

# Artigos

## Lei 12.506/2011 e Aviso Prévio Proporcional



Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito. Professor Universitário em Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região. Ex-Juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões. Ex-Auditor Fiscal do Trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Aviso prévio: considerações iniciais – 3. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e norma constitucional – 4. Aviso prévio: Direito Internacional e estrangeiro – 5. Lei 12.506/2011 e aviso prévio proporcional – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

**Resumo:** O objetivo deste texto é analisar o aviso prévio na dispensa do empregado. Procura-se verificar a eficácia da norma constitucional a respeito do tema no Direito do Trabalho, bem como as principais disposições da Lei 12.506/2011.

**Abstract:** The objective of this text is to analyze the prior notice to the dismissal of an employee. It is intended to verify the efficacy of constitutional rule on the subject in Labor Law, and the main rules of Law 12.506/2011.

**Palavras-chave:** aviso prévio; prazo; proporcionalidade; eficácia; Lei 12.506/2011.

**Key-words:** prior notice to the dismissal of an employee; term; proportionality; efficacy; Law 12.506/2011.

### 1. Introdução

O direito dos trabalhadores urbanos e rurais ao “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”, é previsto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

No plano infraconstitucional, os arts. 487 a 491 da Consolidação das Leis do Trabalho disciplinam o aviso prévio, matéria que, no âmbito rural, é objeto do art. 15 da Lei 5.889/1973.

Entretanto, essa proporcionalidade do aviso prévio, em

consonância com o tempo de serviço, prevista na Constituição em vigor, ainda não havia sido regulamentada por meio de lei.

Por isso, chegaram a ser impetrados mandados de injunção<sup>1</sup>, de competência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de se receber o aviso prévio de forma proporcional (MIs 943, 1010, 1074 e 1090)<sup>2</sup>.

Antes do julgamento final dos referidos mandados de injunção, foi publicada a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, no Diário Oficial da União de 13.10.2011, dispondo sobre o aviso prévio, passando a tratar da proporcionalidade.

Sendo assim, no presente estudo, propõe-se examinar os principais aspectos envolvidos quanto ao relevante tema, com destaque às consequências decorrentes da aplicação do novo diploma legal.

## **2. Aviso prévio: considerações iniciais**

No âmbito da relação de emprego, o aviso prévio pode ser entendido como a *comunicação* que uma parte faz à outra, no sentido de que pretende pôr fim ao contrato de trabalho<sup>3</sup>.

O aviso prévio pode ser concedido pelo empregador, mas também pelo empregado, dependendo de quem decidiu quanto ao término do vínculo de emprego.

O aviso prévio é o *direito* de um dos sujeitos do vínculo de emprego, no sentido de ser comunicado a respeito da intenção (da outra parte) de encerrar o contrato de trabalho. De forma bilateral, o aviso prévio também é o *dever* daquele que decide fazer cessar a relação de emprego, comunicando o outro sujeito da relação jurídica.

---

1 Cf. art. 5º, inciso LXXI, da Constituição da República: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

2 Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667&caixaBusca=N>>.

3 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 683-688.

Nesse enfoque, o aviso prévio apresenta natureza de *declaração unilateral de vontade*, a ser recebida pela outra parte.

O aviso prévio pode ser entendido como o *prazo ou período* que deve anteceder ao efetivo término do vínculo de emprego.

De acordo com a Constituição da República, o referido prazo é de no mínimo trinta dias (art. 7º, XXI), o que também é previsto no art. 487, inciso II, da CLT.

Cabe ressaltar que o aviso prévio pode apresentar *objetivos distintos*, conforme seja concedido pelo empregador ou pelo empregado.

Se quem o concede (ou deve conceder) é o empregador, a finalidade do aviso prévio é de possibilitar que o empregado procure novo trabalho durante esse período, que antecede a cessação do vínculo de emprego.

Se o aviso prévio é (ou deve ser) concedido pelo empregado, o seu objetivo é de possibilitar ao empregador a procura de outro empregado, para substituir o que comunicou a respeito da demissão.

A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo (art. 487, § 2º, da CLT).

Inversamente, a falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período em seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Trata-se, nesse último caso, de *aviso prévio indenizado*.

### **3. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e norma constitucional**

As disposições constitucionais apresentam *eficácia normativa*<sup>4</sup>, não se tratando de postulados de natureza puramente moral ou de meras diretrizes políticas.

