

## A questão do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço



A Lei 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo

de serviço, previsto no inciso XXI, do artigo 7º, da Constituição Federal, ainda traz aspectos controvertidos na sua aplicação, em especial quanto à inclusão dos dias adquiridos no tempo de serviço do contrato de trabalho.

Já tem pacificada sua interpretação de que se trata de um direito exclusivo dos trabalhadores e que não admite a reciprocidade de indenização quanto aos 30 dias da lei ordinária. Consoante jurisprudência, o TST tem se orientado neste sentido conforme ementa da lavra do ministro Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (E-RR-987-25.2013.5.04.0008), julgado em 6/9/2018 pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais:

“Com a ressalva de meu entendimento, a C. SBDI-I já decidiu que a proporcionalidade do aviso prévio, prevista na Lei nº 12.506/2011, é um direito exclusivo do trabalhador, de modo que sua exigência pelo empregador impõe o pagamento de indenização pelo período excedente a 30 (trinta) dias (E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, SBDI-I, DEJT 29/9/2017)”.

Todavia, ainda subsiste celeuma em torno do reflexo dos dias adquiridos pelos anos de trabalho na empresa como tempo de serviço do contrato de trabalho para efeitos rescisórios, tal como já dispunha a CLT no artigo 487, parágrafo 1º, advertindo que o aviso prévio não trabalhado deve ser considerado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, projetando, portanto, a proteção obreira até que o tempo de aviso seja expirado (artigo 489 da CLT). Efetivamente, neste caso, a lei traz uma faculdade para o empregador de dispensar o trabalho no período de aviso sem excluir os efeitos jurídicos decorrentes no tempo do contrato para sua terminação.

Desta feita, o valor decorrente do acréscimo de três dias por ano de serviço na empresa, para fins de pagamento de aviso prévio proporcional, é excluído da natureza jurídica salarial, porquanto não há a possibilidade de exigir a permanência do empregado na empresa além dos 30 dias. Ao empregador não é dado esta faculdade porque seria absolutamente contrário aos princípios de proteção e de liberdade ao trabalho. Neste sentido, parece que seria razoável o entendimento de que corresponde o acréscimo de tempo em valorização exclusiva do período tradicional de 30 dias, para fins indenizatórios, conforme asseverado pela ementa supra transcrita.

No nosso sentir, a aquisição pelo empregado do direito ao aviso prévio proporcional, ultrapassados os primeiros 12 meses de trabalho, envolve a valorização do tempo de trabalho dispendidos pelo empregado para o empregador. É um direito adquirido pelo passado, de livre disposição do empregado, que dele pode abrir mão quando demissionário, mas que não teria projeção para contagem no tempo do serviço do contrato, valendo a insistência e justificativa pela ementa retro citada: “é um direito exclusivo do trabalhador, de modo que sua exigência pelo empregador impõe o pagamento de indenização pelo período excedente a 30 (trinta) dias”, o que está a justificar a impossibilidade de o empregador exigir o seu cumprimento e o respectivo desconto em verbas rescisórias. Também o empregado que tenha adquirido esta valorização do aviso prévio não poderá exigir do empregador sua permanência no emprego até escoado o seu tempo.

O Ministério do Trabalho e Emprego, à época da aprovação da Lei 12.506/11, em 7 de maio de 2011, emitiu Norma Técnica 184 em que, além de reforçar a exclusividade do direito *vis à vis* o empregado, acentua a necessidade de contagem de tempo de serviço para todos os efeitos legais. *Data venia*, referida norma técnica é mera interpretação administrativa e não tem fundamento jurídico, razão pela qual desvinculada da aplicação razoável da natureza jurídica indenizatória dos dias acumulados, ratificando a impropriedade de contar como tempo de serviço.

Um dos argumentos que pretendem sustentar a inclusão do tempo de serviço da majoração do valor da remuneração do aviso prévio insere-se na OJ 367 SDI I, de 12/2008, do TST (portanto anterior à Lei 12.506/11) e que trata da projeção no tempo de serviço do contrato o período de aviso prévio previsto em norma coletiva, quando esta silencia sobre seus efeitos. Ainda que aqui se pretenda a interpretação pela condição mais benéfica, a mesma interpretação não se poderia dar quando se trata de lei, valendo o brocardo de que quando o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

A controvérsia permanece. Os possíveis efeitos decorrentes da interpretação de que os dias adquiridos a título de valorização do aviso prévio no tempo de serviço dos empregados devem merecer atenção, pois, se assim for, nas dispensas sem justa causa o tempo de serviço poderá fazer incidir entre outras, a obrigação de pagamento da indenização adicional, reajustes normativos, a proteção da estabilidade da gestante no curso do aviso prévio, o tempo para incidência da prescrição.

### **Date Created**

22/02/2019