



Reclamação trabalhista II

A reclamação trabalhista é a peça inaugural do processo, sendo umas das petições mais importantes. É dela que irão decorrer as demais consequências do processo e, por isso, deve ser redigida com cuidado.

Os requisitos essenciais para a sua elaboração, de acordo com o artigo 840 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não esgotam por completo aqueles exigidos para o Exame de Ordem. Para tanto, deve-se valer também do disposto no artigo 282, do Código de Processo Civil (CPC) que tem aplicação subsidiária no processo do trabalho (CLT, art. 769).

A questão que mais tem chamado atenção em Exames de Ordem, por sua vez, reside justamente nesses requisitos: a delineação dos fatos e fundamentos jurídicos (chamada causa de pedir) e a especificação do pedido. Esses pontos merecem especial atenção no desenvolvimento da reclamação trabalhista.

Nessa etapa da petição inicial, o candidato irá demonstrar se tem pleno e amplo conhecimento sobre os *direitos do trabalhador*¹ e evidenciará o seu raciocínio jurídico, dedutivo e indutivo, através de uma boa articulação na peça.

Para tanto, deve-se levar em consideração que somente os fatos necessários e essenciais ao deferimento da pretensão formulada devem ser indicados na peça de ingresso. Não é aconselhável utilizar fatos que não estejam vinculados à questão, pois *poderá ser entendido como identificação da prova*, o que não é permitido.

Os fatos narrados devem ser albergados pelo nosso ordenamento jurídico (ou seja, devem ter respaldo em algum fundamento jurídico).

Assim, ainda que inexistam normas jurídicas trabalhistas determinando expressamente que a peça de ingresso contenha o fundamento jurídico, é necessário mencioná-lo para fins de Exame de Ordem.

¹ Expressão adotada pelo jurista Mario de La Cueva.

Pode ser adotado como fundamento jurídico um determinado dispositivo legal, jurisprudência, doutrina ou princípio do Direito. Os mais utilizados são a lei e a jurisprudência, incluindo-se nesta as súmulas e as orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho (TST). A que tem menor aplicabilidade na seara trabalhista é a doutrina, sendo utilizada com maior frequência nas questões em que há ainda acirrada discussão sobre o direito vindicado.

Os fatos devem ser encadeados de forma lógica, se possível em ordem cronológica e ordenada em relação aos pedidos principais e acessórios. Assim, tomando por base um reclamante empregado, poderia se tratar primeiramente da contratação, depois das condições de trabalho estabelecidas e, na sequência, dos fatos importantes na vigência da relação, para terminar na dissolução do pacto laboral e, por fim, os pedidos de cunho indenizatório.

Por isso, não se pode esquecer que:

Há necessidade de clareza, precisão e concisão na peça vestibular. Não importa que a petição inicial seja de uma ou de duas folhas. O importante é que a peça vestibular seja bem redigida, tendo causa de pedir e pedido, de modo que a parte contrária e, também, o juiz possam compreender o que está sendo postulado pelo autor.

A petição tem um silogismo. A premissa menor é representada pelos fatos. Os fundamentos de direito são a premissa maior. A conclusão é o pedido. (MARTINS, 2004, p. 251)

Passemos a esquematizar esses dados.

Primeiro passo: relacionar os dados do contrato de trabalho

Relacione quatro dados essenciais:

- data de admissão – deve-se considerar a real data de admissão, independentemente de haver ou não anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, do tempo de serviço (a eventual ausência de registro deverá ser debatida em outra oportunidade);
- data da dispensa;
- a função exercida – deve-se considerar a real função exercida, mesmo que o reclamante tenha sido registrado em outro cargo (eventual diferença quanto à função formal e a função real será objeto de análise em item específico da peça de ingresso);

- o salário percebido – o real salário auferido pelo empregado, considerando-se em sua totalidade, mesmo que não conste em contracheque (eventual pedido de integração de salário pago por fora será objeto de investigação específica na peça de ingresso).

Não podemos esquecer que o contrato de trabalho é um contrato-realidade². Assim, devem ser consignados, nesse primeiro momento, os reais dados de trabalho do reclamante.

Podemos exemplificar da seguinte forma:

O reclamante foi admitido em *(dia)* de *(mês)* de *(ano)*. Exerceu as funções de *(atividade)*.

Foi imotivadamente dispensado em *(dia)* de *(mês)* de *(ano)*.

Sua última remuneração foi de R\$...

Segundo passo: relacionar os fatos e os fundamentos jurídicos (causa de pedir)

Devem ser relacionados somente os fatos essenciais, de forma lógica. Para uma melhor estruturação da causa de pedir, dividimo-la em etapas, conforme quadro a seguir.

