

# O AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL COMO DIREITO EXCLUSIVO DOS TRABALHADORES

André Sessim Parisenti

## Resumo

O presente artigo analisa de forma prática a questão da titularidade exclusiva dos trabalhadores ao direito ao aviso-prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF/88 e regulamentado pela Lei 12.506/11. A partir de uma abordagem crítica ao atual entendimento da SDI-1 do TST sobre o tema, busca-se demonstrar que a exclusividade de tal direito não justifica a autorização para o trabalho apenas nos primeiros 30 dias de aviso-prévio proporcional em caso de despedida por iniciativa do empregador. Ainda, são apontadas contradições entre a tese firmada no julgamento do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009 e o entendimento consolidado na Súmula 276 do TST, que podem gerar violação à isonomia.

**Palavras-chave:** Aviso-prévio proporcional; E-RR-1964-73.2013.5.09.0009; direito exclusivo dos trabalhadores; titularidade do direito ao aviso-prévio proporcional.

## Abstract

This article analyzes in a practical way the question of workers exclusive titularity of the right to proportional advance notice foreseen in art. 7º, XXI, of Brazilian Constitution and regulated by Law 12.506/11. Based on a critical approach to the current understanding of TST's SDI-1 on the topic, this work seeks to demonstrate that the exclusivity of such right does not justify authorization to work only in the first 30 days of proportional notice in case of dismissal at the employer's initiative. Still, contradictions are pointed out between the thesis signed in the judgment of E-RR-1964-73.2013.5.09.0009 and the understanding consolidated in TST Enunciation 276, which may generate violation of isonomy.

**Key words:** Proportional advance notice; E-RR-1964-73.2013.5.09.0009; exclusive right of workers; titularity of the right to proportional prior notice.

.....

André Sessim Parisenti

Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 4ª Região. Ex-Procurador do Ministério Público do Trabalho. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Relações de Trabalho pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

## 1. Introdução

O art. 7º, XXI, da CF/88 prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais o “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”, sendo que tal direito foi regulamentado pela Lei 12.506/11. Porém, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, firmou o entendimento de que, na despedida sem justa causa por iniciativa do empregador, este não pode exigir que o trabalhador cumpra aviso-prévio superior a 30 dias (E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 29/09/2017).

A referida decisão vem sendo invocada como precedente nos demais julgados da SDI-1 do TST sobre o tema, de modo que o órgão considera a questão como pacificada. A tese adotada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que, por se tratar de direito exclusivo dos trabalhadores (não extensível aos empregadores), a “parcela de proporcionalidade” acrescentada ao aviso-prévio de 30 dias não poderia ser trabalhada pelo empregado, pois isso configuraria uma extensão indevida do direito ao empregador.

O referido entendimento é compartilhado também por Tribunais Regionais do Trabalho, citando-se como exemplo a Súmula 120 do TRT da 4ª Região: “AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL TRABALHADO. A exigência de trabalho durante a proporcionalidade do aviso-prévio é nula, sendo devida a indenização do período de que trata a Lei nº 12.506/2011”.

Veja-se o trecho central da fundamentação do acórdão do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009:

Entendo que a proporcionalidade do aviso prévio a que se refere a Lei 12.506/2001 apenas pode ser exigida da empresa, uma vez que entendimento em contrário, qual seja, exigir que também o trabalhador cumpra aviso prévio superior aos originários 30 dias, constituiria alteração legislativa prejudicial ao empregado, o que, pelos princípios que norteiam o ordenamento jurídico trabalhista, não se pode admitir. Dessarte, concluo que a norma relativa ao aviso prévio proporcional não guarda a mesma bilateralidade característica da exigência de 30 dias, essa sim obrigatória a qualquer das partes que intentarem resiliir o contrato de emprego.

Com as devidas vênias, das premissas corretamente enunciadas na decisão em questão, não decorre validamente a conclusão de que “exigir que também o trabalhador cumpra aviso prévio superior aos originários 30 dias, constituiria alteração legislativa prejudicial ao empregado”. Tal entendimento não se mostra o mais adequado do ponto de vista lógico-jurídico, por três razões principais: a) confusão entre direito exclusivo dos trabalhadores ao aviso-prévio proporcional e a possibilidade não prevista no ordenamento jurídico de cumprimento parcial do aviso-prévio; b) estabelecimento de uma divisão não prevista na legislação entre o aviso-prévio de 30 dias e o aviso-prévio proporcional; c) reconhecimento de um direito não previsto na legislação ao recebimento de remuneração sem a correspondente prestação de serviços. Ademais, é importante analisar as possíveis contradições do entendimento da SDI-1 sobre o aviso-prévio proporcional com o enunciado da Súmula 276 do TST.

