

Informe Jurídico

Novembro de 2011

Notícias

1. STJ manifesta entendimento pela prescrição em cinco anos de execuções individuais de sentença de ACP
2. Terceirização: TST assegura diferença salarial em decorrência de troca de empresas
3. ADL Alcança mais uma improcedência total de pedido indenizatório por fraude bancária reconhecida

Espaço do Advogado

Ilacões decorrentes da nova lei 12.506/11 que institui a proporcionalidade do aviso prévio – *Carla Lemos*

NOTÍCIAS

1. STJ manifesta entendimento pela prescrição em cinco anos de execuções individuais de sentença de ACP

O beneficiário da ação coletiva tem o prazo de cinco anos para ajuizar execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença, e o prazo de vinte anos para o ajuizamento da ação de conhecimento individual, contados dos pagamentos a menor da correção monetária exigida em função de planos econômicos. A decisão é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar recurso interposto por instituição financeira contra poupador que teve a correção de expurgos inflacionários assegurada em ação civil pública.

O Banco Réu foi condenado em Ação Civil Pública (ACP) a pagar aos poupadores do Estado do Paraná expurgos inflacionários relativos ao período de junho de 1987 e janeiro de 1989, mais juros de 0,5%. A decisão considerou que a ação de execução individual ajuizada pelo poupador está prescrita, tendo em vista que o pedido foi ajuizado em maio de 2010. A sentença coletiva transitou em julgado em outubro de 2001.

A controvérsia acerca do prazo para o poupador ajuizar as execuções individuais em decisões coletivas surgiu depois que o STJ julgou um precedente segundo o qual a prescrição é de cinco anos para o ajuizamento de ação civil pública relacionada a expurgos inflacionários. O Banco Réu sustentou em Juízo que a execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação coletiva, mas

nas instâncias inferiores foi considerado que as ações com natureza individual se sujeitam ao prazo de 20 anos, conforme o art. 2028, do Código Civil de 2002.

Todavia, segundo o Ministro Relator S. Exa. Luis Felipe Salomão, a execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

(Fonte: www.stj.jus.br)

2. Terceirização: TST assegura diferença salarial em decorrência de troca de empresas

Uma empresa prestadora de serviços terceirizados ao Governo de Santa Catarina foi condenada, pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, a arcar com as verbas trabalhistas de uma empregada contratada primeiramente pela prestadora de serviços anterior.

A empregada alegou que, apesar da troca de empresa, não houve quebra da relação de trabalho. Isto porque foi contratada para desenvolver a mesma sorte de atividades, no mesmo local e percebendo remuneração inferior àquela auferida no primeiro Contrato.

Ao examinar o recurso da empresa contratante contra a decisão do TRT da 12ª Região (SC) que a condenou ao pagamento das referidas diferenças, S. Exa. Ministro Relator Aloysio Veiga manteve o

entendimento no sentido de que se tratava de empresas prestadoras de serviços para órgãos públicos. E, a nova empresa sucedia a antiga quanto aos contratos de trabalho. Observou que a empregada permaneceu no local de trabalho, sem solução de continuidade. O Julgado caminha no sentido de sucessão não ocorre somente nos casos de transferência de empresa, mas, também, "com a continuidade da exploração do mesmo negócio jurídico por outra empresa distinta e sem nenhum vínculo jurídico com a anterior".

O relator acrescentou que, no Direito do Trabalho, o conceito de sucessão está vinculado a seus efeitos concretos no contrato de trabalho, conforme a norma contida nos artigos 10 e 448 da CLT, segundo as quais a alteração na estrutura jurídica da empresa ou a mudança de propriedade não podem afetar os contratos de trabalho dos respectivos empregados. No caso, além de a empresa anterior ser parte no processo, a alegação da empregada foi a de que a sucessão reduziu direitos que já haviam sido integrados ao seu contrato de trabalho.

Entendeu-se que houve continuidade da mesma atividade econômica, "mas com alteração em prejuízo das condições ajustadas no contrato de trabalho que continuou". O ministro relator assinalou que a sucessão de empregadores, na terceirização, não pode trazer prejuízo ao empregado.

(Fonte: www.tst.jus.br, RR-138900-22.2009.5.12.0055)

3. ADL alcança mais uma improcedência total de pedido indenizatório por fraude bancária reconhecida

O Escritório ADL Advogados, ao patrocinar os interesses de uma instituição financeira, afastou o pedido autoral de fixação de indenização a título de danos morais em decorrência da celebração fraudulenta de contrato de empréstimo, sob a forma de consignação em pagamento.

O Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro entendeu, com olhos nas provas produzidas e na tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa, que a parte ré também estava posicionada na qualidade de vítima de terceiro. Isto porque, demonstrou-se diligência e cautela, por parte do Banco, e a perícia e requinte do agente fraudador.

