

Após dois anos, aplicação do novo aviso prévio ainda expõe divergências

A Lei 12.506, que aumenta o prazo para cumprimento do aviso prévio, completa dois anos de existência em novembro e ainda gera muitas controvérsias. Antes, os trabalhadores tinham direito a 30 dias de aviso prévio. Com a lei, após completar um ano, o funcionário ganha os 30 dias e mais três dias para cada ano de serviço, podendo chegar até 90 dias.

A referida lei não altera os artigos 487 e seguintes da CLT, mas introduz o aviso prévio proporcional. Há quem diga que ela surgiu para regulamentar o inciso XXI do artigo 7º da Constituição Federal, que desde 1988 já previa esta proporcionalidade, pendendo apenas de legislação que o regulasse.

Vale destacar, todavia, que as polêmicas quanto à aplicação da nova regra são diversas e que o texto da Lei é tão pouco esclarecedor que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) publicou a Circular 10/2011. O normativo delimita as diretrizes a serem seguidas pelas Delegacias Regionais do Trabalho na avaliação dos avisos prévios de rescisões contratuais.

Da aplicação retroativa

Uma dúvida que surgiu inicialmente e, aparentemente, já foi elucidada, refere-se à possibilidade de aplicação do novo aviso prévio às rescisões ocorridas anteriormente à publicação da nova Lei, ou aos contratos que estavam em período de aviso prévio no momento da publicação.

O principal fundamento dos advogados para defender tal aplicação era o de que a Constituição já previa a proporcionalidade antes da publicação da Lei, apenas sobrevivendo esta para delimitar as regras de aplicação. Tal fundamento, contudo, não tem sido acatado pelo Judiciário, visto que vai de encontro ao princípio do *tempus regit actum*, um dos principais do Direito Brasileiro, que versa que o ato jurídico será regido pela lei que vigorar em seu momento de ocorrência.

Em sua circular, o próprio Ministério do Trabalho tratou de impedir que suas regionais aplicassem a lei em desacordo com o princípio. Assim, não há muito sobre o que discorrer. A conclusão é que o aviso prévio proporcional apenas se aplica às rescisões posteriores à vigência da Lei.

Direito também para os empregadores

A primeira grande controvérsia gerada, portanto, e que parece ainda não ter sido esclarecida sequer pela jurisprudência, é relativa à aplicação do novo prazo de aviso prévio em benefício ao empregador. Veja-se que o artigo 487 da CLT prevê a necessidade de aviso prévio na relação de trabalho, tanto por parte do empregador na rescisão sem justa causa, quanto do empregado no pedido de demissão.



De acordo com matéria publicada no site *R7*, há duas correntes no Tribunal Superior do Trabalho para a interpretação da questão. A primeira, encabeçada pelo presidente da Corte, ministro João Oreste Dalazen, que defende a aplicabilidade do novo prazo a ambas as partes, fundamenta seu posicionamento no princípio da igualdade e ressalta que na CLT – Lei principal que traz as regras do aviso prévio – não havia distinção quanto à aplicabilidade dos 30 dias para ambas as partes, e continua não havendo.

Já a segunda corrente, liderada pelo Ministro Waldir Oliveira da Costa, defende que a Lei 12.506 foi editada para regulamentar o inciso XXI do artigo 7º da Constituição e que tal regra constitucional prevê apenas os direitos dos trabalhadores e não dos empregadores.

Ao nosso ver, considerando-se ainda o princípio da Norma Mais Favorável, intrínseco ao princípio Protetivo, de fato a segunda corrente terá maior razão nas futuras decisões judiciais, já que, não havendo qualquer explicação na Lei 12.506, caberá ao Judiciário interpretar o conteúdo das leis que tratam do assunto. Neste caso, a norma mais favorável é a Constituição Federal, que também é a norma mais importante, e que, em interpretação protetiva, declara que as regras do artigo 7º são direcionadas ao trabalhador apenas.

É importante salientar que a circular do MTE já traz tal entendimento. Em resumo, o aviso prévio proporcional apenas deve ser aplicado na demissão sem justa causa.

Arredondamento

Há, ainda, uma terceira controvérsia que parece ter surgido apenas em razão do ímpeto de sindicatos em trazer mais benefícios a seus associados, mas que não possui, em tese, qualquer fundamento jurídico.

O debate paira sobre a aplicação de “arredondamentos”. Como a Lei 12.506 estipula que o acréscimo de 3 dias se dará por ano de trabalho, alguns sindicatos já estão “exigindo” das empresas que arredondem as frações de meses para garantir 3 dias de aviso. Ou seja, se o empregado trabalhou 1 ano e 3 meses, ele já teria direito a mais 3 dias, sem haver necessidade de completar o segundo ano. Se trabalhou 2 anos e 5 meses, ele teria direito a 36 dias de aviso, considerando-se os 5 meses já como um novo ano.

Tal interpretação é abusiva e desprovida de fundamento, visto que a lei é clara ao estipular que o acréscimo de dias será por cada ano trabalhado e, daí, deve-se entender ano completo, pois a norma não fala em ano e meses. Além disso, não há dúvida interpretação que gere necessidade de aproveitamento do princípio protetivo nesse caso. A conclusão é de que os primeiros 3 dias apenas são devidos quando o empregado completa o segundo ano de trabalho e apenas terá direito a outros 3 dias quando completar anos inteiros.

Aviso prévio trabalhado

Por fim, outra dúvida gerada é quanto à modificação de jornada durante o aviso prévio trabalhado e indenização do mesmo, medidas que vêm sendo aplicadas de forma desigual por sindicatos.

Veja-se, inicialmente, que a Lei 12.506 não traz qualquer alteração à regra celetista de redução de jornada durante o cumprimento do aviso prévio, razão pela qual não deverá ocorrer qualquer interpretação diversa da que já se estabeleceu durante anos, ainda que haja acréscimo de dias. Portanto,



mesmo que o aviso do empregado seja de 90 dias, máximo possível, se for aviso trabalhado, o empregado terá direito a 7 dias de folga ou duas horas a menos de trabalho por dia.

Apenas com relação à redução de horas é que, em nossa opinião, pende explicação. Na verdade, a redução de duas horas diárias durante 30 dias equivale à jornada de 40 ou 44 horas, que seria equivalente à folga por 7 dias, ou seja, uma semana de trabalho. Neste caso, o correto seria que no aviso elástico a redução de duas horas apenas se dê nos últimos 30 dias do aviso prévio, mesmo porque o objetivo de tal redução é para o empregado buscar novo emprego. Se o empregado encontrar novo emprego logo nos primeiros 30 dias, será irrazoável exigir que o mesmo permaneça trabalhando mais 60 dias, para depois ir para o novo local.

Mais importante sobre o assunto, vale esclarecer que, se o aviso for trabalhado, deverá ser cumprido por todo o período e não como tem sido exigido por alguns sindicatos – trabalho nos primeiros 30 dias e indenização dos demais. Não há qualquer fundamento jurídico para tal “penalidade” ao empregador, que já arca com a multa de 40% do FGTS para o empregado que está sendo demitido sem justa causa.

Destaca-se que os tribunais, inclusive o TRT do Espírito Santo, já vem decidindo casos no sentido de que ou o aviso é trabalhado ou indenizado, não pode ser misto.

Em conclusão, quando o aviso prévio proporcional for indenizado, deverá ser pelo período todo, quando, contudo, for trabalhado, deverá sê-lo também pelo período todo, não podendo ser exigido que se pague parte do aviso e trabalhe outra parte.