## 2. O aviso-prévio proporcional como direito exclusivo dos trabalhadores

O art. 7º, XXI, da CF/88 e a Lei 12.506/11 de fato preveem que apenas os trabalhadores (e não os empregadores) têm direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. O direito do empregador a receber o aviso-prévio do empregado permanece sendo regulado pelo disposto no art. 487 da CLT, limitado a 30 dias. Porém, deve-se atentar para o que significa a exclusividade do direito dos trabalhadores ao aviso-prévio proporcional, sob pena de se provocar distorção injustificável no equilíbrio das relações jurídicas de trabalho.

Nos termos do art. 487 da CLT, o aviso-prévio corresponde ao direito de ser avisado com antecedência sobre a intenção da outra parte de rescindir, sem justo motivo, um contrato de trabalho que não tenha prazo estipulado, sendo de titularidade da chamada “parte inocente”, ou seja, a que não tinha interesse na rescisão contratual. De forma simplificada, o empregado é o titular do direito ao aviso-prévio quando o empregador tiver a intenção de proceder à despedida sem justa causa num contrato de trabalho por prazo indeterminado. Nesse caso, a parte que *cumpr*e o aviso-prévio é o empregador, pois é sua a iniciativa da ruptura contratual<sup>1</sup>. De outro lado, o direito ao aviso-prévio é de titularidade do

empregador quando, nas mesmas condições, o trabalhador tiver a iniciativa de pedir demissão. É apenas nessa hipótese que o trabalhador *cumpr*e o aviso-prévio<sup>2</sup>.

Assim, diversamente do que consta na decisão do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, não se deve dizer que o trabalhador *cumpr*e o aviso-prévio proporcional superior a 30 dias quando este é dado pelo empregador, pois nesse caso o aviso-prévio é direito, e não ônus, do empregado<sup>3</sup>. A definição da titularidade do direito ao aviso-prévio se dá pela iniciativa da rescisão imotivada do contrato de trabalho, e não pelo prazo da sua fruição. Independentemente da duração do aviso-prévio, este é um direito do empregado sempre que a iniciativa da extinção imotivada do contrato de trabalho é do empregador.

É nesse sentido que o aviso-prévio proporcional é direito exclusivo dos trabalhadores: as disposições da Lei 12.506/11 somente se aplicam no caso de aviso-prévio dado pelo empregador, ou seja, quando o contrato de trabalho é rompido imotivadamente pela empresa, fazendo surgir para o empregado o direito de ser pré-avisado da despedida com uma antecedência superior a 30 dias.

A questão parece ter sido posta de modo invertido no julgamento do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009: o que o ordenamento jurídico prevê é o direito do empregado de

1 Nesse caso, é o empregador quem *cumpr*e o aviso-prévio porque este lhe representa um ônus, uma restrição à liberdade de despedir o empregado com efeitos imediatos. Para o empregado, o aviso-prévio nessa situação é um direito, pois retarda a eficácia da despedida sem justa causa. O fato de o empregado permanecer trabalhando não significa que exercer o direito se transforme num ônus, ao menos não maior do que aquele inerente à sua obrigação principal na relação de emprego.

2 Na mesma linha, quando a iniciativa da extinção do contrato é do trabalhador, é este que deve cumprir o aviso-prévio, que nesse caso representa uma restrição à liberdade de o empregado se desligar imediatamente do contrato de trabalho vigente.

3 Tecnicamente, a parte que está cumprindo o aviso-prévio é o empregador, ainda que quem trabalhe seja o empregado. Do ponto de vista do trabalhador, o aviso-prévio é um direito a ser fruído, o que ocorre mantendo a prestação de serviços.

receber o aviso-prévio com antecedência maior do que 30 dias, o que configura uma vantagem, e não um ônus. Essa maior antecedência possibilita ao empregado mais tempo para buscar recolocação no mercado de trabalho, minimizando os efeitos da quebra de expectativa decorrente da despedida imotivada, o que cumpre de modo mais favorável ao trabalhador a finalidade do aviso-prévio.