---

4 Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. *passim*.

Ainda assim, nem todas as normas constitucionais revelam o mesmo grau de eficácia jurídica<sup>5</sup>, em razão de suas diversas estruturas e densidades normativas<sup>6</sup>.

Pode-se dizer que a previsão constitucional, ao estabelecer a proporcionalidade do prazo do aviso prévio, conforme o tempo de serviço (art. 7º, inciso XXI), não possuía aplicabilidade direta e imediata, por se tratar, nesse aspecto específico, de norma constitucional de *eficácia limitada*.

Como ressalta José Afonso da Silva, as “normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida” são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial 84 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho assim prevê:

“Aviso prévio. Proporcionalidade (inserida em 28.04.1997). A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”.

Como se pode notar, a eficácia limitada não se referia à integralidade da norma contida no inciso XXI do art. 7º, mas apenas a previsão, específica, de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. O prazo mínimo, de trinta dias, já se apresentava plenamente eficaz e autoaplicável.

Esse prazo mínimo do aviso prévio, ademais, é confirmado pelo já mencionado art. 487, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho.

---

5 Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 18-24.

6 A título de exemplo, cf.: “[...] A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, cuja prolongada inércia - sobre transgredir, gravemente, o direito dos devedores à prestação legislativa prevista na Lei Fundamental - também configura injustificável e inconstitucional situação de mora imputável ao Poder Legislativo da União. Precedentes. Deferimento, em parte, do *writ* injuncional, nos termos constantes do voto do Relator.” (STF, Pleno, MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.08.2001, DJ 28.06.2002).

7 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82-83.

Pode-se entender que o inciso I do art. 487 da CLT, ao estabelecer o prazo de oito dias de aviso prévio, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior (no caso de empregado com menos de doze meses de serviço, conforme inciso II, parte final, *a contrario sensu*), foi revogado pelo art. 7º, inciso XXI, da Constituição da República, pois esta norma posterior, de hierarquia constitucional, fixou o prazo mínimo de 30 dias<sup>8</sup>. Entretanto, seria possível interpretar, diversamente, que o referido inciso I do art. 487 permanece aplicável, mas *apenas* no aviso prévio concedido pelo empregado, na hipótese mencionada, por lhe ser mais benéfico<sup>9</sup>.

Tendo em vista o *princípio da norma mais benéfica*, o contrato individual de trabalho, o regulamento de empresa, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho podem estabelecer o direito ao prazo do aviso prévio de forma mais favorável ao empregado, como forma de melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput*, da Constituição da República)<sup>10</sup>.

Nessa linha, merece destaque a possibilidade de exercício da *autonomia privada coletiva*, no sentido de estabelecer condições de trabalho aplicáveis aos grupos de empregados e empregadores envolvidos, normalmente representados pelas respectivas entidades sindicais.

Logo, o prazo proporcional do aviso prévio, conforme o tempo de serviço do empregado, respeitado o mínimo legal, também pode ser objeto de previsão em instrumento normativo decorrente de negociação coletiva de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da Constituição de 1988), fixando-se a disciplina aplicável aos contratos individuais de trabalho abrangidos<sup>11</sup>.

Em razão disso, a Orientação Jurisprudencial 367 da SBDI-I

---

8 Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 916; DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1097.

9 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 408-409.

10 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 409: “Nada impede que as partes ou a norma coletiva fixem prazo de aviso-prévio superior a 30 dias, pois deve-se apenas obedecer ao mínimo de 30 dias, mas não há um prazo máximo. O prazo do aviso-prévio dado pelo empregado ao empregador poderia ser inferior a 30 dias, pois se configuraria uma disposição mais favorável ao obreiro”.

11 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1097: “É evidente, porém, que regra jurídica autônoma (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, por exemplo) ou simples cláusula contratual (inclusive de regulamento de empresa) podem instituir prazo superior ao pré-aviso no âmbito de sua competência”.

do TST apresenta a seguinte previsão:

“Aviso prévio de 60 dias. Elastecimento por norma coletiva. Projeção. Reflexos nas parcelas trabalhistas. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008). 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”.

No que se refere ao dissídio coletivo, em que se verifica o possível exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, da Constituição da República), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a sua incidência é permitida apenas nas hipóteses de “vazio legislativo”, não podendo disciplinar matérias que são objeto de “reserva legal específica”<sup>12</sup>.