Aduzir fatos a justificar a presença das partes

- Litisconsórcio ativo: explicar por qual motivo a reclamação está sendo movida por vários empregados de forma conjunta. O seu fundamento encontra amparo no artigo 842 da CLT.
- Litisconsórcio passivo: explicar por qual motivo a reclamação está sendo movida em face de vários reclamados.³

² Expressão adotada pelo jurista Mario de La Cueva.

³ Podemos ter a hipótese de um litisconsórcio passivo cuja explicação é a condenação solidária (por exemplo, no caso de grupo econômico – art. 2.º, parágrafo 2.º, da CLT) ou de condenação subsidiária (por exemplo, no caso da Súmula 331 do TST) ou mesmo de reconhecimento de vínculo com outro empregador.

Aduzir fatos relacionados à natureza da relação jurídica havida

- Reconhecimento do vínculo de emprego (CLT, art. 3.º).
- Nulidade da relação de trabalho na forma de “contrato de prestação de serviços”, “representante comercial”, serviço “autônomo” etc. (CLT, art. 3.º c/c art. 9.º).
- Anotação do contrato de trabalho em CTPS (CLT, art. 39 e 49).
- Declaração de unicidade contratual.

Aduzir fatos atinentes a parcelas de natureza salarial

- Ligadas diretamente ao salário do reclamante:
 - diferenças salariais oriundas de equiparação salarial (CLT, art. 461);
 - diferenças salariais oriundas de substituição (TST, Súmula 159);
 - diferenças salariais oriundas de desvio de função (TST, SDI-1, OJ 125);
 - diferenças salariais oriundas de alteração do contrato de trabalho (CLT, art. 468; e TST, Súmula 51).
- Ligadas aos artigos 457 e 458 da CLT:
 - diferenças de comissões, gratificações, prêmios (parcelas que visam aumentar o conjunto remuneratório do reclamante);
 - reconhecimento da natureza salarial de diárias de viagem e ajudas de custo (CLT, art. 457 c/c art. 9.º);
 - reconhecimento de natureza salarial de parcela fornecida *in natura* (CLT, art. 458).
- Integração de salário pago “por fora”.
- Parcelas salariais ligadas a outros dispositivos legais ou convencionais:
 - adicional de insalubridade (CLT, art. 192);
 - adicional de periculosidade (CLT, art. 193);
 - adicional de transferência (CLT, art. 469).

Aduzir fatos relacionados à jornada de trabalho do reclamante

- Horas extras:
 - considerar o limite estipulado na lei (em regra, art. 7.º, XIII, da CF; e art. 58 da CLT), mas observar se não há um limite mais benéfico para a categoria

profissional do reclamante (por exemplo, para os bancários, a hipótese do art. 224 da CLT e para o professor a hipótese do art. 318 da CLT);

- considerar se o limite contratual não é mais benéfico que aquele descrito na legislação (aplicação do princípio da condição mais favorável e da inalterabilidade);
- considerar se o trabalho é realizado em turnos ininterruptos de revezamento (CF, art. 7.º, XIV);
- considerar se há tempo à disposição do empregador (CLT, art. 4.º);
- horas *in itinere* (CLT, art. 58, §2.º; e TST, Súmula 90).
- Intervalos legais:
 - intervalo intrajornada (por exemplo, art. 71 da CLT; e OJ 307 da SDI-1 do TST);
 - intervalo intrajornada especial (por exemplo, art. 72 da CLT; e art. 253 da CLT);
 - intervalo interjornada (CLT, art. 66; e TST, Súmula 110).
- Horas de sobreaviso e prontidão:
 - horas de sobreaviso (CLT, art. 244, §2.º);
 - horas de prontidão (CLT, art. 244, §3.º);
- Jornada noturna (CLT, art. 73).
- Repouso semanal remunerado (Lei 605/49; e TST, Súmula 172).
 - Domingos e feriados laborados (CLT, art. 67; e TST, Súmula 146).

Férias e décimo terceiro salário

- Décimo(s) terceiro(s) salário(s) não pagos (Lei 4.090/62).
- Férias e gratificação de férias não paga(s) ou não concedida(s) (CLT, art. 137).

Ruptura do contrato de trabalho

- Nulidade da ruptura contratual em razão de alguma estabilidade provisória no emprego (empregada gestante, empregado acidentado, dirigente sindical ou da CIPA etc.), reintegração no emprego e, sucessivamente, o pagamento de indenização equivalente.
- Reversão de justa causa aplicada ao empregado.

- Rescisão indireta do contrato de trabalho (CLT, art. 483).
- Ruptura do contrato de trabalho por prazo determinado (CLT, arts. 479 e 480).
 - Verbas rescisórias não pagas (saldo de salário, aviso prévio, férias e gratificação de férias, décimo terceiro salário, multa de 40% do FGTS).
 - Penalidades relativas ao pagamento das verbas rescisórias (CLT, art. 467 e 477, §8.º).
 - Entrega das guias para o seguro-desemprego (TST, Súmula 389).