De outro lado, sendo direito exclusivo dos trabalhadores, o empregador não terá direito à proporcionalidade do aviso-prévio quando o empregado toma a iniciativa da ruptura da relação de emprego. Ou seja, caso o empregado decida pedir demissão de forma imotivada, deverá conceder ao empregador aviso-prévio de apenas 30 dias, independentemente da duração do contrato entre as partes. Nesse sentido, concorda-se com o seguinte trecho da fundamentação do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009: “a norma relativa ao aviso prévio proporcional não guarda a mesma bilateralidade característica da exigência de 30 dias, essa sim obrigatória a qualquer das partes que intentarem resilir o contrato de emprego”.

Conforme consta no trecho citado, a chave para a melhor compreensão da questão está na identificação da parte que teve a iniciativa de resilir o contrato de emprego, e não na duração do aviso-prévio devido a um ou outro contratante: se o empregado intentar extinguir o contrato, é devido o aviso-prévio simples, de 30 dias; se o empregador tomar a iniciativa da rescisão, o aviso-prévio é proporcional, podendo chegar a 90 dias. Tal interpretação resguarda de modo adequado a ausência de “bilateralidade característica da exigência de 30 dias”, não havendo fundamento jurídico que justifique, além disso, dividir o aviso-prévio

proporcional devido ao trabalhador para fins de autorizar o seu cumprimento parcial.

### **3. O aviso-prévio proporcional como instituto jurídico uno e indivisível**

O entendimento consolidado no julgamento do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009 pela SDI-1 do TST implica a compreensão do aviso-prévio proporcional como a soma de dois institutos divisíveis para fins de fruição: o aviso-prévio tradicional (ou “originário”) de 30 dias, que deve ser trabalhado; e a “parcela de proporcionalidade”, que é sempre indenizada. Porém, entende-se que o aviso-prévio, mesmo quando o seu prazo é proporcional ao tempo de serviço, não deixa de ser um instituto jurídico uno e indivisível. Assim, a “parcela de proporcionalidade” não é algo que se anexa ao aviso-prévio, mas um prazo adicional que passa a integrá-lo, fazendo parte dele. Não há como se criar uma divisão entre aviso-prévio e aviso-prévio proporcional, pois todo o período de aviso faz parte do mesmo instituto jurídico.

Isso decorre da literalidade do art. 7º, XXI, da CF/88, que prevê como direito dos trabalhadores o “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias”, não havendo como se entender que o aviso-prévio proporcional seria um instituto jurídico diverso do “aviso-prévio tradicional” de 30 dias. Trata-se, na verdade, do mesmo instituto, com a previsão de que a sua duração deve ser majorada proporcionalmente ao tempo de serviço, sendo 30 dias a sua duração mínima.

A legislação ordinária também não trata a questão como se fossem dois avisos-prévios (“um de 30 dias e outro proporcional”),

prevendo que a “parcela de proporcionalidade” deve ser acrescida ao próprio aviso-prévio de 30 dias. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 12.506/11, “Ao aviso prévio previsto neste artigo serão 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”. Dessa forma, a duração mínima de 30 dias e a proporcionalidade acrescida (3 dias a cada ano de serviço completo) devem ser somadas para integrar um único período de aviso-prévio proporcional devido ao empregado no caso de dispensa pelo empregador.

Portanto, não há como separar o aviso-prévio e a “parcela de proporcionalidade”: trata-se de um único instituto jurídico (aviso-prévio), com a mesma natureza ao longo de toda a sua duração, sendo que o seu prazo (uno e indivisível) é definido pela fórmula prevista na Lei 12.506/11.

#### **4. A inexistência de direito ao recebimento de remuneração sem a correspondente prestação de serviços durante o aviso-prévio proporcional**

A tese firmada na decisão do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009 tem o efeito de criar um direito não previsto no ordenamento jurídico ao recebimento de remuneração sem a correspondente prestação de serviços, rompendo o caráter bilateral e sinalagmático do contrato de trabalho. Diante disso, tal entendimento acarreta violação ao art. 5º, II, da CF/88, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A tradicional doutrina trabalhista

considera que o aviso-prévio tem natureza jurídica tríplice, que englobando comunicação, tempo e pagamento. Tendo em vista que o aviso-prévio, mesmo quando acrescido da “parcela de proporcionalidade”, caracteriza-se como instituto jurídico uno e indivisível independentemente da sua duração, deve-se considerar que tais características (comunicação, tempo e pagamento) se mantêm hígdas ao longo de todo o seu prazo.