Vale a citação do seguinte trecho da decisão: "..., compulsando-se as fls. 63/68, se observa que o terceiro fraudador apresentou documentos de identificação da parte autora (documento de identidade e CPF) e até extrato bancário de depósito em quantia na conta corrente da parte autora (fls. 67). Apresentou, ainda, detalhamento de lançamento de valores de contratos de empréstimo (fls. 68), fornecido pelo INSS. Verifica-se, ainda, a robusta semelhança, apesar de não ter sido

produzida prova pericial grafotécnica, entre as assinaturas de fls. 66 e 67. Sendo assim, tais documentos e assinaturas, eficazmente, ludibriaram a parte ré, no momento da contratação do empréstimo, principalmente, considerando o perfil da parte autora, que, anteriormente, já havia realizado outros contratos, conforme se verifica em fls. 68.

Infere-se, por conseguinte, que a parte ré, realizou farta prova de conduta de terceiro fraudador, o que lhe posiciona até na qualidade de vítima, motivo pelo qual não deve ser responsabilizada civilmente, diante do rompimento do nexo de causalidade entre sua conduta e os danos experimentados pela parte autora, na forma do art. 14, § 3º, II, do CDC".

ESPAÇO DO ADVOGADO

ILAÇÕES DECORRENTES DA NOVA LEI 12.506/11 QUE INSTITUI A PROPORCIONALIDADE DO AVISO PRÉVIO

Carla Lemos

Entrou em vigor, no início de outubro passado, a Lei 12.506/11 que determina o acréscimo de 3 (três) dias ao aviso prévio, por cada novo ano de serviço prestado à mesma empresa. Com a nova redação legal o empregado, quando de seu desligamento, poderá alcançar um acréscimo de até 60 dias ao aviso prévio, perfazendo, seguindo o critério de antiguidade, um período máximo de 90 dias.

A regulamentação legislativa atende a uma exigência da Organização Internacional do Trabalho - OIT e, passados 23 anos, atende à previsão constitucional estabelecida no art. 7º, inciso XXI, da CF/88.

No entanto, trata-se de dispositivo singelo que passa ao largo da abordagem exaustiva merecida pelo tema. Este o motivo pelo qual já se cogita de regulamentação complementar à Lei 12.506/11 por parte do Ministério do Trabalho e Emprego.

A interpretação do dispositivo em exame não prescinde da adequação e conformação sistemática com a CLT, até mesmo porque, nenhuma previsão relativa ao aviso prévio ali contemplada foi revogada pela nova lei. A possibilidade de substituição pelo empregador do período de trabalho por indenização pecuniária, bem como a possibilidade de redução da jornada laborativa em duas horas, sem prejuízo do salário, permanecem inalteradas.

Tais aplicações somente merecerão o ajuste com o período a ser fixado, com base no tempo de serviço na mesma empresa. A adequação aqui referida, todavia, não contempla eventual majoração ou

ARRUDA · DIAS · LEMOS

ADVOGADOS

diminuição das 2 horas diárias ou sete corridos, já que a lei se manteve silente sobre estes pontos.

A maior divergência é reservada à interpretação dos critérios para a fixação do período do aviso prévio, isto é, sobre o ponto central da regra já em vigor. Há duas possíveis e diferentes abordagens sobre a forma de cômputo do aviso prévio proporcional. Ambas, no entanto, respeitam à exigência constitucional do lapso mínimo de 30 dias do aviso prévio, embora a leitura rápida do art. 1º da lei possa sugerir posição contrária.

A primeira linha de interpretação da contagem do aviso prévio proporcional, linha que reputo mais acertada, é no sentido de fixar - além dos 30 (trinta) dias previstos na CLT para contratos de trabalho de até um ano de serviço - 3 (três) dias adicionais para cada novo ano de trabalho prestado, além do primeiro. Defendo o critério ano encerrado ou ano calendário, em razão da lei não prever proporcionalidade de dias, quando não completado integralmente o ano em cômputo. Isto é, se o funcionário laborou 1 ano e 1 mês ou 1 ano e 10 meses, fará jus apenas ao aviso prévio mínimo de 30 (trinta) dias.

Todavia, há quem defenda que para a mesma hipotética situação de 1 ano e 1 mês ou 1 ano e 10 meses de trabalho, compute-se o aviso de 33 dias. Este raciocínio parte do pressuposto de que os contratos com mais de um ano de serviço prestado importam no adicional de 3 (três) dias.