No caso do aviso prévio proporcional, como a Constituição da República, no art. 7º, inciso XXI, faz expressa menção à sua regulamentação por meio de lei, a rigor, não se admite a ampliação do referido prazo por meio de sentença normativa proferida em dissídio coletivo.

#### **4. Aviso prévio: Direito Internacional e estrangeiro**

Antes da Lei 12.506/2011, não se verificava previsão legal

---

12 “Dissídio coletivo. Recursos extraordinários providos, para excluir as cláusulas 2ª ( piso correspondente ao salário mínimo acrescido de percentual) e 24ª (estabilidade temporária), por contrariarem, respectivamente, o inciso IV (parte final) e I do art. 7º da Constituição, este último juntamente com o art. 10 do ADCT, *bem como a cláusula 29ª (aviso prévio de sessenta dias), por ser considerada invasiva da reserva legal específica, instituída no art. 7º, XXI, da Constituição.* 2. Recursos igualmente providos, quanto à cláusula 14ª (antecipação, para junho, da primeira parcela do 13º salário), por exceder seu conteúdo à competência normativa da Justiça do Trabalho, cujas decisões, a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, § 2º, da Constituição). 3. Recursos de que não se conhece no concernente à cláusula 1ª (reajuste salarial), por ausência de pressupostos de admissibilidade, e, ainda, no que toca às cláusulas 52ª (multa pela falta de pagamento de dia de trabalho), 59ª (abrigo para a proteção dos trabalhadores), 61ª (fornecimento de listas de empregados), 63ª (afixação de quadro de avisos), visto não contrariarem os dispositivos constitucionais contra elas invocados, especialmente o § 2º do art. 114. Decisão por maioria, quanto às cláusulas 29ª e 14ª, sendo, no restante unânime.” (STF, 1ª T., RE 197.911-9/PE, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 07.11.1997, destaquei).

disciplinando o aviso prévio proporcional<sup>13</sup>.

Cabia, assim, verificar as formas de se alcançar a máxima efetividade do preceito constitucional em questão.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho, deve-se ressaltar que, de acordo com o art. 11 da Convenção 158, a qual disciplina o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador:

O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um *prazo de aviso prévio razoável* ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que ele seja culpado de uma falta grave de tal natureza que não seria razoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

Principalmente na época em que não havia regulamentação legal quanto ao aviso prévio proporcional, cabia lembrar, ainda, a seguinte previsão do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Como se observa, em tese, também era possível a aplicação do Direito estrangeiro, com o objetivo de suprir a omissão legal

---

13 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 991.

mencionada.

A título de exemplo, vejamos algumas disposições sobre o tema no Direito do Trabalho em Portugal.

De acordo com o art. 345º, n. 1, do Código do Trabalho de 2009 (Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro):

*“O contrato de trabalho a termo incerto caduca quando, prevendo-se a ocorrência do termo, o empregador comunique a cessação do mesmo ao trabalhador, com a antecedência mínima de sete, 30 ou 60 dias conforme o contrato tenha durado até seis meses, de seis meses a dois anos ou por período superior”.*

Na falta da comunicação acima referida, “o empregador deve pagar ao trabalhador o valor da retribuição correspondente ao período de aviso prévio em falta” (art. 345º, n. 3).

Na hipótese de “despedimento colectivo”, conforme o art. 363º, n. 1, “o empregador comunica a cada trabalhador abrangido a decisão de despedimento, com menção expressa do motivo e da data de cessação do contrato e indicação do montante, forma, momento e lugar de pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho, por escrito e com antecedência mínima, relativamente à data da cessação, de: a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano; b) 30 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos; c) 60 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos; d) 75 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a 10 anos” (destaquei).

No caso de “despedimento por extinção de posto de trabalho”, de acordo com o art. 371º, n. 3, do Código de Trabalho de Portugal, de 2009, o “empregador comunica a decisão, por cópia ou transcrição, ao trabalhador, às entidades referidas no nº 1 do artigo 369º [“comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical, ao trabalhador envolvido e ainda, caso este seja representante sindical, à associação sindical respectiva”] e, bem assim, ao serviço com competência inspectiva do



ministério responsável pela área laboral, *com antecedência mínima, relativamente à data da cessação, de: a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano; b) 30 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos; c) 60 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos; d) 75 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a 10 anos*".