FGTS

- Incidência sobre as parcelas salariais postuladas na reclamação trabalhista (Lei 8.036/90, art. 15).
- Execução direta em face do não recolhimento na conta fundiária do reclamante (Lei 8.036/90, art. 15).

Parcelas de natureza indenizatória

- Indenização decorrente de dano moral.

Feito o *checklist*, tentaremos abordar algumas das situações acima tratadas.

Justificar a presença das partes: formação do litisconsórcio

Como visto anteriormente, antes de ingressar nos fatos relacionados ao contrato de trabalho do reclamante devemos explicar por qual motivo figura mais de uma pessoa no polo ativo ou passivo da ação trabalhista.

Assim, antes de ingressar no pacto laboral do trabalhador, deverão ser deduzidas tais pretensões. Exemplificamos abaixo.

- A questão indica que o reclamante foi contratado por uma empresa – a qual era sua empregadora (nos termos dos arts. 2.º e 3.º da CLT) – que ele prestou serviços para outra empresa – a tomadora de serviços, que efetivamente tomou proveito da atividade do empregado.

Essas informações possibilitam que o candidato confeccione a sua reclamação trabalhista em face das duas empresas – a empregadora e a tomadora de serviços –, pois poderá deduzir pretensões em face das duas reclamadas. Haverá, portanto, um litisconsórcio passivo.

Como o reclamante poderá deduzir pretensões em face das duas reclamadas, deverá precisar os limites da pretensão em relação a cada uma delas, sob pena de ser considerada inepta a peça de ingresso.

Nesse caso, o reclamante poderia postular a condenação subsidiária da segunda reclamada (tomadora de serviço). A pretensão seria de condenação subsidiária porque o tomador de serviços somente será responsabilizado se o empregador – que é o devedor principal – eventualmente não cumprir as determinações constantes da sentença (TST, Súmula 331).

Assim, podemos consignar o fato e o fundamento jurídico da seguinte forma:

Fato

Não obstante o reclamante ter sido contratado pelo primeiro reclamado (real empregador), prestou serviços para o segundo reclamado (tomador de serviços) durante todo o pacto laboral.

Fundamento jurídico

Assim, deve o segundo reclamado ser condenado subsidiariamente aos pedidos formulados na presente reclamação trabalhista, considerando-se o disposto no item IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração Direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Relacionar fatos atinentes à natureza da relação jurídica: reconhecimento do vínculo de emprego

De início, buscamos os fatos que podem albergar a pretensão do reclamante. Para que seja declarado o vínculo, o empregado deve ter trabalhado na forma descrita no artigo 3.º da CLT, ou seja: subordinado, não eventual, com recebimento de salário (oneroso) e pessoalmente (pessoalidade e pessoa física).

Por isso, no conteúdo fático deve ser alegado que o *trabalho foi executado de forma subordinada, com habitualidade e pessoalidade e mediante o pagamento de salários*. Isto é, lembrando todos os elementos essenciais para a caracterização da relação de emprego.

Se a questão trazer mais dados que possibilitem a identificação dos elementos essenciais para a configuração do vínculo de emprego – por exemplo, de que o reclamante obedecia ordens do seu superior hierárquico, que o reclamante tinha metas a cumprir, que os salários do reclamante eram pagos independentemente dos resultados do seu trabalho –, esses dados também devem ser apontados na peça de ingresso.

Feita a narrativa fática, deve-se encontrar um fundamento jurídico. Nesse caso, o fundamento jurídico é o artigo 3.º da CLT.

Contudo, não basta que o reclamante postule o reconhecimento do vínculo de emprego (pedido de natureza declaratória). Deve também postular a anotação deste na Carteira de Trabalho (pedido de natureza condenatória – obrigação de fazer). O fundamento para a anotação na CTPS está no artigo 39 da CLT.

Assim, exemplificamos:

- A questão indica que o reclamante foi contratado pela reclamada (empresa do ramo da construção civil) para prestar serviços de pedreiro. Indica que ele trabalhou por um longo período (por exemplo, de 1.º/03/2004 a 18/02/2005), de forma pessoal e subordinada, sem que lhe fosse anotada a CTPS.

Essas informações possibilitam que o candidato pretenda ver declarado o vínculo de emprego com a reclamada, pois encontram-se presentes os elementos configuradores do vínculo de emprego.

Assim, podemos consignar o fato e o fundamento jurídico da seguinte forma:

Fato

Em que pese o reclamante ter laborado para a reclamada no período de 1.º de março de 2004 a 18 de fevereiro de 2005, de forma pessoal e habitual, sob a subordinação desta e mediante pagamento pecuniário (salário), não teve o seu contrato de trabalho anotado em Carteira de Trabalho.

