

ASPECTOS BÁSICOS DO AVISO PRÉVIO: ÊNFASE À LEI Nº 12.506/2011

Antônio de Pádua de Araújo Dias¹
Ebe Pimentel Gomes Luz(orientadora)²

RESUMO

O trabalho aborda os aspectos básicos do aviso prévio no Direito do Trabalho e dá ênfase à lei do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, Lei nº 12.506, de 11/10/2011, que completa o inciso XXI, do artigo 7º, da Constituição Federal (CF), adentrando nas principais polêmicas geradas a partir da incidência da norma subconstitucional aludida.

Palavras-chave: Lei nº 12.506/11. Aviso Prévio Proporcional. Empregado.

1 INTRODUÇÃO

O aviso prévio é um instituto que, embora não seja exclusivo do Direito do Trabalho, nele encontra desenvolvimento apropriado. Este ensaio versa os pontos fundamentais do aviso prévio, a Lei nº 12.506/2011, e as principais controvérsias decorrentes de sua incidência nos contratos individuais de trabalho.

2 METODOLOGIA

Os materiais usados na elaboração do trabalho foram livros de Direito do Trabalho, revistas jurídicas, artigos, jurisprudência e Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), consultas à *internet*. Os métodos aplicados foram o indutivo, o dedutivo, o dialético, o fenomenológico, além dos métodos de exegese jurídica, tanto de hermenêutica tradicional, a exemplo dos métodos sistemático, lógico e teleológico, como de alguns de Hermenêutica Constitucional.

3 RESULTADO E DISCUSSÕES

O aviso prévio é tema encontrado em outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Comercial e do Civil, não sendo exclusivo do Direito do Trabalho.

1 Professor Especialista do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, Advogado

2 Professora Assistente G da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA); Especialista em Ciências da Educação (UVA); Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC); Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada

Podemos citar sua presença, por exemplo: no artigo 81, do Código Comercial de 1850; no artigo 599, do Código Civil (CC), para resolver o contrato de prestação de serviços; no artigo 720, do CC, para resolver o contrato de agência e distribuição entre pessoas jurídicas; artigo 34, da Lei nº 4.886/1965, na representação comercial autônoma; e no artigo 6º, da Lei nº 8.245/1991, lei de locação de imóvel, no contrato de locação.

O princípio da continuidade da relação de emprego e da relação de trabalho é a regra em matéria de Direito do Trabalho.

Ele consiste em que o candidato ao emprego deve ser admitido, preferencialmente, para laborar em contrato de trabalho por tempo indeterminado, pois lhe é mais favorável e admite o planejamento pessoal e familiar, mais apropriado à vida da pessoa que trabalha. A contratação por tempo determinado, então, deve ser posta em segundo plano.

Sucedo que o aviso prévio é inerente aos contratos de trabalho por tempo indeterminado, como se vê do artigo 487 *caput*, da CLT. O mesmo raciocínio é encontrado nos artigos 599 e 720 do CC.

Todavia, é possível o aviso prévio nos contratos de trabalho por tempo determinado, como se vê do artigo 481, da CLT e da Súmula nº 163, do TST, mas observando-se os requisitos da espécie, e em caráter de exceção.

Tratam do aviso prévio: a CF, artigo 7º, XXI; CLT, artigos 487 a 491; ainda na CLT, artigos 391-A, 477, § 6º, 481. A Lei 12.506/2011 dispõe sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Existem várias súmulas do TST sobre o aviso prévio, dentre as quais, destacamos: a de nº 14, 44, 73, 163, 182, 242, 230, 276, 314, 305, 348, 354, 441.

Existem também algumas orientações jurisprudenciais do TST, a saber: 82, 83, 367, da SDI-1, do TST.

O aviso prévio é o direito e/ou o dever pelo qual, predominantemente peculiar aos contratos de trabalho de tempo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, desejar rescindir o contrato de trabalho, deverá avisar a outra de sua resolução com a antecedência mínima de prazo estabelecida em lei, sendo, no mínimo, de trinta dias.

É o que consta do artigo 487 da CLT.

Para Sérgio Pinto Martins “aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva” (2014, p. 438).

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica do aviso prévio, mas entendo que

a razão está com Amauri Mascaro Nascimento (2011, pp. 424, 426 e 427), segundo o qual o aviso prévio tem natureza tríplice: é comunicação, tempo (período) e pagamento. Sobre a natureza deste pagamento, Amauri Mascaro Nascimento indica que há a teoria do salário e a teoria da indenização. Entretanto, mesmo sem tomar uma posição clara, o doutrinador inclina-se a reforçar a natureza de salário ao pagamento do aviso prévio (2011, pp. 426 e 427). No mesmo sentido, pelo menos no plano trabalhista, é Homero Batista Mateus da Silva (2013, pp. 31/32), inclusive indicando o artigo 487 da CLT como reforçador dessa tese.

Então uma questão surge: qual a natureza do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço?

Seguindo a natureza do aviso prévio simples vista, o pagamento tem natureza de salário. Este entendimento é reforçado: pela Súmula nº 305 do TST, e pelos §§ 5º e 6º, do artigo 487, da CLT. Logo, a natureza do aviso prévio proporcional é mesma do aviso prévio simples. Mas existe outro argumento no mesmo sentido.

Diante da OJ nº 367, da SDI-1, do TST, de 03/12/2008, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço oriundo de norma coletiva, no caso de sessenta dias, repercute nas verbas rescisórias, ou seja, nas férias, no 13º salário e no FGTS, logo, tem natureza salarial. O mesmo ocorre com o excedente da Lei nº 12.506/2011. Assim, é o magistério de Homero Batista Mateus da Silva (2013, pp. 32 e 33).