Em se tratando de "despedimento por inadaptação", conforme art. 378º, n. 2, o "empregador comunica a decisão, por cópia ou transcrição, ao trabalhador, às entidades referidas no nº 1 do artigo 376º ["comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical, ao trabalhador e, caso este seja representante sindical, à associação sindical respectiva"] e, bem assim, ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral, *com antecedência mínima, relativamente à data da cessação, de: a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano; b) 30 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos; c) 60 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos; d) 75 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a 10 anos*".

Ainda segundo o Código do Trabalho de Portugal, art. 400º, n. 1, o "trabalhador pode denunciar o contrato independentemente de justa causa, mediante comunicação ao empregador, por escrito, *com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, conforme tenha, respectivamente, até dois anos ou mais de dois anos de antiguidade*" (destaquei).

O "instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e o contrato de trabalho podem aumentar o prazo de aviso prévio até seis meses, relativamente a trabalhador que ocupe cargo de administração ou direcção, ou com funções de representação ou de responsabilidade" (art. 400º, 2).

Cabe frisar que, no "caso de contrato de trabalho a termo, a denúncia pode ser feita com a antecedência mínima de 30 ou 15 dias, consoante a duração do contrato seja de pelo menos seis meses ou inferior" (art. 400º, 3, do Código do Trabalho de Portugal de 2009).

Por fim, o "trabalhador que não cumpra, total ou parcialmente, o prazo de aviso prévio estabelecido no artigo anterior deve pagar

ao empregador uma indenização de valor igual à retribuição base e diuturnidades correspondentes ao período em falta, sem prejuízo de indenização por danos causados pela inobservância do prazo de aviso prévio ou de obrigação assumida em pacto de permanência” (art. 401º).

### **5. Lei 12.506/2011 e aviso prévio proporcional**

Mais recentemente, a Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, passou a estabelecer que o aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser “concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa” (art. 1º, *caput*). Ao aviso prévio assim previsto devem ser “acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias” (parágrafo único).

Logo, o referido diploma legal passou a regulamentar a proporcionalidade do aviso prévio, em razão do tempo de serviço, tendo em vista a exigência constitucional (art. 7º, XXI).

Embora a Lei 12.506 faça remissão apenas à CLT (e não à Lei 5.889/1973), em conformidade com o art. 7º, *caput*, da Constituição da República, os empregados rurais também têm direito ao aviso proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI), devendo-se aplicar, ainda que de forma extensiva, a disciplina legal em questão.

Vejamos, assim, as principais disposições relativas ao tema.

Manteve-se o prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio, devido aos empregados com até um ano de serviço ao empregador (nas hipóteses de dispensa sem justa causa e despedida indireta).

Após esse primeiro ano, o empregado passa a ter o direito ao *acrécimo de três dias de aviso prévio, por ano de serviço prestado ao mesmo empregador*.

A interpretação lógica e teleológica do preceito deve ser no sentido de que esse acréscimo decorre da maior duração do *mesmo contrato individual de trabalho*, firmado entre empregado e empregador, levando em conta, quanto a este, as hipóteses de sucessão trabalhista (arts. 10 e 448 da CLT).

O limite máximo de *acrécimo* é de 60 dias, os quais, somados aos 30 dias iniciais, resultam no aviso prévio total de 90 dias.

Não há uma tabela expressa na Lei, com o escalonamento dos prazos de aviso prévio devidos. Embora a redação dos dispositivos não seja totalmente clara, é certo que os empregados com “até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa” têm direito ao aviso prévio de 30 dias (art. 1º, *caput*, destaquei).

Logo, os empregados com mais de 12 meses de serviço prestado na mesma empresa passam a ter direito ao acréscimo no aviso prévio, na proporção de “3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa” (parágrafo único).

Exemplificando, o empregado com um ano e quatro meses de serviço, justamente por ter *mais de um ano de serviço na empresa* (art. 1º, *caput*, *a contrario sensu*), e por ter *completado um ano de serviço* (parágrafo único), ao ser dispensado sem justa causa, passa a ter direito a 33 dias de aviso prévio.