Não há previsão legal ou constitucional que autorize a partição do aviso-prévio titularizado pelo empregado para fins de fruição e pagamento, exceto quando a iniciativa da cessação da prestação de serviços é do empregador. A única hipótese legalmente prevista de pagamento indenizado do aviso-prévio é a sua não concessão por parte do empregador, nos termos do art. 487, § 1º, da CLT. Ainda, o art. 487, § 2º, da CLT veda expressamente que o empregado deixe de trabalhar no período do aviso-prévio e, ainda assim, receba a respectiva remuneração.

Ademais, é inerente ao instituto do aviso-prévio a manutenção das obrigações contratuais, sendo unívoco na jurisprudência que, durante o aviso-prévio, o contrato de trabalho se mantém vigente para todos os efeitos legais, nos termos do art. 487, § 1º, da CLT. Isso decorre da natureza e finalidade do instituto, ou seja, a proteção das partes contra a quebra de expectativa pela ruptura do contrato de trabalho por prazo indeterminado. Assim, durante o aviso-prévio, mesmo quando superior a 30 dias, devem ser mantidas as condições anteriores, permanecendo as partes com seus direitos e obrigações, conforme disposto nos



artigos 490<sup>4</sup> e 491<sup>5</sup> da CLT.

## 5. Aviso-prévio proporcional e a Súmula 276 do TST

É relevante tecer algumas considerações sobre os conflitos que podem surgir entre o entendimento da SDI-1 no E-RR-1964-73.2013.5.09.0009 e o enunciado da Súmula 276 do TST<sup>6</sup>:

SUM-276 AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

A Súmula citada consubstancia o entendimento de que, mesmo quando o aviso-

4 Art. 490 - O empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato, sujeita-se ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização que for devida.

5 Art. 491 - O empregado que, durante o prazo do aviso prévio, cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para a rescisão, perde o direito ao restante do respectivo prazo.

6 A compreensão inadequada da Súmula 276 do TST causa controvérsias decorrentes justamente do tema do presente trabalho: a titularidade do direito ao aviso-prévio. É relativamente comum ocorrer a invocação do referido entendimento para os casos em que o empregado pede demissão em razão de ter obtido novo emprego. Porém, essa não é a hipótese do entendimento da Súmula 276 do TST, pois quando o empregado pede demissão o direito ao aviso-prévio é de titularidade do empregador, e não do trabalhador. A Súmula 276 do TST trata da hipótese em que aviso-prévio é direito do empregado, ou seja, quando a despedida imotivada ocorre por iniciativa do empregador.

prévio é devido pelo empregador ao empregado (ou seja, em caso de despedida sem justa causa), este pode ser pago parcialmente se o trabalhador deixar de cumpri-lo integralmente por obter novo emprego durante o seu curso. Nesse caso, apesar de o aviso-prévio ser direito (irrenunciável) do trabalhador, a jurisprudência do TST entende que o empregador é “beneficiado” pelo fato de o empregado obter novo emprego, não admitindo pagamento do aviso-prévio sem a correspondente prestação de serviços.

Além disso, a coexistência do entendimento da SDI-1 e da Súmula 276 do TST gera situações jurídicas de violação à isonomia. Vejam-se os seguintes exemplos à luz do exposto:

- **Exemplo 1** - um empregado é despedido pelo empregador com menos de um ano de serviço, com direito a 30 dias de aviso-prévio, e obtém novo emprego no 15º dia deste, pedindo dispensa do cumprimento dos dias faltantes; em razão disso, deixa de trabalhar e de receber 15 dias do aviso-prévio, nos termos da Súmula 276 do TST.

- **Exemplo 2** - outro empregado é despedido pelo empregador com dez anos de serviço, com direito a 60 dias de aviso-prévio, e obtém novo emprego no 45º dia deste (ou seja, faltando os mesmos 15 dias para o término do aviso); porém, segundo o entendimento firmado no E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, a princípio tal empregado teria direito ao recebimento integral do aviso-prévio de 60 dias, pois apenas teria a obrigação de manter a prestação de serviços nos primeiros 30 dias, não havendo como “pedir dispensa de cumprimento” após

esse período inicial.

