



Aviso prévio proporcional não se aplica a contratos anteriores à sua vigência

A Lei 12.506/2011, que regulamenta o aviso prévio proporcional por tempo de serviço, entrou em vigor no dia 11 de outubro de 2011. Altera o regime do aviso prévio fixo em 30 dias, previsto no artigo 487, II da CLT, para uma forma variável, a proporcionalidade por tempo de serviço, conforme previsto na Constituição. Entretanto, a nova lei causou uma série de discussões e, devido a grandes divergências na doutrina, muitas dessas questões aguardam respostas do Judiciário, por meio da aplicação concreta da lei.

As primeiras decisões em primeira instância sobre o tema começaram a surgir nos últimos dois meses. Apesar de serem embrionárias, merecem nossa atenção e análise, já que elas dão possibilidade de formação de jurisprudência sobre o tema. Dentre as sentenças, a aplicação da Lei n. 12.506/2011 no tempo tem-se mostrado o principal ponto controvertido, existindo posicionamentos significativamente controversos a esse respeito.

Vejamos: decisão bastante comentada, proferida pelo juiz Carlos Alberto Monteiro da Fonseca, da 51ª Vara do Trabalho de São Paulo (proc. 2722-86/2011), concedeu a um metalúrgico, dispensado em outubro de 2010, o direito ao aviso prévio de 36 dias. Para tal, a Lei n. 12.506/2011 foi aplicada sob a alegação de que a Constituição já previa o aviso prévio proporcional e que, na ausência de outra norma que regulamentasse seus critérios no momento da dispensa, utiliza-se a nova lei.

Em contrapartida, a juíza Maria José Bighetti Ordoño Rebello, da 52ª Vara do Trabalho da mesma capital (proc. 2733-15/2011), negou o pedido de aviso prévio proporcional a trabalhador que havia sido dispensado em 18 de abril de 2011. Tomou por base o entendimento jurisprudencial do TST de que o direito ao aviso prévio proporcional constitucional não teria aplicabilidade imediata, exigindo lei específica que o instituisse.

Dessa forma, a nova lei não poderia ser aplicada à rescisão de contrato de trabalho anterior à sua entrada em vigor. Podemos notar que o debate nestas duas sentenças gira em torno da possibilidade de a lei ser aplicada apenas a contratos de trabalho novos, ou se a todos os contratos em vigor e, até mesmo, se ela pode retroagir para contratos já extintos.

Apesar de as Centrais Sindicais ainda não terem posicionamentos oficiais sobre a Lei 12.560/2011, algumas vêm orientando os sindicatos a entrarem com processos judiciais pedindo sua retroatividade. Na outra mão, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) posicionou-se oficialmente, afirmando que a nova lei não retroage. Ou seja, não se aplica a rescisões ocorridas antes da sua publicação. Há ainda alguns posicionamentos que defendem que a nova lei só se aplica aos contratos firmados após a sua publicação.

A princípio, com base no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, segundo o qual a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, frisamos que a Lei 12.506/2011 é irretroativa. Dessa forma, não poderá ser aplicada a contratos de trabalho extintos antes de 13 de outubro de 2011, quando entrou em vigor, nem aos contratos em que o aviso prévio indenizado já havia sido pago antes da



referida data, já que no momento não existia lei regulando a matéria e em ambos os casos a relação contratual já foi extinta e quitada.

Vale ressaltar que não cabe neste caso o princípio trabalhista da norma mais favorável, já que para ele ser aplicado é preciso que existam duas normas vigentes que tratem do mesmo assunto. Por exemplo, uma lei e uma convenção coletiva. O caso em estudo é diferente, em que houve a promulgação de uma lei nova sobre o tema, e sua aplicação a contratos já extintos significa fazê-la retroagir, ferindo a segurança jurídica de nosso ordenamento.

Assim, a nova lei somente se aplica aos contratos que estavam em vigor na data de sua vigência, ou em contratos firmados após a mencionada data. Prosseguindo com o raciocínio, a Lei 12.506 apenas altera o critério de cálculo do aviso prévio, já que a proporcionalidade desse direito já está prevista na Constituição desde 1988.

O direito ao aviso prévio proporcional não se resume à contagem de tempo em si, mas sim ao direito do trabalhador de ter recompensados seus anos de dedicação ao empregador. Portanto, a nova lei não altera o direito ao aviso prévio proporcional, apenas estipula os critérios para o cômputo da proporcionalidade.

Consequentemente, o aviso prévio proporcional é direito inerente a todos os contratos de trabalho firmados a partir de 1988, mas que aguardava diretivas normativas de cálculo e, por conta disso, submetiam-se à aplicação do mínimo constitucionalmente previsto de 30 dias. Sendo inerente a esses contratos, a nova lei apenas definiu um novo critério para o cálculo da proporcionalidade a ser utilizado no momento da rescisão contratual, quando se auferirão todos os anos de serviço prestados na empresa. Baseamo-nos aqui no princípio do efeito imediato, previsto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição. O texto diz que quando, num contrato em curso, existir ato jurídico ainda não praticado, ele deverá seguir as regras da lei vigente no momento de sua execução.

Entendemos, assim, que se aplica ao aviso prévio proporcional o mesmo raciocínio da concessão de férias ao empregado, presente na Súmula 328 do TST: se o empregado tem direito a férias, mas o empregador ainda não as concedeu, estando dentro do prazo concessivo de um ano, ele o fará seguindo as normas da lei em vigor na data em que a concessão ocorrer.

Em conclusão, o aviso prévio proporcional refere-se a direito adquirido, por conta de sua previsão constitucional, mas não concedido. Deve-se, então, aplicar a regra de contagem do tempo de serviço vigente no momento da extinção do contrato de trabalho, que é quando o direito é materializado, não havendo que se falar em cômputo do tempo de serviço somente a partir da promulgação da nova lei.

Date Created

22/02/2012