Fundamento jurídico

Em face do exposto e com fundamento nos artigos 3.º e 39 da CLT, deve ser reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, no período de (data de admissão) a (data da dispensa), com a respectiva anotação da CTPS, na função de (função do reclamante).

Relacionar fatos ligados ao salário do reclamante

Para que sejam devidas diferenças de parcelas salariais, faz-se necessário que o reclamante esteja recebendo menos do que lhe é devido. Isto é, ele pode trabalhar em identidade de função com outro empregado e ganhar menos do que este (equiparação salarial), pode estar substituindo determinado empregado por motivo de férias ou licença e não receber o salário da função do substituído (salário-substituição) e pode estar trabalhando em função mais complexa e diversa daquela para a qual foi contratado (desvio de função). Existe grande número de possibilidades, mas cada uma tem o seu fundamento jurídico.

De acordo com o conteúdo fático delineado na petição inicial, pode-se investigar qual fundamento jurídico será adotado, lembrando que é este o raciocínio esperado pelos examinadores.

Assim, exemplificamos com o instituto da equiparação salarial:

- A questão indica que o reclamante trabalha na mesma função que outro empregado da reclamada, mas que este empregado recebe salário maior do que o reclamante, e que a diferença existente é de 30% a mais que o salário do reclamante.

Referidas informações possibilitam que o candidato confeccione a pretensão de diferenças salariais oriundas de equiparação salarial, pois o reclamante trabalha para o mesmo empregador, na mesma localidade, na mesma função (identidade de função) e recebe salário menor (diferença de 30%). Esse seria o conjunto de fatos que embasa a pretensão obreira.

No caso em questão, o fundamento jurídico do direito do reclamante seria a equiparação salarial, cujo instituto está delineado no artigo 461 da CLT.

A pretensão do reclamante ainda deve ser certa e determinada, a fim de possibilitar o direito de ampla defesa e contraditório da parte contrária. Assim, o reclamante deverá precisar os limites da sua pretensão: indicar o nome do empregado paradigma e estabelecer um parâmetro de diferença entre o seu salário e o do paradigma (essa diferença pode ser apontada em valores ou em percentuais).

Tudo e qualquer pedido que envolva parcelas de natureza salarial (como no exemplo, diferenças por equiparação salarial) vai resultar num acréscimo à remuneração do reclamante, que deverá refletir em outras verbas (como por exemplo, décimo terceiro salário, horas extras, FGTS etc.). Por isso, deve-se pretender não somente o pagamento das diferenças salariais, mas também a sua incorporação à remuneração do trabalhador, gerando reflexos em férias e gratificação constitucional, décimo terceiro salário, aviso prévio e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) acrescido da multa de 40%.

Exemplificamos:

Fato

O reclamante, desde (*precisar uma determinada data*), passou a exercer as mesmas funções (*precisar a função*) que a empregada Fulana de Tal (*indicar o nome da paradigma*).

Não obstante a igualdade de funções entre reclamante e paradigma, esta recebia salário 30% (trinta por cento) superior ao do reclamante.

Fundamento jurídico

Assim, com base no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, é devido ao reclamante o pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial, a partir de (*data acima mencionada*), no importe de 30% do salário do reclamante, bem como a integração dessas diferenças à remuneração do obreiro até o final do contrato de trabalho, gerando reflexos em férias, gratificação de férias, 13.º salário, aviso prévio, FGTS acrescido de multa de 40%.

Relacionar fatos ligados aos artigos 457 e 458 da CLT

Para que sejam devidas diferenças salariais das parcelas noticiadas nos artigos 457 e 458 da CLT, deve haver supressão de determinada verba (o que ensejaria a violação ao artigo 468 da CLT e o pedido de pagamento da verba suprimida) ou o pagamento da verba sob outra natureza jurídica (como, por exemplo, realizar o pagamento de diárias de viagem na forma de verba indenizatória, sem existir qualquer relação da destinação do valor com gastos de viagem, sendo o verdadeiro fundamento do pagamento das diárias uma forma de mascarar o verdadeiro complemento salarial).

De acordo com a narrativa fática da questão é que se poderá investigar qual fundamento jurídico deverá ser adotado.

Assim, exemplificamos com o reconhecimento da natureza jurídica de ajuda de custo:

- A questão indica que o reclamante recebe, mensalmente, um determinado valor, por exemplo R\$200,00 (duzentos reais), a título de “ajuda de custo”. Contudo, a reclamada nunca solicitou ao empregado qualquer prestação de contas do valor gasto, nem o reclamante tinha qualquer despesa para a realização dos seus serviços.