Por fim, uma das situações que pode gerar alegação de prejuízo ao trabalhador devido ao “cumprimento” do aviso-prévio proporcional é a necessidade de trabalhar integralmente o aviso-prévio acabar dificultando a obtenção de novo emprego, já que o novo empregador não aceitaria aguardar o empregado por até 90 dias. Porém, o aviso-prévio proporcional superior a 30 dias não constitui óbice à contratação do trabalhador por outro empregador, sendo que nesse caso incidirá o entendimento da Súmula 276 do TST, como tradicionalmente ocorre em relação ao aviso-prévio de 30 dias. Não há motivo jurídico que justifique o tratamento diferenciado do aviso-prévio mínimo de 30 dias e do aviso-prévio proporcional em relação à aplicação da Súmula 276 do TST.

Portanto, se o trabalhador despedido sem justa causa obtiver novo emprego no curso do aviso-prévio proporcional, e, em razão disso, pedir dispensa de cumprimento do período restante junto ao empregador original, este deve ser dispensado de pagar o valor relativo aos dias faltantes do aviso-prévio. A majoração do aviso-prévio pela proporcionalidade não retira do empregado a possibilidade de obtenção antecipada de novo emprego, mas também não o autoriza a cessar a prestação de serviços de forma imotivada.

## 6. Conclusão

Com base nos argumentos expostos, seria recomendável a revisão do entendimento adotado pela SDI-1 do TST no E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, corrigindo-se a conclusão do silogismo que fundamentou o julgamento

para os seus termos mais adequados do ponto de vista lógico-jurídico. Para tanto, deve-se não apenas partir de premissas verdadeiras, mas também desenvolvê-las de modo a não violar a natureza jurídica dos institutos envolvidos.

Quando a iniciativa da rescisão imotivada do contrato de trabalho por prazo indeterminado é do trabalhador, é devido por este o aviso-prévio de apenas 30 dias, independentemente da duração da relação de emprego entre as partes. O art. 7º, XXI, da CF/88 e a Lei 12.506/11 estabelecem que o direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço é exclusivo dos trabalhadores, não extensível aos empregadores. Ademais, utilizando trecho da fundamentação do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, isso decorre do fato de que “a norma relativa ao aviso prévio proporcional não guarda a mesma bilateralidade característica da exigência de 30 dias, essa sim obrigatória a qualquer das partes que intentarem resilir o contrato de emprego”.

Quando a iniciativa da rescisão imotivada do contrato de trabalho por prazo indeterminado é do empregador, é devido por este o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias. Novamente utilizando trecho da fundamentação do E-RR-1964-73.2013.5.09.0009, isso é consequência de que “a proporcionalidade do aviso prévio a que se refere a Lei 12.506/2001 apenas pode ser exigida da empresa”. Porém, isso não significa que o empregado estará autorizado a cumprir parcialmente o aviso-prévio proporcional, pois nele o contrato de trabalho se mantém vigente para todos os efeitos legais (art. 487, § 1º, da CLT), permanecendo as partes com seus direitos e obrigações (conforme artigos 490 e 491 da CLT). Caso o empregador não conceda o aviso-

prévio ou dispense o empregado de trabalhar no período, independentemente da sua duração, o valor correspondente aos dias faltantes deve ser indenizado. Caso o empregado obtenha novo emprego no curso do aviso-prévio, mínimo ou proporcional, o empregador é autorizado a não pagar o valor dos dias não trabalhados (Súmula 276 do TST).

De outro lado, não há dúvidas de que a adoção das conclusões acima ensejará outras controvérsias jurídicas sobre o aviso-prévio proporcional, destacando-se a questão sobre a aplicação das alternativas previstas no art. 488 da CLT, que atualmente resta prejudicada pela tese firmada no E-RR-1964-73.2013.5.09.0009. O empregado terá direito à redução de jornada de 2h diárias ao longo de todo o aviso-prévio, mesmo quando majorado pelo tempo de serviço? Ou tal prerrogativa somente poderá ser exercida nos últimos 30 dias de aviso-prévio, independentemente da sua duração? Caso o trabalhador opte por faltar ao serviço, isso ficará limitado aos últimos 7 dias ou deverá ser recalculado de modo a preservar a proporcionalidade em relação à duração mínima do aviso-prévio?

O mais recomendável seria que a legislação, e não o Poder Judiciário, fornecesse as respostas para tais questionamentos. É injustificável que a Reforma Trabalhista da Lei 13.467/17, aprovada sob o pretexto de modernizar as relações de trabalho e prestigiar a segurança jurídica, tenha deixado de incorporar o aviso-prévio proporcional ao art. 487 da CLT e de tratar dessas questões tormentosas.