Tanto é assim que o parágrafo único do art. 1º da Lei 12.506/2011 *não* dispõe que o acréscimo de três dias decorre de cada novo ano de serviço prestado depois de se completar o primeiro, mas sim que ao aviso prévio (de 30 dias) “serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa”.

Ou seja, o empregado com 11 meses de serviço tem direito ao aviso prévio de 30 dias, por estar inserido na hipótese de “até 1 ano de serviço” (art. 1º, *caput*).

Nessa linha de entendimento, ao ultrapassar os 12 meses iniciais de serviço, o empregado passa a ter direito ao aviso prévio de 33 dias (parágrafo único). Ou seja, a partir de (após) 12 meses de serviço, *até dois anos*, o aviso prévio devido (em caso de dispensa sem justa causa ou despedida indireta) é de 33 dias.

Após dois anos de serviço, mas *até três anos*, o aviso prévio total é de 36 dias, e assim sucessivamente.

A partir de 19 anos de tempo de serviço prestado ao mesmo empregador, mas até 20 anos, o aviso prévio devido, na dispensa sem justa causa (ou despedida indireta), será de 87 dias.

Por fim, após 20 anos de tempo de serviço, tem-se o direito ao aviso prévio total de 90 dias, o qual é o limite máximo.

Ainda assim, por se tratar de nova disposição legal, cabe acompanhar o entendimento da jurisprudência a respeito, uma vez que também poderá surgir interpretação, divergente, no sentido de que, para o acréscimo de três dias de aviso prévio, o empregado deverá *completar o segundo ano de serviço* prestado ao mesmo empregador, e assim sucessivamente. Essa possível corrente, aqui apresentada como divergente, entenderia que a partir de 12 meses de serviço o empregado apenas ingressaria no período para a futura aquisição do acréscimo de três dias, o que ocorreria somente ao se completar o ano adicional de serviço prestado. Exemplificando, o empregado com um ano e dois meses de serviço ainda não adquiriria o direito ao aviso prévio de 33 dias, se fosse dispensado sem justa causa, o que ocorreria apenas ao se completar o segundo ano de serviço prestado ao mesmo empregador.

Essa posição, entretanto, não é aqui defendida, pois contraria a previsão expressa do art. 1º, *caput*, no sentido de que o período de 30 dias é daquele empregado com “até” um ano de serviço. Ademais, exemplificando, o empregado com um ano e três meses de serviço, por já ter (mais de) um ano de serviço prestado ao empregador, tem direito ao acréscimo de três dias, na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei 12.506/2011 (“acrescidos 3 (três) dias *por ano de serviço prestado na mesma empresa*”, destaquei).

Caso contrário, apenas ao se completar o 21º ano de serviço, prestado ao mesmo empregador, é que o empregado passaria a ter direito ao aviso prévio de 90 dias (30 dias iniciais, mais 60 dias em razão do tempo de serviço), nas hipóteses de despedida sem justa causa e dispensa indireta.

Entretanto, a interpretação lógico-sistemática deve ser no sentido de que o aviso prévio de 90 dias passa a ser devido a partir de 20 anos de serviço prestado ao mesmo empregador.

De todo modo, para se contar o tempo de serviço, também devem ser considerados os *períodos de interrupção do contrato de trabalho*, como férias e descanso semanal remunerado, pois neles, embora não haja efetiva prestação de trabalho, o salário é devido, bem como o tempo de serviço deve ser contado.

*"Tendo em vista a desigualdade em que os sujeitos do vínculo de emprego se encontram, a norma jurídica pode (deve) estabelecer tratamento diferenciado, na medida dessa desigualdade, como forma de se alcançar a situação mais justa e equânime."*

Cabe ressaltar que a Lei 12.506/2011, ao tratar do aviso prévio, de forma nítida, estabelece a proporcionalidade devida, mas apenas *em favor do empregado*, e não do empregador.

Embora o empregador também tenha direito ao aviso prévio, na hipótese de ("pedido de") demissão do trabalhador, o novo diploma legal é expresso a respeito do dever de se conceder, aos empregados, o aviso prévio, conforme o tempo de serviço prestado.

É certo que o art. 1º, *caput*, do referido diploma legal, faz menção ao 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", no qual está inserido o art. 487, § 2º, da CLT, ao dispor que a "falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo".

