firmou entendimento de que o direito ao aviso-prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregado de cumprir o aviso-prévio (caso não cumpra será lançado como falta), salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

A expressão "Pedido de dispensa do cumprimento", contida na citada Súmula, refere-se ao aviso-prévio concedido pelo empregador, no caso de dispensa sem justa causa e, não, no pedido de demissão. Dessa forma, o empregado não poderia renunciar ao aviso-prévio, salvo se comprovar, ao empregador, ter obtido novo emprego (mediante declaração do novo empregador), ficando, nesse caso, o empregador obrigado a pagar o valor correspondente ao aviso-prévio referente ao período trabalhado, exceto, se o empregado optou pela redução dos sete dias de aviso-prévio e a comprovação de novo emprego ocorreu durante a redução, no qual o empregador ficará com a obrigatoriedade de pagar todo o período do aviso-prévio.

Contudo, em se tratando de pedido de demissão, o empregado é quem define se irá ou não cumprir o aviso-prévio (deixando claro quando formalizar o pedido por escrito), sem a necessidade de comprovação de que obteve novo emprego, haja vista que ele é quem determina no caso de pedido.

Portanto, caso formalize que não será cumprido o aviso-prévio, o empregador poderá descontar o período (não trabalhado), conforme art. 487, § 2º, da CLT ou não efetuar o desconto.

Colaboração de:

Maurílio de Souza Diniz

Diretor Gerencial SINPAPEL