Esta preocupação torna-se mais relevante quando se analisa contratos de trabalho mais longevos. Isto porque, para a primeira forma de leitura da norma em vigor, um empregado com 15 anos de trabalho terá 72 dias de aviso prévio - 30 dias relativos ao ano 1 somados a 3 dias x 14 anos seguintes. Ao passo que, pela segunda leitura, o empregado teria 75 dias (30 dias somados a 15 x 3 dias).

Merece, ainda, ser lembrado que o período do próprio aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado, não será contado, para fins de definição do próprio aviso proporcional, ao tempo de serviço. Nestes termos, a comunicação da resolução do contrato será o marco final para a aferição do lapso a ser acrescido.

A legislação aplicável à matéria determina a projeção do aviso apenas e tão somente para as questões de caráter pecuniário, como já determinado por entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST. O período integrará o contrato de trabalho para o cálculo de férias, décimo terceiro e eventual reajuste normativo até aquela data.

Eventuais períodos de suspensão do contrato de trabalho, como exemplificativamente a ocorrência de doença com manifestação superior a 15 dias, o desempenho de cargo sindical entre outras hipóteses previstas na CLT, não serão computadas para fins de

aferição da proporcionalidade do aviso prévio. As únicas exceções para o cômputo serão as suspensões decorrentes da prestação de serviço militar ou de acidente de trabalho.

Outro ponto polêmico é saber se o aviso prévio proporcional será devido apenas nos casos em que a resolução do contrato se der por iniciativa do empregador. Neste sentido, o próprio Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, relator do Projeto de Lei, e, a nota divulgada em data de 17/11/11, pela Secretaria de Relações de Trabalho, órgão ligado ao Ministério do Trabalho.

Alega-se que a interpretação das normas trabalhistas se dá sempre de forma favorável ao empregado e sob a ótica da função social do empregador. Assim o aviso prévio torna-se um direito do trabalhador maior que do empregador, utilizado como garantia da liberdade de trabalho do empregado e forma de proteção contra a despedida arbitrária.¹

Dirirjo desta posição. A lei não faz qualquer distinção ou restrição à proporcionalidade criada, e tampouco - vale reforçar - altera dispositivos previstos na CLT. Assim, sou pela fixação do critério de proporcionalidade também para as hipóteses em que a iniciativa seja do empregado.

O art. 487 da CLT ao estatuir o aviso prévio determina que a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução. Parte, pouco há de dizer, não é sinônimo de empregado, mas sim de ambos os contratantes da relação jurídica havida. Não se fala em simetria ou assimetria da liberdade contratual, mas sim na natureza dúplice do instituto e no respeito também à organização empresária.

Ademais, é de se imaginar que um funcionário que laborou durante 20 anos numa mesma empresa possua muito conhecimento tácito sobre a função desempenhada. Conhecimento este adquirido, em grande parte, pelo investimento, confiança e recursos do empregador e por ele valorizado mais do que qualquer pessoa. Desta forma e sendo do interesse do empregador a transferência do conhecimento ao novo empregado encarregado da função, é factível, benéfico e adequado à norma legal que isto se dê em período superior a 30 dias.

Por outro lado, é certo que a Constituição Federal reconhece a validade dos ajustes coletivos, havendo inclusive flexibilização de regras do ordenamento jurídico. Entendo - sem afastar a polêmica desta posição - possível o estabelecimento em Convenções Coletivas de Trabalho - CCTs de disposições diversas da norma, quer seja limitando o cumprimento do

¹ RIPPER, Walter Willian. *Aviso Prévio Proporcional: Estudos das suas concepções e da constitucionalidade do inciso I, do art. 487, da CLT*, disponível em 18/11/11 no sítio <http://www.advocaciaripper.com.br/>

ARRUDA · DIAS · LEMOS

ADVOGADOS

prazo proporcional ao empregador, quer seja reduzindo o prazo legal. Para esta última hipótese, por óbvio, o respeito ao prazo mínimo de 30 (trinta) dias é garantia imprescindível.

Não me parece que a lei valha para os empregados domésticos, cuja regulamentação se dá através de legislação específica (Lei 5.859/73), cuja redação não foi alterada pela norma em estudo. No entanto, há decisões de diferentes tribunais registrando a aplicação da CLT, de forma analógica, aos empregados domésticos e, sob este prisma, a nova regra envolveria esta sorte de trabalhadores.

Por último, vale dizer que a lei entrou em vigor na data de sua publicação, isto é, 13 de outubro de 2011. Desta feita, não retroagirá para os contratos de trabalho já extintos em data anterior àquela ou mesmo para aqueles casos em que, na data da publicação, cumpria-se o aviso prévio. Conta-se, aqui, a data da comunicação do desejo de rescindir. Se esta se deu após 13 de outubro, aplica-se a proporcionalidade criada. Acaso não, vale a garantia mínima de 30 (trinta) dias.