Entretanto, reitere-se, a Lei 12.506 apenas tratou do direito do empregado, tal como previsto na Constituição da República, no art. 7º, *caput* ("são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais"), e inciso XXI ("aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei").

Poder-se-ia argumentar, em sentido divergente, com fundamento no princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição), no sentido de que o empregador também deveria ter direito de receber o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na hipótese de demissão do empregado, mesmo porque o contrato de trabalho tem natureza bilateral, com direitos e deveres recíprocos em seu conjunto.

Apesar disso, cabe ressaltar que o princípio da igualdade deve ser interpretado e aplicado em seu enfoque *substancial*, e não meramente formal.

Tendo em vista a desigualdade em que os sujeitos do vínculo de emprego se encontram, a norma jurídica pode (deve) estabelecer tratamento diferenciado, na medida dessa desigualdade, como forma de se alcançar a situação mais justa e equânime. Nesse sentido é que são previstos os diversos direitos trabalhistas, impondo-se os correspondentes deveres ao empregador.

Quanto à eficácia no tempo, a referida Lei 12.506, no art. 2º,

estabeleceu o início de sua vigência para a data da publicação, qual seja, 13 de outubro de 2011.

Tendo em vista a eficácia imediata da nova disciplina legal, esta alcança não só os contratos de trabalho firmados a partir da referida data, mas também aqueles em curso.

Em razão disso, é possível sustentar que o contrato extinto a partir da publicação da Lei 12.506/2001 deve ser regido levando em conta as suas disposições, inclusive para efeito de cálculo do prazo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Não obstante, o tema, também aqui, pode gerar controvérsia, pois a Lei não especificou, de forma expressa, como deve ser contado o tempo de serviço prestado anteriormente à sua entrada em vigor, no caso do vínculo de emprego que se iniciou antes de 13 de outubro de 2011.

Com isso, é possível o entendimento, divergente, no sentido de que, como a norma legal não pode ser aplicada de forma retroativa, o tempo de serviço, para fins de acréscimo no aviso prévio, ao menos com fundamento específico na Lei 12.506/2011, apenas poderia ser contado a partir da sua entrada em vigor.

Portanto, deve-se acompanhar a evolução da jurisprudência também a respeito dessa eficácia no tempo da Lei em questão, no que se refere ao período de serviço prestado antes de 13 de outubro de 2011, para os contratos de trabalho cessados posteriormente a essa data.

Quanto aos vínculos de emprego extintos antes do início da vigência da Lei 12.506/2011, como a nova disposição tem aplicação imediata, mas não retroativa (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988), não cabe a sua incidência quanto a fatos anteriores à sua publicação.

Ainda assim, no âmbito do julgamento de mandados de injunção, envolvendo vínculos de emprego já extintos, e que questionam a ausência de regulamentação legal quanto ao aviso prévio proporcional, pode ser possível, ao menos em tese, a aplicação (analógica) do mesmo critério (com fundamento no art. 8º da CLT), qual seja, de se acrescentar três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de sessenta dias, perfazendo um

total de até noventa dias de aviso prévio.

Nesse sentido, segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os direitos trabalhistas, assegurados no art. 7º da Constituição, como direitos sociais (Capítulo II), estão inseridos no catálogo de direitos fundamentais, conforme o Título II da Lei Maior (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

Ademais, conforme a Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho, o aviso prévio é considerado direito “irrenunciável pelo empregado”.

## **6. Conclusão**

O presente estudo teve como objetivo o exame dos principais aspectos relacionados ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, com destaque à disciplina prevista na recente Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011.

Diversas são as questões que permanecem controvertidas, decorrentes da aplicação do novo diploma legal, como a forma de se contar o tempo de serviço, a eficácia no tempo, bem como a proporcionalidade do aviso prévio como direito apenas do empregado.

Portanto, cabe acompanhar a evolução jurisprudencial a respeito do tema, sem se esquecer que, com fundamento no princípio da norma mais favorável, o prazo do aviso prévio, proporcional ao tempo de serviço, também pode ser estabelecido, em benefício do empregado, por meio de contrato individual de trabalho, regulamento de empresa, convenção e acordo coletivo de trabalho, inclusive como forma de melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput*, da Constituição da República).

## **7. Bibliografia**

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São

Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Publicado originalmente na  
Revista dos Tribunais (São  
Paulo). São Paulo, v. 100, n.  
913, p. 349-363, nov. 2011.