Sem entrar na evolução histórica da lei referida, para o que recomendamos a leitura de: Jorge Luiz Souto Maior, *Aviso Prévio Desproporcional* (2013, pp. 08 a 12); Homero Batista Mateus da Silva, *Em busca do tempo perdido: o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12.506/2011* (2013, pp. 13 a 39); e Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Aviso Prévio Proporcional: Reflexões* (2013, pp. 56 a 77); é preciso dizer alguns pontos.

Da data de promulgação da atual CF, em 05/10/1988, até a edição da lei acima, passaram-se mais de vinte e três anos. E a lei referida, que veio para complementar o art. 7º, XXI, da CF, trouxe polêmicas. É uma lei curta, mas suscita muitas questões na sua incidência.

Uma primeira questão, diz respeito à incidência ou não da lei mencionada aos empregados domésticos. Sérgio Pinto Martins (2014, p. 443) diz que o aviso prévio dos empregados domésticos é de 30 dias.

É que a lei em apreço se refere ao aviso prévio da CLT, e, pelo artigo 7º, “a”, da CLT, esta não se aplica aos empregados domésticos, uma vez que eles são regidos por lei específica: a Lei nº 5.859, de 11/12/1972. Ademais, a referida lei se reporta a empresa, tendo-a como empregador. Estes são os argumentos para a não incidência da Lei nº 12.506 aos empregados domésticos.

No nosso entendimento, tal posição não procede. O que assegura o aviso prévio proporcional aos trabalhadores é a CF, no artigo 7º, XXI, e não a lei ordinária. A ordem jurídica subconstitucional deve ser interpretada da Constituição Federal para a norma de escalonamento inferior e não o contrário. A Lei nº 12.506 trata do aviso prévio proporcional, logo, ele deve incidir sobre os empregados domésticos, não valendo os argumentos contrários, posto que insubsistentes. Homero Batista Mateus da Silva (2013, pp. 23/24) é favorável à incidência da lei em foco aos empregados domésticos.

Uma segunda questão decorrente da lei, diz respeito a sua incidência ou não aos trabalhadores rurais.

Os argumentos contrários a não incidência da Lei nº 12.506 aos empregados rurais não são consistentes. A questão se sustenta no seguinte: a Lei nº 12.506 se reporta ao aviso prévio da CLT, diploma este aplicado aos empregados urbanos; o artigo 7º, “b” da CLT, afirma que o diploma celetário não é aplicado aos trabalhadores rurais; ademais estes são regulamentados por lei específica: a Lei nº 5.889, de 08/06/1973. Nada mais absurdo.

A CF, no artigo 7º, prescreve que o rol dos direitos trabalhistas ali arrolados, e são trinta e quatro incisos, são direitos (fundamentais) dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, dentre eles, o do inciso XXI.

Ademais, o artigo 15 da Lei nº 5.889/73 só dispõe sobre o aviso prévio aos empregados rurais, no restrito ponto da forma de redução da jornada em caso de cumprimento do período. Assim, esta última lei não disciplinou toda a matéria do aviso prévio ao trabalhador rural, pelo que incidirá a ele a CLT, vendo o que consta do caput do artigo 1º, da Lei nº 5.889.

Homero Batista Mateus da Silva (2013, pp. 24/25) é favorável à aplicação do aviso prévio proporcional aos empregados rurais.

Um terceiro problema diz respeito à proporcionalidade do aviso prévio. É o seguinte...

Consta da CF, artigo 7º, XXI, e do artigo 1º da Lei nº 12.506/11, que o aviso prévio será, no mínimo, de trinta dias. Continua o artigo a afirmar que, para cada ano que o empregado laborar para a mesma empresa, o aviso prévio será acrescido de três dias. Por exemplo, se o empregado trabalhou para a empresa três anos, seu aviso prévio será de 36 dias.

Em que pesem outras divergências sobre a proporcionalidade, é interessante a de Jorge Luiz Souto Maior, que entende: “[...] se por um ano trabalhado o período do aviso prévio é de trinta dias, para mais um ano, o aviso deveria ser, atendendo a proporcionalidade, de sessenta dias e assim por diante” (2013, p. 09).

Em que pese este entendimento, o mesmo não tem acolhimento na doutrina.

Outro problema consiste em saber se o aviso prévio proporcional é destinado tanto ao empregado, como ao empregador, ou somente ao primeiro.

É preciso levar em conta os §§ 1º e 2º, do artigo 487, da CLT, quanto à ausência da concessão do aviso prévio tanto pelo empregado, como pelo empregador.

Os direitos trabalhistas do artigo 7º, da CF, são destinados aos trabalhadores. A Lei nº 12.506 se refere ao inciso XXI, do artigo 7º, da CF, por interpretação teleológica e sistemática. Logo, a Lei nº 12.506 é dirigida ao empregado e não ao empregador.

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto, concluímos: que os direitos fundamentais trabalhistas precisam de efetividade; que a Lei nº 12.506/2011 efetivou o aviso prévio proporcional e trouxe dúvidas; que esta lei aplica-se aos empregados domésticos e aos empregados rurais; que a proporcionalidade dela é de 3 dias para cada ano completo trabalhado, tirando o primeiro ano; que a fração de semestre do tempo trabalhado ficará para a doutrina e jurisprudência resolver.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei nº 12.506/2011 e aviso prévio proporcional. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 20, julho 2013, ISSN 2238-6114.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Aviso prévio desproporcional. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 20, julho 2013, ISSN 2238-6114.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 36. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Em busca do tempo perdido: aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a Lei nº 12.506/2011. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 20, julho 2013, ISSN 2238-6114.